

UNIVERSIDAD CATÓLICA BOLIVIANA
“SAN PABLO”

Unidad Académica Regional La Paz
Carrera de Derecho

REVISTA Vol. 3 N°4

ABRIL 2019

LA PAZ - BOLIVIA

ISSN 2523-1510 (en línea) - ISSN 2521-8808 (impresa)

Naturaleza del proceso constituyente boliviano

Nature of the Bolivian Constituent Process

ADRIÁN VICENTE AGUIRRE HEREDIA

La constitucionalización de la tutela del medio ambiente.
La tutela del medio ambiente en las Constituciones de Ecuador y Bolivia

*Constitutionalization of the environment's protection. The protection of
the environment in the Constitutions of Ecuador and Bolivia*

ANTONIO LOPEZ Y ROYO

La razonabilidad del artículo 50 de la ley 708 de Conciliación y Arbitraje
en relación al principio de celeridad

*The reasonableness of Article 50 of Law 708 of Conciliation and Arbitration
in relation to the principle of celerity*

AYLIN NATALIA VILLARPANDO PÉREZ

REVISTA DE
DERECHO
DE LA U.C.B.

U. C. B. LAW REVIEW



UNIVERSIDAD
CATÓLICA
BOLIVIANA

Carrera de
Derecho

Revista Vol. 3 N° 4, abril de 2019, La Paz – Bolivia
ISSN 2523-1510 (en línea) - ISSN 2521-8808 (impresa)

Revista de Derecho de la UCB

UCB Law Review

Jorge Herbas Balderrama O.F.M.
Gran Canciller

Marco Antonio Fernández Calderón
Rector Nacional

Alejandro F. Mercado Salazar
Vicerrector Académico Nacional

Raúl Boada Oporto
Vicerrector Administrativo Financiero Nacional a.i.

Sergio Delgadillo Urquidi
Secretario General Nacional

Flavio Escóbar Llanos
Rector de la Unidad Académica Regional La Paz

Javier Murillo de la Rocha
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Emilio Barea Medrano
Director de la Carrera de Derecho – La Paz

Editor responsable

Leonardo D. Villafuerte Philippsborn
Docente tiempo completo
Carrera de Derecho
Universidad Católica Boliviana “San Pablo”
Lvillafuerte@ucb.edu.bo

Consejo editorial externo



Academia Nacional de
Ciencias Jurídicas de Bolivia
Fundada el 21.12.1988
Personalidad jurídica
RS 207518 de 23.4.1990

Consejo editorial interno

Javier Murillo de la Rocha
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias
Políticas
Universidad Católica Boliviana “San Pablo”
jmurillod@ucb.edu.bo

Emilio Barea Medrano
Director de la Carrera de Derecho
Universidad Católica Boliviana “San Pablo”
ebarea@ucb.edu.bo

Revista de Derecho de la UCB

UCB Law Review

Revista Vol.3 N°4

Impresión: Imprenta Digital de la UCB
Diseño de tapa: Arq. Adriana Jiménez Olmos

Depósito legal 4-3-80-17
ISSN 2523-1510 (en línea)
ISSN 2521-8808 (impresa)



ucblawreview.wordpress.com

Obrajes, Av. 14 de Septiembre, calle 2
No. 4807, bloque F
(+591) 2 2782222 int. 2837

La Paz – Bolivia
Abril de 2019

Lectores académicos nacionales

Ciro Añez Núñez

Universidad Autónoma Gabriel René Moreno - Santa Cruz

Nataly Bumuller Torres

Escuela Europea de Negocios
La Paz y Santa Cruz

Paola Doris Cortés Martínez

Abogada en el ejercicio libre de la profesión
La Paz

Luis Armando Claros Terán

Postgrado en Ciencias del Desarrollo CIDES
de la Universidad Mayor de San Andrés
La Paz

Pablo Bernardo Miller Pazos

Universidad Católica Boliviana “San Pablo”
La Paz

Rodrigo Rivera Aldazosa

Universidad Católica Boliviana “San Pablo”
La Paz

Marco Antonio Saavedra Mogro

Universidad Mayor de San Andrés
La Paz

Mónica Gabriela Sauma Zankys

Universidad Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca (Bolivia)

