



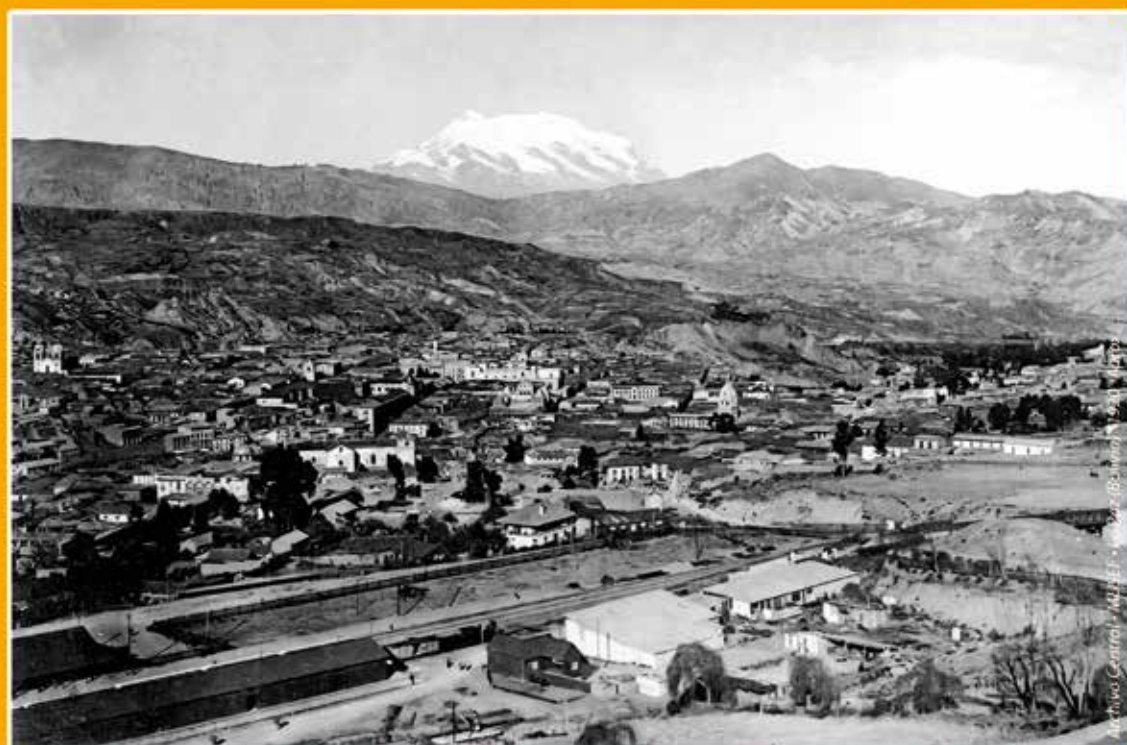
Revista Jurídica Derecho

Universidad Mayor de San Andrés

Carrera de Derecho

6

ISSN: 2413-2810



www.instituto-derecho-umsa.edu.bo

revistajuridicaderecho@gmail.com

**Instituto de Investigaciones,
Seminarios y Tesis**

Revista Jurídica Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis	La Paz Bolivia	Volumen 5	Número 6	Revista Jurídica Derecho UMSA	Enero Junio	2017	ISSN 2413-2810	Páginas 1-186	300 ejemplares
--	-------------------	--------------	-------------	-------------------------------------	----------------	------	-------------------	------------------	-------------------

sino entre las relaciones...” (Guilis, 2007), aspecto que permite por ejemplo que de acuerdo al caso concreto la reparación más que pecuniaria sea por ejemplo simbólica.

Finalmente referir que no existe unanimidad respecto a los componentes de la reparación, Michel Frühling refiere a: 1) la restitución que implica reponer la situación al estado original, 2) la rehabilitación que refiere a la recuperación de personas por tratamientos psicológicos, médicos, etc., 3) la indemnización referida a la compensación económica que comprende el *damnum emergens* y el *lucrum cessans*; y, 4) la satisfacción y las garantías de no repetición (Frühling, 2003), lo que concuerda con lo establecido por los *“Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”*²⁸.

En este contexto es posible citar las siguientes formas básicas y no excluyentes de reparación individual y colectiva:

2.3.1. La restitución (*restitutio in integrum*).

Las medidas de restitución buscan afirmar y devolver al derecho a su estado anterior del hecho denunciado -reponer el estado de cosas a la situación original-, por ello es la forma idónea de reparación y por eso a la vez solo proceden si el derecho

no fue inutilizado o desnaturalizado por completo, en cuyo caso debe acudir a medidas de indemnización como sucede por ejemplo cuando la víctima ha fallecido.

2.3.2. La rehabilitación de la víctima.

Referida a la rehabilitación y recuperación²⁹ de la víctima mediante tratamiento psicológico de por vida³⁰, atención médica³¹ con la provisión de medicinas gratuitas³², cursos de capacitación, beca de estudios superiores o universitarios³³, entre otros que buscan en definitiva recomponer su calidad y proyecto de vida.

2.3.3. Aspectos generales de la indemnización.

La indemnización (especie) se constituye en una forma de reparación (género) para compensar económicamente a las víctimas por el menoscabo a sus derechos, en este contexto y respecto a la indemnización tenemos que la indemnización (especie) refiere exclusivamente a un aspecto económico que procede únicamente a favor de la víctima, y la reparación (género) en cambio puede alcanzar a

29 La víctima al igual que el imputado puede requerir tras el delito su resocialización.

30 Cfr. Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 89.

31 Cfr. Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109.

32 Cfr. Corte IDH. *Caso De la Cruz Flores Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115.

33 Cfr. Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88.

28 Basado en los trabajos de la antigua Comisión de Derechos Humanos a partir de los informes de cuatro ilustres juristas contemporáneos: el francés Louis Joinet, el holandés Theo Van Boven, el egipcio-estadounidense M. Cherif Bassiouni y la norteamericana Diane Orentlicher.



la sociedad y exceder lo económico, por ejemplo cuando se traduce en medidas de no repetición, además la indemnización es de carácter subsidiario a la restitución. En el caso *Daison Aloeboetoe* y otros la Corte IDH sostuvo: “*En cuanto al futuro, el artículo 63.1 dispone que se ha de garantizar al lesionado el goce del derecho o de la libertad conculcados. Respecto del tiempo pasado, esa prescripción faculta a la Corte a imponer una reparación por las consecuencias de la violación y una justa indemnización*”³⁴.

Asimismo, considerar que debe existir una relación –proporcionalidad- entre el monto y la violación de derechos, de forma que: “*las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento, ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores...*”³⁵, porque la reparación no tiene una naturaleza sancionatoria o ejemplarizadora³⁶, debiendo considerar además el contexto económico, social del Estado demandado³⁷.

2.3.3.1. La Indemnización por daño material.

El daño material: “*...supone la pérdida o detrimento de los ingresos de la víctima, los gastos efectuados con motivo de los*

hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso sub judice...”³⁸ que a su vez comprende:

El daño emergente (“*damnum emergens*”), referido al menoscabo directo o la destrucción material de los bienes protegidos por el derecho que incluye el salario dejado de percibir, los medicamentos, gastos de búsqueda³⁹, tratamientos médicos que los familiares se vieron obligados a tomar por la desaparición de la víctima⁴⁰, los recursos que la familia de la víctima dejó de percibir a raíz de la búsqueda de la víctima por ejemplo al tener que renunciar a su fuente de trabajo⁴¹.

El lucro cesante (“*lucrum cessans*”), referido a la ganancia o beneficio que se dejó de percibir como consecuencia de la violación del derecho humano; por ejemplo, lo dejado de ganar por la venta de un libro indebidamente censurado⁴² o cuando se intervino una empresa por parte de un Estado y su mala administración provocó que el valor de la misma decrezca significativamente⁴³.

Dentro del lucro cesante debe considerarse: “*...la expectativa de vida*

34 Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15.

35 Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92.

36 Cfr. Corte IDH. *Caso Castillo Páez Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 43.

37 En el caso *Neira Alegría y otros Vs. Perú* el juez *ad hoc* Jorge Orihuela observó que el monto dispuesto por la Corte IDH no reflejaba la realidad económica del Perú.

38 Corte IDH. *Caso Blanco Romero y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138.

39 *Ibidem*.

40 Cfr. Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92.

41 *Ibidem*.

42 Cfr. Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

43 Cfr. Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiquez Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.

de las víctimas, comprendida como el número de años adicionales que se espera que cada víctima hubiese vivido, tomando en especial consideración datos tales como la edad, sexo y zona geográfica de residencia...”⁴⁴, en este sentido en el caso Paniagua Morales se consideró que si bien la víctima se ocupaba en la labor de labrador: “...era razonable que la víctima en el transcurso de seis años (desde muerte) hubiese podido cambiar de ocupación...”⁴⁵, por lo que se efectuó el cálculo en base al salario mínimo de un comerciante informal, en el caso Cantoral Benavides se consideró que la víctima estaba a un año de graduarse de biólogo y que era previsible su graduación⁴⁶, en el caso de Diecinueve Comerciantes se dispuso el pago de los ingresos dejados de percibir por las víctimas si hubiesen seguido desarrollado su labor de comercio⁴⁷ pero a la vez la Corte IDH dejó claramente establecido que para determinar dicha expectativa se requería elementos ciertos y concretos que den lugar a fundar una presunción semejante así en el caso Bulacio se sostuvo que la víctima ganaba aproximadamente 400 pesos de propinas pero que era: “...presumible y razonable suponer que el joven Bulacio no habría desempeñado esta actividad el resto de su vida, pero no hay un hecho cierto que permita establecer la actividad o profesión que desarrollaría en el futuro,

es decir, no existen elementos suficientes para determinar la pérdida de una chance cierta”⁴⁸, en el caso Molina Theissen ante el alegato de los familiares en sentido de que la víctima pretendía estudiar ingeniería civil: “...la Corte considera que es presumible y razonable suponer que Marco Antonio habría finalizado sus estudios secundarios y continuaría estudios superiores, pero no hay un hecho cierto que permita establecer la actividad o profesión que desarrollaría en el futuro, que “debe estimarse a partir de un perjuicio cierto con suficiente fundamento para determinar la probable realización de dicho perjuicio”...”⁴⁹.

2.3.3.2. La indemnización por daño moral.

El daño inmaterial refiere a la agresión injusta a la dignidad humana, así como a la angustia y sufrimiento provocado a la víctima y a su grupo familiar así: “... el daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y a las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de las víctimas...”⁵⁰ que ante graves hechos atentatorios a la vida e integridad personal no requiere demostrarse, se califican por la Corte IDH bajo el criterio de equidad y son de carácter heredable.

44 Corte IDH. *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2001. Serie C No. 76.

45 *Ibidem*.

46 Cfr. Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88.

47 Cfr. Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109.

48 Corte IDH. *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100.

49 Corte IDH. *Caso Molina Theissen Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de julio de 2004. Serie C No. 108.

50 Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.

2.3.4. Satisfacción y las garantías de no repetición.

2.3.4.1. Medidas de satisfacción.

Para devolver la dignidad a la víctima y en el marco del principio de la integralidad de la reparación la misma también debe ser simbólica⁵¹ de tal manera que el nombre de la víctima, el lugar de los hechos, alguna obra de arte o un dibujo puedan representar un concepto e ideas –respeto al dolor sufrido, la necesidad de la no repetición de los hechos, etc.- sin necesidad de la utilización de palabras lo que por supuesto requiere de un proceso socio-cultural-histórico –piénsese por ejemplo en la cruz-, en este sentido por ejemplo: “...no basta con nacer humano para devenir en ser humano; es precisamente la capacidad para la construcción de un sistema simbólico lo que nos diferencia del resto de los animales... Tampoco basta con dejar de respirar para que un ser humano muera. Es preciso que se cumplan rituales –simbólicos y propios de cada cultura– para que un cuerpo muerto se convierta en un ser humano muerto...” (Portillo, 2007) así en este contexto al menos: “...las reparaciones simbólicas deben buscar: (i) dignificar y reconocer a las víctimas, (ii) recordar la verdad de los hechos victimizantes y (iii) solicitar perdón y asumir la responsabilidad por parte de los victimarios...” (Patiño, 2010).

La primera medida de satisfacción hacia la víctima es la propia sentencia así en el caso Myrna Mack Chang la Corte IDH sostuvo que: “...la Corte considera que dada la naturaleza del presente caso

emitir una sentencia en donde se entre al fondo del asunto constituye una forma de reparación para la víctima y sus familiares y a su vez, constituye una manera de evitar que se vuelvan a repetir hechos”⁵² además de ello tenemos:

- Realizar actos públicos en los cuales el Estado reconozca su responsabilidad internacional⁵³.
- Erigir monumentos en honor a las víctimas⁵⁴ en los cuales aparezca el nombre de las víctimas⁵⁵ o dar una plaza o calle el nombre de la o de las víctimas.
- Publicar las sentencias de manera total o parcial en diarios o su lectura en medios de comunicación⁵⁶ en su caso dicho cumplimiento implica la traducción del fallo a un idioma indígena⁵⁷ o solo con las iniciales de las víctimas para no dañar su imagen⁵⁸ o estigmatizar a la víctima⁵⁹.

52 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101.

53 Cfr. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

54 Cfr. Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109.

55 Cfr. Corte IDH. *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.

56 Cfr. Corte IDH. *Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190.

57 Cfr. Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116.

58 Cfr. Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 4 de julio de 2006.

59 Cfr. Voto concurrente del Juez García en el caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia.

51 Así en el derecho anglosajón existe la posibilidad de que el demandado deba entregar al demandante un centavo.

- Disponer la búsqueda de los restos mortales de la víctima⁶⁰ y entregarlos a sus familiares así en el caso Gómez Palomino se sostuvo que se: *“...considera indispensable que el estado realice con la debida diligencia las actuaciones necesarias tendientes a localizar y hacer entrega de los restos mortales del señor Santiago Gómez Palomino a sus familiares, a fin de que estos puedan realizar los ritos funerarios según sus costumbres y creencias...”*⁶¹.

2.3.4.2. Garantías de no repetición.

Finalmente, la reparación debe permitir la superación de un estado de violencia institucionalizada así para la Corte IDH es claro que incluso resulta implícito en todo fallo de la Corte IDH la obligación de los Estados de adoptar las medidas pertinentes para evitar la reiteración de los hechos que dieron lugar a la declaración de responsabilidad internacional⁶² y que todo Estado: *“...está obligado, en virtud de los deberes generales de respetar los derechos y adoptar disposiciones de derecho interno (arts. 1.1 y 2 de la Convención) a adoptar las medidas necesarias para asegurar que violaciones como las que han sido declaradas en la presente sentencia no se producirán de nuevo en su jurisdicción...”*⁶³; es decir las

garantías de no repetición buscan evitar que los hechos vulneratorios de los derechos humanos se repitan.

Pese a lo anteriormente referido debe aclararse que las garantías de no repetición exceden a la figura de la reparación y se constituyen en un deber independiente de los Estados –exista o no una declaración judicial de responsabilidad de los Estados– así en el caso Villagrán Morales y otros pese a que el Estado no fue condenado a tomar medidas judiciales, administrativas o de otra índole se determinó que de todas formas el Estado: *“...debe implementar en su derecho interno al citado Art. 2 de la convención las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias...”*⁶⁴ para prevenir que los hechos juzgados se repitan en el futuro esto porque en general: *“...la injusticia no es un acto azaroso, donde la impunidad representa solo un caso aislado, sino que es de orden estructural; ello demanda una serie de reformas políticas, sociales, económicas y de carácter cultural, moral y psicosocial...”* (Bottinelli, 2007) y porque están directamente relacionadas al deber de los Estados de: *“...adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades...”*⁶⁵ consignado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2.3.5. Costas y Gastos.

Las costas y gastos hacen referencia a toda

60 Cfr. Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109.

61 Corte IDH. *Caso Gómez Palomino Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136.

62 Cfr. Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

63 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.

64 Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77.

65 CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Artículo 2.

remuneración (abogados, transporte, llamadas, etc.) en la que debió incurrir la víctima o víctimas ante las instancias internas -judiciales o administrativas- o internacionales para restablecer sus derechos mediante el proceso.

3. DEFICIENCIA DE LA REPARACIÓN EN LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES.

Respecto a los tribunales penales internacionales *ad hoc* como el Ruanda o el creado para la ex – Yugoslavia que nacieron amparados en el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas con el objetivo básico de poner fin a diferentes crímenes por lo que se entendió que únicamente era posible disponer la *restitución* de las ganancias y bienes adquiridas por las conductas criminales pero no disponer indemnizaciones económicas y menos a cargo de los Estados pues la responsabilidad investigada es la individual pese a ello se concluyó que con dichos fallos era posible acudir a los órganos jurisdiccionales internos para solicitar la correspondiente reparación.

En el marco de la Corte Penal Internacional si bien existe un gran avance en materia de reparaciones en comparación a los tribunales referidos anteriormente pues para solicitar la reparación la víctima no está obligada a participar en el proceso e incluso se crea un Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas⁶⁶ pudiendo la Corte Penal Internacional emitir órdenes de reparación a favor de las víctimas⁶⁷ -entendiéndose relacionados a los hechos que dieron lugar a la condena- no reparación no es integral pues no

puede sancionar al Estado, ni desarrolla garantías de no repetición pero además no puede obligar a los Estados a asumir por ejemplo las indemnizaciones en cuyo caso también se entiende que dicho fallo sirve para acudir a los órganos jurisdiccionales internos para determinar la correspondiente responsabilidad estatal.

Finalmente, en lo referente a los estándares o parámetros de la integralidad de reparación la Corte IDH para alcanzar dicha integralidad incluso prevé un ítem denominado “*otras formas de reparación*” pese a ello en la jurisprudencia es evidente que no resulta claro todavía la diferenciación de los elementos de la reparación originada probablemente en su propia complejidad; así por ejemplo, en los fallos de la Corte IDH la adecuación de la normativa interna a los parámetros establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos respecto a normas que regulan un determinado procedimiento penal a la vez puede constituir una medida de satisfacción al caso concreto o una garantía de no repetición con efecto *erga omnes* a otros casos, o el deber de investigar hasta esclarecer los hechos puede constituirse en una garantía de no repetición, una medida de satisfacción pero a la vez *per se* constituirse en el derecho a la verdad.

Por otra parte debe observarse que si bien la Corte IDH entiende que: “...*el proceso se dará por concluido una vez que el estado haya dado cabal aplicación a lo dispuesto en el presente fallo...*”⁶⁸ lo que incluye por supuesto a las medidas

66 CORTE PENAL INTERNACIONAL. Reglas de Procedimiento y Prueba. Regla 98.

67 ESTATUTO DE ROMA. Artículo 75.

68 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101.

de reparación por lo general existe en la práctica una notable demora en su cumplimiento que contraviene el derecho de acceso a la justicia, puede provocar revictimización e impunidad –piénsese por ejemplo en la muerte del autor de una violación a los derechos humanos- de esta manera es indudable que el trabajo de la Corte IDH y por ende el seguimiento a sus decisiones sea permanente, exista un fondo para el pago a víctimas hasta que el Estado responsable reintegre el pago y se creen mecanismos efectivos para obligar a los Estados a cumplir con sus obligaciones internacionales.

4. DEFICIENCIA DE LA REPARACIÓN EN LOS TRIBUNALES PENALES BOLIVIANOS.

Todo Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene:

...el deber... de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras al través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado, y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos...⁶⁹

Esto porque el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que los Estados tienen el deber de “...adoptar, con arreglo a sus

procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades...” lo que alcanza por supuesto al Órgano Judicial que debe asimilar que la reparación no es únicamente económica así en el caso de las Masacres de Ituango se sostuvo que: “...en los términos de la obligación de reparación que surge como consecuencia de una violación de la Convención, el proceso contencioso administrativo no constituye per se un recurso efectivo y adecuado para reparar en forma integral esa violación”⁷⁰ sino que se requería además de medidas de rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

En todo caso: “...la obligación de garantizar los derechos humanos consagrados en la Convención no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos...”⁷¹.

En este contexto, el artículo 113-I de la Constitución boliviana reconoce que: “La vulneración de los derechos concede a las víctimas el derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna” y por otra parte que: “...en un proceso penal

70 Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148.

71 Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.

69 *Ibidem*.

*podrá intervenir de acuerdo con la ley, y tendrá derecho a ser oída antes de cada decisión judicial. En caso de no contar con los recursos económicos necesarios, deberá ser asistida gratuitamente por una abogada o abogado asignado por el Estado*⁷² asesoramiento que por supuesto debería alcanzar a la etapa de reparaciones dentro del proceso penal pero que todavía no fue desarrollado normativamente o institucionalmente.

Por su parte, el legislador ordinario en uso de su libertad configuradora al desarrollar el Código de Procedimiento Penal considera como víctima:

- 1) A las personas directamente ofendidas por el delito;
- 2) Al cónyuge o conviviente, a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, al hijo o padre adoptivo y al heredero testamentario, en los delitos cuyo resultado sea la muerte del ofendido;
- 3) A las personas jurídicas en los delitos que les afecten; y,
- 4) A las fundaciones y asociaciones legalmente constituidas, en aquellos delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la fundación o asociación se vincule directamente a estos intereses...

En este contexto, el artículo 14 del Código de Procedimiento Penal establece que: *“...de la comisión de todo delito nacen: la acción penal para la investigación del hecho, su juzgamiento y la imposición*

72 BOLIVIA. Constitución Política del Estado. Artículo 121-II.

de una pena o medida de seguridad y la acción civil para la reparación de los daños emergentes” y respecto al procedimiento se establece que emitida la correspondiente sentencia condenatoria la víctima puede optar por acudir a la vía civil o al juez de sentencia para: *“...solicitar al juez de sentencia que ordene la reparación del daño causado o la indemnización correspondiente...”*⁷³ debiendo la demanda dirigirse contra: *“... el condenado o contra aquel a quien se le aplicó una medida de seguridad por inimputabilidad o semi-imputabilidad y/o contra los terceros que, por previsión legal o relación contractual son responsables de los daños causados...”*⁷⁴ y una vez admitida el juez puede disponer: *“...en su caso pericias técnicas para determinar la relación de causalidad y evaluar los daños y medidas cautelares reales que considere conveniente...”*⁷⁵ y debe señalar audiencia en un plazo de cinco días en cuyo desarrollo se intenta una conciliación para luego de producida la prueba emitirse resolución apelable en efecto devolutivo. De lo anterior puede extraerse lo siguiente:

- El texto constitucional no desarrolla con mayor precisión los elementos de la reparación a favor de las víctimas además que no se llegó a desarrollar normativa, ni institucionalmente el apoyo y asesoramiento a las víctimas de violaciones de derechos humanos referido por el texto constitucional.
- El Código de Procedimiento Penal se

73 BOLIVIA. Código de Procedimiento Penal. Artículo 382.

74 BOLIVIA. Código de Procedimiento Penal. Artículo 383.

75 BOLIVIA. Código de Procedimiento Penal. Artículo 385-IV.

limita a la restitución e indemnización sin prever la rehabilitación, las medidas de satisfacción y menos a las garantías de no repetición como parte integrante de la reparación por lo que la misma no es integral.

- En un proceso penal no existe posibilidad de determinar la responsabilidad institucional del Estado lo que provoca que incluso la indemnización este únicamente a cargo del victimario de forma que si el mismo no cuenta con bienes o en su momento se deshizo de los mismos la víctima quedará burlada independientemente a la actividad u omisión del Estado.
- La configuración de la etapa preparatoria del proceso penal boliviano se enfoca únicamente a la comisión del delito de forma que no incluye elementos que de darse una sentencia condenatoria demuestren luego qué medidas son las apropiadas para determinar qué se dañó y cómo reparar.
- La calificación de la indemnización no prevé el daño moral.

5. CONCLUSIONES.

- El diseño del proceso penal boliviano re-victimiza, y como lo saben las víctimas, desalienta las denuncias por ejemplo de violencia familiar, de forma que una mujer que depende económicamente de su esposo abusador incluso si logra una condena en su contra posteriormente su propia dependencia provocará que sea la más perjudicada.
- La integralidad de la reparación obliga a que la reparación tenga un

enfoque como un *proceso* y no solo como un momento procesal así es indispensable que: *“La reparación no debe entenderse como un elemento añadido a las resoluciones de la Corte, ni siquiera como una acción “complementaria” a las medidas de carácter penal. La reparación debe entenderse como una forma de justicia en sí”* (Bottinelli, 2007) es decir excede a la indemnización económica de las víctimas sino busca recomponer a la sociedad. En Bolivia los procesos penales duran años en este sentido el proceso de reparación es un proceso nuevo a cargo de la víctima de forma que concluido el proceso principal la víctima pensará dos veces el costo y las penurias de iniciar un nuevo proceso de reparación.

- La jurisdicción internacional no se encuentra subordinada a la jurisdicción de la Corte IDH sino que la misma le es subsidiaria ello por ejemplo provoca que pueda plantearse un caso al sistema interamericano porque la reparación en el derecho interno es insuficiente y ello mismo obliga a que los Estados otorguen reparaciones que consideren los estándares internacionales y elementos que hacen a la reparación entre las cuales se encuentran las garantías de no repetición.
- El marco normativo e institucional boliviano en materia penal no desarrolla la rehabilitación, las medidas de satisfacción y las garantías de no repetición, en la calificación de la indemnización no se prevé el daño moral, no se consideran las particularidades culturales o de género y tampoco se considera la jurisprudencia de la

Corte IDH a momento de disponer una reparación, de forma que la misma no es integral.

6. BIBLIOGRAFÍA.

Bottinelli María Cristina. (2007). La impunidad como crimen de lesa humanidad. 10 de septiembre de 2017, de IIDH Sitio web: www.fepra.org.ar/docs/Aportes_psicosociales.pdf

Frühling Michael. (2003). Reflexiones sobre los principios concernientes al derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación. 10 de julio de 2017, de Naciones Unidas Sitio web: <http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/po0328.pdf>

García Ramírez Sergio. (2008). Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1 de agosto de 2017, de UNAM Sitio web: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/admisi_n_de_la_competencia.pdf

Gómez Isa Felipe. (2008). El fenómeno de la impunidad: luces y sombras en América Latina. 1 de agosto de 2017,

de Pensamiento Iberoamericano Sitio web: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2873338>

Guilis Graciela. (2004). La reparación: acto jurídico y simbólico. 5 de agosto de 2017, de IIDH Sitio web: <file:///C:/Users/MAQ01/Downloads/3>.

Hernando Barreto Ardila. (2009). Las víctimas en el proceso de justicia y paz. 3 de agosto de 2017, de Universidad Externado Sitio web: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/518>

Patiño Yepes Álvaro Alfonso. (2010). Las reparaciones simbólicas en escenarios de justicia transicional. 10 de julio de 2017, de Revista Latinoamericana de Derechos Humanos Sitio web: <http://www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos/article/view/1928>

Portillo Carlos. (2007). Atención integral a víctimas de tortura en procesos de litigio. En Atención integral a víctimas de tortura en procesos de litigio: aportes psicosociales. Costa Rica: IIDH.



Archivo Central - MUSEF

La Paz - Plaza España "1920" Aprox.

INFRACCIÓN DEL DEBER DE PREAVISO Y COMPENSACIÓN POR CLIENTELA EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN MERCANTIL. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE MARZO DE 2016 (RJ 2016/858)*

*Martín González-Orús Charro***
martinorus87@gmail.com

Presentado: 01 de Septiembre de 2017. Aceptado: 28 de Noviembre de 2017

RESUMEN

Los contratos de distribución continúan generando mucha polémica por su carácter atípico. A falta de una regulación específica al respecto, la jurisprudencia procura las soluciones a los principales problemas que se plantean en la práctica contractual. La sentencia que se comenta en este trabajo aborda dos cuestiones. La primera gira en torno al incumplimiento del preaviso en el desistimiento unilateral de los contratos de duración indefinida. La segunda abarca la necesidad de una tutela patrimonial del distribuidor una vez finalizada la relación, concretamente analiza el derecho a la compensación por clientela.

Palabras clave: Contratos de distribución, denuncia unilateral, preaviso, compensación por clientela.

SUMMARY

Distribution contracts continue to generate a lot of controversy due to their atypical nature. In the absence of a specific regulation in this regard, jurisprudence seeks solutions to the main problems that arise in contractual practice. The sentence discussed in this paper addresses two issues. The first turns around the noncompliance of the forewarning in the unilateral withdrawal of indefinite duration contracts. The second covers the need for a patrimonial protection of the distributor once the relationship ends, specifically, it analyzes the right to compensation for customers.

Keywords: Distribution contracts, unilateral complaint, forewarning, compensation for customers.

* Artículo de investigación producto del Programa de Investigación del Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis de la Carrera de Derecho, Universidad Mayor de San Andrés, desarrollado en la gestión 2017.

** Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. Abogado. Profesor colaborador de la Universidad Internacional de La Rioja. Profesor Asociado de Derecho Mercantil de la Universidad de Salamanca. Miembro del Comité Editorial de la Revista Jurídica Derecho, editada por el Instituto de Investigaciones y Seminarios de la Universidad Mayor de San Andrés (Bolivia). Coordinador de la obra monográfica anual: «Reflexiones sobre Derecho Privado Patrimonial», editada por Ratio Legis.

I. ANTECEDENTES DEL CASO

El caso analizado gira en torno a un contrato de distribución en exclusiva concertado entre el distribuidor Felipe Borrás, S. L., empresa dedicada a la comercialización de maquinaria y productos agrícolas por toda España, y Campagnola Ibérica de Suministros Agrícolas, S. L. (en adelante Campagnola Ibérica), filial de la matriz italiana Campagnola, S. R. L. (en adelante Campagnola Italiana), dedicada a la fabricación de maquinaria agrícola.

Ambas partes firmaron el contrato en mayo de 2005 bajo los siguientes términos:

- 1) Felipe Borrás comercializará para toda España un aparato vibrador, denominado «Toro», fabricado por Campagnola, S.R.L.
- 2) Campagnola, S.R.L. fabricará un nuevo vareador eléctrico, que se comercializará con el nombre de «Alice» y concederá a Felipe Borrás la exclusividad comercial en España, excepto la comunidad Valenciana y Cataluña, territorios que serán compartidos.
- 3) Felipe Borrás no renovará el acuerdo comercial con la empresa Volpi Originale para la comercialización del vareador eléctrico denominado «Giulivo», que hasta esa fecha venía vendiendo en exclusiva para toda España.

Comenzada la relación comercial, entre julio y septiembre de 2006, Felipe Borrás recibe 52 aparatos «Toro», devolviendo varios de ellos por presentar ciertos problemas mecánicos. Paralelamente, se inicia la fabricación del modelo «Alice», y se encarga al distribuidor la realización

de algunas pruebas para analizar las diversas modificaciones y mejoras que sobre él debían efectuarse. Tras un estudio de campo, Felipe Borrás emite un informe del nuevo producto el 26 de abril de 2006.

En mayo de 2007, Felipe Borrás recibe un e-mail de Campagnola Italiana en el que le reconoce su buena labor relativa al aparato «Alice» y le ratifica la exclusiva territorial de distribución para el territorio antes indicado. En febrero de 2008, recibe otro e-mail de la compañía italiana para confirmar sus relaciones comerciales y solicitar su ayuda para solucionar los problemas del vareador «Alice». Asimismo, le pide que canalice los contactos a través de su filial en España, Campagnola Ibérica.

En mayo de 2008, el distribuidor recoge de sus clientes todos los vareadores «Alice», vendidos en la anterior campaña, para realizar sobre ellos una modificación importante en su mecanismo, la cual fue efectuada, tanto por operarios de Campagnola Italiana como de Felipe Borrás. Una vez superados los problemas técnicos del vibrador «Toro» y del vareador «Alice», la compañía italiana envía otro e-mail a Felipe Borrás con las indicaciones del «Alice» para la campaña 2009/2010.

Sin embargo, los problemas acaecen en febrero de 2009, cuando Felipe Borrás comienza a percibir un enfriamiento de la relación comercial al recibir varios e-mails por parte de Campagnola Italiana, donde le insta a retirar toda la publicidad de su página web relativa a «Toro» y «Alice». Ante esta circunstancia, Felipe Borrás envía un burofax a la compañía italiana pidiendo explicaciones de lo ocurrido,

de modo que, si no recibía respuesta, entendería resuelto unilateralmente el contrato. No hubo contestación alguna y Campagnola Ibérica expuso los productos «Toro» y «Alice» en una feria, indicando expresamente que eran distribuidos directamente por ella.

Felipe Borrás demandó a Campagnola Ibérica y solicitó, conforme al art. 1101 CC, bien en apoyo a la teoría del enriquecimiento injusto, o por aplicación analógica de las normas del contrato de agencia, que fuera condenada al pago de una indemnización por la resolución unilateral del contrato. El resarcimiento estaba constituido por los siguientes conceptos y cantidades:

- a) Disminución de los ingresos sobre previsiones y paralización en los ingresos por actividad: 778.980 €.
- b) Gastos en promoción y mejora del diseño y funcionamiento que no podrán ser amortizados: 97.487,56 €.
- c) Devengo de gastos no previstos: 25.219,91 €.

En total, 901.687,47 €.

La sentencia de primera instancia apreció falta de legitimación pasiva de la demandada por considerar que quien había mantenido la relación contractual con la demandante no era la filial española, sino la matriz italiana, a quien debía haber demandado. Por este motivo, el juzgado desestimó la demanda.

Felipe Borrás interpuso recurso de apelación, que resultó estimado por la Audiencia Provincial en base a las siguientes y resumidas razones:

- (i) Entre la matriz italiana y la filial española existe una confusión de personalidad jurídica, ya que esta última se creó únicamente con carácter instrumental para la comercialización y facturación de los productos en territorio español, reservándose la primera la toma de todas las decisiones importantes. Por esta razón, resulta indistinto demandar a una u otra empresa, porque ambas son la misma.
- (ii) La demandante tenía la exclusiva de venta de los productos «Toro» y «Alice» en una zona equivalente al 80-90% del territorio olivarero español.
- (iii) Felipe Borrás ha llevado fundamentalmente la promoción e introducción de ambos productos en el mercado español desde el año 2005. Además, realizó un labor de asistencia técnica para mejorar las dos máquinas y adaptarlas a las necesidades de la clientela española, procediendo a la retirada y devolución de los productos defectuosos para su reparación.
- (iv) El contrato se extinguió formalmente el 23 de abril de 2009, sin apreciar incumplimiento alguno por parte del distribuidor u otra causa justificativa de la terminación, de modo que fue calificada como denuncia unilateral del proveedor.
- (v) Procede la indemnización solicitada en la demanda, por los conceptos y cuantías en ella reseñados.

Conocido el fallo de la sentencia dictada en segunda instancia, Campagnola Ibérica interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de recurso de casación ante el Tribunal Supremo, dando

lugar a la sentencia de 16 de marzo de 2016, objeto de este comentario.

II. CONSIDERACIONES GENÉRICAS AL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN EN EXCLUSIVA Y A SU SITUACIÓN JURÍDICA ACTUAL

El asunto controvertido versa sobre un contrato de distribución en exclusiva, también denominado «contrato de concesión mercantil». Se define como un acuerdo por el cual un empresario se compromete a adquirir en determinadas condiciones, productos normalmente de marca, a otro que le otorga una cierta exclusividad en una zona, y a revenderlos también bajo ciertas condiciones, así como a prestar a los compradores de estos productos asistencia una vez realizada la venta¹.

Esta figura aparece encuadrada dentro de la categoría «contratos de distribución en sentido estricto»² y presenta unas

características propias. Es una relación jurídica de carácter mercantil, puesto que se ejecuta en el ámbito de los actos del comercio (art. 2 CCom). Es un contrato bilateral-sinalagmático, porque despliega obligaciones para ambas partes y cada prestación trae su causa o razón de ser en la del otro contratante. Además, es un acuerdo de colaboración entre empresarios, porque procura una estrecha cooperación entre ambas partes para la satisfacción de sus intereses económicos, que resultan paralelos.

Correlativamente a lo que acabamos de apuntar, cabe decir que es un contrato de confianza³, tradicionalmente ligado a un *intuitu personae* que, según la doctrina, ha ido cediendo progresivamente en favor del *intuitu instrumentii* o *tabernae*. Esta afirmación se apoya en que la causa principal del negocio ya no descansa tanto en la persona del distribuidor, sino en sus aptitudes técnicas para comercializar los productos⁴. Sin embargo, aún se recurre con cierta frecuencia al *intuitu personae* como mecanismo que proporciona al proveedor un absoluto control sobre el acceso de nuevos distribuidores a su red comercial. Así, por ejemplo, se impide la sucesión mortis causa de un tercero

1 Definición aportada por el art. 2.3 del Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, que regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores (BOE 13 marzo 2010). Esta norma desarrolla el art. 62 de la Ley, 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista, de 15 de enero (BOE 17 enero 1996) y sustituye al RD 2485/1998, de 13 de noviembre (BOE 26 noviembre 1998).

2 Dentro de esta categoría se incluyen también el contrato de distribución selectiva o autorizada y la franquicia de distribución. Ambas modalidades contractuales, junto con la de distribución en exclusiva o concesión, comparten dos notas caracterizadoras básicas: 1) la actuación por cuenta propia del distribuidor, quien asume los riesgos derivados de su actividad económica, y 2) su plena integración en la red comercial del proveedor con el que colabora. Al margen de estos dos aspectos, cualquier otro contrato que sea útil para realizar la distribución y que no reúna alguno de estos dos requisitos, queda excluido de esta clasificación y se integra en otra denominada “contratos de distribución en sentido amplio” (a modo de ejemplo: el contrato de comisión, la agencia, el contrato estimatorio, la licencia de marca, etc.). Sobre el

asunto, consúltese: Carbajo Cascón, F. (2015): «Mercado, sistemas y contratos de distribución comercial». En Carbajo Cascón, F. (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 35-49, 39 y ss.

3 SSTS de 28 de febrero de 1989 (RJ/1989/1409); de 21 de diciembre de 1992 (RJ/1992/10705); y de 17 de mayo de 1999 (RJ/1999/4046).

4 En este sentido: Iglesias Prada, J. L. (1978): «Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil». En AAVV, *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*. Madrid: Civitas, p. 249-281, 277-278; y Galán Corona, E. (2010): «Los contratos de distribución. Ideas generales». En Herrero García, M. J. (Dir.), *La contratación en el sector de la distribución comercial*. Pamplona: Aranzadi, p. 21-40, 27-28.

(sucesor) en la posición contractual del distribuidor (persona física) ante su fallecimiento. También se dificulta sobremanera la subcontratación, supeditada al expreso consentimiento del proveedor y para casos en que el concesionario garantice que la distribución se efectuará de igual manera en que éste venía ejecutándola, de modo que no se aprecie diferencia entre su actuación y la del subcontratista.

Por otra parte, la concesión se cataloga como un «contrato marco», en tanto que implica una organización de relaciones jurídicas complejas. Además, en la gran mayoría de las ocasiones, se materializa en forma de acuerdo de adhesión que integra condiciones generales a la luz del art. 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación⁵. Aquí, el distribuidor se limita a aceptar o rechazar el contenido de contrato, sin tener capacidad -o muy escasa- de negociación sobre sus términos. Su uso obedece a la necesidad del fabricante de construir una red homogénea, evitando diferencias sustanciales entre los miembros que la componen⁶.