Fernando Zambrana Sea

Defensoría del Pueblo
Estado Plurinacional de Bolivia

Lectores académicos internacionales

José Gabriel Barragán García

Juez Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia
Ecuador

Ursula Cristina Basset

Universidad Austral y Pontificia Universidad Católica Argentina
Argentina

Nathalia Bautista Pizarro

Universidad Externado de Colombia
Colombia

Manuel Bermúdez Tapia

Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Perú

Ligia De Jesús Castaldi

Ave Maria School of Law
Estados Unidos

Juan Cianciardo

Universidad de Navarra
España

María Laura Farfán Bertrán

Universidad Nacional de Cuyo
Argentina

Yudith López Soria

Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil
Ecuador

Carlos Alberto Matheus López

Pontificia Universidad Católica del Perú
Perú

Débora Ranieri de Cechini

Pontificia Universidad Católica Argentina
Argentina

Claudio Jesús Santagati

Pontificia Universidad Católica Argentina
Argentina

Alfonso Santiago

Universidad Austral
Argentina

Fernando Alfredo Ubiría

Pontificia Universidad Católica Argentina
Argentina

Guillermo Pedro Bernardo Tinti

Universidad Católica de Córdoba
Argentina

Erika Valdivieso López

Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
Perú

Contenido

Presentación

Páginas 7-8

Investigaciones jurídicas científicas

Adrián Vicente Aguirre Heredia

Naturaleza del proceso constituyente boliviano

Nature of the Bolivian Constituent Process

Páginas 11-60

Antonio Lopez y Royo

La constitucionalización de la tutela del medio ambiente

La tutela del medio ambiente en las Constituciones de Ecuador y Bolivia

Constitutionalization of the environment's protection. The protection of

the environment in the Constitutions of Ecuador and Bolivia

Páginas 61-108

Aylin Natalia Villarpando Pérez

La razonabilidad del artículo 50 de la ley 708 de Conciliación y Arbitraje

en relación al principio de celeridad

The reasonableness of Article 50 of Law 708 of Conciliation and

Arbitration in relation to the principle of celerity

Páginas 109-146

La revista y sus normas de publicación

Páginas 149-159

Presentación

Our lives are universally shortened by our ignorance.

Herbert Spencer (1820-1903)

Al prestar escaso interés al pasado, al contenido de las instituciones y a su finalidad, solemos perder la noción del qué, cómo, porqué y para qué. A veces olvidamos lo que somos y al lugar que nos dirigimos. A veces también nos conduce a desdeñar nuestra palabra empeñada. Las posturas vertidas en los tres artículos que hacen al contenido de este cuarto número de la revista coinciden en hacernos reflexionar sobre estos aspectos en diferentes áreas del conocimiento jurídico.

Adrián Aguirre, sostiene argumentalmente que el proceso constituyente, que tuvo como corolario la vigencia de la actual Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, ha estado sujeto a las normas y a las instituciones de la República de Bolivia. Mediante consideraciones de orden jurídico, político e histórico, el autor comprende que este proceso constituyente tiene sobradas razones para ser calificado como derivado. De esta manera, el autor no solamente debate las razones de las decisiones del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia que declaran la naturaleza originaria de este proceso, sino que además sugiere algunas de las implicaciones políticas que conlleva su postura.

Antonio Lopez y Royo, en una comparación de las constituciones y principales normas de Ecuador y Bolivia, comprueba el novedoso, pertinente y valioso avance normativo que ambos países han tenido respecto a la tutela del medio ambiente. El autor luego contrasta estos compromisos constitucionales asumidos frente a la Madre Tierra con dos casos paradigmáticos ocurridos en cada uno de estos estados, en los

que se reflejan infracciones y omisiones a esta tutela. La falta de coincidencia entre el escenario normativo y estos casos, así como los desafíos para la consolidación de una tutela efectiva ambiental, marcan las conclusiones de este trabajo.

Aylin Villarpando, aplicando un test de razonabilidad, realiza un análisis crítico al largo plazo que la ley de conciliación y arbitraje de 2015 adopta para la etapa de méritos en los procesos arbitrales. En su artículo, la autora descubre que este plazo es el más extenso y el menos proporcional a través de encuestas conducidas con los centros de arbitraje bolivianos legalmente reconocidos, entrevistas con árbitros y confrontación con principios y normas. La autora considera en sus conclusiones que este plazo merecería ser excluido del sistema normativo por irrazonable e inconstitucional. Resulta interesante manifestar, a la luz de esta investigación, que el plazo previsto por la anterior ley de arbitraje y conciliación de 1997 es, en realidad, el más comúnmente aceptado y aplicado.

Agradecemos, en orden alfabético, a nuestros autores, consejo editorial, lectores, pares académicos y universidad por el privilegio que nos brindan de continuar este instrumento de divulgación de investigación jurídica. Sin ustedes, esto sería solamente papel.