Otro elemento caracterizador y esencial de estos contratos es la duración. Las relaciones de distribución y, particularmente la concesión, necesitan

de una colaboración prolongada entre las partes para el buen desarrollo y alcance de sus fines. El proveedor busca incrementar y consolidar su clientela con la ayuda de un tercero, mientras que el distribuidor trata de procurarse un medio de vida estable con el que pueda obtener buenos ingresos desde el principio, beneficiándose de una marca que goza de cierto renombre en el mercado. Pese a que la determinación de la duración es libre, se precisa un tiempo de vigencia mínimo que permita al concesionario la amortización de todos los gastos necesarios para iniciar el negocio y, a la vez, disfrutar durante un tiempo subsiguiente de los beneficios conseguidos⁷.

En último lugar, cabe apuntar que, pese a su indudable tipicidad social⁸, el contrato de concesión mercantil sigue siendo legalmente atípico, ya que carece de una regulación normativa acerca de su contenido⁹. No obstante, existen algunas normas relativas al Derecho Europeo de la Competencia que le afectan directamente, pero que resultan insuficientes para dar respuesta a los problemas que se producen en la práctica. Cabe citar los Reglamentos UE 330/2010, sobre acuerdos verticales¹⁰, y 461/2010, relativo al sector de vehículos a motor¹¹. Por otro lado, la escasa legislación estatal de la que disponemos en la actualidad

5 BOE 14 abril 1998. El art. 1.1 de la citada norma dispone: «Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos».

6 Vaquero Pinto, M. J. (2013): «Contratos de distribución comercial». En Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Dir.), *Tratado de contratos*, tomo III. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 3319-4221, 3637 y 3638.

7 Lara González, R. (1998): *Las causas de extinción del contrato de agencia*. Madrid: Civitas, p. 63-64.

8 En este sentido, afirma Castro Lucini, F. (1974): «Los negocios jurídicos atípicos». *Revista de Derecho Notarial*, 1974, 3: 9-34, 13 y 33, que todo negocio jurídico legalmente atípico es siempre socialmente típico.

9 Galán Corona, E. (2010), p. 28.

10 DOL 23 abril 2010.

11 DOL 28 mayo 2010.

sólo aborda determinadas cuestiones relativas al contrato de franquicia. El art. 62 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM) y el Real Decreto 201/2010 que lo desarrolla, regulan ciertos deberes precontractuales de información e instauran el Registro de franquiciadores junto con sus normas de funcionamiento.

En consecuencia, es la autonomía de la voluntad la que nutre de contenido al contrato, supeditada a los límites del art. 1255 CC¹² y, muy especialmente, a los impuestos por el Derecho de la competencia. Sin embargo, los contratos de distribución comparten ciertas afinidades con otros negocios típicos, como por ejemplo, el contrato de agencia, de modo que es muy recurrente la aplicación analógica de su normativa específica (Ley 12/1992 del Contrato de Agencia¹³) para llenarlos de contenido en la medida de lo posible. También se acude a la legislación en materia de propiedad industrial, ya que es muy frecuente que el acuerdo incorpore licencias de uso sobre signos distintivos, patentes, *know-how*, etc.

En los últimos años, han sido múltiples, aunque infructuosos, los intentos por regular los contratos de distribución. El primer texto que surge es la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución, elaborada en 2006 por la Sección de Derecho mercantil de la

Comisión General de Codificación (en adelante, PALCD)¹⁴. En el año 2008, fue promovida una Proposición de Ley de Contratos de Distribución (PLCD) por la Federación de Asociaciones de Concesionarios de Automoción (FACONAUTO), quedando en un simple intento por no alcanzar las firmas necesarias¹⁵. Más esperanzador resultó el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 29 de junio de 2011 (en adelante, PrLCD)¹⁶, pero que no llegó a buen puerto como consecuencia de la disolución de las Cortes Generales en septiembre de 2011. Los dos últimos textos de interés surgen, no para procurar una exclusiva regulación de los contratos de distribución, sino con el objetivo de modernizar el Derecho Privado en General, que, desde hace años, necesitaba una renovación para adaptarlo a la realidad socio-económica actual. El primero es la Propuesta de Código Mercantil de 2013 (PROCOMER), encargada a la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de la Codificación para sustituir al Código de comercio de 1885¹⁷. El segundo es la

12 Vid. Castro Lucini, F. (1974), p. 19-20. Castro Lucini, F.; Chuliá Vicent, E. y Beltrán Alandete, T. (1995): *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*, vol. II. Barcelona: Bosch, p. 340-341; Díaz-Ambrona Bardají, M. D. (1998): «Los contratos atípicos». *Actualidad Civil*, 1998, 2: p. 345-362, 345 y 354; y Olmo Gascón, A. M. (2003): *La franquicia. Un procedimiento de descentralización productiva desregulado laboralmente*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 43.

13 BOE 29 mayo 1992.

14 Puede consultarse en el Boletín Oficial del Ministerio de Justicia núm. 2006, págs. 216 a 227. Para mayor información sobre los antecedentes y contenido del Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución, consúltese Alonso Soto, R. (2010): «El Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución». En Vázquez Albert, D. (Dir.), *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 33 y ss.

15 BOCG 11 de abril de 2008.

16 BOCG, Serie A. Núm. 138-1.

17 Fue realizada a petición del Gobierno a través de la Orden de 7 de noviembre de 2006. Para una visión general de la regulación de los contratos de distribución en la PROCOMER, consúltese: Cañabate Pozo, R. (2014): «Nueva perspectiva de regulación de los contratos de distribución», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2014, 11: p. 23 a 42.

reciente Propuesta de Código Civil de 2015 (PCC) elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, que dedica a estos contratos una regulación detallada en su Título IX (“De los contratos de distribución”) del Libro V (“De las obligaciones y contratos”)¹⁸. Todos ellos serán utilizados de forma recurrente a lo largo del trabajo.

III. DURACIÓN INDEFINIDA Y DESISTIMIENTO UNILATERAL DEL CONTRATO

Sin perjuicio de la necesidad de una duración mínima, el contrato de distribución en exclusiva puede pactarse tanto por tiempo determinado como indefinido (art. 1255 CC). Conforme establece el art. 23 LCA, aplicable por analogía a este tipo contractual (art. 4.2 CC): «*El contrato de agencia podrá pactarse por tiempo determinado o indefinido. Si no se hubiera fijado una duración determinada, se entenderá que el contrato se ha pactado por tiempo indefinido*». La misma línea han seguido las propuestas en materia de contratos de distribución. A modo de ejemplo, la PCC dispone: «*Salvo pacto en contrario, se entiende que el contrato de distribución se ha pactado por tiempo indefinido*» (art. 5104-1.1 PCC. De manera similar: arts. 20 PALCD, 22 PLCD, 21 PrLCD y 543-18 PROCOMER). Se consolida la libertad de pacto acerca de la duración, añadiendo que, a falta de acuerdo

expreso, el vínculo se entiende pactado por tiempo indeterminado¹⁹.

El supuesto discutido en la sentencia abarca un contrato de duración indeterminada, cuya forma más característica de extinción es el desistimiento *ad nutum*, que constituye una facultad unilateral inherente a cada una de las partes para darlo por finalizado en cualquier momento. Sin embargo, es preciso la observancia de ciertos requisitos para su ejercicio.

1. Fundamento y requisitos del desistimiento *ad nutum*: el preaviso

Nuestro Derecho no regula con carácter general la facultad unilateral de terminación para las relaciones por tiempo indeterminado, pero sí se reconoce de forma unánime por la doctrina²⁰.

19 Esta medida tiene su origen en el Derecho laboral, encaminada a proteger al trabajador frente a la contratación encadenada que utilizaba el empresario de forma abusiva para impedir proporcionarle una estabilidad indefinida en la empresa y, de este modo, abaratar el coste del despido en caso de querer ejercitarlo.

20 Entre otros: Díez-Picazo y Ponce de León, L. (2008): *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, vol. II, *Las relaciones obligatorias*. Pamplona: Aranzadi, p. 1088 y Vaquero Pinto, M. J. (2006): «El desistimiento unilateral en los contratos de duración indefinida». En Llamas Pombo, E. (Coord.), *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, tomo II. Madrid: La Ley, p. 897-914, 899-900. En relación a los contratos de distribución: Lascorz Collada, M. C. (2015): «El desistimiento unilateral (*termination at will*) en los contratos de larga duración: análisis del *Common Law* en los contratos de distribución». *Revista de Derecho Patrimonial*, 2015, 36: p. 251-276, 255; Vaquero Pinto, M. J. (2015): «Duración del contrato y extinción del contrato por tiempo determinado y por tiempo indefinido: el preaviso». En Carbajo Cascón, F. (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 517-545, 526 y ss.; Alcalá Díaz, M. A. (2015): «El pacto de duración y extinción anticipada de los contratos de distribución». En Alcalá Díaz, M. A. (2015): *Los contratos de distribución comercial: aspectos económicos y jurídicos*.

18 Puede consultarse en Asociación de Profesores de Derecho Civil (Coord.) (2016): *Propuesta de Código Civil. Libros Quinto y Sexto*. Valencia: Tirant lo Blanch. Concretamente, la parte relativa a los contratos de distribución se encuentra en las páginas 254-268, cuya redacción ha sido elaborada por los profesores Fernando Gómez Pomar y Aristides Jorge Vieira González.

El fundamento de esta modalidad de extinción descansa en la protección de la libertad de los contratantes frente a la vinculación perpétua, prohibida expresamente por el art. 1583 CC en materia de arrendamiento de servicios: «*Puede contratarse esta clase de servicios sin tiempo fijo, por cierto tiempo o para una obra determinada. El arrendamiento hecho por toda la vida es nulo*». Este precepto ha servido de base para crear una regla general.

El desistimiento constituye un derecho que se le concede a cada parte²¹ y cuyo ejercicio no puede prohibirse ni sancionarse por pacto contractual²². Es un acto voluntario y libre, porque quien lo ejercita no está obligado a justificar su decisión en base a alguna causa concreta (*ad nutum*) y puede hacerlo cuando quiera. Una vez ejercitado, el otro contratante tiene el deber de soportar sus efectos²³.

Ahora bien, pese a la libertad de desistir, su ejercicio queda condicionado al cumplimiento de ciertas garantías en favor de la otra parte. En este sentido, quien decide llevarlo a cabo, debe respetar unos requisitos específicos:

1. Se precisa una declaración unilateral y recepticia que ponga en conocimiento del otro contratante

Barcelona: Bosch, p. 193-244, 202 y ss.; y Zurita Herrera, P. (2012): «Duración y extinción del contrato de distribución en el proyecto de ley del contrato de distribución». *Revista de Derecho Patrimonial*, 2012, 29: p. 363-403, 376.

21 STS de 12 de mayo de 1997 (RJ/1997/4121).

22 Vaquero Pinto, M. J. (2015), p. 526.

23 En este sentido, apunta Rodríguez Marín, C. (1991): *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*. Madrid: Montecorvo, p. 206, que el deber de soportar el ejercicio del desistimiento es una verdadera obligación de la parte desistida.

la intención de extinguir el contrato. En principio, la comunicación no está sujeta a forma alguna. Sin embargo, la normativa sobre el contrato de agencia impone la forma escrita para dejar mayor constancia probatoria del mensaje: «*El contrato de agencia de duración indefinida, se extinguirá por la denuncia unilateral de cualquiera de las partes mediante preaviso por escrito*» (art. 25 LCA). Inspiradas en este precepto, las propuestas legislativas en materia de distribución también han optado por este criterio de forma: «*El contrato concluido por tiempo indefinido se extingue por la denuncia unilateral de cualquiera de las partes mediante preaviso formulado por escrito y con una antelación razonable*» (art. 5104-2.1 PCC. De manera muy similar: arts. 22.1 PALCD, 24.1 PLCD, 23.1 PrLCD y 543-20.1 PROCOMER).

Una vez tomada la decisión, la declaración produce efectos cuando llegue a conocimiento del destinatario o, en su caso, desde que, habiéndosela remitido, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe (art. 1262 CC). Como regla general, el emisor puede revocar el desistimiento, salvo que la otra parte no esté de acuerdo. En tal caso, suscita la duda de si la denuncia mantiene sus efectos o, por el contrario, se entiende realizado un nuevo desistimiento por quien no acepta la revocación del anterior. Nos posicionamos a favor de la primera solución porque entendemos que quien desiste, lo hace con todas las consecuencias, asumiendo la posible discrepancia del otro contratante en caso de arrepentimiento. Como comprobaremos a continuación, el

vínculo no finaliza inmediatamente tras la denuncia, sino a partir de un plazo cuyo cómputo comienza tras su ejercicio. Por ello, carece de sentido reiniciar el término y retrasar la extinción si el desistido se opone a la revocación del desistimiento y ya se está preparando para desvincularse del contrato.

2. Por otra parte -y como acabamos de apuntar-, el desistimiento debe ir precedido de un plazo de preaviso para que la parte desistida pueda amortiguar las consecuencias negativas que, de lo contrario, le generaría una terminación inmediata. El preaviso provoca la extinción automática llegado su vencimiento. En este sentido, puede afirmarse que la denuncia transforma el vínculo en un contrato de duración determinada, cuya terminación queda supeditada a la duración del preaviso.

Sobre el asunto, concluye CARRASCO que, si bien no todos los contratos de duración requieren de un preaviso, sí lo precisan aquéllos donde la otra parte necesite un tiempo razonable para deshacerse de sus compromisos con terceros o reestructurar sus activos²⁴. En el contrato de concesión, las partes gestionan y mantienen estructuras complejas compuestas por multitud de activos, de modo que una liquidación instantánea resulta imposible. Aunque no se haya pactado, el deber de preaviso en el contrato de distribución de duración indefinida es indispensable y se exige conforme al principio de la buena fe (cfr. arts. 7 y 1258 CC y 57 CCom)²⁵.

De lo contrario, el desistimiento es abusivo²⁶ y genera daños a la otra parte que deberán ser resarcidos, como veremos a continuación.

Ahora bien, la cuestión más polémica se plantea en torno a la determinación de los períodos de preaviso. El art. 25 LCA establece un sistema de plazos progresivo en función de la duración del contrato: «El plazo de preaviso será de un mes para cada año de vigencia del contrato, con un máximo de seis meses. Si el contrato de agencia hubiera estado vigente por tiempo inferior a un año, el plazo de preaviso será de un mes». Un sector de nuestra doctrina considera análogicamente aplicable al contrato de concesión este precepto²⁷. También es el caso de la sentencia comentada, que lo afirma en el punto noveno del fundamento de derecho cuarto: «Como quiera que la relación contractual entre las partes tuvo una duración de cuatro años, la indemnización por lucro cesante debe calcularse en función del plazo de preaviso que, por aplicación analógica del art. 25 LCA hubiera correspondido, es decir, cuatro meses». En realidad, estos plazos han resultado ser de

También: Gutiérrez Peña, F. (2002): «El desistimiento unilateral extintivo de los contratos de concesión mercantil o distribución comercial en nuestra jurisprudencia». En *Miscelánea de derecho privado*. Madrid: F. Gutiérrez editor, p. 279-342, 308.

26 Entre otras: SSTs de 27 de noviembre de 2006 (TOL 1022984); de 4 de diciembre de 2007 (TOL 1227436); de 23 de diciembre de 2008 (TOL 1438954); de 13 de abril de 2010 (TOL 1830839); y de 16 de marzo de 2016 (TOL 5674619).

27 Valenzuela Garach, F. J. (1997): «El contrato de concesión mercantil y su extinción por denuncia unilateral». *Revista de Derecho Mercantil*, 1997, 225: p. 1297-1324 y Moralejo Menéndez, I. (2007) *El contrato mercantil de concesión*. Cizur Menor: Aranzadi, p. 267-268.

24 Carrasco Perera, Á. (2010): *Derecho de contratos*. Cizur Menor: Aranzadi, p. 480.

25 STS de 21 de noviembre de 2005 (RJ/2005/7677).

gran inspiración para la mayoría de las propuestas en materia de distribución, que prácticamente calcan el contenido del art. 25 LCA: «*El plazo de preaviso será de un mes por cada año de vigencia del contrato, con un máximo de seis meses. Si el contrato hubiera estado vigente por tiempo inferior a un año, el plazo de preaviso será de un mes*» (art. 543-20.2 PROCOMER. También: arts. 22.2 PALCD, 24.2 PLCD y 23.2 PrLCD).

A nuestro entender, los preavisos contenidos en la LCA no sirven para la concesión. Las diferencias existentes entre la estructura organizativa empresarial del agente y del distribuidor distan mucho entre sí, puesto que las de este último presentan una mayor e importante complejidad, lo que exige unos plazos mayores. Además, atendiendo a la integración del concesionario en la red comercial del proveedor, las exigencias de reorganización en una relación económica que presenta tantos elementos cobran una especial importancia y precisan de un proceso más duradero.

Por esta razón, consideramos que lo más apropiado es un tiempo de preaviso razonable que se ajuste a las necesidades de cada caso, facilitando, a la vez, cierta libertad para su determinación. Es la línea que mantiene la PCC: «*Las partes pueden establecer libremente los plazos de preaviso que entiendan razonables, siempre que sean iguales para ambas partes y que tengan en cuenta la posición de dependencia económica en que una de las partes del contrato se pueda encontrar respecto de la otra*» (5104-2.2 PCC). Ahora bien, determina la PCC que,

a falta de pacto sobre el tiempo de preaviso y no habiendo posición de dependencia económica entre las partes, dicho plazo será el mismo que el que establece el 25 LCA: «*Cuando las partes no se encuentren en una posición de dependencia económica el plazo de preaviso es, en defecto de otro plazo razonable pactado, de un mes por cada año de vigencia del contrato con un máximo de seis meses. Si el contrato ha estado en vigor por un período inferior a un año el plazo de preaviso es de un mes*» (art. 5104-2.3 PCC). La dependencia o equivalencia económica de los contratantes justifica la adopción de un tratamiento diferenciado. Si hay dependencia, la parte más vulnerable precisa de cierta protección, de modo que sólo procede un preaviso razonable en consideración a sus necesidades para liquidar la relación evitando ocasionarle daño alguno. En cambio, si hay equivalencia de posiciones, carece de sentido otorgar una tutela mayor a uno de los contratantes, de modo que es posible utilizar los plazos fijos predeterminados por la ley, independientemente de que resulten o no razonables. En este caso, la falta de un preaviso pactado constituye un riesgo asumido por ambas partes.

2. Indemnización por infracción del preaviso

Tal y como apunta el Alto Tribunal, la parte activa del desistimiento no realizó preaviso alguno. Además, ejercitó la denuncia sin efectuar la comunicación oportuna. Campagnola no respondió al burofax emitido por Felipe Borrás, en el que éste expresamente anunciaba que, si no recibía contestación al mismo, el contrato quedaría extinguido por

desistimiento unilateral de la otra parte. Además de no contestar, Campagnola Ibérica expuso en una Feria de España los productos “Toro” y “Alice” (cuya distribución tenía concedida en exclusiva el demandante), con expresa indicación de que ya eran distribuidos directamente por ella. Esta conducta manifiesta sobradamente la intención de Campagnola de desistir.

Y así se hace constar en la sentencia de segunda instancia: «FELIPE BORRÁS remitió Burofax, el 29 de abril de 2009, a CAMPAGNOLA IBÉRICA (dto. 71 de la demanda) en el que manifestaban: “tras más de dos años de confección de la página WEB de mi representada, a la que aluden en su correo, en la que se fijaba la exclusiva nacional, ahora le requieran para que eliminen dichos dos productos de la misma. Esto induce a pensar, que pretenden dar por resuelta la relación de forma unilateral, como se ha dicho. En base a lo anterior les requiero para que en el plazo de 5 días desde la recepción del presente burofax, indiquen con claridad si dan por resuelta dicha relación de distribución habida hasta la fecha. Les anunciamos que caso de no contestar, o de contestar que se da por resuelta la misma, se iniciarán contra Ustedes las acciones legales pertinentes, en reclamación de los daños y perjuicios que se le van a producir a mi representada, como consecuencia de su decisión”. Al burofax de FELIPE BORRÁS no se le dio respuesta alguna, por lo que quedó clara la voluntad de CAMPAGNOLA IBÉRICA de rescindir el contrato de distribución en exclusiva»

El ejercicio del desistimiento sin el preaviso genera en el contratante que lo ejercita la obligación de indemnizar si

se ocasionan daños y perjuicios a la otra parte. Señala la STS de 12 de mayo de 1997²⁸: «La falta de señalamiento de un plazo concreto de duración del contrato, permite, de acuerdo con una doctrina jurisprudencial aplicable a toda clase de contratos de duración indefinida, la resolución unilateral del contrato, sin perjuicio de las consecuencias indemnizatorias cuando la resolución del vínculo se hubiere producido en forma abusiva que produzca de manera necesaria daños y perjuicios a la otra parte»²⁹. Es lógico este planteamiento si tenemos en cuenta que el preaviso cumple una función de prevención. Si éste se omite parcial o totalmente, el concesionario se ve impedido de tomar las medidas oportunas para la liquidación de la relación jurídica que se extingue. Al no poder atemperar las consecuencias negativas de la terminación inmediata, el desistido sufre daños que deben ser indemnizados.

Las propuestas en materia de distribución no han dejado vacía esta cuestión. Así, la gran mayoría de ellas contemplan una indemnización por el incumplimiento del preaviso: «*El incumplimiento por una de las partes de lo establecido en este artículo en relación con el preaviso dará derecho a la otra parte a exigir una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por dicha causa*» (art. 543-20.6 PROCOMER. En términos exactos: arts. 24.6 PLCD y 23.4 PrLCD). En cambio, la reciente PCC va más allá, pues no sólo sanciona la omisión del deber de preavisar, sino que además extiende la obligación de resarcir si el preaviso pactado no resulta razonable en atención

28 STS de 12 de mayo de 1997 (RJ/1997/4121).

29 También: STS de 18 de julio de 2012 (RJ 2012/8363) y de 15 de marzo de 2011 (RJ 2011\3321).

a las necesidades de la relación: *«El establecimiento de plazos no razonables de preaviso o el incumplimiento del plazo previsto en el contrato da derecho a la parte que recibe la denuncia a exigir indemnización de los daños y perjuicios originados por esta causa»* (art. 5104-2.6 PCC). Es oportuna la indemnización cuando el tiempo de preaviso estipulado no es adecuado en términos objetivos, aun siendo plenamente respetado, va a resultar insuficiente para que la otra parte pueda prepararse convenientemente para la extinción del contrato. En este caso, parece también procedente el deber de indemnizar, salvo que el plazo haya sido determinado unilateralmente por la parte desistida y que ahora sufre las consecuencias del mismo.

En relación al daño indemnizable, el resarcimiento derivado de la falta de preaviso es totalmente distinto al que procede en caso de resolución (por incumplimiento)³⁰, pues en el primer supuesto sólo se indemnizan los perjuicios ocasionados (y acreditados) por la omisión del preaviso³¹. Su fundamento también descansa en el art. 1101 CC, de modo que la indemnización abarca, tanto el daño emergente como el lucro cesante (art. 1106 CC).

Sobre el daño emergente, suele referirse a las inversiones no amortizadas (cfr. art. 543-22.3 PROCOMER) y a las

indemnizaciones laborales³². En cuanto al lucro cesante, es objeto de resarcimiento la ganancia que el distribuidor habría obtenido durante el tiempo de preaviso no respetado. En torno a este último concepto, la sentencia acoge la valoración del perito, que estimó un beneficio medio trianual de 480.723,28 euros. Habida cuenta que el Tribunal aplica analógicamente los plazos del art. 25 LCA, y que el contrato tuvo una duración de cuatro años, corresponde abonar al concesionario la cuantía equivalente a cuatro meses (uno por cada año de vigencia), lo que resta una cantidad de 53.413,69 euros.

IV. La compensación por clientela del concesionario

Tras una larga historia jurisprudencial, y a falta de una regulación sustantiva sobre contratos de distribución, la compensación por clientela continúa siendo la prestación económica estrella del distribuidor (concesionario en este caso) solicitada tras la extinción. Actualmente se recoge en el art. 28 LCA, cuyo apartado primero dispone: *«Cuando se extinga el contrato de agencia, sea por tiempo determinado o indefinido, el agente que hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran»*.

30 Alcalá Díaz, M. A. (2015), p. 219-220.

31 Así, por ejemplo, la STS 16 de diciembre de 2003 (TOL 348313) afirma: «Declarado por la sentencia recurrida que la conducta de la demandada concedente es contraria a la buena fe contractual al haber procedido a la resolución unilateral sin un plazo de preaviso razonable, es correcta la resolución recaída al establecer la indemnización procedente con base, exclusivamente, en esa falta de aviso previo».

32 STS de 12 de junio de 1999 (TOL 1955459).

Se trata de atribución de carácter económico, fruto de la captación clientelar del distribuidor que reportará importantes beneficios al proveedor tras abandonar la red comercial. Sobre las cuestiones más interesantes que giran en torno a esta institución, merecen ser analizadas fundamentalmente tres. La primera gira en torno a la naturaleza y finalidad de la compensación por clientela que, aunque ha sido un asunto muy discutido, lo cierto es que en la actualidad está muy consolidado; no obstante, realizaremos algunos apuntes sobre ello. La segunda va encaminada a determinar si procede aplicar analógicamente al concesionario el art. 28 LCA (compensación por clientela), y cuáles son los requisitos que han de concurrir para ello. En tercer y último lugar, se establecen los criterios para hallar la cuantía compensatoria.

1. Naturaleza jurídica

Determinar la naturaleza de la compensación por clientela no ha resultado una cuestión pacífica. Tanto la doctrina como la jurisprudencia, han adoptado diferentes posturas a lo largo de los años. Una de las razones de este conflicto radica en la equívoca denominación que efectúa el legislador al procurarle un carácter resarcitorio: «Indemnización por clientela». Esta atribución patrimonial, conforme a la propia naturaleza del contrato de concesión, ostenta una finalidad puramente compensatoria. Su objetivo no reside en la reparación de ningún daño, quedando al margen de los clásicos conceptos de dolo o culpa. Muy acertadamente, señala MARTÍ MIRAVALLS que su reconocimiento presenta un carácter objetivo: aportar

clientela y que dicha aportación siga produciendo ventajas al principal³³.

Si bien ya descartada la naturaleza indemnizatoria, conviene determinar su fundamento. Antes de que se promulgara la LCA, la concesión de la compensación por clientela respondía a la idea tradicional del enriquecimiento injusto, mantenida hasta hace poco tiempo. El argumento de esta idea descansaba sobre la base de que el proveedor se beneficiaba de unos clientes cuya captación le era atribuible a un tercero (distribuidor); en consecuencia, si no se compensaba al verdadero merecedor de ese mérito, la ganancia económica era injustificada. Muy determinante fue la STS de 22 de marzo de 1988³⁴: «la doctrina científica sostiene la existencia de un enriquecimiento por parte del concedente de la exclusiva que habrá de ser compensado al agente, si no queremos que pueda ser calificado de enriquecimiento sin causa»³⁵.

33 Martí Miravalls, J. (2015): «El método para la cuantificación de la compensación por clientela en el contrato de agencia: la cuestión pendiente de la jurisprudencia española. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo [1ª] de 3 de junio de 2015». *Revista de Derecho Mercantil*, 2015, 298: p. 439-455, 449.

34 STS de 22 de marzo de 1988 (TOL 1732710).

35 También: STSS de 15 de octubre de 1992 (TOL 1655204); de 27 de mayo de 1993 (TOL 1663049); de 17 de marzo de 1993 (TOL 1656249); de 14 de febrero de 1997 (TOL 5114279); de 12 de junio de 1999 (TOL 1955459); de 3 de mayo de 2002 (TOL 161871); de 23 de diciembre de 2002 (TOL 4927514); de 20 de julio de 2007 (TOL 1123951 STSS de 15 de octubre de 1992 (TOL 1655204); de 27 de mayo de 1993 (TOL 1663049); de 17 de marzo de 1993 (TOL 1656249); de 14 de febrero de 1997 (TOL 5114279); de 12 de junio de 1999 (TOL 1955459); de 3 de mayo de 2002 (TOL 161871); de 23 de diciembre de 2002 (TOL 4927514); y de 20 de julio de 2007 (TOL 1123951). La jurisprudencia menor también se ha mostrado favorable a esta postura: SSAP de Barcelona de 8 de mayo de 2000 (TOL 1877760); de Madrid de 24 de enero de 2001 (TOL 49679); de Vizcaya de 6 de octubre de 2004 (TOL 5653205); y de Alicante de 3 de noviembre de 2011 (TOL 2396487).

Sin embargo, esta postura ha recibido fuerte rechazo por una buena parte de la doctrina y la jurisprudencia, que niegan el carácter injustificado del beneficio que recibe el proveedor por la clientela. Este sector entiende que la justificación de esa ganancia reside en el propio contrato de distribución, cuya finalidad va encaminada a obtener la colaboración de otro empresario para incrementar y fortalecer la cartera de clientes del principal³⁶. La STS de 18 de marzo de 2004³⁷ determinó que: «el posible enriquecimiento de la concedente debido a la extinción del contrato tendría una causa tan perfectamente identificada como indiscutiblemente lícita, y que no sería otra que el propio contrato»³⁸.

Por tanto, era necesario buscar un cauce alternativo para fundamentar el pago por la clientela. Actualmente, la posición mayoritaria lo concibe como una retribución diferida, encaminada a compensar una aportación clientelar que va a generar importantes beneficios futuros para el

proveedor y que no queda suficientemente remunerada con el margen de beneficio obtenido por el distribuidor en la reventa de los productos³⁹.

La STS de 22 de junio de 2007⁴⁰ ya puso de manifiesto que se trata de una «retribución adicional por una actividad realizada pero no retribuida en su totalidad durante la vigencia del contrato mediante las simples comisiones de promoción o conclusión de operaciones. Visto desde el plano económico, el sistema operativo de un concesionario no difiere esencialmente, en este punto. El margen entre el precio de compra y el de reventa retribuye la concreta operación, pero el concesionario busca también, como antes se ha puesto de relieve, la promoción de relaciones mercantiles estables o duraderas. No hay razón de fondo que permita sostener que en el caso del concesionario el margen le ofrece una remuneración total que la comisión ordinaria». Es, también, la postura que defendemos⁴¹.

36 Por todos: Martínez Sanz, F. (1998): *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*. Madrid: Civitas, p. 102. También: Quiñonero Cervantes, E. (1988): «Sentencia de 22 de marzo de 1988. Contrato de agencia; incumplimiento parcial. Resolución unilateral del contrato. Indemnización de daños y perjuicios». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1988, 16: p. 237-242, 242 (apoyando esta postura de forma indirecta); y Ruiz Peris, J. I. (2003): «Sentencia de 23 de diciembre de 2002. Contrato de agencia: indemnización por clientela: fundamento, aplicación a contratos en los que el agente está sometido a una prohibición de competencia, aplicación a contratos de duración determinada prorrogados. Servicio técnico oficial: compra de stocks de piezas de recambio». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2003, 63: p. 925-938,931.

37 STS de 18 de marzo de 2004 (TOL 360009).

38 En la misma línea: SSTS de 31 de octubre de 1994 (TOL 1656971); de 19 de diciembre de 1996 (TOL 1658735); de 31 de julio de 2002 (TOL 213023); de 26 de abril de 2004 (TOL 392360); y de 15 de enero de 2008 (TOL 1292786).

2. Reconocimiento del distribuidor de la compensación por clientela y requisitos

Desde hace décadas, se solicita a nuestros Tribunales que se pronuncien

39 De esta posición: Martínez Sanz, F. (1998), p. 110; Moralejo Menéndez, I. (2010): «La indemnización por clientela en los contratos de distribución». En Herrero García, M. J. (Dir.), *Contratos de distribución comercial. Garantías personales*. Salamanca: Ratio Legis, p. 137-154, 138; y Vaquero Pinto, M. J. (2015): «Compensación por clientela». En Carbajo Cascón, F. (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 611-626, 617.

40 STS de 22 de junio de 2007 (TOL 1146778).

41 Ya mantuve esta opinión en la obra *Los contratos de distribución. Extinción: problemática y práctica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 306.

sobre la posible tutela patrimonial del distribuidor en sede de extinción de contrato, aun no reconocida legalmente. La respuesta jurisprudencial defiende que la compensación por clientela no es exclusiva de los agentes comerciales y se muestra favorable a la aplicación analógica «no automática» del art. 28 LCA a los concesionarios.

Así lo dispuso la STS de Pleno de 15 de enero de 2008⁴²: «en los casos de extinción de un contrato de concesión o distribución, la compensación por clientela y la aplicación analógica de la idea inspiradora del art. 28 de la Ley del Contrato de Agencia no pueden obedecer a criterios miméticos o de automatismo»⁴³. El distribuidor debe solicitarla expresamente para que le sea concedida, sin posibilidad de una atribución imperativa (automática), igual que al agente comercial (art. 3 LCA). Debe demostrar la semejanza entre el supuesto de hecho contemplado en la norma y aquél al que pretende ser aplicada, así como la existencia de identidad de razón entre ambos para justificar la analogía (art. 4.1 CC).

42 STS de 15 de enero de 2008 (TOL 1292786).

43 Esta idea ya era defendida por sentencias anteriores y se ha mantenido con posterioridad a esta resolución. Entre ellas: SSTS de 5 de noviembre de 2013 (TOL 4031786); de 2 de octubre de 2012 (TOL 2666349); de 3 de marzo de 2011 (TOL 2062554); de 22 de febrero de 2010 (TOL 1793063); de 12 de julio de 2010 (TOL 1911090), Comentada por García Vicente, J. R. (2011): «Sentencia de 12 de julio de 2010. Compensación por clientela en contrato de concesión o distribución en exclusiva. Subcontratación». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2011, 85, p. 609-626, 616 y ss.; de 22 de marzo de 2007 (TOL 1072198); de 6 de noviembre de 2006 (TOL 1014488); de 29 de septiembre de 2006 (TOL 1014547); de 21 de noviembre de 2005 (TOL 759113); de 18 de marzo de 2004 (TOL 360009); o de 28 de enero de 2002 (TOL 4974168).

Además, es preciso que pruebe la concurrencia de todos los requisitos exigidos por el citado art. 28 LCA, que examinaremos a continuación. En este sentido, afirma la citada STS de 15 de enero de 2008: «como la jurisprudencia viene reiterando sin fisuras, el demandante que pretenda aquella compensación habrá de probar la efectiva aportación de clientela y su potencial aprovechamiento por el concedente».

Como la aplicación analógica del art. 28 LCA no se efectúa con carácter automático, cabe su exclusión por pacto contractual, de modo que el distribuidor queda legítimamente privado de dicha atribución económica en estos casos⁴⁴.

En cuanto a los presupuestos para su atribución, el art. 28.1 LCA exige que el distribuidor aporte nuevos clientes a la empresa, o que gracias a su actuación, los ya existentes incrementen el volumen de compras que hasta ahora realizaban. También es requisito indispensable que el proveedor siga obteniendo beneficios de estos clientes con posterioridad a la marcha del distribuidor.

En lo relativo al requisito de la aportación clientelar, el distribuidor debe proporcionar compradores nuevos a la empresa, es decir, que hasta ahora no han adquirido sus productos. También se admite la recuperación de aquéllos que cesaron sus relaciones comerciales con el proveedor y que por acción del concesionario las han retomado y vuelven a ser clientes activos⁴⁵. Cabe también que aporte sus propios clientes

44 Vid.: SSTS de 5 de febrero de 2004 (TOL 345078); de 18 de marzo de 2004 (TOL 360009), de 9 de julio de 2008 (TOL 1351245) y de 23 de diciembre de 2008 (TOL 1438954).

45 Martínez Sanz, F. (1998), p. 152.

para ampliar la cartera de su principal. En contadas ocasiones se compensa el esfuerzo por lograr la permanencia de la clientela cuando se atraviesan situaciones difíciles o recesivas⁴⁶.

Por otra parte, el distribuidor puede lograr que los clientes incrementen el número de pedidos que realizan a la empresa. En este caso, dicho aumento debe ser considerable y duradero, de modo que equivalga a la aportación de un nuevo cliente⁴⁷.

También es fundamental que el proveedor, o incluso un nuevo distribuidor⁴⁸, continúe obteniendo ventajas económicas de esta clientela tras la extinción del contrato. No se exige plena certeza del aprovechamiento futuro de esos beneficios, sino una cierta probabilidad. La STS de 9 de febrero de 2006⁴⁹ dispuso: «consiste en una apreciación meramente potencial, es decir, la susceptibilidad de continuar el empresario disfrutando de la clientela con aprovechamiento económico, porque se trata simplemente de un pronóstico razonable acerca de un comportamiento que no deja de ser probable por parte de dicha clientela»⁵⁰. Se trata de una

probabilidad de futuro fundada sobre premisas actuales. Además, los beneficios deben ser sustanciales, de modo que justifiquen una retribución adicional; en consecuencia, si son de escasa cuantía, no habrá derecho a la compensación.

En último lugar, el art. 28.1 LCA incluye una cláusula de cierre. Tras el cumplimiento de los requisitos anteriores, la compensación por clientela debe resultar «*equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran*». Este último inciso del precepto obedece a razones de justicia y equidad. No es propiamente un requisito, sino un aspecto modulador de la cuantía e, incluso, excluyente del pago compensatorio.

Diversos son los factores que influyen. El primero que cita la norma es la existencia de pactos de no competencia post-contractuales, cuya duración no puede exceder de un año tras la ruptura del vínculo⁵¹. Este pacto impide al distribuidor continuar ejerciendo la misma actividad económica durante su vigencia, de modo que no podrá atender a la clientela ni, en consecuencia, conservarla. Esta circunstancia opera como un posible incremento de la cuantía compensatoria, pero no siempre es necesariamente así, porque la privación de los clientes al concesionario no significa que aquéllos acudan al proveedor, porque pueden

obviamente beneficiará en el futuro al empresario y perjudicará al representante, quien se ve privado de unos ingresos probables, según se deduce de las máximas de experiencia»; y SAP de Valencia de 25 de noviembre de 2010 (TOL 2036333).

51 Así lo dispone el art. 5.3 d) Reglamento Europeo 330/2010, sobre Acuerdos Verticales.

46 Fontcuberta Llanes, J. (2009): *El contrato de distribución de bienes de consumo y la llamada indemnización por clientela*. Madrid: Marcial Pons, p. 174.

47 Martínez Sanz, F. (1998), p. 164.

48 STS 12 de julio de 2010 (TOL 1911090).

49 STS de 9 de febrero de 2010 (TOL 839281).

50 Vid., también, STSS de 4 enero de 2010 (TOL 1773353); de 22 de junio de 2007 (TOL 1146778); de 22 de marzo de 2007 (TOL 1072198); de 29 de septiembre de 2006 (TOL 1014547); de 23 de junio de 2005 (TOL 674255); de 30 de abril de 2004 (TOL 411094); de 7 de abril de 2003 (TOL 4928778); entre otras. También la SAP de Tarragona de 1 de febrero de 2005 (TOL 640610): «...que exista una probabilidad de certeza de ganancias futuras, que

optar por marcharse a la competencia. En tal supuesto no se cumpliría el requisito de aprovechamiento futuro y no correspondería pago alguno por la clientela. Procede, por tanto, examinar cada caso detenidamente para valorar la verdadera incidencia de este pacto sobre la compensación.

Llegados a este punto, resulta criticable que la gran mayoría de las propuestas sobre contratos de distribución hayan considerado este pacto de no competencia como un verdadero requisito para compensar al distribuidor: *«Excepcionalmente, el distribuidor tendrá derecho a una compensación cuando concurra cualquiera de las circunstancias siguientes: c) exista un pacto por el cual el distribuidor, una vez extinguido el contrato no pueda hacer competencia al proveedor o al nuevo distribuidor. La duración del pacto de no competencia no podrá exceder de un año»* (arts. 26.2.c) PALCD, 28.2.d) PLCD y 543-24.2.c) PROCOMER). Sin embargo, el Informe relativo al Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución aprobado por la Comisión Nacional de la Competencia el 15 de junio de 2011, muy acertadamente, criticó esta postura: *«en relación con la existencia de un pacto de no competencia, cabría valorar la posibilidad de no considerar esta circunstancia como elemento necesario para generar el derecho a esta indemnización, derecho que se generaría por la concurrencia de las otras dos circunstancias antes mencionadas, siendo la existencia de este pacto exclusivamente relevante a efectos de determinar equitativamente la cuantía de la indemnización»*.

Otra circunstancia que apunta el precepto es la pérdida de comisiones ocasionadas

por la extinción del contrato. Aunque el distribuidor no está sujeto a este sistema retributivo, por comisiones hay que entender los márgenes de beneficio perdidos por pedidos ulteriores a la terminación del vínculo, que también se computan en el importe de la compensación.

Por último, la norma alude a otras circunstancias que concurran, refiriéndose a otros factores que sirvan de base para modular la cuantía compensatoria. A este respecto cabe citar la vis atractiva de la marca, que cuestiona la procedencia de la compensación cuando la atracción del cliente se produce, no tanto por la acción del distribuidor, sino por el elevado renombre que tiene la empresa en el mercado⁵². También son determinantes las campañas publicitarias costeadas por el proveedor, que excluyen el derecho al pago compensatorio cuando, a través de ellas, los terceros conocen la existencia del producto y acuden a adquirirlo al establecimiento del concesionario, sin que éste haya participado en la labor de captación⁵³.

La sentencia analizada concluye que el distribuidor sí era merecedor de la compensación. El informe del perito, donde se comparan los listados de ventas a clientes de los productos «Toro» y «Alice» por parte de Felipe Borrás durante las campañas 2006-2009 y las realizadas directamente por Campagnola Ibérica durante el ejercicio 2009, estimó que la cifra de ventas que en este último ejercicio que tuvo la proveedora por clientes que pertenecían al distribuidor

52 SSTS de 20 de mayo de 2004 (TOL 434235) y de 5 de mayo de 2006 (TOL 934868).

53 SSTS de 21 de enero de 2009 (TOL 1438946) y de 3 de diciembre de 2010 (TOL 2009085).

ascendió a 230.238,62 €. Así, concluye el Alto Tribunal que «se había producido un aumento significativo de ventas a clientes nuevos y un incremento sensible de las operaciones con la clientela preexistente. De donde cabe inferir que la labor del distribuidor va a continuar produciendo ventajas sustanciales al comitente, puesto que de las comparaciones antes dichas (listados de clientes y facturación) se desprende que “Campagnola Ibérica” aumentó sus ventas a clientes que antes lo eran de “Felipe Borrás” en los citados 230.238,62 €».

3. Cuantificación de la compensación por clientela

De conformidad con el art. 28.3 LCA, la compensación por clientela «no podrá exceder, en ningún caso, del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años o, durante todo el período de duración del contrato, si éste fuese inferior». Para determinar el quantum compensatorio se utilizan como referencia los márgenes de beneficio del distribuidor. Ahora bien, hasta hace poco tiempo se discutía si la base del cálculo debía efectuarse sobre la ganancia bruta o neta. Un sector jurisprudencial se inclinaba por el margen bruto⁵⁴, mientras que otro lo hacía en favor del neto⁵⁵, una vez descontados los costes empresariales e impuestos.

Para poner fin a esta controversia, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 1 de marzo de 2017⁵⁶, ha fijado

recientemente el criterio del margen neto: «la sentencia recurrida establece dicho cálculo de acuerdo con el criterio de “margen bruto”. Por lo que se opone a la doctrina jurisprudencial expuesta y dicho criterio debe ser sustituido por el criterio de “margen neto”». Esta postura resulta la más acertada, a nuestro juicio. Tomando la cifra neta de la ganancia económica del distribuidor, se remunera exclusivamente su labor de captación clientelar, detrayendo otras cantidades que no obedecen a tal concepto y que engrosan el beneficio (por ejemplo, los impuestos)⁵⁷.

Bibliografía

Alcalá Díaz, M. A. (2015): «El pacto de duración y extinción anticipada de los contratos de distribución». En Alcalá Díaz, M. A. (2015): *Los contratos de distribución comercial: aspectos económicos y jurídicos*. Barcelona: Bosch, p. 193-244.

Alonso Soto, R. (2010): «El Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución». En Vázquez Albert, D. (Dir.), *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 33 y ss.

Asociación de Profesores de Derecho Civil (Coord.) (2016): *Propuesta de Código Civil. Libros Quinto y Sexto*: Valencia: Tirant lo Blanch.

Cañabate Pozo, R. (2014): «Nueva perspectiva de regulación de los contratos de distribución», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2014, 11: p. 23-42.

Carbajo Cascón, F. (2015): «Mercado, sistemas y contratos de distribución

54 SSTS de 26 de abril de 2002 (TOL 162043) y de 27 de mayo de 2015 (TOL 5171969).

55 SSTS de 21 de marzo de 2007 (TOL 1050543) y de 12 de julio de 2010 (TOL 1911090).

56 STS de 1 de marzo de 2017 (RJ 2017/611).

57 González-Orús Charro, M. (2017), p.343.

- comercial». En Carbajo Cascón, F. (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 35-49.
- Carrasco Perera, Á. (2010): *Derecho de contratos*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Castro Lucini, F. (1974): «Los negocios jurídicos atípicos». *Revista de Derecho Notarial*, 1974, 3: p. 9-34.
- Castro Lucini, F.; Chuliá Vicent, E. y Beltrán Alandete, T. (1995): *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*, vol. II. Barcelona: Bosch.
- Díaz-Ambrona Bardají, M. D. (1998): «Los contratos atípicos». *Actualidad Civil*, 1998, 2: p. 345-362.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L. (2008): *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, vol. II, *Las relaciones obligatorias*. Pamplona: Aranzadi.
- Galán Corona, E. (2010): «Los contratos de distribución. Ideas generales». En Herrero García, M. J. (Dir.), *La contratación en el sector de la distribución comercial*. Pamplona: Aranzadi, p. 21-40.
- García Vicente, J. R. (2011): «Sentencia de 12 de julio de 2010. Compensación por clientela en contrato de concesión o distribución en exclusiva. Subcontratación». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2011, 85, p. 609-626.
- González-Orús Charro, M. (2017): *Los contratos de distribución. Extinción: problemática y práctica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gutiérrez Peña, F. (2002): «El desistimiento unilateral extintivo de los contratos de concesión mercantil o distribución comercial en nuestra jurisprudencia». En *Miscelánea de derecho privado*. Madrid: F. Gutiérrez editor, p. 279-342.
- Iglesias Prada, J. L. (1978): «Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil». En AAVV, *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*. Madrid: Civitas, 249-281.
- Lara González, R. (1998): *Las causas de extinción del contrato de agencia*. Madrid: Civitas.
- Lascorz Collada, M. C. (2015): «El desistimiento unilateral (*termination at will*) en los contratos de larga duración: análisis del *Common Law* en los contratos de distribución». *Revista de Derecho Patrimonial*, 2015, 36: p. 251 a 276.
- Martí Miravalls, J. (2015): «El método para la cuantificación de la compensación por clientela en el contrato de agencia: la cuestión pendiente de la jurisprudencia española. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo [1ª] de 3 de junio de 2015». *Revista de Derecho Mercantil*, 2015, 298: p. 439-455.
- Martínez Sanz, F. (1998): *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*. Madrid: Civitas.
- Moralejo Menéndez, I. (2007) *El contrato mercantil de concesión*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Moralejo Menéndez, I. (2010): «La indemnización por clientela en los contratos de distribución». En Herrero García, M. J. (Dir.), *Contratos de distribución comercial. Garantías personales*. Salamanca: Ratio Legis, p. 137-154.
- Olmo Gascón, A. M. (2003): *La franquicia. Un procedimiento de descentralización*

productiva desregulado laboralmente.
Valencia: Tirant lo Blanch.

Quiñonero Cervantes, E. (1988): «Sentencia de 22 de marzo de 1988. Contrato de agencia; incumplimiento parcial. Resolución unilateral del contrato. Indemnización de daños y perjuicios». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1988, 16: p. 237-242.

Rodríguez Marín, C. (1991): *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*. Madrid: Montecorvo.

Ruiz Peris, J. I. (2003): «Sentencia de 23 de diciembre de 2002. Contrato de agencia: indemnización por clientela: fundamento, aplicación a contratos en los que el agente está sometido a una prohibición de competencia, aplicación a contratos de duración determinada prorrogados. Servicio técnico oficial: recompra de stocks de piezas de recambio». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2003, 63: p. 925-938.

Valenzuela Garach, F. J. (1997): «El contrato de concesión mercantil y su extinción por denuncia unilateral». *Revista de Derecho Mercantil*, 1997, 225: p. 1297-1324.

Vaquero Pinto, M. J. (2006): «El desistimiento unilateral en los contratos de duración

indefinida» En Llamas Pombo, E. (Coord.), *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, tomo II. Madrid: La Ley, p. 897-914.

Vaquero Pinto, M. J. (2013): «Contratos de distribución comercial». En Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Dir.), *Tratado de contratos*, tomo III. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 3319-4221.

Vaquero Pinto, M. J. (2015): «Duración del contrato y extinción del contrato por tiempo determinado y por tiempo indefinido: el preaviso». En Carbajo Cascón, F. (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 517-545.

Vaquero Pinto, M. J. (2015); «Compensación por clientela». En Carbajo Cascón, F. (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 611-626.

Zurita Herrera, P. (2012): «Duración y extinción del contrato de distribución en el proyecto de ley del contrato de distribución». *Revista de Derecho Patrimonial*, 2012, 29: p. 363-403.



Archivo Central - MUSEF

La Paz - Calle Mercado "1920" Aprox.

LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA SEGÚN JÜRGEN HABERMAS*

DELIVERATIVE DEMOCRACY ACCORDING WITH JÜRGUEN HABERMAS

Erika J. Rivera
erikajimenariveravargas@gmail.com

Presentado: 19 de Junio de 2017. Aceptado: 21 de Noviembre de 2017

RESUMEN

La sociedad Boliviana exhibe elementos violentos y poco democráticos, que se muestran por un claro desdén por los mecanismos institucionales de la democracia moderna. Jürgen Habermas de la Escuela de Frankfurt, corriente que desde 1930 analizó la cultura política del autoritarismo en una sociedad altamente industrializada como la alemana. Naturalmente que este conglomerado de teorías no puede ser aplicado a la realidad boliviana, pero podemos ganar algunas perspectivas heurísticas porque Habermas estudió la sociedad contemporánea y la cultura de masas, la cual, pese a su carácter hedonista, también favorece una despolitización de los sectores juveniles y por ello promueve una manipulación de los mismos de parte de las autoridades del momento. El estudio de Habermas nos muestra que la crítica democrática siempre incluye algo estrictamente racional, como es la discusión de políticas públicas siguiendo argumentos discursivos. El desdén por el racionalismo discursivo en América Latina abarca un rechazo a todos los modelos de la democracia deliberativa moderna.

89

Palabras Claves: Democracia deliberativa, Escuela de Frankfurt, realidad boliviana, sociedad contemporánea, estudio de Habermas.

SUMMARY

Bolivian society exhibits violent and undemocratic elements that are shown by a clear scorn towards the institutional mechanisms of modern democracy. Jürgen Habermas belongs to the Frankfurt School, a trend that since 1930 analyzed the political culture of authoritarianism in a highly industrialized society such as the German one. Naturally, this conglomerate of theories cannot be applied to Bolivian reality, but it can gain some heuristic perspectives because Habermas studied contemporary society and mass culture which, despite its hedonistic nature, it also favored a depoliticization of the youth sectors and, therefore, it promotes a manipulation of them by the current authorities. The study of Habermas shows that democratic criticism always includes something strictly rational, such as the discussion of public policies that follow discursive arguments. The scorn towards discursive rationalism in Latin America includes a rejection of all models of modern deliberative democracy.

Keywords: Deliberative democracy, Frankfurt school, Bolivian reality, contemporary society, Habermas' study

* Artículo de investigación producto del Programa de Investigación del Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis de la Carrera de Derecho, Universidad Mayor de San Andres, desarrollado en la gestión 2017.

I Introducción

Según mis observaciones de la realidad cotidiana, la sociedad boliviana exhibe elementos violentos y poco democráticos, que se muestran, por ejemplo, en el desinterés de los sectores populares de mi barrio por una discusión pública de nuestros propios problemas y asimismo un claro desdén por los mecanismos institucionales de la democracia moderna. Me llama la atención sobre todo el desinterés de los sectores juveniles, desinterés referido también a una negativa de los mismos a debatir públicamente acerca de sus problemas y temores. *Jürgen Habermas* proviene de la llamada Escuela de Frankfurt, corriente que desde 1930 analizó la cultura política del autoritarismo en una sociedad altamente industrializada como la alemana. Naturalmente que este conglomerado de teorías no puede ser aplicado a la realidad boliviana, pero podemos ganar algunas perspectivas heurísticas porque Habermas estudió la sociedad contemporánea y la cultura de masas, la cual, pese a su carácter hedonista, también favorece una despolitización de los sectores juveniles y por ello promueve una manipulación de los mismos de parte de las autoridades del momento.

Creo que el tema es relevante para comprender tres aspectos:

a) La modernización que se ha alcanzado en Bolivia no ha incluido aspectos institucionales y cultural-políticos. Pese a toda la distancia histórica y con muchas reservas, creo percibir algunos paralelismos con la situación alemana después de la Primera Guerra Mundial. Habermas estudió a la llamada generación de

los pseudo-radicales (entre ellos Carl Schmitt y Martin Heidegger), que pusieron en duda la tradición occidental del racionalismo¹.

- b) La mentalidad antirracionalista tuvo como efecto una revalorización de las emociones y las intuiciones, algo muy similar a lo que se vive en el área andina.
- c) El estudio de Habermas nos muestra que la crítica democrática siempre incluye algo estrictamente racional, como es la discusión de políticas públicas siguiendo argumentos discursivos. El desdén por el racionalismo discursivo en América Latina abarca un rechazo a todos los modelos de la democracia deliberativa moderna.

1. Datos biográficos sobre Jürgen Habermas

El 18 de junio de 1929 nació Friedrich Ernst Jürgen Habermas en Dusseldorf (Alemania)². Pasó su niñez y juventud en Gummersbach hasta los 20 años porque su padre trabajaba en este lugar como director de la cámara de comercio local (los padres eran empleados administrativos de la pequeña ciudad). En 1949 hizo el bachillerato en Gummersbach. Luego estudió de 1949 a 1954 filosofía, psicología e historia. Primero estudió en Göttingen, luego en

1 Me baso sobre todo en: Jürgen Habermas, "La crítica nihilista del conocimiento en Nietzsche", en: Jürgen Habermas, *Sobre Nietzsche y otros ensayos*, compilación y prólogo de Manuel Jiménez Redondo, México: REI 1996, pp. 31-61.

2 Me baso sobre todo en: Manuel Jiménez Redondo, "La trayectoria intelectual de Jürgen Habermas", en: Jürgen Habermas, *Sobre Nietzsche y otros ensayos*, op. cit., pp. 9-29.

Zurich y Bonn, donde hizo su doctorado en filosofía con una tesis titulada *Lo absoluto y la historia: una investigación sobre la filosofía del Schelling tardío*. Habermas fue de 1956 a 1959 asistente en la Universidad de Frankfurt en el Instituto de Investigaciones Sociales bajo la dirección de Theodor W. Adorno. En 1961 hizo la habilitación para ser catedrático titular en filosofía bajo la dirección del marxista Wolfgang Abendroth en la Universidad de Marburg. De 1964 a 1971 fue profesor titular de filosofía y sociología en la Universidad de Frankfurt. De 1971 a 1983 fue Director del Instituto Max Planck en Starnberg, cerca de Munich. A partir de 1983 a 1994 fue otra vez catedrático en la Universidad de Frankfurt. Se jubiló en 1994.

2. Contexto histórico

Durante su infancia y primera juventud, Habermas vivió en una época signada por una inestabilidad política y crisis económica constante. Estos dos últimos factores condujeron a partir de 1930 a la formación de grandes movimientos políticos radicales. Sobre todo el Partido Nacional-Socialista Alemán, liderado por Adolf Hitler, ganó enormemente en importancia parlamentaria, desplazando a los partidos moderados del centro y de la derecha, lo que condujo al colapso de los partidos tradicionales asociados al liberalismo. En la escuela Habermas se distinguió poco de los otros alumnos y no llamó la atención como alumno rebelde. Posteriormente Habermas afirmó que experimentó la ocupación de los aliados – a partir de 1945 – como algo liberador. En 1949 la recién fundada República Federal de Alemania se dotó de una Constitución, que sigue aún en vigencia, que ha representado el pensamiento

jurídico y la filosofía del derecho en sus aspectos más progresistas dentro de las tradiciones occidentales. Cuando era joven Habermas tuvo simpatías por el Partido Socialdemocrático de Alemania (SPD), que fue la oposición a la exitosa Democracia Cristiana del famoso canciller federal (Primer Ministro) Konrad Adenauer, quien representó lo que quedaba del espíritu democrático de la República de Weimar.

3. La situación alemana criticada por Habermas

En 1962 se publicó su primer gran libro *“El cambio estructural de la opinión pública”*, que muestra las alteraciones históricas de la opinión pública durante dos siglos. Esta última comenzó como la libertad de expresión de un grupo aristocrático, se amplió convirtiéndose en la opinión pública de amplios sectores sociales y se halla ahora en peligro de transformarse en una opinión pública mayoritaria, pero manipulada por unos pocos grandes consorcios de la comunicación masiva a favor de los intereses prevaletentes de la empresa privada. Este es aproximadamente el tenor general de la crítica de Habermas a la sociedad alemana de su tiempo: mayor acceso a la cultura, a la educación superior y a los bienes culturales, pero menor posibilidad real de influir democráticamente sobre las políticas públicas de largo alcance. Tempranamente Habermas criticó el déficit democrático del grueso de la población alemana, la permanencia de estructuras elitarias convencionales en política y economía y la preservación de ciertos rasgos autoritarios, que también estarían expandidos en los movimientos, partidos y grupos de izquierda.

Frente a la revolución estudiantil que empezó en junio de 1967 en Berlín, un año antes que en París (mayo de 1968), calificó a los líderes universitarios como fascistas de izquierda³ porque estos empujaban a los estudiantes a actuar de manera peligrosa para sus vidas, sin pensar en las consecuencias prácticas, y reiterando prácticas jerárquicas de los movimientos izquierdistas tradicionales. Habermas hizo clara aquí su posición de defensa de las estructuras democráticas que de ninguna manera se agotaban en “formalismos burgueses”, como así lo afirmaba la propaganda de los estudiantes radicalizados. Las prácticas estudiantiles radicalizadas le parecieron formas de una provocación innecesaria, que, sin poner en peligro el mundo establecido de la burguesía, daban la impresión de una revolución aparente, de carácter infantilista⁴.

A partir de 1968 Habermas se convirtió en el pensador alemán más importante de la llamada democracia deliberativa, que es la formación de voluntades políticas mediante la discusión libre, abierta y permanente entre todos los participantes en el diálogo político en igualdad de condiciones. Al fundamentar la democracia deliberativa, Habermas redescubrió el valor teórico y práctico de los aspectos formales de la misma, que pueden ser definidos como los procedimientos y las instituciones que permiten el respeto del adversario.

4. Contexto filosófico de Jürgen Habermas

Sostengo que son cuatro los fundamentos filosóficos y humanísticos sobre los cuales descansa la filosofía habermasiana:

- 1) La influencia de la Escuela de Frankfurt, sobre todo la de *Max Horkheimer* y *Theodor W. Adorno*, que fueron simultáneamente profesores y colegas de Habermas.
- 2) El marxismo crítico, sobre todo en la versión de Georg Lukács, rechazando enérgicamente al llamado marxismo ortodoxo propagado por la Unión Soviética.
- 3) La influencia irradiada por Max Weber, que incluye algunos autores de la época clásica de la sociología; y
- 4) La influencia de la filosofía lingüística a partir de su propio giro lingüístico, que fue preparado por la filosofía de Martin Heidegger, autor que en la juventud de Habermas jugó un rol importante⁵.

La obra habermasiana debe ser comprendida como un proceso abierto de aprendizaje, como una construcción teórica en permanente modificación y desarrollo ulterior. Se puede ver leyendo los libros de Habermas que este siempre considera todas las nuevas apariciones en ciencias sociales y filosofía y que trata de integrar estos nuevos aportes dentro de su propia concepción. Desde un comienzo de su vida universitaria Habermas entró en contacto con publicaciones de la

3 Me baso en: Rolf Wiggershaus, *La Escuela de Frankfurt*, México: FCE 2010, pp. 768-782.

4 Ibid., pp. 783-787. Véase también: Blithz Lozada Pereira, “Comunicación, historia y cultura en Jürgen Habermas”, en: Blithz Lozada Pereira, *Filosofía de la historia. Ensayos sobre el retorno, la utopía y el final de la historia*, La Paz: IEB, 2009, vol. I, pp. 307-311.

5 Véase aquí Blithz Y. Lozada Pereira, *Nuevas sugerencias intempestivas. Ensayos de filosofía, política y cultura*, La Paz: IEB 2014, p. 279.

Escuela de Frankfurt y con productos del marxismo occidental. Se puede decir que Habermas ha construido una síntesis entre la filosofía clásica racionalista (Kant, Hegel y Marx) y los aportes del marxismo crítico que después de la Segunda Guerra Mundial ganaron en importancia en la universidad alemana⁶. Un antecedente importante ha sido el debate conocido como la controversia entre dialéctica y positivismo, que bajo otras denominaciones más actuales, sigue siendo uno de los puntos más discutidos en las ciencias sociales de nuestros días. Habermas siempre ha tratado de rescatar el método dialéctico-crítico usado por Marx y desvirtuado por los seguidores de Marx, añadiendo la necesidad de enriquecer la investigación empírica mediante reflexiones histórico-dialécticas. Este énfasis en la dialéctica es lo que llevó a Habermas a una doble consideración⁷: la necesidad de incluir los antecedentes históricos que configuran todo contexto social de manera a veces decisiva, y la necesidad de reconocer los factores contradictorios que se forman en cada una de las etapas históricas. En ambos aspectos Habermas intentó una reactualización de Hegel y de Marx, sin incluir obviamente los oropes que las escuelas sucesorias habían sedimentado sobre los fundamentos intelectuales de los dos grandes autores. Por otra parte, este retorno a la dialéctica tenía que ver con la significación original de este término: el diálogo, precisamente entre personas y grupos que no comparten

los mismos intereses y las mismas corrientes ideológicas. Su teoría de la acción comunicativa posterior tiene aquí un fundamento que podemos llamar clásico⁸, es decir anterior al giro lingüístico.

En la larga controversia con *Karl R. Popper* y *Hans Albert* (1962-1968), Habermas insistió en el tratamiento de los aspectos históricos porque la sola constatación exacta y confiable de datos empíricos (como lo piden los positivistas), no alcanza según Habermas para comprender “*el interés emancipatorio*”, que Habermas cree descubrir en los procesos histórico-políticos. La mera constatación de hechos tiende, según Habermas, a encubrir las relaciones de dominio y de subordinación que se forman indefectiblemente en todos los procesos sociales y políticos. De acuerdo a Habermas, el positivismo (denominación usada generosamente por la Escuela de Frankfurt), propende a igualar regímenes muy diferentes entre sí y por lo tanto a encubrir principios autoritarios y totalitarios bajo el manto de la corrección legal o burocrática. Este fenómeno, extraordinariamente importante a la hora de analizar los regímenes fascistas, no sale a flote si no se estudia el interés emancipatorio que está detrás de los fenómenos empíricamente constatables. El positivismo jurídico por ejemplo tiende a ver la legitimidad de una norma o ley en su mera formalidad legal, con lo cual se puede disimular muy exitosamente un orden autoritario. Desde muy temprano Habermas criticó a *Thomas Hobbes* y su idea: *auctoritas non veritas facit legem*, lo que contribuye a

6 Me he basado en: Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, vol. I: *Racionalidad de la acción y racionalización social*, Madrid: Taurus / Santillana / Alfaguara 1999, sobre todo en el primer acápite del primer capítulo, pp. 15-27.

7 Me he basado en: Jürgen Habermas, “¿Para qué aún filosofía?”, en: Jürgen Habermas, *Sobre Nietzsche y otros ensayos*, op. cit., pp. 62-88.

8 Blithz Lozada Pereira, “Comunicación, historia y cultura en Jürgen Habermas” en: Blithz Lozada Pereira, *Filosofía de la historia. Ensayos sobre el retorno, la utopía y el final de la historia*, La Paz: IEB, 2009, vol. I, p. 320.

disolver los elementos autoritarios bajo la corrección legal. (La autoridad del momento, cualquiera que sea establece lo que es la ley, y no una verdad histórica o intelectual que ha sido discutida racional y abiertamente por la opinión pública). Al contrario Habermas propone el principio: *veritas non auctoritas facit legem* (la verdad que ha sido constituida mediante la discusión racional y abierta en a que hace o debería hacer las leyes y no la autoridad casual del momento)⁹.

Esta preocupación por los principios enunciados originalmente por Thomas Hobbes es constante en la obra de Habermas a partir de *Teoría y praxis* (1963). A este contexto pertenecen también su obra: *Hacia la reconstrucción del materialismo histórico* (1976)¹⁰. En este texto Habermas apunta a lo rescatable de la teoría original de Marx sin los aditamentos posteriores de Engels, Lenin y todos los marxistas del siglo XX. Lo rescatable del marxismo reside, según Habermas, en su capacidad de reflexión crítica: para Habermas Marx es el gran autor que midió la época del capitalismo ascendente de acuerdo a sus propios postulados, y encontró que la sociedad burguesa y capitalista había resultado una traición, o por lo menos, una desilusión con respecto a los planteamientos teóricos de la Revolución Francesa. En una palabra: Marx reflexionó sobre los logros que significaba el capitalismo con respecto a todos los sistemas anteriores, pero también reflexionó sobre los nuevos fenómenos de alienación y explotación

que el capitalismo habría generado. Lo importante por lo tanto, debe ser visto en el reconocimiento de los aspectos positivos que estructuralmente genera el capitalismo y, simultáneamente, en la constatación de los muchos aspectos negativos que están asociados a ese periodo histórico.

Prácticamente en todas sus obras Habermas ha estudiado el muy complejo nexo entre el esfuerzo racional y la praxis concreta, que en la mayoría de los casos difiere poderosamente de aquello que los intelectuales esperan. Habermas muestra con el ejemplo de pensadores contemporáneos que la sociología actual puede describir fehacientemente la realidad social, pero la praxis cotidiana sigue marcada por una infinidad de factores que difícilmente pueden ser tomados en cuenta en su verdadera dimensión. Un ejemplo muy claro de todo esto es la evolución de las instituciones que acompañan la construcción de la Unión Europea. Los mejores testimonios de la filosofía del derecho, de la sociología crítica y de la politología basada empíricamente no lograron aprehender el desarrollo de la Europa contemporánea, que, según Habermas, ha terminado en medio de un remolino tecnocrático sin legitimidad racional en sentido estricto y sin legitimidad democrática¹¹. La sociedad contemporánea europea se ha convertido en una “cultura de expertos”, altamente diferenciada y todo poderosa, que en el fondo coloniza y empobrece el mundo de

9 Jürgen Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid: Trotta 1998, pp. 199-261.

10 Jürgen Habermas, “Hacia la reconstrucción del materialismo histórico”, en: Jürgen Habermas, *Sobre Nietzsche y otros ensayos*, op. cit., pp. 89-110.

11 Para todo este acápite me he basado en los varios apéndices adosados a: Jürgen Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, op. cit., pp. 535-661.

la vida¹². Él ha llamado la atención sobre el aspecto irónico que tendría la evolución actual: el grado mayor de racionalidad que tendrían todos los procesos políticos, económicos y culturales, por un lado, y la mayor racionalidad del mundo de la vida por otro conducen paradójicamente a una complejidad mayor del sistema, de modo que la extrema complejidad de los circuitos del sistema (dinero y poder) hacen que este último solo pueda ser comprendido por grupos elitarios de expertos que se hallan muy lejos de la comprensión de las masas.

Según Habermas conceptos centrales de la vida social: persona, individuo, libertad, emancipación, comunidad y solidaridad, son creaciones de las grandes culturas religiosas, cuyas ideas centrales habrían pervivido hasta hoy en forma secularizada, lo que se percibe claramente, de acuerdo a Habermas, en los grandes filósofos que él denomina religiosos: *Sören Kierkegaard, Ernst Bloch, Walter Benjamin, Emmanuel Lévinas y Jacques Derrida*. La propia razón no podría fundamentarse a sí misma sino que dependería de una especie de acto de fe en ella. Toda razón que reflexiona sobre sus límites choca indefectiblemente sobre algo que ella misma no puede determinar, y ese indeterminable se parecería a un acto de fe religiosa. Por otra parte la comunicación libre habría sido en su origen un aspecto de la religión judía: los procesos de abstracción que realizó el judaísmo serían el fundamento previo del racionalismo moderno¹³.

12 Para todo el acápite sobre la Unión Europea véase: Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, op. cit., pp. 629-636 (apéndice titulado: "Estado nacional y democracia en la Europa unida").

13 Para todo este acápite me he basado en: Jürgen Habermas, *Carta al Papa. Consideraciones sobre la fe*, Barcelona: Paidós 2009.- La edición española

Habermas publicó en 1985 *El discurso filosófico de la modernidad*. Aquí Habermas sintetiza su crítica a las posiciones posmodernistas: el proyecto de la modernidad basado en la aplicación de la razón a los asuntos sociales y políticos, sería una posibilidad que no estaría agotada aún. En contra de pensadores posmodernistas Habermas sostiene que la modernidad sociopolítica tiene todavía posibilidad de evolución propia y que no ha llegado todavía la hora de su superación. El posmodernismo para Habermas es una posición fundamentalmente conservadora que se distancia del potencial emancipatorio de los movimientos de izquierda para ocultar sus tendencias antirrevolucionarias que podrían ser rastreadas hasta el escepticismo de la Grecia clásica. Como se sabe, los escépticos de aquella época dudaban de todo en la teoría, pero proponían simultáneamente la aceptación apolítica de cualquier régimen que detentase el poder¹⁴.

5. La discusión en torno de la democracia deliberativa de Jürgen Habermas

5.1 Primer aporte

Creo que desde muy temprano en la obra habermasiana aparece la idea política central: el progreso técnico tiene que ser corregido mediante una discusión pública y abierta, construida por el método discursivo argumentativo. Desde un comienzo Habermas criticó severamente la discrepancia entre el gigantesco progreso técnico (a partir

tiene este título, pese a que el libro no contiene una carta al pontífice.

14 Jürgen Habermas, *El discurso filosófico de la modernidad*, Madrid: Taurus 1989.

de 1950: transformación de la industria mediante racionalización extensiva) y la falta de democracia en todas las ramas de la economía alemana, cuya organización interna seguía siendo altamente jerárquica y autoritaria. La originalidad de Habermas reside en el hecho de que él criticó las tendencias sociológicas dominantes de su época porque estas atribuían un enorme potencial de progreso histórico a la racionalización radical de la industria, dejando de lado todas las cuestiones relativas a la participación de obreros y empleados en el manejo a largo plazo en el manejo de las empresas.

Siguiendo la misma línea Habermas creyó importante el construir una teoría que combinase conceptos filosóficos centrados en la emancipación de la humanidad con la sociología y politología de su época, que se habían ya separado totalmente del pensamiento filosófico. El aporte de Habermas desde un comienzo puede ser visto entonces como la vinculación entre los elementos emancipatorios de enfoques radicales (marxismo crítico, Escuela de Frankfurt, hegelianismo de izquierda, social-democracia radicalizada y utopismo político) con las tendencias más avanzadas de la ciencia política de su época que estudiaban problemas de la democracia occidental.

5.2 La influencia de la teoría de la comunicación sobre la democracia

Mediante su “*Teoría de la acción comunicativa*”, como es conocido, Habermas realizó un giro lingüístico moderado y una aproximación muy importante al tratamiento de la

comunicación actual de masas. Estos enfoques sirvieron para que Habermas reconozca la vigencia y la legitimidad de los intereses grupales y sectoriales. La industria de la cultura, que criticó Adorno, convirtió la esfera pública parcialmente en una civilización del espectáculo. En lugar de explicitar los intereses sectoriales como algo legítimo para el grupo respectivo, la nueva cultura planetaria tiende a la mistificación de esos intereses particulares, desvirtuando su núcleo y haciendo pasar estos intereses como falsamente generales. Una discusión racional y pública de los mismos puede mostrar la legitimidad parcial de los mismos y la necesidad de encontrar un segmento *parcial* de vigencia de los mismos, porque todo interés tiene que confrontarse con tendencias similares que tienen iguales derechos.

Habermas ha construido su teoría de la acción deliberativa aprovechando los dilatados trabajos preparatorios de otros miembros de la Escuela de Frankfurt, como *Erich Fromm*¹⁵ y *Ludwig von Friedeburg*¹⁶. Este último estudió empíricamente el comportamiento político de jóvenes en general y universitarios en particular, llegando a la conclusión de que el comportamiento juvenil en estos círculos está también determinado por los valores del consumismo masivo. Esta es una tendencia general a la apoliticidad, que se veía venir desde la época del nacionalsocialismo. Habermas se basó también en los estudios previos del único politólogo de la Escuela de Frankfurt,

15 Sobre la relación entre Erich Fromm y la Escuela de Frankfurt véase Rolf Wiggershaus, *La Escuela de Frankfurt*, op. cit., pp. 71-81, 222-225, 335-345.

16 Sobre la relación entre Ludwig von Friedeburg y la Escuela de Frankfurt véase Rolf Wiggershaus, *ibid.*, pp. 701-703.

*Franz Neumann*¹⁷, cuya obra fundamental *Behemoth*¹⁸ nos muestra la mentalidad consumista, apolítica, obediente y manipulable de las masas alemanas y especialmente de los sectores juveniles, situación que dificultó enormemente la construcción de una sociedad democrática en Alemania.

Pasando revista a gran parte de la obra de Habermas, creo que él propone tres elementos fundamentales para la construcción de la democracia deliberativa:

Primero: *el mercado abierto* (libre intercambio de mercancías sin restricciones estatales y a nivel internacional), en el ámbito económico.

Segundo: *el foro institucionalizado* (libertad permanente de conocer todo lo posible de informarse sin restricciones, de discutir sin límites sobre ideas e intereses), en el ámbito político, y

Tercero: *el teatro consolidado* (ejercicio de una opinión pública de carácter crítico en los terrenos cultural y político de una conciliación de ideas e intereses) en el ámbito cultural.

Tres factores adicionales son indispensables para la democracia deliberativa:

Primero: la autonomía privada de los ciudadanos (el derecho de llevar una vida determinada por los propios intereses y gustos de los ciudadanos);

Segundo: la ciudadanía democrática (la inclusión equitativa de ciudadanos libres

e iguales en la elección o designación de los principales órganos estatales); y

Tercero: la conformación de un espacio independiente de opinión pública efectiva (existencia de medios públicos, privados y comunitarios de difusión de ideas y programas políticos, cuya función es además la de servir de puente abierto entre el Estado y la sociedad civil)¹⁹.

5.3 Las debilidades del modelo habermasiano

A este modelo habermasiano se le pueden hacer dos importantes críticas:

1) El modelo presupone un nivel relativamente alto de educación e información, que en la mayoría de las sociedades a nivel mundial no se da en la praxis. En la realidad cotidiana hay poquísimas sociedades cuyos miembros estuvieran en la posibilidad de comprender una deliberación de alto nivel sobre asuntos públicos.

2) El modelo presupone además un conocimiento previo relativamente extenso de los aspectos detallados, sobre los cuales se trata de establecer una voluntad política. Para entender estos contextos a fondo los ciudadanos y electores tendrían que tener hoy en día una visión relativamente amplia y bien informada sobre el contexto mundial, los complejos vínculos de uno mismo dentro de ese contexto, un mínimo de fundamentos históricos y culturales y, sobre todo, un conocimiento detallado de asuntos y problemas técnicos acerca de las opciones a tratar y decidir.

17 Sobre la relación entre Franz Neumann y la Escuela de Francfort véase *ibid.*, pp. 352-367.

18 Franz Neumann, *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacionalsocialismo*, México: FCE 1983.

19 Me he basado principalmente en: Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, op. cit., pp. 409-468.

Sostengo que la democracia deliberativa habermasiana representa en el fondo una reconstrucción altamente idealista de la *polis* griega clásica, adaptada a las circunstancias de la época contemporánea. En la prosaica realidad de las sociedades europeas actuales no se dan los siguientes factores que serían indispensables para el funcionamiento efectivo de la democracia habermasiana:

(1) El ciudadano normal de la Europa contemporánea es un consumidor selectivo que tiene simultáneamente varios intereses y aficiones; su interés por cuestiones políticas es relativamente restringido. Se preocupa por estos asuntos en épocas electorales solamente y en lo referente a cuestiones que le pueden afectar personalmente. Un interés de todos los ciudadanos por el bien común o temas similares es una especie de utopía optimista, que no está cubierta por las encuestas públicas de alta representatividad.

(2) El interés del ciudadano normal por asuntos supranacionales es, según todas las encuestas, muy bajo, orientado casi exclusivamente por el sensacionalismo de los medios de comunicación. El interés del ciudadano común por cuestiones culturales e históricas de otras áreas geográficas resulta igualmente muy limitado.

(3) Según los estudios de opinión pública, el conocimiento de los presupuestos históricos y culturales de asuntos públicos es muy restringido. Este interés se reduce aún más con la distancia geográfica. Sin embargo, los asuntos públicos actualmente están entrelazados con complejos temas de comercio exterior e intereses geopolíticos y militares, los

cuales no constituyen la preferencia del elector habitual.

(4) Aunque exista un número muy considerable de ciudadanos interesados por asuntos públicos, se puede decir que los ciudadanos no pueden todos ellos poseer los conocimientos técnico-científicos que hoy son imprescindibles para debatir con soltura en torno a los temas específicos del desarrollo actual, el cual depende casi exclusivamente de los últimos descubrimientos científicos e innovaciones técnicas, cuya comprensión exigiría en cada caso dilatados estudios específicos.

Por todo ello se puede decir que el modelo habermasiano funcionaría exclusivamente en la antigua *polis* griega, es decir cuando todos los hombres libres podían comprender los contextos económicos y técnicos, que eran relativamente simples. La democracia deliberativa resultaría hoy anacrónica. Un modelo de discusión y determinación de asuntos públicos funciona solo en un estadio evolutivo relativamente simple y fácil de comprender por todos. El propio Habermas mencionó muchas veces la creciente influencia de la “cultura de los expertos”, que amenazaba con colonizar el mundo de la vida. Esta opinión realista habermasiana es uno de los principales reproches contra la viabilidad práctica de la democracia deliberativa, que entonces permanece como una especie de ilusión racionalista que rara vez es conseguida en la realidad.