Editor responsable

Investigaciones jurídicas científicas

Revisados y aprobados por pares académicos

Naturaleza del proceso constituyente boliviano¹

Nature of the Bolivian Constituent Process

Adrián Vicente Aguirre Heredia*

Recibido: 23 de julio de 2018

Aceptado: 16 de febrero de 2019

Resumen

La nueva constitución boliviana fue promulgada el 7 de febrero de 2009 a través de un proceso constituyente conflictivo con acontecimientos históricos, políticos y sociológicos que marcaron su desarrollo y resultado. La naturaleza de este proceso fue discutida hasta que el Tribunal Constitucional Plurinacional resolvió repetidamente que ella habría sido establecida a través de un poder constituyente originario. Esta investigación pretende determinar si este proceso constituyente tuvo realmente esa naturaleza, confrontando en el análisis diferentes corrientes doctrinales, los principales hechos ocurridos y las normas relacionadas. Los hallazgos sugieren que en realidad no hubo un poder fundacional ni revolucionario y, en consecuencia, tampoco un proceso constituyente originario.

¹ Esta investigación es parte de la tesis de grado “Naturaleza del proceso constituyente boliviano” que el autor defendió en abril de 2018 en la Carrera de Derecho de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo” en la ciudad de La Paz, Bolivia para la obtención de su licenciatura en Derecho. Orcid.org/0000-0002-5993-1542

* Licenciado en Derecho.

Contacto: av.aguirre.h@gmail.com

Revista de Derecho de la UCB – *UCB Law Review*, Revista Vol. 3 N° 4, abril, 2019, pp 11-60 ISSN 2523-1510 (en línea), ISSN 2521-8808 (impresa).

Palabras clave: proceso constituyente / naturaleza del proceso constituyente / poder constituyente originario / naturaleza originaria / poder fundacional / poder revolucionario.

Abstract

The new Constitution of Bolivia was promulgated on February 7th, 2009, throughout a conflictive process with historical, political and sociological events which defined its development and outcome. The very nature of this process was disputed until the Bolivian Constitutional Court finally settled its nature as it would be established with original constituent power. Hence, the purpose of this investigation is to deem if this constituent process actually has an original nature, confronting the analysis with different existing doctrinal branches, the norms and the relevant facts. The findings suggest that there was none foundational or revolutionary power, and subsequently neither an original constituent process.

Keywords: Constituent process / nature of the constituent process / original constituent power / original nature / foundational power / revolutionary power.

1. Introducción

A finales del año 2003, Bolivia atravesaba una profunda crisis social, política, jurídica e institucional, la cual pedía que se realicen profundos cambios y se viabilicen transformaciones fundamentales en distintos ámbitos, entre ellos, el político y jurídico. La manifestación de un amplio sector de la población demandaba, entre otros aspectos, el cambio constitucional a través de una asamblea constituyente. Esta crisis generó la *agenda de octubre*.

Estos sucesos conllevaron a que el año 2004, con el cambio de gobierno de Gonzalo Sánchez de Lozada al de Carlos D. Mesa Gisbert, se vea la necesidad de la reforma a la Constitución Política del Estado (CPE). Se introdujo así el Art. 232 a la CPE de 2004.¹ Dicho artículo estableció la posibilidad de realizar una reforma constitucional total mediante una asamblea constituyente, como único órgano de representación competente al efecto.

Después de dicha reforma, hubieron varios cambios políticos y sociales que derivaron en la posesión presidencial de Evo Morales Ayma el 22 de enero de 2006 y el 6 de marzo del mismo año se promulgó la Ley Especial de Convocatoria a la Asamblea Constituyente No. 3364.

Sancionada en el H. Congreso Nacional de la República, dentro de su contenido se aprobaron artículos trascendentales que limitaron y reglamentaron el proceso constituyente en razón al objetivo de la Asamblea Constituyente. Así, la convocatoria, requisitos y elección de constituyentes (Arts. 1 y 3) y la organización y funcionamiento de la Asamblea Constituyente (Arts. 4, 7 y 14). Es importante mencionar que los asambleístas que tuvieron el mandato de realizar la CPE fueron elegidos mediante voto popular.

La nueva CPE fue aprobada mediante referéndum, según lo previsto en la reforma constitucional de 2004 y a efectos de su legitimidad. Consecuentemente, la CPE fue promulgada el 7 de febrero de 2009 en la ciudad de El Alto.

Este proceso constituyente estableció un nuevo orden jurídico constitucional, con mayor jerarquía que las leyes del país. Esto implicó su interpretación y el respectivo control de constitucionalidad. Ingresan-

¹ “La reforma total de la Constitución Política de Estado es potestad privativa de la Asamblea Constituyente, que será convocada por Ley Especial de convocatoria, la misma que señalará las formas y modalidades de elección de los constituyentes, será sancionada por dos tercios de voto de los miembros presentes del H. Congreso nacional y no podrá ser vetada por el presidente de la República.” (Constitución Política del Estado de 2004).

do dentro de los parámetros y directrices de la interpretación de la naturaleza del proceso constituyente, y necesariamente de sus etapas de inicio desarrollo y conclusión, finalmente tomó mayor fuerza y solidez la noción de su naturaleza originaria y fundante por algunos sectores gubernamentales y judiciales.