No se puede negar el carácter normativo del modelo habermasiano: sigue siendo el mejor paradigma racionalista de tratar de organizar el mundo político según los criterios de la razón, pues esta, en cuestiones políticas, emerge

preferentemente como la fuerza del mejor argumento. La democracia deliberativa sigue teniendo importancia como una *idea regulativa* en sentido kantiano: no podemos renunciar a una especie de meta ideal a la cual deberíamos dirigir nuestros esfuerzos público-políticos, sobre todo a largo plazo, pero en la vida política cotidiana el modelo habermasiano juega un papel muy reducido, generalmente como uno entre varios paradigmas en la politología actual.

5.4 La democracia deliberativa a la vista de las nuevas teorías sobre la formación de voluntades políticas

En las últimas décadas han surgido interesantes críticas a la democracia deliberativa. Se puede sostener que la teoría habermasiana es abstracta, normativa y ahistórica, puesto que ninguna sociedad se ha comportado de manera permanente tomando decisiones derivadas del mejor argumento racional. Creo que la historia universal nunca ha configurado regímenes sociopolíticos estrictamente según criterios de la razón. La concepción habermasiana (el respeto estricto a procedimientos democráticos, la corrección completa en las elecciones, la continuidad del estado de derecho, el patriotismo constitucional y hasta la toma de decisiones, según el mejor argumento) no contiene factores suficientes de tipo emotivo para asegurar una democracia deliberativa. Hace falta también un conjunto social determinado por la solidaridad, el reconocimiento y el amor para asegurar una participación efectiva en la vida pública. Se trata evidentemente de valores premodernos, típicos de la vida comunitaria.

Dos autores de tendencias posmodernistas, *Chantal Mouffe* y *Ernesto Laclau*, han afirmado que la teoría habermasiana sería una reconstrucción idealista de la *polis* griega, reconstrucción que deja de lado el punto más importante: los seres humanos no toman sus decisiones de acuerdo a argumentos racionales, por más correcto que sea el procedimiento del mejor argumento, sino de acuerdo a intereses político-materiales. La posición de Habermas adquiere el aire de lo anacrónico e impracticable porque un interés político es algo elemental que no puede ser negociado de acuerdo a una deliberación racional. Las decisiones políticas se toman en un contexto *agonal*, es decir en un juego competitivo entre amigos y enemigos donde no se busca la comprensión del otro, sino su derrota. El binomio amigo / enemigo nos mostraría, según Mouffe y Laclau, el núcleo de lo político, que es una competencia por intereses materiales, cuya consecución siempre implica un retroceso o una derrota del otro. La política sería en el fondo una competencia por bienes escasos, que no admitiría arreglos permanentes o duraderos sino la lucha perenne entre adversarios. Esta posición que se considera estrictamente realista considera que el modelo habermasiano funciona solamente en determinadas épocas de prosperidad y paz general, en las cuales la competencia política adopta el carácter de una excepcionalidad histórica que no puede ser ampliada al resto de las sociedades y de los desarrollos históricos²⁰.

20 Me he basado en: Chantal Mouffe, *En torno a lo político*, Madrid: FCE 2007; Ernesto Laclau / Chantal Mouffe, *Hegemonía y estrategia socialista*, Madrid: FCE 2004.

6. Insuficiencias del aporte habermasiano aplicado a la realidad latinoamericana

Hay relativamente pocos científicos sociales y movimientos políticos que han intentado aplicar la teoría de Jürgen Habermas en particular y de la Escuela de Frankfurt en general a la realidad latinoamericana. Las posiciones más cercanas a Habermas han sido la de los pequeños partidos centristas como en Chile, Costa Rica y Uruguay, y aún en estos casos la influencia más fuerte ha sido la de la democracia racionalista propugnada por pensadores como Karl Popper y recreadas en América Latina por ensayistas como *Octavio Paz*²¹ y *Mario Vargas Llosa*²². Este último fundó el Movimiento Libertad en el Perú, pero tuvo una vida efímera y no pudo establecerse como un partido político permanente.

Se puede afirmar, por lo tanto, que la teoría habermasiana ha servido como una “idea regulativa”, es decir como un paradigma o ejemplo que no tiene una conexión inmediata con la praxis, pero que preserva la idea de un ordenamiento político racional. Lo que sí puede afirmarse es que la democracia deliberativa tiende a expandirse como un modelo ideal en América Latina, a la vista de que no existen alternativas pacíficas de comunicación entre grupos que no sea el entendimiento argumentativo. Aún en el caso de que las diferencias resultan irreconciliables y que los intereses

políticos adquieran una naturaleza agonal muy marcada, se requiere de una voluntad de comprensión de los otros para evitar la guerra civil abierta. Algunos nuevos movimientos juveniles en América Latina han adquirido el modelo del diálogo permanente y la comunicación política sin saber que la versión más elaborada de esta proviene de Jürgen Habermas y de la Escuela de Frankfurt. Siguiendo la concepción habermasiana, aunque no se la conozca, estos grupos, situados generalmente en el centro del espectro político, propugnan una estrategia comunicacional basada en la articulación libre y racional de nuestros intereses, porque la comunicabilidad de nuestros anhelos pertenecería a una variable antropológica: el idioma expresa el ansia de comprender al otro y ser comprendido por él. El poder comunicativo que emana de la libre deliberación se ha expandido como una especie de derecho humano inalienable, aunque muchas veces las experiencias históricas nos muestran la base muy estrecha de la mencionada comunicabilidad. Creo que la doctrina de Habermas se basa en presupuestos anti-intuitivos y contrafácticos, pero que pueden ser comprobados en la praxis política de muy largo aliento.

En general desde la conclusión de los regimenes militares y dictatoriales en América Latina en la década de 1980, se puede detectar un cierto resurgimiento de formas deliberativas en el campo político, con las posibles excepciones de Cuba y Haití. En muchos de estos casos, como en Chile, Costa Rica, Panamá, Colombia y Perú tenemos el caso antes impensable de coaliciones gubernamentales de varios partidos antes enfrentados entre sí, porque aisladamente ninguno de ellos tenía la fuerza suficiente para conquistar

21 Octavio Paz, *El ogro filantrópico. Historia y política 1917-1978*, Barcelona: Seix Barral 1981; Octavio Paz, *Tiempo nublado*, Barcelona: Seix Barral 1983, pp. 161-188.

22 Véase ante todo: Mario Vargas Llosa, *La civilización del espectáculo*, Madrid: Alfaguara 2012, pp. 33-59.

el poder en solitario. Este es también el caso de Bolivia en los veinte años entre 1985 y 2005.

Ninguna de estas experiencias estaba explícitamente basada en la democracia deliberativa habermasiana, pero no hay duda de que la praxis política siguió, con las reservas del caso, la teoría de que una deliberación racional es siempre preferible a una solución de fuerza. Aún sin referirse a Habermas estos modelos latinoamericanos practicaron, en términos relativos, dos elementos de la doctrina habermasiana:

- (a) Los partidos no representaban verdades absolutas, por las cuales había que pelear hasta las últimas consecuencias, sino solamente intereses sectoriales, es decir parciales.
- (b) Una buena deliberación, aunque no se decante siempre por la “suave coacción” (Habermas) del mejor argumento, se acerca al ideal racionalista de que constituye el mal menor en comparación con la lucha abierta de todos contra todos.

De esta manera podemos afirmar que la teoría habermasiana, pese a su notable calidad intelectual, no es la única alternativa en el campo de la solución de conflictos políticos. En realidad la teoría de la democracia deliberativa es la forma extraordinariamente bien lograda y teóricamente muy elevada de una praxis política que se ha ido difundiendo con el sistema parlamentario de gobierno, con la existencia más o menos permanente de partidos políticos, con la expansión del derecho electoral y con la popularización de los medios masivos de comunicación. La

teoría habermasiana puede ser calificada como la expresión teórica más elevada de “hacer política” de forma racional, lo que ha sido más o menos usual desde el siglo XVIII y que se ha ido expandiendo a nivel mundial, con muchas dificultades, juntamente con el ensanchamiento de la democracia electoral, por un lado y con la democratización de la educación y de los medios masivos de comunicación, por otro punto.

7. Contexto boliviano criticable según la Escuela de Frankfurt

El contexto boliviano no es fundamentalmente distinto al latinoamericano en términos políticos y culturales. En 1982 llegó a su fin el ciclo de dictaduras militares y, con muchos retrocesos, se instauraron modelos racionales de solución de conflictos. Bolivia siguió las pautas ya mencionadas de una democracia pluralista que se modernizaba de manera evidente, aunque con muchos retrocesos. En este contexto político y cultural se puede detectar una considerable cantidad de publicaciones en el campo de la teoría política, aunque pocas de ellas se han debatido fuera de las fronteras bolivianas. Entre los pensadores que se han destacado se hallan *Jorge Lazarte*, con sus escritos sobre el movimiento sindical y la cultura política; entre estas publicaciones sobresale su obra *Entre dos mundos*, que es un estudio basado en fuentes documentales y empíricas acerca de la cultura política prevaleciente en Bolivia²³. También hay que mencionar los aportes de *Fernando Molina* (historia

23 Jorge Lazarte R., “Entre dos mundos: la cultura política y democrática en Bolivia”, en: CNE, *Democracia y cultura política en Bolivia*, La Paz: CNE / PRONAGOB 2001, pp. 27-153.

de las ideas)²⁴, H. C. F. Mansilla (cultura política)²⁵ y Blithz Lozada Pereira (filosofía de la historia)²⁶.

Ninguno de estos autores se considera como discípulo o seguidor de Jürgen Habermas, pero una cierta influencia de este maestro es detectable en sus obras. Por otra parte, René Antonio Mayorga ha publicado las siguientes obras, en las cuales el diálogo con Habermas es evidente: *Teoría como reflexión crítica* (1990)²⁷, *Democracia a la deriva* (1987)²⁸, *De la anomia política al orden democrático* (1991)²⁹ y *Antipolítica y neopopulismo* (1995)³⁰. Mayorga, quien estudió en universidades alemanas, estuvo seguramente bajo la influencia de la Escuela de Frankfurt y de Jürgen Habermas en sus años formativos. Aunque en forma insegura, se puede afirmar que Mayorga adoptó con algunas modificaciones la idea regulativa de la democracia deliberativa en cuanto la meta institucional y procedimental que se debería alcanzar. Para el periodo

1985-2005 Mayorga propuso el término “presidencialismo parlamentarizado” para denotar un sistema de gobierno relativamente avanzado que se acercaba al parlamentarismo de Europa occidental y que reducía las posibilidades de fricción permanente típicas del parlamentarismo tradicional³¹. Mayorga y los autores antes citados han sido partidarios de una modernización política y cultural, que tenía como objetivo la racionalización progresiva de los conflictos políticos y sociales.

Lo que les ha faltado a estos autores es una comprensión de las fuerzas profundas que subyacen a la política boliviana como ser la religiosidad popular, la fuerza del caudillismo y las tradiciones populares de organización corporativa. En este sentido a estos autores les ha faltado una visión de las formas estrictamente nacionales del accionar político, junto con un análisis de la constelación internacional. Estas carencias en la teoría boliviana fueron vistas por James M. Malloy³², el gran bolivianista norteamericano. Otra notable tradición crítica, que ha sido promovida por Josefa Salmón³³ y Silvia Rivera Cusicanqui³⁴, pone también

24 Fernando Molina, *La izquierda boliviana frente a la democracia y la revolución*, La Paz: Nómadas 2016; Fernando Molina, *La idea aristocrática y la idea liberal. Estudio de la élite política boliviana en el siglo XIX*, La Paz: Nómadas 2017.

25 H. C. F. Mansilla, *Herencias culturales y prácticas sociales. Ensayos en filosofía política*, La Paz: Plural 2015, pp. 91-108.

26 Blithz Y. Lozada Pereira, *Filosofía de la historia. Ensayos sobre el retorno, la utopía y el final de la historia*, vol. I, La Paz: IEB / UMSA 2009, pp. 291-337.

27 René Antonio Mayorga, *Teoría como reflexión crítica*, La Paz: CEBEM / HISBOL, 1990.

28 René Antonio Mayorga (coordinador), *Democracia a la deriva. Dilemas de la participación y concertación social en Bolivia*, La Paz: CLACSO / CERES 1987.

29 René Antonio Mayorga, *¿De la anomia política al orden democrático? Democracia, Estado y movimiento sindical en Bolivia*, La Paz: CEBEM, 1991.

30 René Antonio Mayorga, *Antipolítica y neopopulismo*, La Paz: CEBEM, 1995.

31 René Antonio Mayorga, “La democracia o el desafío de la modernización política”, en: Fernando Campero Prudencio (coordinador), *Bolivia en el siglo XX. La formación de la Bolivia contemporánea*, La Paz: Harvard Club de Bolivia 1999, pp. 329-358.

32 James M. Malloy, *Bolivia: The Uncompleted Revolution*, Pittsburgh: Pittsburgh University Press 1970; James M. Malloy / Richard S. Thorn (eds.), *Beyond the Revolution. Bolivia since 1952*, Pittsburgh: Pittsburgh University Press 1971.

33 Josefa Salmón, *El espejo indígena. El discurso indigenista en Bolivia*, La Paz: Plural 2013.

34 Silvia Rivera Cusicanqui, “El movimiento sindical campesino en la coyuntura democrática”, en: Roberto Laserna (comp.), *Crisis, democracia y conflicto social*, Cochabamba: CERES 1985, pp. 129-164.

en duda los principios normativos del racionalismo liberal.

II Conclusiones

Desde épocas clásicas la reflexión teórica en torno a la política ha conformado una parte sustancial de la filosofía. Las obras magnas de Platón (*La República*), Aristóteles (*La Política*) y San Agustín (*La ciudad de Dios*) son los testimonios más claros de esta tendencia. Lo mismo puede decirse de autores posteriores como Nicolás Maquiavelo, Thomas Hobbes, G. W. F. Hegel y Max Weber. La Escuela de Frankfurt y Jürgen Habermas ha continuado esta tradición, poniendo la reflexión sobre temas políticos en el centro de sus preocupaciones filosóficas. Autores como Horkheimer y Adorno prepararon el terreno para Habermas, sobre todo mediante su teoría de la sociedad de masas, su crítica del consumismo y sus reflexiones en torno a la diferencia entre racionalidad instrumental y racionalidad global. El mérito de Habermas reside, entre otros puntos, en haber combinado los teoremas centrales de Max Weber con el impulso emancipatorio de Karl Marx y con los adelantos institucionales debidos a la moderna democracia pluralista de corte liberal. El alto grado alcanzado por la filosofía habermasiana y su aceptación en muchas partes del mundo académico tiene que ver con su exitosa vinculación entre los aportes de la filosofía clásica con el giro lingüístico y las teorías contemporáneas en las ciencias de la comunicación. Como hemos visto la teoría habermasiana reconstruye lo que ha sido pensado por otros autores y lo integra eficazmente en un *corpus* teórico de muy alto nivel y de considerable plausibilidad.

Entre los puntos criticables de la teoría habermasiana se hallan su grado muy alto de abstracción y generalidad así como su desinterés por la creación politológica actual y por la producción teórica de todo el Tercer Mundo. La teoría habermasiana pretende ser una concepción válida a nivel mundial, pero no considera ningún aporte de origen extra-europeo y por lo tanto es de difícil aplicación a dilatadas áreas del mundo.

Esta teoría vale sobre todo como una *idea regulativa*, es decir como un paradigma al que hay que acercarse, pero resulta ser una concepción que nos brinda pocas luces sobre el terreno concreto. La idea del mejor argumento como algo que sería aceptado por los contendientes políticos razonables, es probablemente una ilusión idealista, de la cual han participado Immanuel Kant y numerosos pensadores del idealismo clásico alemán. Tenemos entonces un gran aparato teórico, una notable concepción político institucional, pero que tiene pocas posibilidades de ser aplicada sin más en la realidad política. El destino de la democracia deliberativa en Alemania es en este sentido muy ilustrativo: una doctrina teórica muy respetada en el ámbito académico, pero con poca aplicabilidad en el terreno práctico.

III Bibliografía

Habermas, Jürgen:
Carta al Papa. Consideraciones sobre la fe, Barcelona: Paidós, 2009.

Habermas, Jürgen:
Teoría de la acción comunicativa, vol. I: Racionalidad de la acción y racionalización social, Madrid: Taurus, 1999.

- Habermas, Jürgen:
Teoría de la acción comunicativa, vol. II: Crítica de la razón funcionalista, Madrid: Taurus, 1999.
- Habermas, Jürgen:
Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, Madrid: Trotta, 1998.
- Habermas, Jürgen:
Sobre Nietzsche y otros ensayos, México: REI, 1996.
- Habermas, Jürgen:
El discurso filosófico de la modernidad, Madrid: Taurus, 1989.
- Laclau, Ernesto; Mouffe, Chantal:
Hegemonía y estrategia socialista, Madrid: FCE, 2004.
- Lazarte R., Jorge:
Entre dos mundos: la cultura política y democrática en Bolivia, La Paz: CNE-PRONACOB, 2001.
- Lozada, Pereira Blithz:
“Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos”, en: *Nuevas sugerencias intempestivas. Ensayos de filosofía, política y cultura*, La Paz: IEB, 2014.
- Lozada, Pereira Blithz:
“Comunicación, historia y cultura en Jürgen Habermas”, en: *Filosofía de la historia. Ensayos sobre el retorno, la utopía y el final de la historia*, La Paz: IEB, 2009.
- Malloy, James M.:
Bolivia: The Uncompleted Revolution, Pittsburgh: Pittsburgh University Press, 1970.
- Mansilla, H. C. F.:
Herencias culturales y prácticas sociales. Ensayos en filosofía política, La Paz: Plural, 2015.
- Mayorga, René Antonio:
“La democracia o el desafío de la modernización política”, en: *Fernando Campero Prudencio (coordinador), Bolivia en el siglo XX. La formación de la Bolivia contemporánea*, La Paz: Harvard Club de Bolivia, 1999.
- Mayorga, René Antonio:
Antipolítica y neopopulismo, La Paz: CEBEM, 1995.
- Mayorga, René Antonio:
¿De la anomia política al orden democrático? Democracia, Estado y movimiento sindical en Bolivia, La Paz: CEBEM, 1991.
- Mayorga, René Antonio:
Teoría como reflexión crítica, La Paz: CEBEM/HISBOL, 1990.
- Mayorga, René Antonio:
Democracia a la deriva. Dilemas de la participación y concertación social en Bolivia, La Paz: CLACSO-CERES, 1987.
- Molina, Fernando:
Guillermo Francovich, La Paz: Gente Común, 2011.
- Molina, Fernando:
René Zavaleta I. La etapa nacionalista, La Paz: Gente Común, 2011.

Mouffe, Chantal:

En torno a lo político, Madrid: FCE, 2007.

Neumann, Franz:

Behemoth. Pensamiento y acción en el nacionalsocialismo, México: FCE, 1983.

Paz, Octavio:

Tiempo nublado, Barcelona: Seix Barral, 1983.

Paz, Octavio:

El ogro filantrópico. Historia y política, Barcelona: Seix Barral, 1981.

Rivera Cusicanqui, Silvia:

“El movimiento sindical campesino en la coyuntura democrática”, en: Roberto Laserna (comp.), *Crisis, democracia y conflicto social*, Cochabamba: CERES, 1985.

Salmón, Josefa:

El espejo indígena. El discurso indigenista en Bolivia, La Paz: Plural, 2013.

Thorn, Richard S.; Malloy, James M. (eds):

Beyond the Revolution. Bolivia since 1952, Pittsburgh: Pittsburgh University Press, 1971.

Vargas Llosa, Mario:

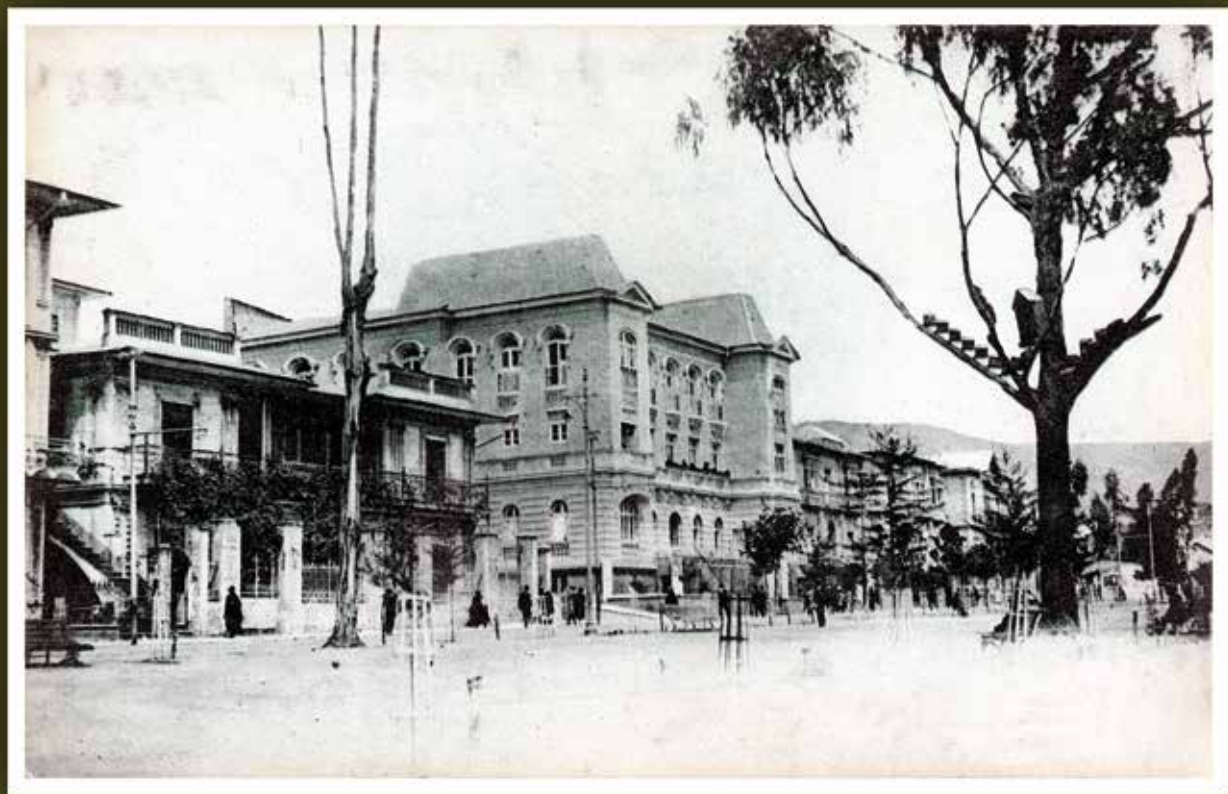
La civilización del espectáculo, Madrid: Alfaguara, 2012.

Wiarda, Howard J.:

Democracy and Its Discontents, New York: Lanham, 1995.

Wiggershaus, Rolf:

La Escuela de Frankfurt, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2011



Archivo Central - MUSEF

La Paz - Avenida 16 de Julio "1920" Aprox.

LOS PROCESOS DE REFORMA JUDICIAL EN BOLIVIA (1991-2017)*

JUDICIAL REFORM PROCESSES IN BOLIVIA (1991-2017)

*Marco Antonio Saavedra Mogro***
marcoantonio_saavedra@hotmail.com

Presentado: 15 de Agosto de 2017. Aceptado:14 de Noviembre de 2017

RESUMEN

El presente trabajo expone, bajo la estrategia del institucionalismo histórico, los procesos de reforma judicial en Bolivia durante los últimos 26 años, explicando los contextos institucionales cambiantes, las coyunturas y secuencias rivales emergentes en la época de la “Democracia Pactada”, en el “Proceso Constituyente” y en el “Mandato de la Cumbre de Justicia”; desarrollando argumentos sobre las trayectorias crecientes y decrecientes de los procesos de reforma o de refundación de la justicia, sobre la dinámica de retroalimentación del sistema jurídico, el tipo de resultados lentos o acelerados de la institucionalización de la justicia y, las perspectivas de una política jurídica orientada a la independencia de la justicia e imparcialidad del juez en el Estado Plurinacional de Bolivia.

Palabras clave: institucionalismo histórico, procesos de reforma judicial, contextos institucionales cambiantes, coyunturas y secuencias rivales, trayectorias crecientes y decrecientes, dinámica de retroalimentación del sistema jurídico, independencia e institucionalización de la justicia.

SUMMARY

This paper exposes, under the strategy of historical institutionalism, the judicial reform processes in Bolivia during the last 26 years, explaining the changing institutional contexts, the conjunctures and emerging rival sequences at the time of the “Agreed Democracy”, in the “Constituent Process” and in the “Mandate of the Justice Summit”; developing arguments on the increasing and decreasing trajectories of the processes of reform or refoundation of justice, on the feedback dynamics of the legal system, the type of slow or accelerated results of the institutionalization of justice and the perspectives of a legal policy oriented to the independence of justice and impartiality of the judge in the Plurinational State of Bolivia.

Keywords: Historical institutionalism, judicial reform processes, changing institutional contexts, conjunctures and rival sequences, increasing and decreasing trajectories, feedback dynamics of the legal system, independence and institutionalization of justice

* Artículo de investigación producto del Programa de Investigación del Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis de la Carrera de Derecho, Universidad Mayor de San Andrés, desarrollado en la gestión 2017.

** Marco Antonio Saavedra Mogro es Docente Investigador del Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis de la Carrera de Derecho.

Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo investigar los procesos de reforma judicial en Bolivia en el período 1991-2017 y determinar las condiciones institucionales de su consolidación en dos contextos (el del neoliberalismo y el del Estado Plurinacional) caracterizados tendencialmente por la ruptura política, ideológica y jurídica; la investigación mostrará las variantes de reforma y organización de un Poder Judicial en condiciones de desigualdad institucional, encoyunturas políticas diferenciadas, pero con gobiernos de derechas y de izquierdas sin voluntad de transformar radicalmente la justicia y con irrenunciable decisión de controlar fácticamente el Órgano Judicial. En perspectiva se analizará la factibilidad política y jurídica en el Estado Plurinacional para la construcción de un Órgano Judicial independiente y, el desarrollo de una política jurídica que incentive la meritocracia, la imparcialidad y el comportamiento ético de la autoridad judicial.

La dinámica de la forma y reforma del Poder Judicial en Bolivia durante los últimos 26 años y sus interacciones con los poderes Legislativo y Ejecutivo pueden ser explicados mejor a través del institucionalismo histórico. El enfoque del institucionalismo histórico¹ enfatiza la construcción de

instituciones, la ingeniería constitucional y la configuración de organizaciones, permitiendo en este estudio sobre “Los Procesos de Reforma Judicial en Bolivia (1991-2017)”, desarrollar explicaciones macrotendenciales sobre más de dos contextos histórico institucionales de cambio en la reforma de la justicia boliviana en un periodo relativamente corto; para ello la secuencia del tiempo en las reformas de los años 90’, las decisiones tomadas por la Comisión Judicial en la Asamblea Constituyente instalada en Bolivia el año 2006 y el Mandato de la Cumbre de Justicia del año 2016 son determinantes, como también es de importancia el movimiento dialéctico hacia atrás y adelante para

institucionalistas históricos descubren balances de poder y recursos complejos, y ven a las instituciones como productos desarrollados a partir de luchas entre actores desiguales. Los académicos de la elección racional a menudo se enfocan en un set de ‘reglas’ a la vez. Los institucionalistas históricos no presumen que varias ‘piezas’ institucionales que se intersectan puedan encajar en un todo coherente, y por esa razón prestan mucha atención a las formas, como múltiples áreas institucionales y procesos que se intersectan, a menudo creando intencionalmente aperturas para actores que desatan cambios. Los institucionalistas históricos analizan los orígenes, impacto y estabilidad o inestabilidad de configuraciones institucionales enteras, algunas veces para explicar los arreglos institucionales en sí mismos y otras para utilizar variables que refieren a configuraciones institucionales para explicar resultados de interés”. Pierson, P. y Skocpol, T. (2008). *Institucionalismo histórico en la Ciencia Política contemporánea*. En *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, Volumen 17 No 1 Enero a Diciembre de 2008. Uruguay: Ediciones Cauce. Pág. 19. Sobre las corrientes del análisis institucional, ver: North, D. (2006). *Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico*. México: Fondo de Cultura Económica; March, J. y Olsen J. (1997). *El Redescubrimiento de las Instituciones*. México: Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, A.C. - Universidad Autónoma de Sinaloa - Fondo de Cultura Económica; Tsebelis, G. (2006). *Jugadores con veto. Cómo funcionan las instituciones políticas*. México: Fondo de Cultura Económica; Ostrom, E. (2015). *Comprender la diversidad institucional*. México: Fondo de Cultura Económica.

1 El institucionalismo histórico define su estrategia de investigación abordando preguntas del mundo real, rastreando procesos a través del tiempo y analizando configuraciones y contextos institucionales “Pero aunque institucionalistas de diferentes tipos han convergido en preguntas y respuestas complementarias (Thelen 1999: 372-81), aún existen diferencias importantes. Los académicos de la elección racional suelen enfocarse en las ‘reglas del juego’ que proveen ‘soluciones’ de equilibrio a dilemas de acción colectiva. Mientras tanto, los

evaluar resultados en los procesos de transformación judicial. Bajo la estrategia del institucionalismo histórico sintetizaremos información secundaria emergente de la reforma judicial durante la época de la “Democracia Pactada” y en el actual “Proceso de Cambio”, con la finalidad de desarrollar argumentos sobre los rendimientos crecientes o decrecientes de los procesos de reforma judicial, sobre la dinámica de retroalimentación del sistema jurídico, el tipo de resultados lentos o acelerados de la institucionalización de la justicia y, las perspectivas de una política jurídica orientada al diseño institucional de independencia de la justicia e imparcialidad de la autoridad judicial en el Estado Plurinacional de Bolivia.

En la retrospectiva histórica hay una tendencia que evalúa la construcción de instituciones en América Latina bajo el signo de la persistente inestabilidad, con poderes judiciales ineficaces y leyes con bajo nivel de aplicación, de hecho los países de la región copiaron sistemas políticos occidentales con sus virtudes y sus defectos; la separación de poderes en tres ramas, fue una imitación del sistema político de Estados Unidos, de Francia se copió el centralismo y la legislación por decreto y, la Constitución española de 1812 sirvió para modelar el gobierno limitado y el centralismo; los sistemas políticos latinoamericanos ampliaron los poderes presidenciales hasta el punto de tutelar al Poder Judicial y designar jueces directa o indirectamente a través de los Poderes Legislativos (Drake, 2012: 7 y ss.). El diseño institucional de la justicia permaneció congelado en sus principales atribuciones en tanto funcionamiento de un Poder Judicial con independencia débil y debilitada desde los Ejecutivos

fuerzas; por lo que un Poder Judicial independiente y un juez neutral no son la ruta positiva en la tradición estatal latinoamericana².

La justicia es un problema irresuelto en Bolivia, la evaluación de su comportamiento tiene su antecedente inmediato en la reapertura democrática en octubre de 1982. Durante los gobiernos del periodo neoliberal la sujeción de la justicia y la intimidación a los administradores de justicia mediante juicios de responsabilidades y destituciones fue “ejemplarizadora”; este disciplinamiento del Poder Judicial y un control político asfixiante desde el gobierno, no sufrió variaciones positivas durante el llamado Proceso de Cambio, por el contrario se agudizó. El proceso político durante la democratización de los últimos 35 años demostró que al Estado Boliviano no le interesa la tragedia de la injusticia, tampoco hubo gobierno que no haya renunciado al control factivo de la justicia y del Ministerio Público, siendo una constante tenebrosa la composición

2 “Más que ninguna otra institución política después de la independencia, la organización de justicia heredó numerosas prácticas coloniales, algunas de (las) cuales perduran hasta el Siglo XXI. Durante muchos años, los criollos dejaron el sistema español de justicia mayormente intacto. Los legados incluyeron la tradición civil o romana de la ley, la indeterminación entre funciones políticas y judiciales, un cuerpo de jueces autónomo y corporativo, una justicia dependiente del ejecutivo y una formidable estructura extra-judicial de empleados y notarios públicos que frustraron cualquier intento de cambio o de tornar al sistema más eficiente y eficaz. Asimismo, el imperio de la ley durante el periodo colonial y el posterior a la independencia fue extremadamente irregular y laxo en áreas periféricas, lo cual generó desconfianza y pérdida de respeto por el sistema legal”. Drake, P.W. (2012). *Difusión histórica, desarrollo y durabilidad de las instituciones democráticas en América Latina en los siglos XIX y XX*. En *Revista Uruguaya de Ciencia Política*. Volumen 21 No 2-Julio a Diciembre de 2012. Montevideo: Ediciones Cauce. Pag. 17.

política de los magistrados, jueces y fiscales.

1. Contexto institucional cambiante en los procesos de reforma judicial

La temporalidad de las reformas de la justicia en los últimos 26 años es importante para determinar la decisión política y los costes económicos e institucionales, porque no lograron resolver la independencia de la justicia ni la imparcialidad de la autoridad judicial; bajo la estrategia del institucionalismo histórico nos planteamos las siguientes preguntas de investigación ¿Por qué los procesos de reforma judicial y de institucionalización han fracasado en Bolivia, reproduciendo una tendencia de continuidad negativa en términos de dependencia del Órgano Judicial y de parcialización del juez?, ¿Qué modelo factible de limitación del poder con independencia judicial razonable e imparcialidad fuerte, de institucionalidad de la justicia y de institucionalización de la carrera judicial, está en condiciones de viabilizar el poder político?. La conflictiva dependencia y parcialización del Poder Judicial y la turbia y corrompida administración de justicia, la explicaremos en una perspectiva histórico institucional, comparando las reformas estatales de los años 90´ con las reformas establecidas en el Mandato de la Cumbre de Justicia el año 2016.

El desarrollo institucional relativo a la justicia en el periodo analizado (1991-2017), se produjo en los noventas en base a un acuerdo político entre las principales fuerzas políticas de la época; fueron cinco partidos políticos (MNR, ADN, MIR, CONDEPA y MBL) que

el año 1991³ determinaron la reforma e institucionalización del Estado y la reforma del Poder Judicial; subyacía en dichas reformas la despartidización, la cualificación técnica, la independencia y la meritocracia como nuevo modelo a seguir. Un nuevo sistema de justicia conformado por el Tribunal Constitucional, el Consejo de la Judicatura, la Defensoría del Pueblo, la renovación de los miembros de la Corte Suprema de Justicia y la institucionalización de los vocales de la Corte Nacional Electoral, y posteriormente la modificación del Código Penal (que expulsó del ordenamiento jurídico la prisión por deudas) tenía como finalidad lograr desde arriba la interacción democrática en términos de gobernabilidad, estabilidad y confianza en el sistema político. A la vez podía y debía generar la retroalimentación positiva entre los poderes del Estado; es decir que dichas reformas del Estado buscaban mejoras en la capacidad de gobernar y nuevos patrones de ruptura con la poderosa inercia de los poderes estatales desiguales, donde el Poder Judicial se encontraba en clara desventaja respecto del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo.

La Constitución Política del Estado promulgada el 6 de febrero de 1995 dio

3 “Después de varias reuniones previas, promovidas por la Conferencia Episcopal y el Nuncio Apostólico, finalmente el 25 de julio los tres partidos más votados suscribieron un acuerdo en el que se comprometieron a realizar reformas a la ley electoral para preservar la imparcialidad y transparencia de las cortes electorales. Este convenio fue la base para que el 5 de febrero de 1991, los jefes de los cinco partidos más votados del país suscribieran lo que se conoce ahora como los ‘Acuerdos de febrero de 1991’, que iniciarían el proceso de institucionalización de las instituciones fundamentales de la democracia, empezando por el organismo electoral”. Lazarte, J. (2005). Entre los espectros del pasado y las incertidumbres del futuro. Política y democracia en Bolivia a principios del siglo XXI. La Paz: ILDIS/Plural Editores. Pag. 283.

un salto cualitativo al constitucionalismo liberal para reconocer a Bolivia como un país multiétnico y pluricultural, determinando la independencia y coordinación de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, prohibiendo que las funciones del poder público se reúnan en el mismo órgano; esta Constitución creó nuevas instituciones como el Tribunal Constitucional, el Consejo de la Judicatura, el Defensor del Pueblo y, el artículo 116 disponía la organización del Poder Judicial⁴ estableciendo la independencia de los magistrados y jueces en la administración de justicia, además del Escalafón Judicial para promover la carrera judicial basada en méritos. Si bien la revolución institucional lograda con los “Acuerdos de febrero de 1991” habían dado lugar a un modelo institucionalizador de los poderes públicos, estos no tuvieron sostenibilidad en el tiempo, no sirvieron para un positivo desempeño de la democracia y tampoco generaron confianza ciudadana en la administración de justicia.

El analista Carlos Toranzo afirma que durante las últimas dos décadas (1985-2005) en Bolivia se realizaron más reformas político institucionales que todas las que se ejecutaron de 1952 a 1985⁵. Para fines

de los 90’ se había trazado una nueva agenda de rediseño estatal que se conoció como Diálogo Nacional de 1997 y Diálogo Nacional 2000; las nuevas reformas del Estado modeladas en el Diálogo Nacional de 1997, conocido también como “Diálogo Nacional Bolivia hacia el siglo XXI, de 1997” se desarrollaron en cuatro mesas (Oportunidad, Dignidad, Justicia e Institucionalidad y Equidad), fue la mesa referida a Justicia e Institucionalidad que mayor avance tuvo en materia de reforma del Estado tratando cuestiones de justicia, administración de justicia, organización institucional y reforma del Estado, Estado de Derecho, sistema político, gestión pública, descentralización, género y desarrollo, política de defensa y fortalecimiento de la sociedad civil (Toranzo, 2006: 189), de este Diálogo fueron partícipes en representación del

administrativa. Privatizó (capitalizó) las empresas públicas. Aplicó una de las reformas más importantes del Estado: la participación popular, que es una suerte de descentralización municipal; todos los contenidos de la participación popular son elementos de creación ciudadana y de impulso de la capacidad de la sociedad.

El cambio institucional condujo a modificar la forma de elección de los diputados, pues aprobó la elección de 50% de ellos en distritos uninominales. Se modificó el sistema de la seguridad social, en especial la previsional, creando las administradoras de pensiones. Por otra parte, se fundó un amplio sistema de regulación sectorial, se modificó las normas bancarias con una superintendencia destinada a ese efecto. El campo de la justicia vio el nacimiento del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Judicatura. Se aprobó la creación de la Defensoría del Pueblo. Se cambió la forma de elección de los magistrados de la Corte Suprema. Se comenzó a generalizar el principio de los dos tercios del Parlamento para la elección de cargos públicos importantes.

En fin, el desarrollo de la democracia en estas dos décadas ha modificado de manera muy profunda la organización institucional del país, por tanto, no es errado decir que la Bolivia de 2001 es muy diferente a la de 1982”. Toranzo, C. (2006). Rostros de la democracia: una mirada mestiza. La Paz: ILDIS - Plural Editores. Pags. 252 y 253.

4 “Artículo 116.- I. El Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Tribunal Constitucional, las Cortes Superiores de Distrito, los tribunales y jueces de Instancia y demás tribunales y juzgados que establece la ley. La ley determina la organización y atribuciones de los tribunales y juzgados de la República. El Consejo de la Judicatura forma parte del Poder Judicial”. Constitución Política del Estado 1995. H. Cámara de Senadores. La Paz: Publicidad Arte Producciones.

5 “Para citar solo algunas de ellas, digamos que el país cambió de Constitución Política del Estado, reconociendo la pluriculturalidad y el multilingüismo; modificó el Código Penal, aceptando la oralidad de los procesos; asistió a la reforma de pensiones; hizo su reforma educativa congruente con el cambio de Constitución; aprobó la descentralización

Poder Judicial los miembros de la Corte Suprema de Justicia. El Diálogo Nacional 2000 o denominado “Diálogo 2000 de Lucha Contra la Pobreza” fue una continuidad del anterior y conformo tres mesas: la Municipal, la Departamental y la Nacional, en esta última se tematizo la elaboración de una agenda de temas político-institucionales y, se promulgó la “Ley Diálogo Nacional 2000” el año 2001⁶.

Lo relevante de estos diálogos eran las encuestas que habían realizado el Programa de las Naciones Unidas Para el Desarrollo (PNUD) y la Corte Nacional Electoral (CNE) cuyos datos revelaban una crisis de confianza y de credibilidad ciudadana en las instituciones del Estado; de hecho el Poder Judicial ya no gozaba de legitimidad y estaba desacreditado y debilitado institucionalmente (Toranzo, 2006: 186 y 201). Los datos de las encuestas del (PNUD), del Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (ILDIS), del Programa Nacional de Gobernabilidad (PRONAGOB) y de la Corte Nacional Electoral (CNE)⁷ para el periodo 1995 - 2000 mostraban una tendencia de desconfianza ciudadana en el Poder Judicial, desafección por la administración de justicia, la no existencia de igualdad de todos frente a la ley, la percepción clientelar del Estado y, la exigencia de la gente de cumplir las leyes así no nos gusten⁸.

6 Ley Nº 2235, Ley de 31 de Julio de 2001 “Ley Dialogo Nacional 2000”. <http://www.bivica.org/upload/control-social-reglamento.pdf>

7 Cfr. PNUD - CNE - BID - PRONAGOB (2001). Democracia y Cultura Política en Bolivia. La Paz: EDOBOL. Y, Toranzo, C. (2006). Rostros de la democracia: una mirada mestiza. Op. Cit., Pags. 533 y ss.

8 “En la ESH, 1995 un resumen de datos referidos a la desafección de la política se sintetiza del siguiente modo: ‘El desgaste o falta de legitimidad de partidos políticos, Congreso, Presidencia de la Republica o

La evaluación sobre la justicia boliviana realizada por el ex Ministro de Justicia y Derechos Humanos en el año 2002, Carlos Alberto Goitia Caballero, es que el fortalecimiento institucional emprendido desde 1994 dio lugar a una adecuación del sistema de justicia a la democracia y a mejoras de la justicia expresadas en un mejor marco constitucional⁹ con la creación

Poder Judicial está minando la legitimidad global del sistema político.....En una de las encuestas que comentamos (L, 1996) encontramos que un 78% de los encuestados dice explícitamente que no existe igualdad de todos ante la ley, solo un 21% sugiere que hay simetría.....Por el lado de la ninguna confianza o desconfianza, no sorprende, porque ya son datos que van en esa dirección, que la ausencia de confianza esté concentrada en las instituciones del sistema político partiendo por los partidos políticos, pasando por el Congreso y el Poder Judicial..... Algunos otros elementos a destacar en la CC, 1996 son los siguientes: un 79% de la gente expresa que todos debemos pagar nuestros impuestos, 21% dice que nadie debería hacerlo. Para un 73% las leyes deben ser cumplidas así no nos gusten, 27% más pragmático, entiende que hay que cumplir solo las leyes que les favorezcan.....el alto grado de exigencia de los derechos de la población, frente a una poca disposición a cumplir las leyes y una poca conciencia de sus obligaciones, lo menos que expresa es la construcción incompleta de ciudadanía en Bolivia”. Toranzo, C., Op. Cit., Pags. 558-561-563-582-586.

9 “En lo institucional, tenemos desde 1994 un Poder Judicial con tres órganos importantes: la Corte Suprema de Justicia, que se encarga de administrar la justicia en lo penal, civil y familiar; el Tribunal Constitucional, que se encarga de controlar y proteger que se respete la Constitución y, al mismo tiempo, protege a los derechos humanos por medio del habeas corpus y el amparo constitucional; por último, el Consejo de la Judicatura, que se encarga de los temas de la administración de los recursos del personal y régimen disciplinario. Fuera de estos tres órganos, hay que mencionar al Tribunal Agrario Nacional, que está dentro del Poder Judicial. Al Poder Judicial lo acompañan un Ministerio Público y un Servicio de Defensa Nacional Pública que da asistencia jurídica en hechos delictivos a la gente de escasos recursos, además de la Policía Nacional, que es el otro órgano importante en este ámbito de justicia en lo penal. También vale la pena destacar el rol del Defensor del Pueblo, que sin ser un órgano de justicia, ha aportado a su fortalecimiento”. Goitia, C.A. (2007). Justicia boliviana. Una conversación con Carlos Alberto Goitia. En: Democracia boliviana. Un modelo para Armar. 32 entrevistas por Diego Ayo. La Paz: OXFAM-ILDIS-“Garza Azul” Impresores & Editores. Pag. 404.

del Tribunal Constitucional, el Consejo de la Judicatura, la Defensoría del Pueblo, la Defensa Pública, la Aprobación de la Ley del Ministerio Público, la integración del Tribunal Agrario, la modernización de procedimientos y reglamentos internos, que los órganos de justicia cuenten con bases de datos y estadísticas judiciales, el diseño de una carrera judicial y escalafones que ponderan los méritos, un mejor acceso a la justicia de los más débiles, la modernización del marco legal ejemplificado con el procedimiento oral en materia penal y la capacitación de los operadores de justicia y de la ciudadanía en general en temas de justicia, es decir que en los hechos en los comienzos del siglo XXI se han superado distintas injusticias; pero también se ha podido ver que hay municipios pobres donde la población no tiene justicia, el acceso a la justicia es aun restringido y la calidad de la prestación del servicio de justicia es baja; quedan estas como tareas pendientes del Estado.

Las reformas judiciales de los años noventa no lograron los rendimientos positivos esperados, ni una retroalimentación institucionalizadora en términos de independencia e imparcialidad de mediano plazo; tampoco se pudo evitar la erosión de confianza y credibilidad ciudadana en el sistema de justicia en Bolivia¹⁰. La

10 Rodrigo Gazahui hace referencia a la desconfianza ciudadana en las instituciones en el periodo 1998 a 2006, basado en investigaciones del Proyecto de Opinión Pública Latinoamericano (LAPOP) "En relación a los temas referentes a las instituciones encargadas de la administración y manejo de la justicia, ninguno supera el mínimo aceptable, pues el Tribunal Constitucional tiene un promedio de confianza de 48.5; los Tribunales de Justicia un promedio de 46.0; los Defensores Públicos un promedio de 46.0; los Fiscales un promedio de 44.7; la Corte Suprema de Justicia un promedio de 44.5; y

mala administración de justicia fue la característica en el Estado neoliberal, que extendió como fuego en la pradera la corrupción judicial, la discriminación, la retardación de justicia y un desigual acceso; el comportamiento de la autoridad judicial estuvo bajo sospecha permanente por sus actuaciones al margen de la ley¹¹. En el microanálisis del mal funcionamiento de la justicia están el litigio de tiempo indeterminado, la obstaculización o distorsión de las investigaciones hechas por el personal de la policía, la conducta inadecuada de los subalternos judiciales que reciben coimas y, los peritos cuyas opiniones no siempre son las mejor calificadas; configurando un sistema tenebroso que pone en subasta a la justicia y la vende al mejor postor, consecuencias estas devastadoras por el alejamiento de la gente de la corrompida y discrecional administración de justicia.

No transcurrió ni una década para que el Estado reformado en los noventa ingrese

el Sistema de Justicia en su integridad un promedio de 42.0".

Son alarmantes los bajos niveles de confianza de la población en cuanto a todas las instituciones que administran o trabajan con el tema de justicia en nuestro país, pues todas esas instituciones se encuentran por debajo de otras instituciones como la de 'Autoridad Originaria' (con un promedio de 53.9), el 'Defensor del Pueblo' (con un promedio de 58.2) o los Centros de Conciliación' (con un promedio de 52.4)". Gazahui, R. (2007). El Órgano Judicial y la Democratización de la Justicia en Bolivia. En: Las Reformas al Estado. Oscar Alba S. y Sergio R. Castro Coordinadores. Cochabamba: IDEI-AECL-Talleres Gráficos "Kipus". Pags. 291 y 292.

11 "En términos absolutos, el último informe correspondiente a la gestión 2005 presentado por el Defensor del Pueblo al Congreso Nacional, determina que dentro los derechos más vulnerados está el Derecho a la Justicia, donde los tribunales y juzgados de justicia, así como los órganos administrativos con potestad jurisdiccional, continuaron siendo (como en años pasados) masivamente denunciados". Gazahui, R. (2007). Op. Cit. Pag. 294.

en tensiones profundas y en una crítica radical al funcionamiento de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial; los ataques al Estado Republicano cobraron forma de protesta ciudadana, rebelión de los movimientos sociales, acusaciones de los partidos políticos opositores y la denuncia de intelectuales de distinta procedencia. La dinámica de la crisis del Estado estuvo marcada por la caída del gobierno de Gonzalo Sánchez de Lozada, el interinato del Presidente Carlos Mesa a partir de octubre de 2003 y su renuncia el 7 de junio de 2005, momento a partir del cual asume el mando presidencial el 9 de junio de 2005 (luego de la renuncia a su derecho de sucesión de los parlamentarios Hormando Vaca Díez y Mario Cossio) el Presidente de la Corte Suprema de Justicia Eduardo Rodríguez Veltzé quien convoca a elecciones generales para el 18 de diciembre de 2005, donde ganara el Movimiento Al Socialismo y llegara al poder Evo Morales Ayma.

Las demandas de una gran transformación se condensaron narrativamente en la impugnación al Estado que se había reformado en los tiempos del neoliberalismo y a la democracia pactada que le daba gobernabilidad y, en la exigencia de los de debajo de *refundar el Estado* cuyos antecedentes inmediatos estaban en los bloqueos iniciados en abril de 2000 y en los conflictos y rebeliones de febrero y octubre de 2003 (que más tarde se conocerá como la Agenda de Octubre); a partir de las movilizaciones del año 2000 la sociedad comenzó a actuar por fuera de la institucionalidad que se había establecido en la Constitución de 1995, esta movilización social al margen de la

legalidad enunciaba el hundimiento del Estado que para algunos pensadores de la época se caracterizaba por una crisis del ordenamiento estatal republicano y una crisis del modelo neoliberal. Para Álvaro García la organización de la institucionalidad gubernamental había privilegiado en los últimos 18 años la división de poderes, la gobernabilidad, la centralidad parlamentaria, la construcción de normativa liberal; esta institucionalidad construida no tenía correspondencia con la lógica real de la dinámica social y ni siquiera era acatada por las elites reformadoras (García, 2003: 41). Para Jorge Lazarte la coyuntura del 2003 no expresaba una *crisis de Estado* sino que era una *crisis en el Estado*, es decir una crisis del gobierno y de la forma como estaban organizadas sus instituciones y, más amenazas que realidades¹². Desde la izquierda moderada se caracterizaba la coyuntura como de transición desde la crisis de la forma estatal neoliberal hacia un nuevo contrato social incluyente, justo y democrático, proponiendo para la Asamblea Constituyente una arquitectura estatal cristalizada en la Federación Boliviana de Municipios,

12 "Miradas las cosas desde el Estado, se deben distinguir tres crisis: crisis del fundamento del Estado; crisis de legitimidad del Estado y crisis de la estructura del Estado. La primera tiene que ver con la capacidad del Estado de garantizar un orden político; la segunda se refiere a las razones por las cuales la acción del Estado es aceptada por la sociedad (aquí esta crisis es equivalente a la crisis de régimen político), mientras que la tercera tiene que ver con la forma como se organiza el Estado, es decir, con sus instituciones (crisis en el Estado). Ciertamente estas crisis pueden darse por separado o de manera combinada. Una crisis conjunta es el derrumbe del orden político. Una guerra civil es el ejemplo más catastrófico". Lazarte, J. (2003). El Conflicto entre un Estado del "Demos" y un Estado del "Etnos". Apuntes para un debate. La Paz: PIEB -Tinkazos - No 14 - Junio de 2003, "Grupo Design". Pag. 55.

Regiones y Nacionalidades Originarias Autónomas¹³.

A pesar de la progresista reforma de la Constitución Política del Estado de 13 abril de 2004 que incorporaba la Asamblea Constituyente, la Iniciativa Legislativa Ciudadana, el Referéndum y nuevas formas de Representación Popular¹⁴, la organización de la institucionalidad neoliberal se hizo pedazos con la refundación del Estado en la Asamblea Constituyente convocada para el año 2006; estaba en curso la edificación del mundo plurinacional y, la incertidumbre de los bolivianos comenzó a disiparse abriéndose la esperanza de que el entretejido del Estado Plurinacional sería para bien y que se podía construir instituciones justas. Las encuestas y entrevistas en profundidad realizadas en junio de 2006 denominadas “El estado de la opinión: los bolivianos, la Constitución y la Constituyente”¹⁵

evalúan el momento constituyente como un proceso intenso de reforma estatal, de alta legitimidad y de emergencia de un nuevo sentido común; la Asamblea Constituyente fue caracterizada como una demanda desde abajo en busca de participación ciudadana y justicia social y con la esperanza de los bolivianos de “contar con una nueva legalidad más abierta, participativa y justa, que ahora sí, se cumpla para beneficio de todos” (PNUD-IDEA, 2007: 20). La lectura de la cultura de la legalidad en Bolivia, en el referido “estado de la opinión”, afirma que hay una aplicación diferenciada, discrecional y discriminatoria de las normas y una exigencia desigual y de conveniencia en el cumplimiento de las leyes, un grupo mayoritario de bolivianos considera que las leyes en el país son injustas y consideran que la Constitución garantiza los derechos solo de algunos siendo que el Estado no respeta sus derechos ciudadanos, los imaginarios y percepciones sobre la ley tienen una carga negativa porque son injustas, no se respetan, se aplican discrecionalmente y benefician a las minorías económicas y políticas¹⁶.

13 El Secretario Ejecutivo Nacional del Movimiento Sin Miedo, Javier Bejarano, proponía que “Las funciones gubernativas de los gobiernos autónomos regionales son legislativas, ejecutivas y judiciales..... el sistema judicial se organiza a partir de los distritos municipales y el nivel de apelación se encuentra en las cortes regionales, mientras que los niveles de casación y control constitucional pertenecen al nivel federal”. Bejarano, J. (2004). Un nuevo contrato social. La Paz: PIEB -Tinkazos -No 17 - Noviembre de 2004, EDOBOL. Pags. 62 y 64.

14 “Artículo 4.- El pueblo delibera y gobierna por medio de sus representantes y mediante la Asamblea Constituyente, la iniciativa Legislativa Ciudadana y el Referéndum, establecidos por esta Constitución y normados por Ley”.
“Artículo 222.- La Representación Popular se ejerce a través de los partidos políticos, agrupaciones ciudadanas y pueblos indígenas, con arreglo a la presente Constitución y las leyes”. Constitución Política del Estado 2004. Reformada mediante Ley No 2650, Ley de 13 de Abril de 2004. Unidad de Coordinación para la Asamblea Constituyente (UCAC) www.constituyente.bo.

15 PNUD-IDEA (2007). Encuestas para el Desarrollo Humano. Una Publicación del Informe sobre Desarrollo Humano en Bolivia. La Paz: Impresión Weinberg.

16 “En general, los bolivianos cuestionan la legitimidad de las leyes y de las autoridades encargadas de su elaboración y cumplimiento. Ello plantea un tema mayor en cuanto hace a la percepción que tienen los bolivianos de relación entre poder y legalidad: quienes detentan el poder de la elaboración y cumplimiento de las leyes, o bien las hacen a su medida o las aplican de forma discrecional para su propio beneficio. A partir de esta percepción, en el momento en que se sale del plano normativo-prescriptivo (lo que debería estar bien, que todos cumplan las leyes) y se ingresa al nivel concreto y cotidiano de la elaboración y cumplimiento de las leyes en el país, los ciudadanos no dudan en reconocer que habitan en una sociedad en la que prima la trasgresión de las normas”. PNUD-IDEA (2007). “El estado de la opinión: los bolivianos, la Constitución y la Constituyente”. Op. Cit., Pag. 80.

Sobre la justicia y el sistema judicial el “estado de la opinión” afirma que los bolivianos tienen una valoración negativa de las instituciones y de las autoridades encargadas de impartir justicia, de hecho el Poder Judicial es la institución que genera menos confianza¹⁷, la ciudadanía mayoritariamente duda de la independencia de los fallos de los jueces y de que hagan su trabajo libre de presiones e interferencias¹⁸; la justicia es entonces invariablemente una mercancía susceptible de compra-venta y, los jueces la subastan al mejor postor. Las expectativas positivas sobre la Asamblea Constituyente para el 2006 y 2007 eran el logro de justicia social, cumplimiento de las leyes, protección de los derechos ciudadanos y participación democrática, el horizonte del sentido común de la bolivianidad era la convivencia intercultural y de igualdad social y económica (PNUD-IDEA, 2007: 295).

La ideología rupturista con el viejo régimen y los anhelos fundacionales de un nuevo Estado hicieron síntesis en la Asamblea Constituyente que se instaló en Bolivia el año 2006 con una correlación de fuerzas mayoritariamente favorable al Movimiento Al Socialismo (MAS), encontrándose

en minoría Poder Democrático y Social (PODEMOS); estas fuerzas políticas gravitantes de la coyuntura tenían visiones de país rivales que las expresaron los constituyentes en la dinámica de funcionamiento de las Comisiones que se habían conformado; en dichas Comisiones y Subcomisiones las diferencias fueron de fondo y terminaron en serias dificultades para llegar a consensos.

La Comisión Judicial fue integrada por 11 constituyentes titulares¹⁹, se dividió en 3 Subcomisiones: la Subcomisión de Justicia Comunitaria, la Subcomisión de Justicia Ordinaria, la Subcomisión de Tribunal Constitucional, Tribunal Agrario y Consejo de la Judicatura, iniciando el proceso de votación de articulados el 12 de julio de 2007; es de suma importancia destacar el Acta de Reunión de 12 de julio de 2007 en la cual la Comisión Judicial propuso la selección y elección de magistrados mediante voto popular²⁰. Las Actas de Sesiones y Deliberaciones reflejan las diferencias ideológicas de las Subcomisiones y la imposibilidad de llegar a consensos en relación a la jerarquía de la Justicia Comunitaria y la Justicia Ordinaria. El Informe Final de la Comisión Judicial en mayorías (MAS)

17 En relación al aparato judicial-penal del Estado, se observa que los niveles de confianza pasan de ser ‘neutros’ en el caso de la Corte Suprema de Justicia a ser francamente negativos en el caso de los jueces y la Policía Nacional que, junto a los partidos políticos, ocupan los últimos sitios en materia de confianza ciudadana”. PNUD-IDEA (2007). “El estado de la opinión: los bolivianos, la Constitución y la Constituyente”. Op. Cit., Pag. 95.

18 “la mitad de las respuestas refuerzan la idea de que la ‘justicia se compra con plata’ y de que la ley es ‘ancha para los ricos y angosta para los pobres’ mientras que una cuarta parte de los consultados señalan que la actuación de los jueces está subordinada a lógicas propias del sistema político y, particularmente, a los privilegios de que gozan las autoridades”. PNUD-IDEA (2007). “El estado de la opinión: los bolivianos, la Constitución y la Constituyente”. Op. Cit., Pag. 97.

19 Los constituyentes del MAS fueron: Rebeca Elvira Delgado de Bleichner, Víctor Ezequiel Borda Belzu, Jimena Maglene Leonardo Choque, Marcela Choque Barrionuevo, Lidia Choque Olazo y Edgar Arraya Santa Cruz; los constituyentes de PODEMOS fueron: Oscar Urquiza Córdova, Osvaldo Ulloa Peña, Jeanine Añez Chávez de Ribera; un constituyente del MNR: Freddy Ibañez Gómez Ortega y, un constituyente del MBL Gildardo Flores Coca. Cfr. Enciclopedia Histórica Documental del Proceso Constituyente Boliviano (2006-2009). Estado Plurinacional de Bolivia - Vicepresidencia del Estado - Presidencia de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Tomo III - Vol.1. Impresiones Quality SRL. Pags. 721 al 858.

20 Enciclopedia Histórica Documental del Proceso Constituyente Boliviano (2006-2009). Op. Cit. Pag. 732.

y minorías (PODEMOS-MNR) registro como principales puntos del debate el pluralismo jurídico, el acceso a la justicia, los mecanismos de control social, la participación ciudadana, la justicia comunitaria, un diagnóstico sobre fortalezas y debilidades del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, donde se relievra la injerencia política, la falta de credibilidad y transparencia.

Dos contextos institucionales contrapuestos, cambiantes y rupturistas, el de la reforma judicial neoliberal y el de la pretendida refundación de la justicia en el proceso de cambio, se anularon mutuamente; las visiones rivales de las elites de derechas y de las contraelites de izquierdas para reorganizar el Poder Judicial trazaron una ruta de cambios con retroalimentación negativa; posiciones del poder gobernante y de las potencias opositoras fueron incapaces de dar continuidad a las fortalezas de la reforma judicial y fueron extremadamente insensibles a las debilidades del funcionamiento catastrófico de la justicia.

2. Trayectoria de los procesos de reforma judicial y el Mandato de la “Cumbre Nacional de Justicia Plural”.

El constitucionalismo boliviano nacido el año 2009 inaugura una narrativa constructora de un innovador Estado Plurinacional fundamentado en el reconocimiento de los de abajo y en la potencia de la acción colectiva de los pueblos indígenas y de las naciones originarias portadores de un nuevo sentido de justicia. La Nueva Constitución Política del Estado promulgada el 7 de Febrero de 2009 rompe con la tradición de la reforma incremental del Estado

y, opta por ir a la raíz fundacional de un nuevo Estado Plurinacional²¹. En materia judicial al menos cinco fueron las transformaciones: el pluralismo jurídico, el reconocimiento de los derechos indígenas y la justicia comunitaria²² (denominada también justicia plurinacional indígena originaria campesina), la nomenclatura del Órgano Judicial, la paridad expresada en cuotas de género y plurinacionalidad para ocupar cargos de autoridad judicial y, la elección de magistradas y magistrados mediante sufragio universal y mayoría simple de votos y con un mandato de seis años²³.

21 “Artículo 1. Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”. Constitución Política del Estado. Edición Oficial. 7 de Febrero de 2009. Gaceta Oficial de Bolivia. La Paz - Bolivia.

22 “La existencia de sistemas legales diferentes son el derecho positivo occidental y el derecho indígena consuetudinario, reclaman la constitucionalización de su pluralismo jurídico, bajo una coordinación mayor que estará en manos del Estado Unitario Plurinacional....entre los derechos indígenas altamente necesarios para alcanzar una interculturalidad del Estado Plurinacional, están el derecho a la autodeterminación y las autonomías, el derecho a la cultura e idioma funcional propio; el derecho a la tierra y al territorio propio.” Díez Astete, A. (2007). Temáticas en interculturalidad. En: Asamblea y Proceso Constituyente. Análisis y propuestas para un nuevo tiempo. La Paz: REPAC-PNUD-IDEA-AECI-Asdi. Pag. 25.

23 Sobre la singularidad de las elecciones judiciales el ex vocal del Tribunal Supremo Electoral sostiene que “Se realiza en dos sedes, una legislativa que en rigor funciona como jurisdicción administrativa (donde se efectúa la preselección de postulantes) y otra electoral (responsable de la organización y publicación de resultados del acto comicial, como tal). Ramiro Paredes Zárate. A propósito de las elecciones judiciales. La Razón, Domingo 23 de Abril de 2017.

Se suponía que la respuesta histórica a la crisis de la justicia era la elección de magistrados, que se implementó por primera vez en el Estado Plurinacional de Bolivia en octubre de 2011. El proceso de selección del 2011 que llevó a cabo la Asamblea Legislativa Plurinacional terminó en una depuración política que validó la selección de militantes del partido de gobierno ¿Cuál fue la respuesta del pueblo en la elección de magistrados? La respuesta ciudadana fue el rechazo, ganaron los perdedores con tremendo déficit de legitimidad y, el rendimiento institucional del Órgano Judicial durante estos seis años de mandato constitucional fue empobrecedor, inundado de escándalos internos, pugnas de poder, fallos judiciales cuestionados, denuncias de corrupción, juicios de responsabilidades y marcada ineptitud y retardación de justicia. Los magistrados electos cumplen su mandato constitucional en octubre de 2017 y, se ha iniciado un segundo proceso de selección y elección de magistrados a través de la Asamblea Legislativa Plurinacional con cuestionada legalidad y déficit de legitimidad.

La elección de magistradas y magistrados al Tribunal Supremo de Justicia, Tribunal Agroambiental, Consejo de la Magistratura y Tribunal Constitucional Plurinacional, tenía por finalidad mejorar la justicia y democratizarla; pero el proceso de preselección por la Asamblea Legislativa Plurinacional el año 2011 terminó eligiendo en octubre de ese año a los menos votados. Luego de seis años el proceso de selección y elección de altas autoridades judiciales está en entredicho y la independencia del Órgano Judicial está bajo sospecha y sumando

más desconfianza ciudadana²⁴. A pesar de las modificaciones al “Reglamento de Preselección de Candidatas y Candidatos Para la Conformación del Tribunal Constitucional Plurinacional, Tribunal Supremo de Justicia, Tribunal Agroambiental y Consejo de la Magistratura” dado en la Sala de Sesiones de la Asamblea Legislativa Plurinacional el veintinueve de abril de dos mil diecisiete años, para que el Comité Ejecutivo de la Universidad Boliviana (CEUB) participe en la evaluación curricular de los postulantes a candidatos a autoridades judiciales, el CEUB ha terminado con posiciones divididas sobre el fondo del acompañamiento universitario, la transparencia y credibilidad del proceso y, de manera específica el Rectorado de la Universidad Mayor de San Andrés (UMSA) se pronunció públicamente por el “Establecimiento de un Gran Acuerdo Nacional Por Una Nueva Justicia en Bolivia”²⁵, posteriormente el Honorable Consejo Universitario de la UMSA decidió no participar de la selección de los postulantes a magistrados²⁶. La

24 Sobre la elección judicial de 2011 Juan Carlos Pinto afín al gobierno afirma “Así, la elección de jueces no es un tema de detalle, sino estructural para construir la justicia relacionada con la Democracia Intercultural. También pudimos ver con la primera experiencia de elección judicial que fueron elegidos, en su gran mayoría, jueces por su dimensión simbólica relacionada con la plurinacionalidad, aunque llevaban consigo expectativas de poder propias basadas en la tradicional formación del Derecho que han pervertido en mucho la defensa de los derechos fundamentales. Muchos de ellos con poncho, ojota o pollera no estuvieron a la altura de las transformaciones que el país requiere y profundizaron aún más la crisis de la justicia”. Juan Carlos Pinto. Democracia Intercultural ¿Por qué elegimos a los jueces en Bolivia? La Razón, Domingo 18 de junio de 2017.

25 Universidad Mayor de San Andrés. Por Un Nuevo Sistema de Justicia en Bolivia. La Razón, Domingo 23 de Abril de 2017.

26 Sobre las opiniones divididas en el sistema

conclusión del proceso de selección de magistrados (al finalizar el mes de agosto de 2017) a través de la mayoría del MAS en la Asamblea Legislativa Plurinacional no está libre de sospechas, de denuncias y de escándalos, las listas de candidatos judiciales tampoco tiene consenso entre las fuerzas políticas del oficialismo y de la oposición²⁷ y, comienza a ser vista por la ciudadanía como una oportunidad perdida para cambiar la desprestigiada justicia boliviana.

De manera paralela al cumplimiento del mandato de seis años de los actuales magistrados del Órgano Judicial y del Tribunal Constitucional, se posicionó en la agenda pública a fines del 2014 la Cumbre Nacional de Justicia y fue impulsada por el Ministerio de Justicia; el objetivo trazado para la Cumbre de Justicia fue poner fin a la mala imagen de la justicia y promover la meritocracia en el Órgano Judicial²⁸. El diagnóstico compartido por la

mayoría de los actores políticos, sociales e institucionales muestra que el nuevo Órgano Judicial atraviesa por una crisis estructural²⁹ marcada por el manoseo político, el cuoteo solapado, la corrupción judicial, la red de jueces incompetentes y la retardación de justicia; el Presidente del Estado Plurinacional Evo Morales calificó a la justicia como la peor³⁰, el expresidente Carlos Mesa califica a la reciente justicia refundada como la peor de todas³¹, el propio Vicepresidente del Estado expresó una crítica dura al decir que la justicia en Bolivia decepciona y apesta³². De hecho el tema que generó

la Cumbre de Justicia, anunciada un año atrás, y que tiene la trascendental misión de encontrar la solución a los problemas que aquejan al sistema judicial del país". La Razón, 25 de Enero de 2016.

universitario, ver: Waldo Albarracín Sánchez. Preselección de Magistrados. Con el retiro se busca generar una reflexión. La Razón, Domingo 11 de Junio de 2017 y, Saúl Paniagua. El papel de la Comisión Académica. La participación de la universidad es una obligación. La Razón, Domingo 11 de Junio de 2017.

- 27 "Con posiciones encontradas, gritos y acusaciones mutuas entre oficialismo y oposición, ayer comenzó la sesión de la Asamblea Legislativa para seleccionar a los 96 nombres de los postulantes que figurarán en la papeleta electoral del Órgano Judicial y Tribunal Constitucional en la elección del 3 de diciembre..... El oficialismo impuso sus dos tercios frente a los opositores que votaron nulo. Los oficialistas tenían listas marcadas con un punto a un lado de cada nombre, otros optaron por tener la información en sus celulares y un grupo tenía apuntes con una lista". Los Tiempos, 31 de Agosto de 2017. Sobre la última etapa de preselección de los candidatos a magistrados de la justicia, el periódico La Razón registra el siguiente titular "El MAS elige a los 96 candidatos con desmarque opositor". La Razón, 31 de Agosto de 2017.
- 28 "Entre los muchos anuncios que hizo el Presidente en su informe del 22 de enero, uno que merece la mayor atención posible es el referido al inicio de

- 29 Cfr. Universidad Mayor de San Andrés - Rectorado - Facultad de Derecho y Ciencias Políticas - Instituto de Investigaciones y Seminarios. Crisis Estructural del Órgano Judicial. La Paz, Bolivia, Julio de 2015.

- 30 "Dentro de las estructuras del Estado Plurinacional lo peor que tenemos en este momento es la Justicia boliviana", así calificó el presidente Evo Morales, a la situación de la administración judicial en el país, sumida en pugnas internas en los tribunales, corrupción, dilación de procesos y falta de recursos económicos, entre otras acciones. La posición de Morales fue compartida por el vicepresidente Álvaro García y representantes de diferentes instituciones estatales y organizaciones sindicales". La Razón, 18 de Enero de 2016.

- 31 "El resultado de la gestión 2011-2017 se puede calificar sin temor a error, como una de las peores de toda la historia del Poder Judicial en democracia desde que somos República". Carlos D. Mesa Gisbert. Un Órgano Judicial a tumbos. Página Siete, domingo 10 de Septiembre de 2017.

- 32 "García dice que la justicia en Bolivia 'decepciona' y 'apesta', anuncia cambios. El vicepresidente Álvaro García Linaera fue crítico con la situación de la justicia y aseguró que este año será 'sacado de cuajo este cáncer' para evitar se irradie al resto del Estado. Perfiló ajustes como la incorporación de la meritocracia en la elección de nuevas autoridades. El vicepresidente Álvaro García Linaera durante la entrevista que ofreció hoy al sistema RTP. El vicepresidente Álvaro García Linaera aseguró hoy que la Justicia en Bolivia decepciona y que es "uno de los lugares de mayor corrupción y apesta". Por ello, comprometió para este sacar 'de cuajo este

mayores controversias en la precumbre de justicia fue la elección de magistrados y consejeros del Órgano Judicial y del Tribunal Constitucional Plurinacional.

Dada la trayectoria errática de la reforma judicial y la acelerada desconfianza ciudadana en el Órgano Judicial, en la administración de justicia y en los operadores de la justicia, el gobierno del Estado Plurinacional impulsó durante el año 2016 una Cumbre de Justicia conjuntamente las organizaciones sociales e instituciones públicas y privadas vinculadas a la cuestión de la justicia, de la cual a mediados de año surgió un mandato para transformar la cuestionada justicia boliviana. La “Cumbre Nacional de Justicia Plural. Para Vivir Bien”³³, se instaló en la ciudad de Sucre los días 11 y 12 de junio de 2016 con el objetivo de ponerle fin a la crisis de la justicia; la ingeniería reformadora de la justicia se inauguró con la propuesta del Vicepresidente del Estado Alvaro García de instaurar la cadena perpetua para casos de violación de niños y niñas³⁴.

cáncer’ mediante una serie de iniciativas que serán discutidas en la Cumbre de Justicia, que aún no tiene fecha”. La Razón, 5 de Enero de 2016.

33 “Cumbre Nacional de Justicia Plural. Para Vivir Bien”. Sucre 11-12 de Junio de 2016. Ministerio de Comunicación. Estado Plurinacional de Bolivia. www.comunicacion.gob.bo; Bolivia Ministerio de Comunicación; @mincombolivia; mincombolivia. Ministerio de Justicia y Transparencia Institucional <http://www.justicia.gob.bo/>

34 Al respecto el analista Rafael Puente sostiene “¿Así que la reforma de la justicia consiste en la cadena perpetua? No es que esperaríamos mucho de esa Cumbre de Justicia, que ciertamente estaba condenada al fracaso, pero no deja de apesadumbrarnos el hecho de que su única innovación real —lo demás es puro verso— sea la implantación de la pena de cadena perpetua, porque parece que dicha cumbre se hubiera celebrado en las nubes. Rafael Puente es miembro del Colectivo Urbano por el Cambio (CUECA) de Cochabamba”. Página Siete, 17 de Junio de 2016. El político y abogado Juan Del Granado al respecto afirma “¿Tiene algún sentido la reiterada propuesta

Para transformar la justicia se organizaron 6 mesas de trabajo y se arribaron a una cantidad considerable de conclusiones y recomendaciones provenientes de una variedad de actores, desde las organizaciones sociales y dirigencias sindicales, hasta las instancias académicas, profesionales, empresariales y políticas, que sintetizamos a continuación.

La Mesa de Trabajo 1 “Elección de Magistrados y Consejeros del Órgano Judicial y del Tribunal Constitucional Plurinacional”, ratificó su apoyo a la nueva institución creada para elegir autoridades judiciales mediante voto popular, bajo el argumento de que esta era una conquista social y garantizaba la independencia del Órgano Judicial y del Tribunal Constitucional Plurinacional.

La Mesa de Trabajo 2 “Acceso a la Justicia Plural” recomendó refundar el sistema de justicia a partir de la descolonización, la despatriarcalización, la interculturalidad y la complementariedad sobre la necesidad de la población en servicios de justicia plural y, finalmente el acceso igualitario a la justicia para poblaciones en situación de vulnerabilidad.

La Mesa de Trabajo 3 “Retardación de Justicia” recomendó lograr que las decisiones judiciales se tomen sin

de “cadena perpetua” del Vicepresidente, aprobada sobre tablas en la inútil “Cumbre Judicial” de junio de este año? Ninguno. No sólo que reitera la peligrosa demagogia de los gobiernos que tratan de aprovecharse de la indignación popular frente a los crímenes más graves, haciendo creer que las cárceles o la guillotina acabarán con la delincuencia (como lo hizo la dictadura banzerista que implantó la pena de muerte), sino que de seguir la corriente europea, la de la “prisión perpetua revisable”, la propuesta sería inútil, ya que los límites carcelarios estarían por debajo o cercanos a nuestra actual pena máxima de 30 años sin derecho a indulto”. Página Siete, 20 de Diciembre de 2016.

dilación y oportunamente “Justicia a tiempo”; la implementación de plataformas de atención al usuario, y efectivizar la oralidad plena en todo el sistema de justicia. Implementación del gobierno electrónico y la gestión en línea; establecer un sistema de evaluación y control de las actuaciones judiciales, fiscales y policiales para establecer responsabilidades por el incumplimiento de plazos procesales; mejorar las condiciones materiales y presupuestarias del Órgano Judicial, Ministerio Público, Régimen Penitenciario, Defensa Pública y otros servicios.

La Mesa de Trabajo 4 “Corrupción en el Sistema de Justicia” recomendó el fortalecimiento del control social en el sistema de administración de justicia y selección de sus operadores, en los niveles nacional y subnacionales a partir de la reglamentación inmediata de la Ley de Participación y Control Social; implementar un mecanismo de verificación patrimonial permanente de los operadores de justicia que comprenda movimientos financieros y que alcance a sus familiares, incorporar la figura del agente encubierto en la lucha contra la corrupción y personal altamente especializado que investigue la posible implicancia de operadores de justicia en hechos de corrupción, en consorcios de jueces, fiscales y abogados.

La Mesa de Trabajo 5 “Política Criminal y Justicia Penal” recomendó diseñar una política criminal, preventiva, generacional descolonizada, despatriarcalizada, democrática, plural, intercultural, planificada, concertada, integral, basada en la gestión pacífica de la conflictividad con enfoque de derechos humanos y acorde a la realidad social, planificación

y coordinación interinstitucional e intersectorial en el desarrollo de las acciones de prevención.

La Mesa de Trabajo 6 “Formación, Ingreso, Capacitación y Régimen Disciplinario de Servidores Judiciales y Profesionales Abogados” de extraordinaria importancia para el sistema universitario, recomendó rediseñar el perfil de ingreso de las y los estudiantes de la carrera de Derecho, modificar y adecuar las mallas curriculares a la realidad social, económica, política, cultural, nacional e internacional en base a la Constitución Política del Estado adicionando nuevas materias con enfoque holístico (pluralismo jurídico, derechos humanos, ética, deontología jurídica, oralidad, MASC, derecho autonómico, idiomas, entre otros), establecer y fortalecer las menciones para que en los últimos años exista una mayor formación teórica y práctica en las áreas del Derecho promoviendo la cultura de paz, instituir el servicio social en la formación del abogado a través de la asistencia legal y orientación jurídica obligatoria por un tiempo mínimo de 6 meses dentro de los años de formación académica, para su cumplimiento, las universidades, gobernaciones y municipios deberán aperturar consultorios populares y casas comunales de justicia, transparentar la designación de docentes en universidades públicas y privadas a través de concurso de méritos, convocatorias públicas y examen oral de competencias con la conformación de tribunales evaluadores externos dentro del sistema universitario boliviano, las universidades públicas, privadas y de régimen especial deberán destinar parte de su presupuesto en actividades de investigación y actualización para mejorar la formación académica tanto

de los estudiantes como también del plantel docente permanente; modificar la Ley del Órgano Judicial introduciendo el procedimiento de designación de vocales, jueces y personal de apoyo judicial, promoviendo la meritocracia y probidad; fortalecer la Escuela de Jueces, Escuela de Fiscales del Estado y Universidad Policial.

Dentro de las conclusiones y recomendaciones en las seis mesas de trabajo organizadas, se aprobó mantener el voto popular para elegir magistrados, la cadena perpetua (criticada desde la oposición por considerarla parte de un plan del gobernante MAS para perpetuarse en el poder). Con la finalidad de dar cumplimiento a las conclusiones de la “Cumbre Nacional de Justicia Plural. Para Vivir Bien”, el Estado Plurinacional de Bolivia promulgó la Ley No 898 de 26 de Enero de 2017 “Ley de la Comisión de Seguimiento de las Conclusiones de la Cumbre de Justicia” cuyo objeto es crear una Comisión de Seguimiento de las Conclusiones de la Cumbre de Justicia y definir una agenda de trabajo. La Ley No 898 de 26 de Enero de 2017 “Ley de la Comisión de Seguimiento de las Conclusiones de la Cumbre de Justicia” tiene un enorme desafío para introducir mejoras en el sistema de justicia boliviano y, la Carrera de Derecho de la UMSA tiene el deber de colaborar con la Comisión creada para tal efecto, especialmente en lo que se refiere a la cualificación de los recursos humanos y nuevas readequaciones de su novel e innovadora curricula universitaria para una nueva enseñanza del derecho orientado a la conciliación y la reducción del conflicto y del litigio.

Podemos afirmar que la trayectoria de los procesos de reforma judicial (1991-

2017) se produjeron en un contexto institucional cambiante; su trayectoria última expresada en la preselección de 96 candidatos a cargos judiciales y el Mandato de la “Cumbre Nacional de Justicia Plural. Para Vivir Bien”, no tuvo consenso entre las fuerzas políticas primando la imposición de la mayoría gobernante; dicho proceso de reforma de la justicia termino en desacuerdos, ruptura y acusaciones mutuas entre oficialismo y oposición. Los expresidentes Carlos Mesa, Jorge Quiroga y otros cuatro líderes políticos opositores rechazaron las elecciones judiciales del 3 diciembre de 2017 emitiendo una “Declaración Conjunta Sobre la Preselección de Candidatos al Órgano Judicial”³⁵, acusando a los candidatos a magistrados de ser afines o militantes del partido de gobierno (MAS), una convocatoria ausente de los mejores juristas del país y, convocando al pueblo boliviano a rechazar lo que ellos consideran un “nuevo atropello a la institucionalidad democrática del país”. La respuesta del gobierno a través del Presidente en Ejercicio Álvaro García, no se dejó esperar y estuvo marcada por la hostilidad hacia los opositores que se han manifestado en contra de las elecciones judiciales; la declaración de los jefes de la oposición fue calificada por Álvaro García como mentiras de la derecha con fines electorales y la asoció con el pasado de cuoteo y dedazo de la justicia³⁶.

35 Cfr. “Declaración Conjunta Sobre la Preselección de Candidatos al Órgano Judicial”. Refrendada por Carlos D. Mesa Gisbert, Jorge Quiroga Ramírez, Víctor Hugo Cárdenas Conde, Samuel Doria Medina, Rubén Costas Aguilera y Luis Revilla Herrero. Página Siete, 1 de Septiembre de 2017.

36 “Con recortes de periódicos en la mano, García Linera, recordó que, en la época de la democracia pactada, los partidos de gobierno negociaban con los de la oposición la designación de ministros de

El proceso de Preselección de Candidatas y Candidatos Para la Conformación del Tribunal Constitucional Plurinacional, Tribunal Supremo de Justicia, Tribunal Agroambiental y Consejo de la Magistratura, fue una imposición de la mayoría gobernante, con una baja disponibilidad al consenso y ninguna tolerancia con visiones innovadoras de justicia rivales. Por otra parte las iniciativas principales de implementación de las conclusiones y recomendaciones “Cumbre Nacional de Justicia Plural” tienen su fuente en el Órgano Ejecutivo³⁷, mostrando una evolución del sistema de gobierno hacia un presidencialismo imperial.

En síntesis, la trayectoria de los procesos de reforma judicial pueden caracterizarse por la discontinuidad, la prevalencia de mayorías gobernantes, la no voluntad de arreglos políticos plurales y estructurales, el tutelaje, el cuoteo, el manoseo y el control fáctico del Órgano Judicial, que el propio Movimiento Al Socialismo reconoció como una “*inevitabilidad metódica*”;

la Corte Suprema de Justicia. Señaló directamente a Mesa de designar a dedo a autoridades del Poder Judicial.....Luego recordó que el entonces presidente de la Republica, el 30 de julio de 2004, designó por decreto a autoridades judiciales. ‘El señor Mesa nos acusa de incumplir las leyes, cuando el único que no tiene transparencia, el que acudió al dedazo es el señor Mesa. Él lo hizo solo, con decreto; nosotros lo hicimos mediante el Congreso, con exámenes y apoyo de la universidad’, gatilló García Linera”. Urgente.com. 1 de Septiembre de 2017.

37 “El 3 de enero de 2017, el presidente Evo Morales puso en marcha el plan de reforma del sistema judicial y remitió al Legislativo cuatro proyectos de ley que recogen las sugerencias de una Cumbre Judicial, uno de ellos el Código de Sistema Penal. La Asamblea Legislativa, a través de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, comenzó el debate del proyecto del nuevo Código del Sistema Penal que incorporará reformas como sanciones por retardación de justicia”. La Razón, 7 de Marzo de 2017.

así como el gobierno actual critica ácidamente el cuoteo de la justicia entre los partidos neoliberales ellos también asumen su *mea culpa* al reconocer que también cuotearon la justicia entre las organizaciones sociales³⁸. Entonces el cuoteo, el manoseo y el tutelaje no fue exclusividad de la dictadura militar, ni del neoliberalismo, también el proceso de cambio sucumbió a la tentación de la desinstitucionalización endógena y exógena de la justicia.

3. Conclusiones

La conclusión sobre los procesos de reforma judicial tiene que ver con el dominio de contextos de cambio institucional inestables y de trayectorias procesuales erráticas. La justicia boliviana no solamente que es la más cuestionada de América Latina y la más corrupta sino que también la desconfianza ciudadana es absoluta en la institución judicial. A pesar de que el problema de la justicia es de todos los bolivianos, no se ha podido dar con soluciones estructurales a la decadencia de la administración de justicia durante el periodo democrático (1982-2017); la consecuencia ha sido la injusticia sobre los más débiles y sobre los que tienen menos dinero; de hecho la independencia razonable, la meritocracia necesaria, el juez imparcial obligatorio, no son garantía de no control político y, siempre han sido vistos como un peligro; garantizar justicia independiente e imparcial y distancia de los poderosos,

38 “Un magistrado cree que sectores sociales hicieron daño a la justicia. El magistrado Gonzalo Hurtado reconoció que algunos de sus colegas tuvieron apoyo de las organizaciones sociales en la preselección para las elecciones judiciales. Criticó al Legislativo porque no aprobó un paquete de normas”. Página Siete, 29 de Enero de 2016.

es un mal negocio para la hegemonía del bloque en el poder.

El cambio positivo, la trayectoria de reformas sostenibles, y la configuración de institucionalidad de la justicia boliviana es el problema a resolver, analizando el impacto de las reformas judiciales en tanto resultados positivos y negativos y, en cuanto a metas concretadas y consecuencias no buscadas ni deseadas, en dos contextos políticos, económicos y constitucionales históricamente diferenciados, el del neoliberalismo y el del proceso de cambio. Más allá de las expectativas de una *path dependence*³⁹ positiva de la reforma judicial en Bolivia y de la esperada institucionalización, la prevalencia dominante en la interacción de los poderes del Estado (luego de las reformas contenidas en las Constituciones de 1995, de 2004 y de 2009) fue la asimetría de los poderes del Estado en dinámicas de dependencia y subordinación que caracterizaron, en un nuevo escenario, al Poder Judicial como un poder dependiente y al juez como un juez parcializado y tremendamente corrupto. Dichos procesos de reforma institucional en el periodo 1991-2017 evidencian que el Estado Boliviano es un Estado injusto y fallido por la debilidad de sus instituciones, por la ausencia de institucionalidad, por una tendencia alarmante de falta de confianza ciudadana en la justicia, las actuaciones parcializadas del juez y, una agravada subordinación del Poder Judicial a los poderes Ejecutivo y Legislativo.

Las instituciones no se hacen de la noche a la mañana, son procesos constructivos de larga duración, donde están en juego hechuras y rehechuras, progresos y retrocesos. Los procesos de reforma judicial en Bolivia durante los últimos 26 años (1991-2017) reformaron tres veces la Constitución y reestructuraron la justicia en dos oportunidades. Dichos procesos de reforma institucional en Bolivia han dependido de acuerdos político partidarios y, sus alcances, profundidad y consolidación han sido mayores en términos de institucionalización cuando esos acuerdos se dieron entre los partidos políticos oficialistas y de oposición, como lo fueron los Acuerdos de Reforma del Estado del año 1991. Simultáneamente, las rutas de la contrarreforma y la desinstitucionalización se desencadenaron cuando advinieron rupturas partidarias, partidización de dichas reformas estatales, la no voluntad política de respetar las reglas del juego democrático y la no incorporación ciudadana y de las voluntades colectivas en la construcción de institucionalidad; este marginamiento de la sociedad en la construcción de instituciones justas provoca el ingreso violento de los movimientos sociales en la arena política interpelando al orden establecido como sucedió con la demanda de refundación del Estado en clave plurinacional el año 2006.

Si bien el sistema de justicia experimentó varias reformas en los referidos 26 años, estas no le favorecieron a la gente, su trayectoria fue la de la imposible institucionalidad del Poder Judicial y de la ausencia de institucionalización de los cargos judiciales; esta trayectoria de hechuras y rehechuras en los procesos de reforma judicial evidenciaron una

39 *“Path dependence* puede ser un término mañoso, sin un significado preciso, pero los mejores académicos institucionalistas históricos refieren a la dinámica de los procesos de retroalimentación positiva en un sistema político -lo que los economistas llaman procesos de ‘rendimientos crecientes’-. Pierson, P. y Skocpol, T. Op. Cit. Pag. 13.

ruta negativa que se expresó en el sometimiento del Poder Judicial al poder político, la desconfianza ciudadana en la administración de justicia y en sus administradores, la corrupción judicial, la incompetencia y falta de imparcialidad de magistrados, jueces y fiscales, el cuoteo de la justicia y de los cargos judiciales, la debilidad del juez para fallar en estricto derecho, la insensible impartición de justicia en contra de los más débiles de la sociedad; estos son y han sido los síntomas más visibles de la crisis de la justicia boliviana⁴⁰.

Bibliografía

- Agamben, G. (2007). Estado de excepción. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora.
- Albarracín Sánchez, Waldo. Preselección de Magistrados. Con el retiro se busca generar una reflexión. La Razón, Domingo 11 de Junio de 2017.
- Barry, B. (2011). Teorías de la Justicia. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Bejarano, J. (2004). Un nuevo contrato social. La Paz: PIEB - Tinkazos - No 17 - Noviembre de 2004, EDOBOL.
- Bourdieu, P. (2015). Sobre el Estado. Cursos en el Collège de France (1989-1992). Argentina: Editorial Anagrama, S.A.
- Canosa, R. (2012). La Interpretación Constitucional como Modalidad del Control del Poder. En: El Control del Poder. Peter Häberle y Domingo García Belaunde (Coordinadores). Lima: Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Tomo I.
- Carpizo, J. (2012). Diversos Aspectos Personales y Sociales en la Procuración de Justicia. En: El Control del Poder. Peter Häberle y Domingo García Belaunde (Coordinadores). Lima: Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Tomo I.
- Clavero, B. (2007). El Orden de los Poderes. Historias Constituyentes de la Trinidad Constitucional. Madrid: Editorial Trotta.
- De Cabo, C. (2003). La Reforma Constitucional en la Perspectiva de las Fuentes del Derecho. Madrid: Editorial Trotta.
- Dermizaky, P. (2007). El Estado en el Siglo XXI. En: Las Reformas al Estado. Oscar Alba S. y Sergio R. Castro Coordinadores. Cochabamba: IDEI-AECI-Talleres Gráficos "Kipus".
- Díez Astete, A. (2007). Temáticas en interculturalidad. En: Asamblea y Proceso Constituyente. Análisis y propuestas para un nuevo tiempo. La Paz: REPAC-PNUD-IDEA-AECI-Asdi.
- Drake, P.W. (2012). Difusión histórica, desarrollo y durabilidad de las instituciones democráticas en América Latina en los siglos XIX y XX. En Revista Uruguaya de Ciencia Política, Volumen 21 No 2 Julio a Diciembre de 2012. Uruguay: Ediciones Cauce.
- Dworkin, R. (2003). Virtud soberana. La Teoría y la Práctica de la Igualdad. Barcelona: Editorial Paidós.
- Elster, J. y Slagstad, R. (1999). Constitucionalismo y democracia. México: Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, A.C. - Fondo de Cultura Económica.

40 Desde el ángulo periodístico también se advierte las dudas sobre la justicia independiente y su estado calamitoso "Conocemos la actitud predispuesta de muchos fiscales y jueces por quedar bien con el poder político; que actúan con 'eficiencia' y con una celeridad que sorprende cuando son asuntos de 'Estado', pero no se ve esa misma conducta con el ciudadano que peregrina buscando justicia". Nancy Vacaflor. En juego otros seis años de una Justicia Devastada. La Razón, Domingo 2 de Julio de 2017.

- Elster, J. El Estudio Empírico de la Justicia. En: Miller, D. y Walzer, M. (Comp.) (1997). Pluralismo, Justicia e Igualdad. Argentina: Fondo de Cultura Económica.
- Ferrajoli, L. (2006). Garantismo. Una Discusión Sobre Derecho y Democracia. Madrid: Editorial Trotta.
- García, A. (2017). Democracia, Estado, Nación. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional.
- García, A. (2003). La crisis del Estado. La Paz: PIEB -Tinkazos - No 14 - Junio de 2003 "Grupo Design".
- Gazahui, R. (2007). El Órgano Judicial y la Democratización de la Justicia en Bolivia. En: Las Reformas al Estado. Oscar Alba S. y Sergio R. Castro Coordinadores. Cochabamba: IDEI-AECI-Talleres Gráficos "Kipus".
- Goitia, C.A. (2007). Justicia boliviana. Una conversación con Carlos Alberto Goitia. En: Democracia boliviana. Un modelo para Armar. 32 entrevistas por Diego Ayo. La Paz: OXFAM-ILDIS-"Garza Azul" Impresores & Editores.
- Grimm, D. (2006). Constitucionalismo y Derechos Fundamentales. Madrid: Editorial Trotta.
- Guastini, R. (2005). La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: el caso italiano. Edición de Miguel Carbonell: Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta.
- Häberle, P. (2003). El Estado Constitucional. Perú: Tarea Asociación Gráfica Educativa.
- Habermas, J. (2005). Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso. Madrid: Editorial Trotta.
- Horn, H-R. (2012). Intervenciones Judiciales en Controversias Políticas. En: El Control del Poder. Peter Häberle y Domingo García Belaunde (Coordinadores). Lima: Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Tomo I.
- Lazarte, J. (2005). Entre los espectros del pasado y las incertidumbres del futuro. Política y democracia en Bolivia a principios del siglo XXI. La Paz: ILDIS/Plural Editores.
- Lazarte, J. (2003). El Conflicto entre un Estado del "Demos" y un Estado del "Etnos". Apuntes para un debate. La Paz: PIEB - Tinkazos - No 14 - Junio de 2003, "Grupo Design".
- Lozada, B. y Saavedra, M. (1998). Democracia, pactos y elites. Genealogía de la gobernabilidad en el neoliberalismo. La Paz: Producciones CIMA.
- Luhmann, N. (2002). El derecho de la sociedad. México: Universidad Iberoamericana.
- March, J. y Olsen, J. (1997). El Redescubrimiento de las Instituciones. México: Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, A.C. - Universidad Autónoma de Sinaloa - Fondo de Cultura Económica.
- Mateucci, N. (1998). Organización del Poder y Libertad. Madrid: Editorial Trotta.
- Mesa, C. (2017). Bolivia 1982-2006. Democracia. La Paz: Editorial Gisbert y Cia. S.A.
- Mesa Gisbert, Carlos D. Un Órgano Judicial a tumbos. Página Siete, domingo 10 de Septiembre de 2017.
- Miller, D. y Walzer, M. (Comp.) (1997). Pluralismo, Justicia e Igualdad. Argentina: Fondo de Cultura Económica.
- Nohlen, D. (2012). El Control del Poder en Procesos de Transición. En: El Control del Poder. Peter Häberle y Domingo García Belaunde (Coordinadores). Lima: Fondo

Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Tomo I.

North, D. (2006). *Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico*. México: Fondo de Cultura Económica.

O'Donnell, G. (1996). *Otra Institucionalización*. En: *La Política, Revista de Estudios sobre el Estado y la sociedad*. Barcelona: Ediciones Paidós.

Ostrom, E. (2015). *Comprender la diversidad institucional*. México: Fondo de Cultura Económica.

Ostrom, E. (2011). *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*. México: Fondo de Cultura Económica - Universidad Nacional Autónoma de México.

Paniagua, Saúl. *El papel de la Comisión Académica. La participación de la universidad es una obligación*. La Razón, Domingo 11 de Junio de 2017.

Paredes Zárate, Ramiro. *A propósito de las elecciones judiciales*. La Razón, Domingo 23 de Abril de 2017.

Pierson, P. y Skocpol, T. (2008). *Institucionalismo histórico en la Ciencia Política contemporánea*. En *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, Volumen 17 No 1 Enero a Diciembre de 2008. Uruguay: Ediciones Cauce.

Pinto, Juan Carlos. *Democracia Intercultural ¿Por qué elegimos a los jueces en Bolivia?*. La Razón, Domingo 18 de Junio de 2017.

Rawls, J. (2003). *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.

Saavedra, Marco. *La producción de justicia*. Los Tiempos, 9 de mayo de 2017.

-----Los poderes asimétricos. *Los Tiempos*, 27 de abril de 2017.

----- (2009). *La construcción de instituciones justas*. La Paz: Revista Khana - Gobierno Municipal de La Paz.

----- (2002). *Lo que un politólogo puede decir sobre el servicio público*. *Revista de Cooperación Intermunicipal de la UCCI*. Madrid: Valero Impresores S.L.

Sagües, N.P. (2012). *A Propósito del "Juez Actor", del "Juez Investigador" y del "Juez Preservador"*, en el *Derecho Procesal Constitucional*. En: *El Control del Poder*. Peter Häberle y Domingo García Belaunde (Coordinadores). Lima: Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Tomo II.

Sandel, M. (2000). *El liberalismo y los límites de la Justicia*. Barcelona: Editorial Gedisa.

Toranzo, C. (2006). *Rostros de la democracia: una mirada mestiza*. La Paz: ILDIS/ Plural Editores.

Vacaflor, Nancy. *En juego otros seis años de una Justicia Devastada*. La Razón, Domingo 2 de Julio de 2017.

Walzer, M. (1993). *Las Esferas de la Justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*. México: Fondo de Cultura Económica.

Documentos y Hemerografía

Constitución Política del Estado. Edición Oficial. 7 de Febrero de 2009. Gaceta Oficial de Bolivia. La Paz - Bolivia.

Constitución Política del Estado 2004. Reformada Mediante Ley No 2650, Ley de 13 de Abril de 2004. Unidad de Coordinación para la Asamblea Constituyente (UCAC) www.constituyente.bo.

Constitución Política del Estado 1995. H. Cámara de Senadores. La Paz: Publicidad Arte

Producciones. Ley No 1615 de 6 de Febrero de 1995 - Ley de Adecuaciones y Concordancias de la Constitución Política del Estado - Texto Completo.

Decreto Supremo No. 29894 de 7 de Febrero de 2009 “Organización del Órgano Ejecutivo”. Gaceta Oficial de Bolivia. Texto Ordenado (Febrero de 2009 - Marzo de 2017). La Paz - Bolivia.

Enciclopedia Histórica Documental del Proceso Constituyente Boliviano (2006-2009). Estado Plurinacional de Bolivia - Vicepresidencia del Estado - Presidencia de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Tomo III - Vol.1. Impresiones Quality SRL.

La Razón, 5 de Enero de 2016; La Razón, 18 de Enero de 2016; La Razón, 25 de Enero de 2016; La Razón, 7 de Marzo de 2017; La Razón, 31 de Agosto de 2017.

Ley No. 898 de 26 de Enero de 2017 “Ley de la Comisión de Seguimiento de las Conclusiones de la Cumbre de Justicia”. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia.

Ley No. 073 de 29 de Diciembre de 2010 “Ley de Deslinde Jurisdiccional”. Gaceta Oficial de Bolivia. La Paz - Bolivia.

Ley No. 025 de 24 de Junio de 2010 “Ley del Órgano Judicial”. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia. La Paz - Bolivia.

Los Tiempos, 31 de Agosto de 2017.

Página Siete, 29 de Enero de 2016; Página Siete, 17 de Junio de 2016; Página Siete, 20 de Diciembre de 2016; Página Siete, 1 de Septiembre de 2017.

PNUD - CNE- BID - PRONAGOB (2001). Democracia y Cultura Política en Bolivia. La Paz: EDOB.

PNUD-IDEA (2007). “El estado de la opinión: los bolivianos, la Constitución y la Constituyente”. Encuestas para el Desarrollo Humano. Una Publicación del Informe sobre Desarrollo Humano en Bolivia. La Paz: Impresión Weinberg.

Universidad Mayor de San Andrés. Por Un Nuevo Sistema de Justicia en Bolivia. La Razón, Domingo 23 de Abril de 2017.

Universidad Mayor de San Andrés - Rectorado - Facultad de Derecho y Ciencias Políticas - Instituto de Investigaciones y Seminarios. Crisis Estructural del Órgano Judicial. La Paz, Bolivia, Julio de 2015.

Webgrafía

Cumbre Nacional de Justicia Plural. Para Vivir Bien. Sucre 11-12 de Junio de 2016. Ministerio de Comunicación. Estado Plurinacional de Bolivia. www.comunicacion.gob.bo; Bolivia Ministerio de Comunicación; @mincombolivia; mincombolivia.

Ministerio de Justicia y Transparencia Institucional <http://www.justicia.gob.bo/>

Ley Nº 2235, Ley de 31 de Julio de 2001 “Ley Dialogo Nacional 2000”. <http://www.bivica.org/upload/control-social-reglamento.pdf>

Reglamento de Preselección de Candidatas y Candidatos Para la Conformación del Tribunal Constitucional Plurinacional, Tribunal Supremo de Justicia, Tribunal Agroambiental y Consejo de la Magistratura. Dado en la Sala de Sesiones de la Asamblea Legislativa Plurinacional el veintinueve de abril de dos mil diecisiete años <http://www-rc.vicepresidencia.gob.bo/IMG/pdf/reglamento.de.preseleccion.pdf>

Urgente.com. 1 de Septiembre de 2017.



Archivo Central - MUSEF

La Paz - Plaza San Francisco "1920" Aprox.

EL POPULISMO DEL DERECHO PENAL* (La necesidad de racionalizar las leyes punitivas populares)

THE POPULATION OF CRIMINAL LAW (The need to rationalize popular punitive laws)

Javier Quenta Fernández**
javiquen@hotmail.com

“Aparece un sistema penal que ejerce un poder que no pasa por nuestras manos jurídicas. Nos hemos dedicado a elaborar un cuidadoso discurso de justificación del poder punitivo que es ejercido por otras agencias que no tienen nada que ver con nosotros, especialmente las agencias policiales y ejecutivas, las de publicidad (medios masivos) y las políticas”

Eugenio Raúl ZAFFARONI. “Hacia un realismo jurídico penal marginal”

Presentado: 08 de Septiembre de 2017. Aceptado: 30 de Noviembre de 2017

RESUMEN

Creo que el Derecho penal, representa un ámbito de apasionamiento científico y humano que puede permitirnos construir una convivencia humana sin Derecho penal, pero también creo que se torna en una expedición quimérica, cuando absorbiendo una inteligencia de otra, apenas se logra una comprensión mínima de aquella aspiración humana. Por eso el presente trabajo aproxima, aunque sin profundidad, una contradicción entre la pretensión de lograr una convivencia armónica y pacífica y el surgimiento de leyes penales que desafían la racionalidad y los criterios éticos del poder, cuando se construyen normas penales sin considerar las bases de una Constitución material, ni la formulación de políticas criminales resocializadoras para reflexionar sobre las incongruencias ideológicas y políticas del populismo penal.

133

Palabras clave: Constitución material, seguridad ciudadana, criminalización primaria, política criminal resocializadora, populismo penal, racionalidad de la ley penal.

SUMMARY

I believe that Criminal Law represents an area of scientific and human passion that can allow us to build a human coexistence without Criminal Law, but I also believe that it becomes a chimerical expedition when, absorbing one intelligence from another, it is barely achieved an minimum comprehension of that human aspiration. For this reason, the present paper approaches, although without depth, a contradiction between the pretension of achieving a harmonious and peaceful coexistence and the emergence of criminal laws that challenge the rationality and ethical criteria of power, when criminal norms are constructed without considering the basis of a material Constitution, or the formulation of re-socializing criminal policies in order to reflect on the ideological and political incongruities of criminal populism.

Keywords: Material constitution, citizen security, primary criminalization, re-socializing criminal policy, criminal populism, rationality of criminal law

* Versión revisada y ampliada de la Conferencia sobre “DERECHO PENAL POPULAR Y LEYES PENALES IRRACIONALES” dictada en el “I CONGRESO INCA DE DERECHO PENAL” organizada por la Facultad de Derecho y el Centro Federado de la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, en Cusco-Perú, del 18 al 21 de junio de 2014.

** Docente en las materias de Derecho penal y Derecho procesal penal de la Universidad Mayor de San Andrés (La Paz-Bolivia). Magister Scientiarum en Ciencias Penales y Criminológicas y Doctorando en Derecho penal y Derecho constitucional.

1. La reacción punitiva y la construcción del paradigma de la seguridad ciudadana.

Si la criminalidad es un fenómeno social y jurídico, cuya expresión sociológica y política es lo que denominamos comúnmente delincuencia, no es posible alejarla del análisis y estudio serio y científico, como tratamiento previo antes de conocer los alcances del Derecho penal como instrumento de reacción punitiva del Estado, porque en los tiempos actuales de respeto a los derechos y libertades democráticas, el Derecho penal no puede sustraerse de los efectos de aquel fenómeno y de la injerencia política determinativa en la construcción de leyes penales, más allá de la permanente pretensión de justificar el discurso del poder punitivo por el aumento cuantitativo de la criminalidad, discurso que en el debate, no tiene más importancia que la otorgada por la filosofía política, terminando por legitimar el ejercicio de ese “poder de castigar”, como la expresión de la voluntad general del pueblo mediante el mecanismo estatal de los poderes constituidos, algo parecido sucedía con el llamado Derecho penal de la Monarquía Absoluta, donde el rey concentraba todos los poderes de legislar, juzgar y administrar, y legitimaba su “poder de castigar” por el solo hecho de ser soberano, “cuyo contenido se presenta como prueba del progresivo fortalecimiento del poder, nota distintiva de una etapa histórica en la que ya se encuentra asentado el carácter público de la sanción, o penalización de las conductas que provocan o pueden provocar, una determinada alteración en aquella configuración político-social”¹,

sólo que en ese caso el soberano era el monarca y no el pueblo, y la fuente de legitimidad del poder, era la voluntad de la divinidad y no la voluntad del pueblo.

El Derecho penal, es científico, racional, pero profundamente humano, sin embargo, a partir de la inflación legislativa de las leyes penales producto del poder hegemónico legislativo en la construcción de leyes, que además tiene un carácter eminentemente político, poco a poco se ha ido alejando de sus propios principios y fundamentos, gradualmente deja de ser un instrumento garantizador de los derechos fundamentales, dejando huérfana aquella afirmación del Profesor Juan Carlos Carbonell cuando señalaba que “(...)La Constitución es la norma que define y escoge los valores. Por eso no solamente delimita el campo de acción del Derecho Penal, sino que además fundamenta y limita la actuación de los poderes públicos”². Esa relación indisoluble que existe entre la Constitución y el Derecho Penal a la hora de establecer cánones preceptivos para regular el poder normativo en la construcción jurídica de los delitos y las penas, es lo que nos permite hablar del fenómeno de la constitucionalización del Derecho Penal, pero paulatinamente, bajo el “obscurantismo de la seguridad ciudadana”, esa relación se está apartando, no solo de las razones de legitimidad constitucional del discurso jurídico punitivo, sino de la propia voluntad jurídica y política del constituyente expresada en la Constitución, hasta lograr transformar

CARLOS DÍAZ REMETERÍA, *Historia del Derecho Indiano*, Madrid 1992, Edit. MAPFRE S.A. Pág. 387.

2 JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, *Derecho Penal, Concepto y Principios Constitucionales*, Valencia 1996, Edit. Tirant lo Blanch, Pág. 80.

1 ISMAEL SÁNCHEZ BELLA, ALBERTO DE LA HERA,

el Derecho penal en un “Derecho penal de la Seguridad Ciudadana”, cuyo simbolismo es más fuerte que el de su efectividad, porque discretamente deja de lado los principios básicos del Estado Constitucional de Derecho y el sistema de garantías constitucionales, como elementos esenciales de la civilización jurídica y de la propia seguridad ciudadana, transformándose en un verdadero instrumento de poder político en relación directa con la “atención de las demandas populares”, de ahí surgen vinculadas las concepciones de “seguridad ciudadana” y de “*peligrosidad social*”, esta última frase para justificar de facto, el alejamiento de los principios y garantías constitucionales.

Es posible que sea solamente una visión política de la criminalidad o una visión filosófica del poder, circunscrita a desarrollar los alcances de una determinada estructura del poder político, sin embargo, aún en esa prospectiva política, se pretende “dogmatizar” la seguridad ciudadana, concibiendo un Derecho penal a su servicio, quizá así nos aproximamos al origen del llamado “populismo punitivo”, enclaustrando al Derecho penal, dentro de una concepción puramente represiva, impulsada por la pretensión de lograr una mayor certidumbre en el resguardo de derechos e intereses, más allá de lo racionalmente necesario o permitido³,

3 “...si no hubiera tutela de nuestros intereses, estos quedarían sometidos a la ley del más fuerte, si en definitiva no pudiéramos defender lo que es nuestro y más queremos: la vida, la libertad, la propiedad, etc., carecerían de valor, cualquiera podría destruirlos o apropiárselos con violencia, engaño o de cualquier otro modo. Y la experiencia demuestra que eso sucedería inexorablemente. La vida en sociedad sería imposible y aún la individual sumamente precaria” JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, Ob. Cit., Pág. 26

bienes jurídicos que constituyen objeto de tutela del Derecho penal, pero que generan ilusoriamente la creencia de que el Derecho penal es capaz de combatir la criminalidad y la peligrosidad social, de manera más efectiva, justificado por el “ideario” de la convivencia humana en armonía, pero siempre bajo la mirada que las élites políticas tienen sobre las demandas y clamores populares de seguridad ciudadana que exigen una lucha efectiva contra la criminalidad y una convivencia pacífica que fictamente está preocupada por el miedo a vivir en inseguridad, sentimientos oportunamente provechosos para ser utilizados políticamente y para generar rédito político frente a la población, cuando se lanzan discursos punitivos y se opera punitivamente.

Tal es la demagogia política, que las leyes penales encuentran serias dificultades para afirmarse con fundamentos constitucionales cuando atienden el clamor popular, frente a la opción de buscar otras alternativas menos lesivas para los derechos y libertades; este recurso del poder político ha sido perfectamente aprovechado en los últimos tiempos y ha generado desproporciones frente a la libertad y dignidad⁴, como límites constitucionales del poder punitivo del Estado, Michel Foucault señalaba que, “...la objeción no recae en el abuso de soberanía sino en el exceso de quienes gobiernan, ante la cultura del peligro, que se traduce en procedimientos de control, coacción y coerción que van a constituir la contrapartida y el contrapeso de las libertades”.

4 “La dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado”, Art. 22 de la Constitución boliviana.

Es posible que al estudiar al Derecho penal como una disciplina jurídica y científica, la motivación preliminar se encuentre en las realidades que se presentan con el fenómeno de la criminalidad en general y en el propio clamor popular de seguridad de la población, sin embargo, esas realidades determinarán “*peligrosamente*” a futuro, el “*Derecho penal de la seguridad ciudadana*” muy vinculado a una percepción política, que “artificialmente” pretende justificar la lucha contra la criminalidad, incorporando “*políticas penales*” antes que “*políticas criminales*”. De esa manera se extraña el equilibrio de la potestad de penar con los límites a esa potestad, principios tan elementales como necesarios concentrados en la intervención mínima, en la prohibición de exceso, en la proporcionalidad, en la adecuación, en la necesidad y en la lesividad, entre los más importantes.

136

En consecuencia, partiendo de una premisa fundamental, es posible preguntamos si nos encontramos frente a un populismo punitivo, que confina al Derecho penal a una concepción puramente represiva para otorgar mayor “*seguridad ciudadana*”, o si es necesario imponer la racionalidad de la ley penal, a partir de sus contenidos ideológicos y políticos brindados por su base constitucional.

2. Contenido ideológico de la norma jurídica penal.

Sin duda alguna, además de que el derecho aspira a la justicia, la norma jurídica tiene un contenido ideológico que es expresión del fundamento ideológico, político constitucional del Estado, que a su vez, como en nuestro

caso, direcciona los fines y las funciones estatales hacia la construcción de una “*sociedad justa y armoniosa*”⁵, por lo menos visto desde la ideología básica de la convivencia humana en todos los Estados, por tanto, la estructura lógica del sistema normativo penal también debe responder al sistema ideológico y político de un Estado, que en buena parte se expresa en aquellos principios ético morales y valores constitucionales como el de igualdad, dignidad, libertad, respeto, armonía, equilibrio, bienestar común, responsabilidad, entre otros, para “*vivir bien*”.⁶ Representa la base fundamental del Estado y en definitiva representa el último armazón o si se quiere, la camisa de fuerza para contener las discrecionalidades, arbitrariedades o excesos de poder en la concepción y elaboración de las leyes penales para el bien común. No sin razón el Profesor Rodolfo Vigo, señalaba que, “*el orden de lo jurídico y su saber respectivo, se inscribe en el orden de lo ético social y del saber práctico (...) El derecho se ubica en el campo del bien humano, del bien debido, y en la determinación de ese bien se computará siempre, -de manera directa o indirecta- el bien común*”⁷

Vinculado a su contenido ideológico, el sentido teleológico de las leyes penales, se debate entre, tener normas penales “*mas efectivas*” con penas más graves o con nuevos delitos, utilizando

5 El constituyente asignó entre los fines y funciones del Estado, en el numeral 1 del Art. 9 de la Constitución boliviana, la función y la finalidad de “Constituir una sociedad justa y armoniosa...”

6 La filosofía constitucional del “vivir bien” se asienta en los principios y valores acordados por el constituyente en el Art. 8 de la Constitución Política del Estado

7 RODOLFO LUIS VIGO. Las Causas del Derecho. Buenos Aires 2010. Edit. Abeledo Perrot S.A. Pág. 17.

procedimientos más expeditos para encerrar a los “delincuentes” en las cárceles y lograr mayor eficiencia preventiva o generar mejor eficacia disuasiva para reducir la criminalidad; o reflexionar sobre la efectividad de las funciones de control social que suponen las normas penales, que no corresponden exclusivamente al Derecho penal, sino también a todas las instituciones de la sociedad que no son necesariamente instituciones jurídicas⁸.

Precisamente, de la mano de aquellos principios y valores constitucionales, que necesariamente deben servir en la construcción de las bases del Derecho penal, es que podemos dotar a las políticas públicas del Estado, de los insumos necesarios para la inversión pública en la filosofía del “vivir bien”. En efecto, una sociedad con un buen sistema escolar producto de la ejecución de políticas educativas, con situaciones familiares estables e integradas, sin carencias sociales o económicas, producto de la ejecución de políticas sociales y económicas; es innegable que va a crear mejores modelos de comportamiento humano y social, y esas políticas públicas, tendrán resultados más eficaces que las que se pueda conseguir con la gestación y aplicación de leyes penales puramente represivas en procesos de inflación legislativa penal, así se puede afirmar que es el propio Estado o la propia sociedad, la que consigue que los ciudadanos persigan cánones de conducta social de acuerdo a lo esperado por cada uno de ellos,

8 “El Derecho penal constituye uno de los medios de control social existentes en las sociedades actuales. La familia, la escuela, la profesión, los grupos sociales, son también medios de control social...” SANTIAGO MIR PUIG. Derecho Penal, Parte General. Barcelona 2005. Editorial Reppertor. Pág. 49.

que respeten las normas básicas del orden social, y al final, paradójicamente frente a la pretensión social de mayor punitivismo, es la propia sociedad la que asume su responsabilidad junto al Estado sobre su seguridad ciudadana, y aquí es pertinente recordar la célebre frase de Lacassagne: “*Las sociedades tienen los delincuentes que merecen...*”.⁹

3. El populismo penal y los riesgos de su irracionalidad.

Consiguientemente, el Derecho penal debe ser “mínimo”, debe ser la “última ratio”, no puede ser el principal o el único mecanismo de control social, y aunque es el instrumento más severo que integra el sistema de control social, no es el más efectivo, pues la historia y las “estadísticas criminales” han demostrado que el Derecho penal, no ha sido capaz de reducir los niveles de criminalidad, no ha sido capaz de lograr “seguridad ciudadana”, ni ha sido capaz de revertir los déficit sociales, económicos, laborales, educativos y de salud, a partir de la independencia de sus objetivos, que generalmente no convergen con los objetivos perseguidos por otros subsistemas de control social.

Las leyes penales son mecanismos de control y de reacción social, pero no pueden constituirse en los únicos elementos de transformación, seguridad

9 Alexandre Lacassagne, médico francés y criminólogo, en la tesis principal de su obra “La Mort de Jean-Jacques Rousseau” de 1913, declaró: “El entorno social es el caldo de cultivo de la criminalidad. El germen es el criminal, un elemento que no tiene ninguna importancia hasta el día donde encuentra el caldo que hace fermentar. Para el fatalismo que sigue inevitablemente de la teoría antropológica, nos oponemos a la iniciativa social. La justicia marchita, corrompe la prisión y la sociedad tiene los delincuentes que se merece”.

y convivencia armónica social, por lo que la idea de que con leyes penales podemos modificar la sociedad o construir la sociedad “justa y armoniosa” que la Constitución establece como fines y funciones del Estado, es una total ingenuidad e irresponsabilidad, porque está claro que las leyes penales no van a acabar con la delincuencia, ni con la inseguridad ciudadana, más aun cuando se han expuesto determinados elementos de desproporcionalidad e irracionalidad, incorporando dispositivos de carácter popular y político, que notoriamente han apartado a las leyes penales del sistema de garantías constitucionales, generando niveles de “conveniencia política” para “luchar contra la criminalidad”, con penas más severas, incomprensibles, reitero, en la pretensión de construir una “sociedad justa y armoniosa”.

Surge así una falsa concepción del Derecho penal alimentada con consignas políticas y mediáticas sobre la inseguridad ciudadana, alimentada con los sentimientos de incertidumbre subjetiva y vulnerabilidad ciudadana ante el delito, extendido hacia todos los sectores sociales; esta es la estimulación del fenómeno de la inflación legislativa en el que las decisiones legislativas en materia penal son para “otorgar mayor seguridad al ciudadano”, pretendiendo calmar ilusoriamente los sentimientos de inseguridad, así aparecen las leyes penales populares y “simbólicas”, nada efectivas para la prevención de la criminalidad y nada eficientes para otorgar una respuesta eficaz ante la comisión de un hecho delictivo, forzando la función del Derecho penal por el rol de sustituir, atender e incorporar los sentimientos de venganza

de las víctimas, cuando está claro que las leyes penales populares no pueden configurarse en función de los intereses de las víctimas, no pueden “recomponer” en muchos casos, la lesión producida sobre los bienes jurídicos de las víctimas, no pueden integrar a la sociedad al delincuente, en definitiva, no pueden construir la “sociedad justa y armoniosa”.

Así emerge el fenómeno del populismo de las leyes penales, así se configura el llamado populismo penal¹⁰, donde el conocimiento de los expertos y de los académicos, además de ser poco comprensibles, porque utilizan categorías dogmáticas teóricas y abstractas, reservadas solo a los iniciados, no interesan a la ciudadanía, por estar alejados de la realidad, más aún cuando se proclaman formulas del Estado de Derecho o del Estado Constitucional solventados en los derechos y garantías constitucionales.

El populismo penal es un fenómeno que se está produciendo en Bolivia y Latinoamérica, cuyo origen se encuentra en las demandas populares de punición, por eso cuando se trata de construir leyes penales, cuando se trata de debatir, casi nunca hay expertos, porque se cree que los únicos que saben qué Derecho penal quiere la sociedad y cómo debemos acabar con la delincuencia, es el ciudadano común, el pueblo, y esto es peligroso, porque las élites políticas se han dado cuenta que en esas expectativas ciudadanas, en esas

10 La expresión populismo penal ha sido difundida por el jurista francés Denis Salas, quien la califica como una verdadera patología de la democracia.

demandas populares, se encuentran réditos políticos, de tal modo que ante un hecho delictivo grave, sobre todo mediático, los políticos se ponen al frente para modificar o crear una ley penal popular, justificados únicamente por las características graves e inaceptables de aquellos delitos que causan mucha indignación y alarma social, así se configuran las bases y motivaciones de una ley penal popular.

El propio concepto de populismo¹¹ vinculado al punitivismo, parece darnos a conocer una fuente de legitimidad apócrifa de la concepción más elemental del Derecho penal al estilo neokantiano, al ubicar al derecho dentro de las ciencias culturales como producto cultural y social para garantizar un orden social impuesto por una determinada estructura de poder, y esto parece identificar el canal adecuado del debate para calificar la demanda social como popular o perteneciente al pueblo, razón suficiente para que las élites políticas, utilizando el populismo en sentido peyorativo, quieran ganar la simpatía de la población, justificando las medidas de represión penal, pero sin una base racional moduladora de las exigencias de seguridad y tranquilidad de la población que es la que en última instancia se aparta de las medidas represivas y de la demagogia política para “calmar” los sentimientos de inseguridad ciudadana o de miedo ante la criminalidad en avance. Es indudable que el populismo es uno

11 El término populismo no forma parte del diccionario de la Real Academia Española, El populismo apela al pueblo para construir su poder, entendiendo al pueblo como las clases sociales bajas y sin privilegios económicos o políticos, y en sentido peyorativo, hace referencia a las medidas políticas que no buscan el bienestar o progreso de un país, sino que tratan de conseguir la aceptación de los votantes, sin importar las consecuencias.

de los elementos políticos recurrentes de los regímenes democráticos, con diversas versiones en su proyección autoritaria o presuntamente participativa y democrática, lo cual deja en duda el verdadero balance que debe existir entre el ejercicio efectivo del poder punitivo del Estado y la eficacia de dicho ejercicio, con los resultados conseguidos a través de una ley punitiva popular. Ni siquiera resulta válida la expresión “Vox populi, vox Dei”, la “voz del pueblo es la voz de Dios”, o que la opinión ordinaria del pueblo revela la voluntad de Dios, esta es una forma artificiosa de encontrar la legitimidad de las leyes penales amparándose en lo que la colectividad o comunidad anhela, en lo que sus propias experiencias y deseos lo impulsan.

Por otro lado, el intento por proyectar filosóficamente una justificación material y teórica de las normas penales que alimentan al populismo penal, basado en la experiencia popular y mediática, es simplemente una intención política y un espejismo filosófico porque “una doctrina del derecho puramente empírica es como la cabeza de madera de la fábula de Fedro: una cabeza que puede ser hermosa, pero que no tiene cerebro”, metáfora kantiana citada por el Profesor Rodolfo Vigo, quien concluye señalando que “El empirismo jurídico es un error conocido en el campo del saber jurídico; su preocupación obsesiva y excluyente por los hechos le impide alcanzar la razón que hace que esos hechos sean jurídicos”¹²

Aunque es necesario explicar el saber jurídico con base racional, esto no quiere decir que deban dejarse de lado los elementos empíricos para comprender

12 RODOLFO L. VIGO. Ob. Cit. Pág. 25.

la norma jurídica penal y su eficacia en la colectividad, visión pragmática y real que me permite considerar los fines y funciones de la pena, es decir, si la pena realmente puede cumplir o ha cumplido una función, si la pena se encuentra justificada como sanción determinada por su eficacia y utilidad o si la pena encuentra sentido únicamente en su carácter retribucionista, como medio para calmar la inseguridad y el temor popular hacia la criminalidad real, considerando empíricamente su aplicación y sus resultados en el sistema penitenciario. Colateralmente, en el debate racional y empírico, se inscriben también las corrientes preventivas, que evidencian un “blindaje político criminal” frente a las proposiciones normativas de la ley penal popular, pero si la función de la pena es la de prevenir, no parece acertado concebir “castigos irracionales” en la norma jurídica penal, cuando no cumplirán, ni la función preventiva asignada tradicionalmente a la pena por la doctrina penal, ni la finalidad de enmienda asignada por el constituyente en el Art. 118 p. III de la Constitución¹³, tornándose abstracta y etérea la construcción de la sociedad armónica y pacífica en el Estado Constitucional de Derecho.

Queda claro entonces, que la función de la pena en el populismo punitivo, no es otra que la de satisfacer temporalmente las demandas sociales de mayor seguridad, de mayor punición, para erradicar coyunturalmente los sentimientos de inseguridad, vulnerabilidad y temor, pero sobre

todo, su función se encuentra vinculada a los intereses de las élites políticas que en un momento dado, pretenden el reconocimiento de sus “políticas penales” en la gestión institucional de lucha contra la criminalidad y pretenden obtener la justificación para una forma de prevención delictual, pero distorsionada en sus fines, por tanto incongruente en sus funciones, al apartarse notoriamente de la prudente racionalidad que ofrece la dogmática penal y el sentido teleológico del Derecho penal mínimo.

Este análisis es posiblemente agobiante, porque toca las bases racionales del sistema constitucional y del Estado constitucional de Derecho, y no se encuentra otra herramienta que justifique y legitime el poder punitivo y su ejercicio con la aplicación de la pena como “castigo” antes que como una herramienta que sirva a los fines y funciones del propio Estado, la construcción de una sociedad armoniosa y pacífica. Tomar en cuenta las posturas retribucionistas y utilitaristas de la pena, como enfoques que se constituyen en respuestas a la criminalidad real, para que sean aceptadas por la sociedad y sean justificadas política e ideológicamente, es limitarse frente a los otros factores que inciden en la criminalidad no son tomados en cuenta para realizar un análisis más completo de las razones que justifiquen el ejercicio de la violencia legal con la pena, mucho más si ese ejercicio viene precedido por las demandas sociales.

Ensayar razones ético políticas para proponer soluciones alternativas al populismo penal, ciertamente involucran elementos de racionalidad en el Estado Constitucional de Derecho, como suficientes motivos para oponerse y

13 El Art. 118, p. III de la Constitución, establece: El cumplimiento de las sanciones privativas de libertad y las medidas de seguridad están orientadas a la educación, habilitación e inserción social de los condenados, con respeto a sus derechos”.

rechazar la criminalización y penalización desmedidas o desproporcionales, por lo que tampoco es posible dejar de lado el carácter democrático y representativo que tiene el legislador, dentro del Estado de Derecho, cuando alude a los intereses de la mayoría para justificar la ley penal popular, pues representaría los intereses de la mayoría, sin embargo, lo que no se muestra es que las leyes penales, en el marco del ejercicio democrático, indudablemente representan determinadas expresiones de hegemonía de poder político, que tienen como objetivo, la natural conservación del poder y no necesariamente los cambios de mentalidad o secundariamente la prevención efectiva de los delitos, menos la consolidación de una difusa y no muy comprendida seguridad ciudadana. Esto traería consigo una distorsión de la función del Derecho penal, porque como lo ha señalado el Profesor Zaffaroni, “La función del derecho penal de todo estado de derecho (de la doctrina penal como programadora de un ejercicio racional del poder jurídico) debe ser la *reducción y contención del poder punitivo dentro de los límites menos tradicionales posibles*. Si el derecho penal no logra que el poder jurídico asuma esta función, lamentablemente habrá fracasado y con el habría caído el estado de derecho”¹⁴.

Si la sanción de las leyes penales, se desarrolla en el plano político, es de una necesidad imperiosa, el acercamiento a los niveles de racionalidad provistas por las academias y los estudios criminológicos que aproximarían los factores para conocer seriamente, en primer lugar, el alcance y contenido

14 EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. El enemigo en el derecho penal. Buenos Aires 2006. Edit. Ediar. Pág. 168.

de la criminalidad de nuestro país, en segundo lugar, el funcionamiento de las instituciones del sistema penal y la efectividad de las leyes penales, y en tercer lugar el funcionamiento del sistema penitenciario; solo así evitaríamos profundizar una “crisis de legalidad” donde la fuente de legitimidad de las leyes punitivas sería solamente una motivación política en la atención del clamor popular de seguridad ciudadana, donde la capacidad de regulación del orden jurídico penal, en particular cuando se trata de prohibiciones y mandatos de la norma penal, claramente se debilitaría.

Lo cierto es que, por otrolado, pregonando la conservación de la paz y la tranquilidad de la sociedad, se pretende justificar un alejamiento de los derechos y garantías constitucionales que el constituyente ha impulsado en la Constitución como una decisión ideológica y política contenida en los valores humanos y en el desenvolvimiento de la dignidad humana como fuente inquebrantable de los derechos fundamentales, axiomas propios del constitucionalismo actual, que como lo señala Mark Tushnet, “no hace más que describir gobiernos no totalitarios”¹⁵

Dogmáticamente, las leyes penales no han desvirtuado su papel garantizador sobre los derechos fundamentales, y tienen que volver a constituirse en la “barrera infranqueable de la política criminal”, que en su momento Franz Von Litz concibiera para evitar la mala utilización del Derecho penal, dejando de lado los valores y principios constitucionales que ahora parecen estar sometidas a una especie de negociación

15 MARK TUSHNET. Constitucionalismo y Judicial Review. Lima 2013. Edit. Palestra Editores. Pág. 57

subterránea para mantener el discurso político en la construcción de las leyes penales populares, cercenando su validez universal y acercando peligrosamente la construcción de un “enemigo” en el Estado Constitucional de Derecho, por lo menos en los discursos jurídico penales y criminológicos, y que este reconocimiento expreso del enemigo en el Derecho penal, puede llevarnos al *derecho penal de autor*¹⁶.

La premonición es clara, además de la empatía política que se quiere lograr con las leyes penales populistas, estamos en un proceso de construcción de un orden social político, cuyo fin esencial es el “bien común” y la autoridad política de manera discursiva se constituye en la dirección y en la fuerza que condiciona el comportamiento de los individuos para alcanzar el bien común, para lograr, si se quiere, el “vivir bien” y no puede hacerlo sino a través del control social y del ejercicio político del poder punitivo, aunque ello conlleve riesgos en la disminución de los derechos y el recorte de las garantías constitucionales, pero que al fin y al cabo siempre generan una ventaja, réditos políticos.

No es extraño entonces que exista concordancia política a la hora de tomar decisiones punitivas, porque si se procura el bien común, se identificaran las mismas aspiraciones comunes de los individuos, que en ese sentido no se trataría de bienes individuales o personales, porque para lograr la seguridad común en una sociedad política, se exige coincidencia de intereses y para alcanzarlos es preciso un acuerdo, que se traducirá en normas jurídicas generales que en último término determinarán los mandatos y las

prohibiciones en el núcleo esencial de la norma jurídica penal para justificar una reacción social punitiva más violenta y grave, como producto de la inobservancia de las normas de prohibición o de mandato y que adicionalmente puede generar la ejemplaridad del “castigo” para que la misma sociedad política de la que salen las normas penales, se intimide a partir de la vida en común y de los procesos comunicacionales que se desarrollan por los valores y los intereses comunes, y así se logre construir la sociedad armónica y pacífica del “vivir bien”, pero considerando siempre la función que se le pueda asignar al Derecho Penal. Al respecto, Santiago Mir Puig señala que “Es común a las distintas teorías eclécticas asignar al Derecho Penal la función de protección de la sociedad. A partir de esta base de acuerdo, las opiniones se separan. Dejando a un lado los innumerables matices, cabría distinguir dos grandes direcciones. Por una parte, quienes creen que la protección de la sociedad ha de basarse en la retribución justa y en la determinación de la pena, conceden a los fines de prevención un mero papel complementario, dentro del marco de la retribución. Esta constituye una posición «conservadora»...Por otra parte, un sector «progresista» de la ciencia alemana invierte los términos de la relación: fundamento de la pena es la defensa de la sociedad (protección de bienes jurídicos), y a la retribución (con éste u otro nombre) corresponde únicamente la función de *límite máximo* de las exigencias de la prevención, impidiendo que conduzcan a una pena *superior* a la merecida por el hecho cometido...”¹⁷

16 EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. Ob. Cit. Pág. 114.

17 SANTIAGO MIR PUIG, Ob. Cit., Pág. 97

Sin embargo, la ejemplaridad del “castigo” para que la misma sociedad política de la que salen las normas penales, se intimide a partir de la vida en común, es una falacia de razonamiento que no se encuentra en los fundamentos del bien común, sino en las tesis que la justifican políticamente, en efecto, las normas penales son ideales, no son realidades objetivas aunque el Derecho si lo es, el ordenamiento jurídico punitivo pertenece a la sociedad política, con la práctica de poder de las autoridades políticas, por tanto, no se encuentran perfectamente legitimadas en las aspiraciones comunes de los individuos, sino en la orientación política que funda su realidad, esta orientación finalmente determina los intereses sectarios de un grupo de poder que para alcanzar la aceptación de la sociedad política, requiere tomar determinaciones políticas al construir una norma penal como el medio para lograr aquella aceptación, por tanto parece apropiado señalar que el bien común es irremediamente un bien común político, como lo señala el Profesor Rodolfo L. Vigo¹⁸, y sobre la construcción de una base de optimización de los temores e inseguridades de la colectividad, que se expresa en demandas punitivas populares, se terminaría por justificar el carácter represivo de las normas penales y la tendencia ejemplarizante y retributiva del Derecho penal popular, sin embargo, no sería más que un proceso de creación de espejismos dentro del Estado Constitucional de Derecho.

Por eso, las leyes penales populistas, deben interpretarse en el contexto social, político e ideológico, en el contexto del

Estado Constitucional de Derecho, deben contar con la racionalidad necesaria para incorporar en las políticas criminales, las demandas de seguridad ciudadana como exigencias vitales del constituyente a la par del respeto incólume de los derechos fundamentales del ciudadano, de este modo, no se limitarían simplemente a los discursos normativos, ni siquiera los discursos dogmáticos de los académicos, sino es con el fin de encontrar una apertura para generar ámbitos de propuesta de política criminal que desarrollen las exigencias de mayor seguridad ciudadana y las medidas adecuadas para lograr el control social deseado en el Estado Constitucional de Derecho, cuyos niveles de racionalidad deben constituirse en la premisa del “vivir bien”, mas allá de la difusa e irreverente emocionalidad de la colectividad o de los individuos, que solo provocan contorsiones políticas muy redituables.

4. El modelo político criminal constitucional.

Ante las leyes penales populistas, como parte de las transformaciones penales impulsadas políticamente, las opciones de política criminal que se presentan, se manejan dentro de un determinado modelo penal que podría calificarse como coyuntural y oportunista, dejando de lado el análisis de otros modelos penales, en cuya base se deben encontrar fundamentos constitucionales.

En efecto, el Profesor José Luis Diez Ripollés, afirma en primer lugar la existencia de un modelo penal garantista, que “se caracteriza en todo momento por desarrollar una estructura de intervención penal auto limitada, hasta el punto de que se ha llamado a si mismo derecho penal

18 RODOLFO L. VIGO. Ob. Cit. Pág. 127.

mínimo”¹⁹, además señala un conjunto de principios que las sustentan. Refiere también, el modelo penal resocializador, basado en que el modelo de intervención penal se configure de acuerdo con la idea de la resocialización del delincuente²⁰. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana, basado “en la extendida sensación en la sociedad de que las cosas van cada vez peor en temas de prevención de la delincuencia, sensación que se proyecta en una escasa confianza en la capacidad de los poderes públicos para afrontar el problema (...)”²¹, es un modelo en el que se otorga prevalencia al sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana y a los intereses de las víctimas, es un modelo en el que el populismo y la politización determinan la adopción de medidas legislativas de carácter penal, fruto de los temores y clamores del pueblo por mayor seguridad de sus intereses y bienes, incorporando el componente aflictivo de la pena y la prisionización como los mecanismos sustanciales más importantes para la prevención delictual, pero sobre todo para la intimidación.

No en todos estos modelos, se colocan las condiciones para lograr conseguir el mayor grado de eficacia de la ley penal, la mayor efectividad del funcionamiento de las instituciones del sistema penal, la máxima eficacia del sistema procesal penal, el funcionamiento adecuado del sistema penitenciario y la efectiva protección de bienes jurídicos que sean dignos y necesitados de tutela penal, en cuya virtud el ordenamiento jurídico punitivo habrá de conseguir su finalidad.

19 JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS. *Política Criminal en la encrucijada*. Buenos Aires 2007. Edit. Euros Editores SRL. Pág. 62.

20 JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS. Ob. Cit. Pág. 66.

21 JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS. Ob. Cit. Pág. 75.

En Bolivia, la reacción social de la comunidad frente al delito, expresa el pensamiento y la actitud de la ciudadanía, de que prefieren seguridad, afirmando un modelo de política criminal de seguridad ciudadana que les garantice vivir con tranquilidad y certeza de protección de sus bienes jurídicos, y por lo menos en las ciudades principales, el Estado y los ciudadanos pretenden tener un mayor control en la prevención de la delincuencia, por ejemplo, a los ciudadanos se les exige una participación mayor en la lucha contra la delincuencia, generándose el fenómeno de la “*vigilancia ciudadana*” en los barrios y en las zonas comerciales, se incrementan los servicios de la seguridad privada cuando los ciudadanos utilizan recursos propios para contratar empresas privadas de seguridad; otra expresión de éste fenómeno se presenta cuando en barrios populares, se cuelgan en los postes de luz, muñecos de trapo atados por el cuello, advirtiendo a los potenciales delincuentes la reacción social que les espera si cometiesen delitos, o cuando se escriben en las paredes frases como: “*Ladrón pillado, será quemado*”, “*auto sospechoso, será quemado*”, advirtiendo la implantación de la justicia por propia mano. Estos son los factores que alimentan el clamor popular punitivista para que las decisiones legislativas accedan a tomar el control social mediante las leyes penales populistas, criminalizando más conductas en aras de la “seguridad ciudadana”.

Este es el modelo de seguridad ciudadana terriblemente intimidatorio, que como política criminal ha generado la tendencia hacia el endurecimiento de penas por el poder político, pues basándose en que el delincuente actúa “*racionalmente*”, entonces hay que actuar con penas disuasivas, con penas duras, por eso los

Órganos Legislativos, se están apropiando “de facto” de un modelo político criminal más represivo con el endurecimiento de las penas y la creación de nuevos delitos, y con esta tendencia o amplificación punitiva buscan reducir la criminalidad. En este modelo no importa, que la pena no sea proporcional, no interesa el Derecho penal mínimo, no interesa la resocialización, porque sólo se busca intimidar o disuadir al potencial delincuente, implementándose medidas punitivas, carentes de racionalidad constitucional.

Si este es el modelo político criminal “de hecho”²² que se insufla con los casos penales mediáticos, parece que exigir la aplicación del Art. 118, p. III de la Constitución, nos deja perplejos a los juristas y académicos cuando se pretende la orientación de un modelo político criminal resocializador como expresión de la voluntad política y jurídica del constituyente, frente a las exigencias de seguridad ciudadana que dan origen al populismo penal.

Los modelos penales, resocializador y garantista, tienen bases de racionalidad lógica que exigen una toma de decisiones racionales cuando se construyen leyes penales, modelos penales que exigen fundamentos, estudios y argumentos criminológicos, como mecanismos de racionalidad de la ley, que no solo vean aspectos de técnica legislativa en la construcción de tipos penales. Si bajo el modelo resocializador, el ciudadano comete un delito y la sociedad reacciona con sus instituciones penales,

razonablemente la sanción tiene que ser proporcional, porque la pena verdaderamente es un mal y ese mal que se impone, tiene que ser proporcional al daño que se produce, posibilitando racionalmente la educación, habilitación e inserción social, porque no se busca la eliminación del delincuente, al contrario, se pretende integrarlo, recatarlo, recuperarlo, se quiere constituir con el condenado la “*sociedad justa y armoniosa*” que exige la voluntad jurídica y política del constituyente, por eso rechaza la pena de muerte, por eso se rechazan las cadenas perpetuas, no buscamos aislar al delincuente el mayor tiempo posible, con penas muy largas que no son proporcionales, aunque pretendemos ingenuamente reducir las tasas de criminalidad con la amplificación punitiva, con el solo propósito de calmar la inseguridad ciudadana, que aparentemente encuentra en el sistema penal su única forma de solución, desarrollando procesos de criminalización primaria con la gestación de leyes punitivas y aumentando los procesos de criminalización secundaria, como se ha evidenciado en el último informe presentado por el Ministerio Público en Bolivia²³, cuando se informó que los casos atendidos por el Ministerio Público se incrementaron en un 105% en el periodo 2006-2014.

Esta tendencia de aumento cuantitativo en los procesos de criminalización secundaria y la tendencia a la penalización desproporcional con los procesos de criminalización primaria, muchas veces irracionales y sin fundamentos

22 En las últimas cinco décadas, ningún gobierno democrático o gobierno de facto, ha formulado concisamente una política criminal en Bolivia, por lo menos no existen datos en el Ministerio de Justicia.

23 El 6 de enero del 2015, ante los medios de comunicación, el Fiscal General del Estado, Dr. Ramiro Guerrero brindó un informe de gestión del Ministerio Público, detallando los casos que han sido atendidos por el Ministerio Público.

criminológicos, generan también problemas de prisionización²⁴ e inutilidad de las penas privativas de libertad. Bolivia no tiene un sistema penitenciario adecuado para lograr los fines de la resocialización del condenado, y posee una de las tasas de encarcelamiento más altas entre los países de Latinoamérica²⁵ demostrándose que existe un notable y fuerte crecimiento que no guarda relación con la delincuencia medida a partir de los hechos delictivos conocidos y del número de detenciones preventivas por la comisión de delitos (criminalidad aparente), así se puede afirmar que existe un fracaso en las penas privativas de libertad.

Por eso no es posible concebir leyes penales, al margen de las básicas exigencias político criminales previstas en la Constitución, al margen del sistema de valores y del conjunto de principios ético morales, determinados por el constituyente, plataforma axiológica e ideológica para generar puntos de vista político criminales en la construcción o elaboración de leyes penales, cuya base racional también compromete la aplicación de categorías conceptuales de la dogmática penal; sólo contando con

esos datos o fundamentos criminológicos sobre el funcionamiento del sistema penal, atendiendo la realidad criminal, se podrán sentar las bases de la política criminal para plantear, instrumentalizar y aplicar con mayor eficacia las normas jurídicas penales en la sociedad, por eso Von Litz decía que *“la Política Criminal es una ciencia que se constituye en la maestra del legislador, su consejera cuidadosa y conductora en la lucha contra el delito”*.

Los criterios son concordantes para desterrar cualquier política criminal de corte populista y para que se rechace el fácil expediente del populismo punitivo, evitando que el Derecho penal responda siempre y de manera inmediata a los clamores punitivistas, porque *“la actual redacción y aprobación de las leyes penales no obedece a una reflexión serena, racional y consensuada del legislador, sino que se realiza al compás que marca la coyuntura política de un país. En otras palabras, en el ámbito penal se viene legislando últimamente a golpe de caso mediático. Estamos asistiendo así a una verdadera instrumentalización del Derecho Penal por parte de los medios de comunicación social”*²⁶

5. El peligro de la crisis de la legalidad ante la falta de racionalidad en la ley penal.

Precisamente, de la relación estrecha que debe existir entre la Política criminal, la Criminología, y el Derecho penal, es que emerge una ley penal con niveles de racionalidad aceptables al tener en cuenta la realidad social, la realidad jurídica,

24 En general, la prisionización debe entenderse como aquel proceso de adaptaciones tanto biológicas, como psicológicas y sociales que tiene que realizar el individuo internado dentro de un recinto penitenciario, al sistema normativo penitenciario de la comunidad de reclusos, soportando sus efectos.

25 De acuerdo a la información oficial hasta mayo de 2015 brindada por la Dirección Nacional de Régimen Penitenciario, antes de la llegada del Papa, la cantidad de privados de libertad en Bolivia se duplicó en los últimos cinco años. En 2010 se contabilizaban 7.200 reos y en 2015 esa cifra llega a 13.793. De los casi 14.000 encarcelados, 12.598 son varones y 1.195 mujeres. Santa Cruz, La Paz y Cochabamba concentran la mayor cantidad de la población penitenciaria del país. (Fuente el Deber de Santa Cruz, 12/06/2015)

26 El populismo punitivo. Jornadas Juzgados de Pueblo, organizadas por Jueces para la Democracia, Pontevedra, 24 noviembre 2006.

los efectos que se pueden ocasionar en esas realidades al tomarse la decisión legislativa, considerando siempre el sistema de creencias y valores que establece el Art. 8 de la Constitución, esto le otorga a la ley penal una racionalidad ética, que de acuerdo al Profesor José Luis Díez Ripollés, con la racionalidad ética, “se saca a la luz el sistema de creencias, cultural e históricamente condicionado, que sustenta a una determinada colectividad y en el que se ha de enmarcar necesariamente el proceder legislativo”²⁷, pero también una racionalidad teleológica, en función de las líneas básicas del modelo político criminal que tenemos previsto en la Constitución, que no solo busca reprimir, sino también lograr la finalidad perseguida con el cumplimiento de las penas privativas de libertad previsto en el Art. 118 p. III de la Constitución y en el Art. 25 del Código Penal²⁸, que en definitiva podrían coadyuvar a alcanzar los fines del orden social expresados en los fines y funciones esenciales del Estado previstos en el Art. 9 de la Constitución. De la relación estrecha que exista entre Política criminal, Criminología y Derecho penal, surge la racionalidad pragmática de la ley, que según el Profesor Díez Ripollés, “tiene la misión de ajustar los objetivos trazados por la racionalidad teleológica a las posibilidades de intervención social que están al alcance de la correspondiente decisión legislativa (...) Que el mandato o prohibición sean susceptibles de ser cumplidos

satisfaciendo así la función de la norma como directiva de conducta. Que se va a estar en condiciones de reaccionar al incumplimiento del mandato o la prohibición mediante la *aplicación* coactiva de la ley, satisfaciendo así su función como expectativa normativa...”²⁹ Por tanto, de acuerdo con el Profesor Díez Ripollés, la racionalidad pragmática exige la efectividad de la norma, es decir, su puesta en práctica o vigencia, y su eficacia tendientes a obtener los objetivos de tutela perseguidos, estos aspectos forman parte de la racionalidad pragmática, consecuentemente, la ley penal tiene que ser efectiva y eficaz, es efectiva cuando se cumple o es capaz de ser cumplida por todos nosotros que somos destinatarios de la ley; es eficaz, cuando consigue sus objetivos, si no es efectiva ni eficaz no es una ley pragmática, por tanto tampoco racional.

Se trata de construir una ley penal con estructuras racionales, pragmáticas y utilitarias, características que están ausentes en la ley penal popular y generan una falta de eficacia normativa en la ley o una crisis de la legalidad, que puede ocasionar que el poder público asuma posiciones absolutistas, sin límites, ni controles, motivados únicamente por réditos políticos subordinados a los complejos clamores populares mediáticos y que en definitiva ocasionarían la ineficacia en la aplicación de la norma penal, o como lo señala el Profesor Luigi Ferrajoli, la crisis de la legalidad se interpreta como “crisis de la misma capacidad regulativa del derecho, debido a la elevada «complejidad» de las sociedades contemporáneas. La multiplicidad de las funciones exigidas

27 JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS. La racionalidad de las leyes penales. Madrid. 2003. Editorial Trotta. Pág. 92.

28 El Art. 25 del Código Penal establece que “La sanción comprende las penas y las medidas de seguridad. Tiene como fines la enmienda y la readaptación social del delincuente, así como el cumplimiento de las funciones preventivas en general y especial”.

29 JOSE LUIS DÍEZ RIPOLLÉS. Ob. Cit. Pág. 95.

al Estado social, la inflación legislativa, la pluralidad de las fuentes normativas, su subordinación a imperativos sistémicos de tipo económico, tecnológico y político, y, por otra parte, la ineficacia de los controles y los amplios márgenes de irresponsabilidad de los poderes públicos, generarían -según autores como Luhmann, Teubner y Zolo- una creciente incoherencia, falta de plenitud, imposibilidad de conocimiento e ineficacia del sistema jurídico. De aquí se seguiría un debilitamiento de la misma función normativa del derecho y, en particular, la quiebra de sus funciones de límite y vínculo para la política y el mercado, y, por tanto, de garantía de los derechos fundamentales, tanto de libertad como sociales³⁰.

La eventual crisis de la legalidad, debe ser conjurada con los mínimos cánones de exigencia de racionalidad en las leyes penales, por lo menos, aunque sea artificialmente, con un conjunto de garantías constitucionales expresados en los principios generales de la administración de justicia, los principios procesales vigentes en la jurisdicción ordinaria, o el sistema de garantías previstos en la Constitución, los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos, porque en la medida en que se aparten estos elementos de la construcción de leyes penales, se consolidarán los elementos de una crisis de la legalidad y se alejaría peligrosamente la racionalidad, el carácter científico y profundamente humano del Derecho penal, apartados del progreso del constitucionalismo actual y de los instrumentos garantizadores de los derechos fundamentales, lo cual

generaría una pérdida paulatina de confianza en las instituciones del Estado Constitucional de Derecho, como que de hecho está ocurriendo actualmente.

Bajo esa concepción de racionalidad, para evitar y prevenir la crisis de la legalidad, es necesario generar una cultura constitucional con la finalidad de constreñir a los operadores legislativos en el rol de la creación de leyes penales racionales, con una vigorosa concepción plural en su construcción, donde indudablemente las Universidades pueden tener una efectiva participación en la identificación de los factores que hacen a la crisis de la legalidad, aproximando diagnósticos precisos del funcionamiento de las instituciones del sistema penal para contribuir en la construcción de leyes penales racionales, solo así podremos evitar leyes penales populares.

6. La Constitución material como límite para el populismo penal.

Bajo el paradigma de la soberanía popular, que además, hoy en día tiene nuevos matices adecuados a la realidad social, con las características propias del llamado constitucionalismo latinoamericano moderno, el pueblo es el soberano, es el que considera si requiere de un cambio del orden constitucional, permitiendo reflexionar nuevamente y con gran fuerza, sobre la naturaleza del poder constituyente, la reivindicación de los derechos fundamentales y sus garantías; por eso la fuerza y validez de las decisiones del poder constituyente, nos increpan por el cumplimiento de su voluntad en la misma Constitución, asegurando las normas constitucionales como expresión de la soberanía popular.

30 LUIGI FERRAJOLI. Derechos y garantías. La Ley del más débil. Madrid 2001. Editorial Trotta. Pág. 17.

Ahora bien, para concebir la existencia de la voluntad del soberano y para construir el Estado Constitucional de Derecho, se necesita una justificación sólida del poder constituyente, instituido en un poder real y originario del pueblo, que sirve para evolucionar en el constitucionalismo y respaldar su voluntad, merced a la concurrencia de dos elementos significativos: la legitimidad del poder constituyente y la convicción sobre la necesidad de armonizar nuestra convivencia social en un marco de seguridad jurídica-política constitucional que no atente contra los valores supremos o fundamentales que sostiene el ordenamiento constitucional, la dignidad, la libertad, la igualdad y la justicia; sobre todo, si estos dos últimos elementos gravitan en la construcción del Estado Constitucional de Derecho, entonces, se podría justificar la evolución del constitucionalismo y la vigencia del un verdadero Estado Constitucional de Derecho, más allá de su retórica formulación.

Sin embargo, utilizando los conceptos de Rousseau, “sólo cuando la razón política encuentre plena proyección en la razón jurídica”, es cuando encontraremos el Estado de Derecho legitimado, que refleje el propio sentir y la necesidad de la soberanía del pueblo, con instituciones necesarias para ella, con la posibilidad de construir al menos un Estado de Bienestar basado en el cumplimiento de la norma constitucional; por esa razón, cuando menos, cobra tremenda importancia la concepción de soberanía como poder para fundar, para constituir, como lo refieren John Locke, Paine, Sieyes y Schmitt, citados por Kalyvas Andreas en su obra “Soberanía Popular, Democracia

y el Poder Constituyente”³¹, frente a una concepción teológica, absolutista, jerárquica con características de mandato y obediencia que se pretendió otorgar a la soberanía por Jean Bodin, Hans Kelsen o Foucault, citado también por el mismo autor.

Así, el poder constituyente instauró en el Estado boliviano y su Constitución, un conjunto de principios y un sistema de valores, y como afirma el Profesor Rubén Martínez Dalmau, los principios constitucionales, “buscan fortalecer el elemento axiológico propio de una Constitución fuerte, dispuesta a envolver la vida social y con pretensiones transformadoras. Los principios constitucionales, claves para la interpretación del texto, plantean no solo comportamiento éticos de una sociedad comprometida en un cambio, cambio para el cual la Constitución sólo es un instrumento, no un fin, y señalan el verdadero objetivo del Estado: el “vivir bien” del pueblo, no hace referencia a cualquier “vivir bien”, sino al “vivir bien” de acuerdo con los principios que impregnan todo el texto constitucional...”³²

Además de los principios, la Constitución boliviana, establece una profusa carta de derechos fundamentales que la historia del constitucionalismo ha logrado reconocer, destacándose 93 artículos para los derechos fundamentales y 27 artículos para las garantías, de una Constitución con 411 artículos, el

31 KALYVAS, Andreas. Artículo “SOBERANÍA POPULAR, DEMOCRACIA Y EL PODER CONSTITUYENTE”. Revista Política y Gobierno. Volumen XII, Núm. 1. 1er Semestre de 2005. México. Pág. 95

32 RUBEN MARTÍNEZ DALMAU. El proceso constituyente boliviano. La Paz 2008. Edit. OXFAM Gran Bretaña. Pag.117.

Profesor Rubén Martínez señala que “No sólo es uno de los catálogos de derecho más extensos del mundo, sino también de los más exhaustivos para su cumplimiento...”³³. En cuanto a las garantías afirma el Profesor Martínez, “Las garantías jurisdiccionales que los acompañan son amplias y variadas, y están destinadas a un único objetivo: el cumplimiento de la Constitución en todas sus vertientes.”³⁴

Por tanto, los postulados de la voluntad jurídica y política del constituyente incorporados en la Constitución material, superaron el concepto de Constitución Formal, como simple limitadora del poder constituido, para ser una Constitución donde el poder constituyente expresa su voluntad, este es el alcance de los principios, valores, derechos y garantías constitucionales, que justifican a la Constitución Suprema, Democrática y Normativa que tenemos, dentro de la concepción material de la Constitución en el Estado Constitucional de Derecho.

Una ley penal popular, que se aparta de una Constitución material o del Estado Constitucional de Derecho, contradice la voluntad jurídica y política del poder constituyente y puede revertir sus bases de legitimidad, terminando por otorgar una ilusión social de lucha contra la criminalidad, generando ficticiamente seguridad ciudadana, aislándose de los factores que hacen a esa criminalidad, factores que reitero, también deben ser atendidos por otros sub sistemas de control social, cuando estamos frente a personas que proceden de familias desestructuradas, debido a la pobreza

en la que se han desenvuelto, déficits educativos, déficits afectivos o déficits de carácter laboral con la inexistente formación laboral o la falta de integración a un mercado de trabajo; todos estos factores señalan la necesidad de que hay que trabajar sobre ellos para lograr la pretensión constitucional de la “*sociedad justa y armoniosa*”, y esta tarea no corresponde únicamente al Derecho penal, sino a la implementación de políticas públicas económicas, sociales, educativas, laborales, etc., postulados esenciales de la voluntad jurídica y política del constituyente.

¿Cuáles son las consecuencias de las leyes penales populares? La única consecuencia dramática de la implementación de leyes que no tienen una estructura racional juiciosa y equilibrada, y que solo atienden el sentimiento de las demandas populares punitivistas, será la de crear al famoso “*enemigo*” de la sociedad al que se alude en la noción del denominado “*Derecho penal del enemigo*”, a ese ser humano considerado como “*ente peligroso o dañino*” compatible únicamente desde la teoría política con un modelo de Estado absoluto y total como señala el Profesor Zaffaroni, produciéndose una transformación regresiva de la política criminal a la “*política penal*” utilitaria, intentando justificar la expansión del poder punitivo y generando un marcado debilitamiento de las garantías procesales mediante la mirada hacia el derecho penal de autor, que fácilmente encontrará estados de vulnerabilidad del ciudadano a partir de los estereotipos y prejuicios, alimentados por las leyes penales populares.

Una muestra de esa política penal de quebrantamiento de las garantías

33 RUBEN MARTÍNEZ DALMAU Ob. Cit. Pág. 122.

34 RUBEN MARTÍNEZ DALMAU Ob. Cit. Pág. 124.

constitucionales, se encuentra en la Ley N° 007 de Modificaciones al sistema normativo penal, en el ámbito de las medidas cautelares de carácter personal, cuando el legislador, atendiendo el clamor popular, ha modificado los requisitos para “viabilizar” los riesgos procesales y hacer posible la detención preventiva, al establecer como un requisito para el peligro de fuga, que el imputado represente un “*peligro efectivo para la sociedad o para la víctima o el denunciante*”³⁵; esta determinación legislativa se constituye en un verdadero giro de 180 grados hacia el derecho penal de autor, es una regresión hacia la “*peligrosidad*” del positivismo criminológico, porque se está tratando a un ser humano por su “*peligro o potencial dañosidad*” y que por tanto sólo requiere pura contención o represión penal, eso le quita o niega su carácter de persona, es un paso extremadamente peligroso para segregar o eliminar, porque incluso el juicio de peligrosidad que se realiza decide también el grado de peligrosidad, dependiendo siempre de un juicio subjetivo de quien tiene el poder de determinar la peligrosidad, supone esto un “arbitrio judicial muy peligroso” para retornar a las características del “hombre delincuente” de Lombroso, regresando a una época prehistórica del “*canibalismo penal*” junto a un periodo de enjuiciamiento inquisitorial que la humanidad ya había superado.

7. Conclusiones necesarias.

El retroceso o la “involución” en la pretensión de construir una sociedad justa y armoniosa, paradójicamente vinculadas a una sociedad “desarrollada”,

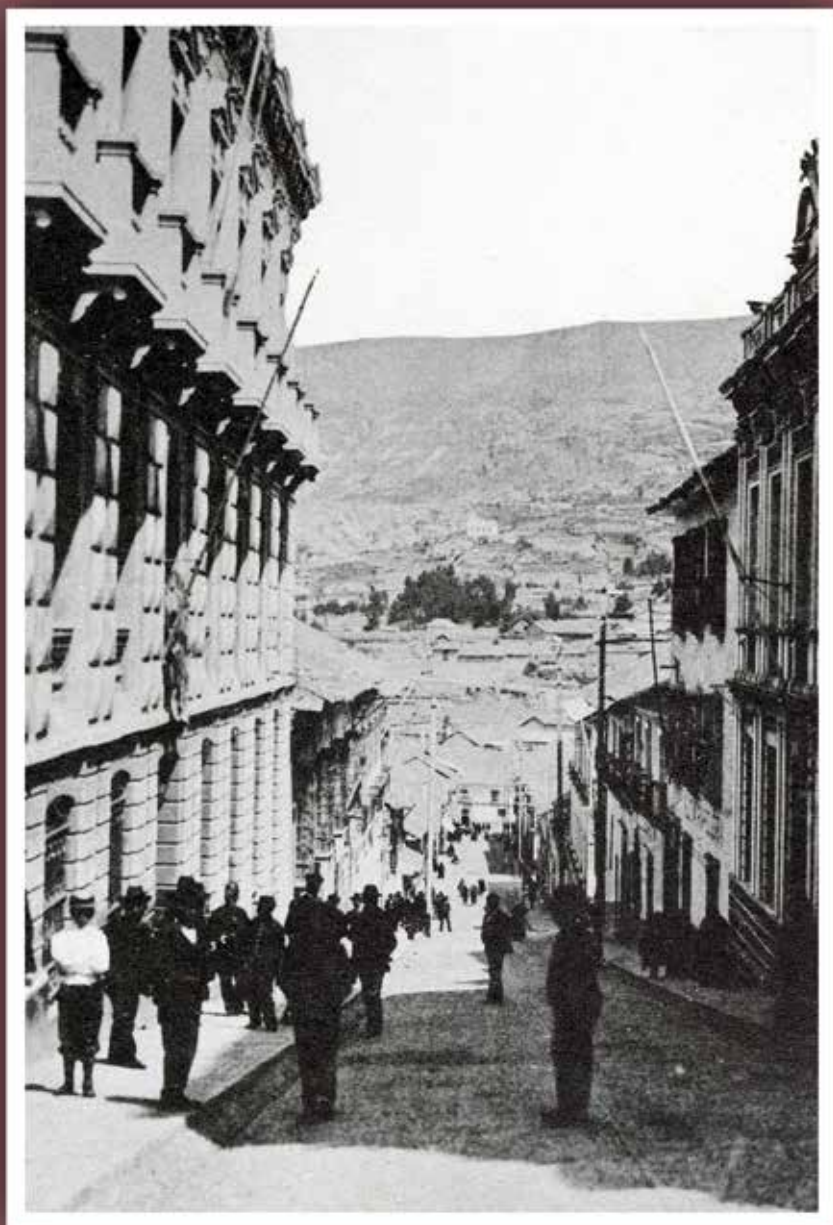
son consecuencia directa de las leyes penales populares, “leyes de emergencia” para “detener” el avance de la criminalidad y “resolver” la inseguridad ciudadana, porque al invocar estados de “emergencia” se pretenden generar “estados de excepción” que luego son permanentes apartándose de los fines y funciones del Estado previstos en el Art. 9 de nuestra Constitución y de la verdadera función del Derecho penal cuando se actúa a golpe de las demandas populares punitivas, de una sociedad que ciertamente aspira a la seguridad, que busca una convivencia armónica y pacífica, pero que irónicamente desvaloriza al ser humano bajo pretextos de “amplificación necesaria” del ejercicio del control social punitivo.

Es un espejismo creer que el Derecho penal sea la solución de los problemas de la criminalidad, así como es una ilusión creer que este fenómeno pueda suprimirse, es una ficción acabar con la inseguridad ciudadana, porque esta pervivirá mientras existan las sociedades y sus carencias; a lo que podemos aspirar es a disminuir la criminalidad o a buscar que los delitos causen el menor daño posible a los intereses individuales y sociales. La inseguridad ciudadana existirá siempre y es un imperativo moral de los penalistas, el de no permitir el retorno de la peligrosidad, del Derecho penal de autor, que encubren prácticas del positivismo criminológico y de las formas de enjuiciamiento inquisitorial; es un imperativo que nos apropiemos del carácter científico y humano del Derecho penal, dentro de las exigencias de una Constitución material, es un imperativo generar cultura constitucional para alejar al populismo penal.

35 Ley N° 007 de Modificaciones al Sistema Normativo Penal, Art. 234 (peligro de fuga), núm. 10.

Bibliografía de referencia.

1. CARBONELL, Juan Carlos. ***“Derecho Penal, Concepto y Principios Constitucionales”***. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia 1996.
2. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. ***“La Racionalidad de las leyes penales. Práctica y Teoría”***. Edit. Trotta S.A. Madrid 2003.
3. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. ***“La Política Criminal en la encrucijada”***. Edit. Euros Editores SRL. Buenos Aires 2007.
4. FERRAJOLI, Luigi. ***“Derechos y Garantías. La ley del más débil”***. Edit. Trotta S.A. Madrid 2001.
5. FERRAJOLI, Luigi. ***“Poderes Salvajes: La crisis de la democracia constitucional”***. Edit. Trotta S.A., Madrid 2011.
6. HASSEMER, Winfried. ***“Crítica del derecho penal de hoy”***. Traducción de Patricia S. Ziffer, Universidad Externado de Colombia. Primera reimpresión de la primera edición. Bogotá 2001.
7. JAKOBS, Gunther y CANCIO MELIÁ, Manuel. ***“Derecho penal del enemigo”*** Edit. Civitas Ediciones S.L., Madrid 2003.
8. MARÍ, Enrique Eduardo. ***“La problemática del castigo: el discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault”***. Editorial. Librería Achette. Buenos Aires. 1985.
9. MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. ***“El proceso constituyente boliviano”***. Edit. OXFAM Gran Bretaña. La Paz 2008.
10. MIR PUIG, Santiago. ***“Derecho Penal, Parte General”***. Editorial Reppertor. Barcelona 2005.
11. SANDOVAL HUERTAS, Emiro. ***“Sistema Penal y Criminología Crítica”***. Edit. TEMIS. Bogotá 1985.
12. SANCHEZ BELLA, Ismael, DE LA HERA, Alberto y DÍAZ REMETERÍA, Carlos. ***“Historia del Derecho Indiano”***. Edit. MAPFRE S.A. Madrid 1992.
13. TUSHNET, Mark. ***“Constitucionalismo y Judicial Review”***. Edit. Palestra Editores. Lima 2013.
14. VIGO, Rodolfo Luis. ***“Las Causas del Derecho”***. Edit. Abeledo Perrot S.A. Buenos Aires 2010.
15. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ***“El Enemigo en el Derecho Penal”***. Edit. Ediar. Buenos Aires 2006.



Archivo Central - MUSEF

La Paz - Calle Ayacucho "1920" Aprox.

LA SEGURIDAD CIUDADANA EN LA SUPERESTRUCTURA JURÍDICO – POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA*

CITIZEN SECURITY IN THE SUPERSTRUCTURE LEGAL - POLICY OF THE PLURINATIONAL STATE OF BOLIVIA

*William Mariaca Garrón***
wmmariaca@umsa.bo

Presentado: 07 de Junio de 2017. Aceptado: 16 de Octubre de 2017

RESUMEN.

Desde la promulgación de la nueva Constitución Política del Estado en Bolivia el 7 de febrero de 2009, a raíz de una necesidad social que precisamente involucro el proceso de modificación de la superestructura jurídica – política del Estado, empero además desarrollaba y evidenciaba la necesidad inminente de desarrollar políticas públicas que permitan alcanzar el desarrollo del país en un ambiente de seguridad para la población, la percepción de la sociedad a este respecto es la variable que permite evidenciar la eficacia de la misma como política pública.

PALABRAS CLAVE. Seguridad ciudadana, superestructura jurídica y política, políticas públicas, política criminal, Observatorio Nacional de Seguridad Ciudadana, sociedad civil.

SUMMARY.

The enactment of the new Political Constitution of the State in Bolivia, on February 7, 2009, was born as a result of a social need that precisely involved the process of modification of the legal - political superstructure of the State, however, it also developed and evidenced the imminent need for developing public policies that allow to achieve the development of the country in an environment of security for the population; the perception of society in this regard is the variable that allows to demonstrate its effectiveness as public policy.

Keywords: Citizen security, legal and political superstructure, public policies, criminal policy, National Observatory of Public Security, civil society.

* Artículo de investigación producto del Programa de Investigación del Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis de la Carrera de Derecho, Universidad Mayor de San Andrés, desarrollado en la gestión 2017.

** Docente Titular de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Mayor de San Andrés de La Paz – Bolivia; Philosophy Doctor © en Gestión del Desarrollo y Políticas Públicas - UMSA, Magister Scientiarum en Educación Superior - UAB, Magister Scientiarum en Análisis, Negociación y Resolución de Conflictos Sociales - UNIPOL, Especialista Superior en Educación Superior Intercultural para las Ciencias Jurídicas y Políticas - UMSA, Docente Academia Nacional de Policías, Asesor UNIPOL - Policía Boliviana, Doctor “Honoris Causa” Universidad Policial “Mcal. Antonio José de Sucre”, varios textos y artículos científicos escritos y publicados.

INTRODUCCIÓN.

La consolidación del Estado Plurinacional ha desarrollado precisamente este elemento, más si se toma en cuenta que es el fundamento filosófico que está referido en la misma Constitución, cuando en su artículo 8, claramente establece que *“El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble)”* (Estado Plurinacional de Bolivia, 2009).

Para alcanzar este ideal la seguridad ciudadana ha jugado, un rol importante en la vida cultural, social y política del país, por eso la importancia de realizar un estudio analítico de los elementos que interactúan e integran con relación a esta temática y su correspondencia con las políticas públicas propias en la superestructura del ámbito jurídico – político del Estado.

Se puede entender a la seguridad ciudadana, como es concebida por la Organización de Estados Americanos, en este caso aquella situación donde las personas pueden vivir libres de las amenazas generadas por la violencia y el delito, a la vez que el Estado tiene las capacidades necesarias para garantizar y proteger los derechos humanos directamente comprometidos frente a las mismas.

METODOLOGÍA Y TÉCNICAS.

Se establece los parámetros metodológicos en una investigación de tipo mixto (cualicuantitativo) porque

las bondades que tienen los enfoques cuantitativos y cualitativos, puesto que la investigación cuantitativa nos ofrece la posibilidad de generalizar los resultados más ampliamente, nos otorga control sobre los fenómenos y un punto de vista de conteo y magnitudes de éstos, y que la investigación cualitativa da profundidad a los datos, la dispersión, la riqueza interpretativa, al contexto del ambiente o entorno.

La comparación de resultados con otros estudios que permiten el análisis de texto llegando a la descripción, análisis y desarrollo temático, el mismo está en función de un estudio descriptivo explicativo, que intenta, por un lado, señalar “como es y cómo” se manifiesta la problemática de la relación entre la percepción de inseguridad y de evaluación de las instituciones de seguridad ciudadana y claro el efecto de estas en el establecimiento de políticas públicas del Estado Plurinacional de Bolivia.

Es decir, no solamente se pretende medir y describir variables en términos cuantitativos, sino básicamente explicar “el por qué y cómo dos o más variables se encuentran relacionadas bajo nexos causales”, para ello las técnicas que se utilizaron están basadas en la técnica del análisis del contenido, el análisis político-jurídico, la observación, la perspectiva sociológica, el análisis de encuestas de percepción y evaluación correspondiente.

Desde esa perspectiva las mismas permitieron llegar a entender la importancia de las políticas públicas como ese acuerdo que se da entre el Estado y lógicamente la sociedad, esto genera que el estado tenga un nuevo rol en el sentido

de hacerlo más ágil y organizador, aquí podemos rescatar el sentido participación entre estos dos actores, pero el beneficio a la sociedad como finalidad.

RESULTADOS.

La seguridad ciudadana ha jugado, un rol importante en la vida cultural, social y política del país, por eso la importancia de realizar un estudio analítico de los elementos que se relacionan e integran con relación a esta temática y su correspondencia con las políticas públicas propias de la superestructura del Estado Plurinacional de Bolivia, definida en su Constitución Política.

“La constitución debe definir expresamente un concepto de seguridad ciudadana, enmarcado dentro del más amplio concepto de seguridad humana. Por supuesto, con las limitaciones que ponen los derechos fundamentales, pero según la nueva concepción propuesta por la criminología crítica, en la que se incluyan los riesgos y daños que sufren mujeres y niños en el sector privado, los atropellos policiales, los delitos ecológicos, los de corrupción y concusión, y las desviaciones criminales en el interior de órganos civiles y militares del Estado.

En una teoría correcta de la constitución de los estados sociales de derecho, el concepto de la política social corresponde a una concepción integral de la protección y de la seguridad de los derechos, y tienen la misma extensión normativa que el campo de los derechos económicos, sociales y culturales en su integridad. Es fundamental no caer en el engaño de criminalizar la política social, con políticas específicas hacia poblaciones vulnerables por su posible peligrosidad, siendo concebidos estos grupos sociales

como objeto y no sujetos de derechos, típica concepción de las políticas de la reacción social y la llamada nueva prevención.” (Dobles, 2013).

Como se puede apreciar una posición se refiere a la teoría basada en que la seguridad ciudadana representa los valores y prioridades que se propone alcanzar un Estado, pero no deja de lado el que son consecuentes con los objetivos que se traza también el sistema político y que por ende son también utilizados para un sistema de dominación y control.

La Encuesta de Victimización constituye otra fuente de información relevante y complementaria que permite identificar la magnitud real de determinados hechos delictivos, el nivel de afectación en la sociedad y profundizar en la caracterización de las modalidades delictivas que permiten el poder analizar las políticas públicas que se deben desarrollar en la temática de seguridad ciudadana y claro está todo el proceso consiguiente para verificar los resultados alcanzados hasta la actualidad.

El Observatorio Nacional de Seguridad Ciudadana realizó la Encuesta de Victimización (EVIC) la misma ha sido realizada en dos etapas: la primera, que comprende siete ciudades capitales (La Paz, Santa Cruz, Cochabamba, Oruro, Potosí, Sucre y El Alto) y la segunda etapa amplía la cobertura al resto de las ciudades del país: Tarija, Trinidad y Cobija.

El tamaño de la muestra, alcanza a 5.564 hogares, de los cuales 3.709 son hogares victimizados por algún delito y 1.855 son hogares no victimizados, que respondieron el módulo de percepción y evaluación institucional.

Las encuestas investigan la victimización de delitos contra la propiedad (robo, hurto, robo de vivienda, la victimización fuera del hogar por violencia física o psicológica y el robo de vehículos y autopartes), la percepción de inseguridad, las medidas de seguridad y prevención adoptadas en los hogares y la opinión y evaluación de las instituciones vinculadas a la seguridad ciudadana y de esta manera analizar los resultados de las políticas públicas en el Estado.

El diseño de la muestra ha sido calculado con un error del 2,4%, lo cual significa que los resultados de la investigación pueden tener un error de más o menos el 2,4% para el conjunto de las ciudades y alrededor del 4% para cada una de ellas por separado.

Si bien las estadísticas oficiales, a partir de los registros de denuncia interpuestos en la Policía Boliviana, contienen información importante para caracterizar los delitos, existe otra información relevante y complementaria que ha sido rescatada a partir de la aplicación de las encuestas de victimización y percepción, a través de las cuales se puede profundizar en la caracterización de las modalidades delictivas y el nivel de afectación en la población.

Gráfico N° 1



FUENTE: Observatorio Nacional de Seguridad Ciudadana.

El hurto es el delito de mayor incidencia en las diez ciudades en conjunto, más del 22% de los hogares declaran que uno de sus miembros ha sido victimizado por este tipo de delito, le sigue en orden de importancia el robo, con algo más del 17%. Las agresiones físicas o verbales (violencia física o psicológica), alcanzan al 5,2% de los hogares que declararon que alguno de sus miembros fue víctima de alguno de estos tipos de violencia.

En cuanto a los delitos contra la propiedad que afectan al hogar (los delitos de robo, hurto y violencia afectan a los miembros del hogar, en tanto que el robo en vivienda y el robo de vehículos afectan al hogar en su conjunto), el delito de mayor incidencia es el robo de autopartes (6,8%) y el robo en vivienda (5,9%). El robo de vehículos motorizados y la bicicleta, solamente afecta al 1,4% de los hogares de las ciudades capitales del país y El Alto.

A nivel de cada una de las ciudades, el delito de robo tiene mayor porcentaje de hogares victimizados en las ciudades de Cochabamba y La Paz, donde dos de cada diez hogares son víctimas de robo. Santa Cruz tiene un promedio menor, similar a Potosí (14,9 y 15,4 respectivamente), en tanto que Oruro, Sucre Tarija y El Alto tiene entre 16% y 17% de hogares victimizados por ese delito.

Gráfico N° 2

HOGARES VICTIMIZADOS POR CIUDAD, SEGÚN TIPO DE DELITO Y VIOLENCIA - 2013											
	Total	La Paz	Santa Cruz	Cochabamba	Oruro	Potosí	Sucre	Tarija	Trinidad	Cobija	El Alto
Robo	17,1	20,3	14,9	21,7	16,5	15,4	16,9	16,1	11,3	7,0	16,2
Hurto	22,2	28,1	16,1	18,8	30,0	27,8	27,3	21,2	4,6	11,7	25,6
Violencia física o psic	5,2	6,5	4,3	5,1	4,3	7,8	3,8	5,1	2,7	2,2	5,8
Robo en vivienda	5,9	4,3	7,5	5,8	4,7	3,5	4,2	6,6	13,0	22,1	4,7
Robo de vehículo	0,3	0,4	0,3	0,4	0,2	0,1	0,3	0,5	0,3	0,0	0,4
Robo de autopartes	6,8	5,5	5,7	11,4	8,3	7,9	10,6	12,9	1,4	1,4	3,9
Robo de motocicleta	0,7	0,0	0,3	1,2	0,3	0,0	0,3	2,9	11,8	9,0	0,1
Robo de bicicleta	0,4	0,0	0,1	1,1	1,1	0,1	0,0	1,6	0,4	0,3	0,6

FUENTE: Observatorio Nacional de Seguridad Ciudadana.

Según la información de la Encuesta, Oruro es la ciudad que presenta el mayor porcentaje de hogares victimizados por hurto (30%), seguido por La Paz y Potosí (28%), Sucre (27%) y El Alto (26%). La violencia física o psicológica tiene una alta incidencia en la ciudad de Potosí (8%), seguido de La Paz y El Alto (ambos con 6%).

El robo en vivienda afecta a una mayor proporción de hogares en Cobija (22%) y Trinidad (13%), en tanto que en Potosí (3,5%) se observa la menor proporción de hogares que declararon haber sido víctimas del robo en su vivienda.

El robo de vehículos automotores de cuatro ruedas tiene alta incidencia en la ciudad de Tarija (0,5% del total de hogares), en tanto que las ciudades del oriente del país, Trinidad y Cobija, presentan altos porcentajes de hogares víctimas del robo de motocicletas (12% y 9% respectivamente).

La proporción de hogares víctimas del robo de autopartes, a nivel nacional, alcanza a cerca el 7% de los hogares, pero las ciudades de Cochabamba, Sucre y

Tarija presentan porcentajes entre cuatro y seis puntos porcentuales por encima del promedio nacional.

Con todos estos datos se puede definir que la incidencia de la seguridad ciudadana en la calidad de vida de las personas y como estas deben ser prioridades en la ejecución de políticas públicas que permitan el desarrollo de la sociedad en la búsqueda del bien común, de ese que tanto preocupaba al mismísimo Platón en “La República” y que como se explicó antes es principio filosófico que sustenta la propia Constitución.

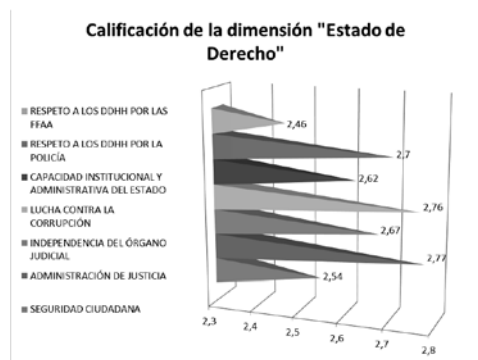
Por ello, se puede comprender la importancia de las políticas públicas como ese acuerdo que se da entre el Estado y lógicamente la sociedad, esto genera que el primero tenga un nuevo rol en el sentido de hacerlo más ágil y organizador.

“Desde una perspectiva progresista, en el marco de una política de seguridad ciudadana resulta esencial y prioritario promover un proceso gradual, pero sostenido, de reforma policial que la oriente, fije sus

objetivos, permita ir variando la cultura de las instituciones policiales y las adecue a los avances del sistema democrático. Los rasgos jerárquicos, militarizados y los altos niveles de autonomía que aún pueden observarse en muchas de las policías de la región, constituyen serios obstáculos para una real adecuación de estas instituciones en el contexto democrático de nuestros países. Se sabe que ésta no es una tarea fácil, pero no se puede soslayar. Por el contrario, de no acometer este desafío estratégico, cualquier propuesta progresista en materia de seguridad ciudadana enfrentará serias dificultades para una eficaz implementación, especialmente en lo referido a la prevención y participación de la comunidad.” (Espinoza Grimalt, 2007).

No es ajeno entonces el poder apreciar por ejemplo en una encuesta que se realiza sobre la calidad de la democracia en Bolivia el 2013, en lo referido a percepción y evaluación de los actores, que una de las dimensiones más débiles de la democracia boliviana es precisamente la referida a que una de las principales preocupaciones de los ciudadanos en Bolivia es el tema de la inseguridad ciudadana, pero más específicamente la dimensión del Estado de Derecho.

Gráfico N° 3



FUENTE: Elaboración Propia en base a datos de la encuesta de percepción y evaluación de los actores – La calidad de la democracia en Bolivia 2014.

“Cuando hablamos de seguridad ciudadana hablamos del fortalecimiento de la ciudadanía en el sentido de potenciar los derechos individuales y colectivos. Pero en Bolivia, la inseguridad ciudadana no sólo es la principal preocupación de los bolivianos que habitan en las ciudades del eje central, sino sobre todo sinónimo de un conjunto de medidas preventivas, de control y represivas contra el delito.” (Fundación Konrad Adenauer - Asociación Boliviana de Ciencia Política, 2014).

Como se puede apreciar, es evidente que se tiene una percepción muy grande con referencia a la inseguridad ciudadana y el otro elemento es el que demuestra que precisamente se cree poco en las Instituciones fundamentales del Estado y que guardan estrecha relación con esta temática, pues generan un fenómeno opuesto al que precisamente se busca de ellas.

DISCUSIÓN.

La seguridad ciudadana es de mucha importancia, porque es un legado de la humanidad para su continuidad, es el patrimonio más valioso al cual tiene derecho todo ser humano.

Es un principio donde se sustenta el horizonte de las personas, la sociedad y la región o país en su conjunto, en este principio se sustenta la importancia de la convivencia en paz y armonía, el mismo que está directamente vinculado con la calidad de vida de las personas, unidades familiares y comunidad en general, puesto que ningún hogar y menos una sociedad, pueden desarrollarse si conviven permanentemente agredidos por diferentes delitos que atenten contra la paz y la seguridad de sus miembros.

Un tema de agenda es tomar en consideración que muchos fenómenos sociales presionan de manera incontrolada para una manifestación espasmódica de pánico y violencia, y que posiblemente en torno a elementos interactivos educativos de prevención de ejecución de políticas entre policía y ciudadanía, está la solución para el control de estos problemas.

“La Seguridad Ciudadana en sentido amplio es una situación social en la que no existen riesgos o peligros para los ciudadanos; es decir, que éstos pueden ejercitar libremente sus derechos y libertades sin que exista obstáculo para ello.” (Escobar Sepulveda, 2001).

Desde ese enfoque se puede entender que la Seguridad Ciudadana, es la acción integrada que desarrolla el Estado, con la colaboración de la ciudadanía, destinada a asegurar su convivencia pacífica, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacio público, del mismo modo, contribuir a la prevención de la comisión de delitos y faltas.

En otros términos, la Seguridad Ciudadana, es el conjunto de medidas y previsiones que es adoptada por el Estado, a través de sus instituciones y de la comunidad organizada, dentro del marco de la Ley y los derechos humanos, con la finalidad que las personas puedan desarrollar sus actividades libres de riesgos y amenazas que genera la criminalidad y delincuencia.

Es objeto de este trabajo de investigación profundizar en el concepto mismo de seguridad ciudadana, cabe explicitar algunas cuestiones básicas que especifiquen a qué se refiere al referirse

al alcance de seguridad ciudadana desde un enfoque progresista, es en este sentido que en principio se encara a la seguridad ciudadana desde una perspectiva amplia, que la vincula al conjunto de sistemas de protección de la vida y los bienes de los ciudadanos ante diferentes factores de riesgo o amenaza.

“Este enfoque se aproxima a la conceptualización integral de modernas teorías del desarrollo al referirse a una seguridad humana y a un desarrollo humano, articulando variables e indicadores que apuntan a medir avances en igualdad y democracia en los países.” (Escobar Sepulveda, 2001).

En términos generales, algunos de los elementos que resultan distintivos de las perspectivas progresistas en esta materia apuntan a:

- Buscar construir soluciones colectivas frente a la inseguridad, basadas en compromisos sociales amplios que promueven la participación ciudadana, integrando distintos sectores de la sociedad (ciudadanía, policía, gobierno, etc.):
- Situar a la prevención de la delincuencia en un primer plano (eventualmente, junto al control):
- Sobre la base de lo señalado en los puntos anteriores, se establece una diferencia sustantiva respecto de los abordajes meramente represivos, que apelan generalmente al endurecimiento de las penas y a ampliar las facultades de las policías en materia de represión. Es decir, se prioriza el mínimo uso de fuerza y el profundo respeto por los derechos humanos.

“Un enfoque de este tipo contrasta marcadamente con la percepción que aparece como más tradicional y difundida, tendiente a concentrarse en los problemas de inseguridad” (Jofre, 2005), en este sentido, el esfuerzo central desde los gobiernos apuntaría a instalar un nuevo paradigma en donde se piense la seguridad y la delincuencia a partir de una percepción de la seguridad como bien común que incluye a otros servicios del Estado como la salud, la educación o el empleo y que también involucra a la sociedad civil y los habitantes.

Para comprender estos procesos se debe contextualizar que la problemática de la seguridad es multicausal y plurisocial, además claro está de ser universal, puesto que no existe para contrarrestar la misma una solución única, por el contrario se presentan múltiples y diversas soluciones para cada uno de los aspectos de esta problemática, aunque muchas de ella exceden la competencia y verificar el margen de gobernabilidad que se muestran a partir de la imagen de sus Instituciones encargadas de este proceso.

De todas maneras y por diversos motivos, están tomando un protagonismo cada vez mayor en el diseño de políticas de seguridad y al hacerlo advierten que solo se puede construir una política que aumente el nivel de efectividad si se cuenta con la participación e involucramiento real de todos los actores sociales.

Es por esta misma razón que los Estados sienten el crecimiento de la demanda ciudadana de seguridad e inmersos en una formal, informal y creciente descentralización de responsabilidades y

teniendo como marco la consolidación del nuevo Estado Plurinacional, asumiendo, dentro y en algunos casos fuera de sus posibilidades jurídicas y fácticas, la necesidad de dar respuesta a la misma.

La consecuencia de todos estos procesos y por sobre todo de la percepción de la ciudadanía demuestra la creciente existencia de políticas públicas relacionadas a la seguridad ciudadana que incorporan una noción del término mucho más amplia que la supuestamente cubierta por el accionar nacional, regional y municipal, una noción que entiende a la seguridad como elemento ineludible para el desarrollo de una sociedad, que no solo tiene que ver con la realidad preventiva o defensiva ante el delito, sino con un sentimiento que hace a la plenitud del individuo en su vida de relación social y a las posibilidades ciertas de desarrollo personal y comunal.

De este modo se está siendo testigo de un cambio progresivo y novedoso en la noción de seguridad que parte de un concepto tradicional restringido hacia un concepto amplio y abierto, se puede sintetizar cuatro formas de aproximación a la problemática en estudio.

La primera aproximación reduce el problema de seguridad al de reforma y control del acto policial; existe otra aproximación más amplia que nos habla del complejo concepto de seguridad formado por el sistema judicial, el sistema policial y el sistema penitenciario; otra visión más novedosa aún, la llamada visión multiagencia, incorpora al sistema anterior los planes sociales como sistema complementario de prevención y contención y por último, la concepción a la que adherimos entiende que a los

cuatro elementos se les debe agregar uno más: la participación social.

No se trata de escamotear, sustituir o delegar las responsabilidades del Estado que, en materia de seguridad, como bien jurídico público de carácter superior sería imposible desde la lógica del Estado moderno.

Por el contrario, el actuar del Estado a través de la justicia, el sistema penitenciario, la policía y las políticas sociales debe ser profesionalizado y mejorado en su calidad, pero el moderno concepto de seguridad, como elemento básico para mejorar la calidad de vida de una sociedad requiere la consideración, resolución y atemperación de una serie de problemáticas complejas que sólo puede conseguirse en el delicado entramado que constituyen los nuevos espacios de participación público-privados.

Para que haya efectivo desarrollo, la gente debe tener cierta situación básica de bienestar (alimentación, salud), adecuados conocimientos y destrezas (cultura, educación), oportunidades de acción (democracia, libertad, seguridad) y además, utilizar creativamente sus recursos (producción, comercio).

En consecuencia, el desarrollo no solo tiene como objeto al ser humano, sino que el ser humano es el principal agente del desarrollo, partiendo de esta premisa un enfoque participativo resulta vital en cualquier estrategia de desarrollo humano, lo que implica descentralización de la gestión e incremento de la participación de la ciudadanía.

Pero como entender entonces la política criminal que se establece en este escenario, sino desde la perspectiva de

la criminología teórica en el discurso que pretende explicar etimológicamente la criminalización y con ello supone que puede aportar los elementos teóricos necesarios para la prevención en los casos particulares (clínica criminológica o criminología clínica), como también proveer los elementos para una “planificación general preventiva” a la que suele denominarse política criminal.

La expresión política criminal se utiliza desde los albores del siglo pasado con diferentes acepciones, pero no cabe duda que siempre ha estado subordinada a la idea de “delito” preponderante en la época, desde esa conjunción comúnmente se entiende a la política criminal como la política estatal de lucha contra el crimen; la selección de los medios para luchar contra el delito.

Por otro lado podemos apreciar la siguiente postura que alimenta el debate a este respecto; *“la constitucionalización de los derechos fundamentales de las personas, genero un desequilibrio entre: ejercicio del poder (tradicional) derechos y libertades de las personas (derechos humanos), la concepción tradicional del orden público que se superpuso con la novísima finalidad fundamental el orden interno; por lo que se soslayo su sistematización”* (Cabanillas Chavarry, 2009), poniendo de lado que deba ser utilizada la seguridad ciudadana en beneficio del sistema político y que debe encargarse exclusivamente del orden público.

También se debe entonces exponer en la discusión los aspectos referidos a analizar el proceso que con lleva a verificar la percepción que tiene la sociedad boliviana con relación al ámbito de la

seguridad ciudadana y por supuesto de las Instituciones que son fundamentales en este proceso, de esta manera se puede confrontar la percepción de inseguridad y evaluación de las instituciones de seguridad ciudadana.

Surge el elemento central de discusión para este caso Acemoglu hace un análisis basado en una concepción referida al porque se desarrollan mejores Instituciones en unas sociedades más que en otras, *“subrayaron la importancia del origen colonial (la identidad del colonizador) y del origen legal sobre las instituciones actuales, y mostraron que los países con sistemas de derecho consuetudinario y las antiguas colonias británicas tienen mejores derechos de propiedad y mercados financieros más desarrollados. North, Summerhill y Weingast (1998) y Landes (1998) sostienen que las antiguas colonias británicas prosperaron más que las francesas, españolas y portuguesas debido a las buenas instituciones políticas y económicas y a la cultura que heredaron de Gran Bretaña.”* (Acemoglu, 2005).

En todo el análisis se toma en cuenta que, el hecho de generar mejores instituciones en un principio y que hasta la actualidad mantienen esa fortaleza genera a su vez también un desarrollo económico fuerte que es visible en el Producto Interno Bruto del Estado, claro que para poder verificar esto como hipótesis de análisis, promueve también que se pueda identificar varios elementos (tomados como variables) que refuercen esta noción.

“Hay dos factores básicos que podrían explicar las causas fundamentales de

las diferencias en la prosperidad de los países” (Acemoglu, Raíz Histórica: Un enfoque histórico de la función de las instituciones en el desarrollo económico, 2003), en este sentido el mismo hace un análisis profundo basado en indicadores económicos sobre la geografía y las instituciones que son tomadas en cuenta para explicar las prosperidad distinta de los Estados.

Desde esta perspectiva, basado en la llamada hipótesis geográfica, se toman en cuenta los factores climáticos de medio ambiente que repercuten en el desarrollo de una sociedad y que incentivan la inversión en maquinaria, capital humano y mejores tecnologías, a lo largo del análisis de sus artículos se puede apreciar que estos factores no pueden ser del todo indispensables para economías fuertes.

Basta verificar que, en sus análisis, demuestra que no siempre existe una relación entre geografía y prosperidad, porque como lo demuestra en condiciones de abundancia de recursos naturales se fueron más bien generando condiciones en las cuales se apropiaron del poder élites que no dejaron que se desarrollen mayores y mejores condiciones para su desarrollo económico.

En cambio, con relación a la hipótesis institucional se puede apreciar que en los lugares de poca extracción de riquezas primarias se fueron consolidando pequeñas colonias en las cuales no eran necesarias instituciones de extracción y saqueo más bien se fueron consolidando “pequeñas Europas”, con organización propia basada en los países de colonización, con una copia de su legislación y sobre todo con instituciones

que no lograron el fortalecimiento y el desarrollo económico de estos países, como es el caso boliviano.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

Si se reflexiona sobre la realidad del sistema de seguridad ciudadana en el Estado Plurinacional de Bolivia, se puede entender que los puntos en crisis no son pocos, desde la opinión pública que reclama mayores penas y los medios de comunicación que maximizan el pedido; el *rating* que tiene en la violencia un condimento seguro; los discursos ambiguos de los políticos del oficialismo y de la oposición; el descreimiento generalizado que padece el Poder Judicial; la burocracia del sistema; los crecientes proyectos de Ley con nuevos tipos penales; la desconfianza en la policía; la corrupción; el debate diario sobre la pena de muerte; la construcción de nuevas cárceles y finalmente la atroz realidad de las prisiones, de las que todos hablan pero muy pocos conocen.

Todos los puntos mencionados deben ser tenidos en cuenta por un Estado que pretende delinear una determinada política, hoy se puede decir que no existe en Bolivia un Plan Nacional de Seguridad Ciudadana eficiente y estamos muy lejos de ello, por lo menos así lo demuestran los resultados de la percepción ciudadana con referencia a esta temática.

Las medidas que se aplican, ante situaciones coyunturales, son rápidas e improvisadas, cuando no falsas y carecen de un estudio serio, cualitativo y pormenorizado de todas las cuestiones

anteriormente citadas, el resultado es altamente negativo y por eso la importancia que merece realizar mayores análisis con relación a esta temática.

La construcción de una política pública de seguridad ciudadana es un proceso que parte de la identificación del problema de la violencia, como fenómeno de magnitud creciente y de grave impacto en la sociedad, en este caso, la violencia tiene, ante todo, una naturaleza delincencial, que impacta en la sociedad hasta conformar una generalizada percepción de inseguridad.

Frente a ello, se construye socialmente la necesidad de dar respuesta y se perfila una demanda de intervención del Estado, entidad que debe controlar la delincuencia, dar seguridad al conjunto de la sociedad y bajar al mínimo soportable los índices de afectación a la convivencia pacífica.

El proceso de construcción de una política pública de seguridad ciudadana se consolida mediante la participación social y el empoderamiento de la norma, en este contexto, la construcción de políticas de seguridad ciudadana es la manifestación de la necesidad de formular estrategias que apunten a dar soluciones al problema de la violencia, especialmente de aquella derivada del incremento de la acción delincencial.

A partir del momento que una sociedad dispone de una norma de seguridad ciudadana o ley, las acciones de política pública cobran sentido dentro de un sistema que articula actividades en varios niveles: primero, en las instancias del Estado con los gobiernos locales

o municipios a la cabeza; luego, con el involucramiento del gobierno central y la intervención de la policía, en esas acciones es de supremo interés que se garantice la vigencia de los derechos humanos tal como lo determina la Constitución.

Otro componente indispensable del sistema es la participación organizada de la sociedad civil, que asume corresponsabilidad, cumple sus deberes ciudadanos y acompaña a las instancias del Estado en la gestión de seguridad, con una visión que sostiene que la mejor garantía a la seguridad es la prevención y la mejor estrategia es la intervención oportuna en los factores de riesgo de la violencia.

En resumen, las acciones de política de seguridad ciudadana son coherentes dentro de una visión sistémica, donde intervienen procesos de cambio estructural, reformas institucionales y organizacionales, cambios tecnológicos, valores cívicos y morales revitalizados, y corresponsabilidad ciudadana mediante la participación y el control social.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Acemoglu, D. (2003). Raíz Histórica: Un enfoque histórico de la función de las instituciones en el desarrollo económico. *Finanzas y Desarrollo*, 27-30.

Acemoglu, D. (2005). Los orígenes coloniales del desarrollo comparativo: Una investigación empírica. *Revista de Economía Institucional*.

Cabanillas Chavarry, M. (2009). Seguridad Ciudadana, Políticas de Estado, retos y

desafíos. *La finalidad del Estado es el Orden Justo, existiendo este, los demás se cumplen por añadidura*. Lima: Santo Tomás de Aquino.

Dobles, P. (2013). Pensar en una política criminal para la seguridad humana. En C. Barreira, J. Tavares dos Santos, J. Zuluaga Nieto, R. González Arana, & F. González Ortiz, *Conflictos sociales, luchas sociales y políticas de seguridad ciudadana*. México: UAEM.

Escobar Sepulveda, S. (2001). *La Seguridad Ciudadana como Política de Estado - El cambio de paradigma en seguridad*. Buenos Aires: Macros.

Espinoza Grimalt, H. (2007). *Hacia una visión político progresista en Seguridad Ciudadana*. Santiago: Friedrich Ebert Stiftung.

Estado Plurinacional de Bolivia. (2009). *Constitución Política del Estado*. La Paz: Gaceta Oficial de Bolivia.

Fundación Konrad Adenauer - Asociación Boliviana de Ciencia Política. (2014). *LA CALIDAD DE LA DEMOCRACIA EN BOLIVIA - 2013: Percepción y evaluación de los Actores*. La Paz: Konrad Adenauer Stiftung.

Jofre, R. (2005). *Seguridad Ciudadana y Estrategias de Comunicación en Chile*. Santiago - Chile: Friedrich Ebert.