Dicho criterio e idea fuerza del proceso constituyente, como originario y fundante, fue impulsado desde el Órgano Ejecutivo que asumió el gobierno el 22 de enero del 2006. Desde el momento de realizar los actos legislativos y procedimentales para llegar a realizar la Asamblea Constituyente, se trató de inculcar la idea de *refundar* el Estado y para este objetivo tenían que generar y consolidar un proceso originario que derive en la consolidación de una Constitución (Gamboa 2009, pp 31 -34).

Según Vanossi: el *poder constituyente originario* es la acción de factores que provienen del exterior del Derecho y que contienen la condición de la voluntad soberana. Se trata del poder constituyente que actúa en la etapa de primigenidad, es decir, la primera vez que la comunidad se da un ordenamiento jurídico, que se produce más allá de toda y cualquier competencia. Estableciendo su carácter ilimitado, se podría hablar entonces de dos situaciones en que puede manifestar su presencia: el *poder fundacional*, en el entendido del momento de creación de un Estado, y el *poder revolucionario*, en cuanto a la transformación de las estructuras estatales rompiendo toda lógica normativa regular (Vanossi, 1975 y 2002).

He aquí el conflicto, debido a que una fracción, sobre todo del sector gubernamental, y posteriormente el Órgano Judicial a través del Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP), interpretaron la naturaleza del proceso constituyente como originaria y fundante, en razón de una nueva forma de Estado y una refundación del país. Sin embargo, bajo otros criterios, contraponiendo lo que se menciona en la doctrina sobre el poder constituyente originario y sus caracteres, con el proceso constituyente boliviano y los actos jurídicos procedimentales, se puede argüir que la naturaleza del proceso constituyente es *derivada* de

inicio a fin. Bajo el análisis de todo el proceso constituyente, entendiendo *poder constituyente – constituido*, se considera que se ha elaborado solamente una reforma total en base a un poder de reforma de la anterior constitución.

La determinación de la naturaleza del proceso constituyente trae consigo consecuencias en la interpretación constitucional y el control de constitucionalidad concentrado. Estas facultades que ejerce el TCP, que se plasman en sus resoluciones constitucionales, deben presentar indefectiblemente un análisis trascendental para el desenvolvimiento jurídico en la jurisdicción nacional.

La investigación se desenvuelve en el marco del análisis del proceso constituyente boliviano que dio lugar a la CPE del 2009, antes, durante y en los resultados de este proceso. Proceso constituyente que inicia con la reforma constitucional del año 2004 que abre la modalidad de modificación constitucional total mediante una Asamblea Constituyente, y posteriormente continuó desarrollándose con el cambio de gobierno desde el 22 de enero de 2006, el mismo que haría las gestiones para tratar de consolidar un proceso originario. La etapa constituyente se da desde la Ley Especial de Convocatoria a la Asamblea Constituyente en adelante, concluyendo en la promulgación de la CPE el 7 de febrero del 2009.

Para tal efecto es fundamental focalizar, de forma esencialmente jurídica, el aspecto del poder constituyente en estas etapas. Debido a que la relación de sucesos; antes, durante y en los resultados puede llegar a denotar una conclusión clara, y así, mediante el análisis tipológico de la naturaleza originaria ya sea fundacional o revolucionaria, y sus implicancias en estas etapas, se pueda determinar qué tipo de poder constituyente tuvo el proceso boliviano.

En ese entendido, en observación a lo planteado, en el presente artículo se intentará determinar si el proceso constituyente que dio lugar a la CPE de 2009 tuvo una naturaleza originaria. Y en cumplimiento a

la definición de Vanossi, planteada anteriormente, establecer si, dicho proceso constituyente, ejerció un poder fundacional y precisar si ejerció un poder revolucionario. Claro está, estas premisas serán corroboradas esencialmente por la doctrina jurídica, sin embargo, será fundamental -para sustentar ello- hacer un estudio de los hechos, la doctrina - teoría y de las normas que estuvieron y están relacionadas con el proceso constituyente.

2. Hechos del proceso constituyente

2.1. Contextualización del proceso constituyente para el establecimiento de la asamblea constituyente. El proceso constituyente boliviano tuvo una serie de eventos que estuvieron necesaria e íntimamente relacionados con la elaboración de los proyectos y la CPE final de 2009. Es fundamental realizar una explicación de los eventos y acontecimientos que fueron causa, en distintos ámbitos, del fenómeno de la asamblea constituyente. Para esto se analizará el estudio histórico, plasmado en los libros *Historia de Bolivia* (2012) y *Democracia* (2017) de Carlos D. Mesa, para destacar algunos hitos trascendentales dentro de este estudio.

Bajo el entendido de la crisis política y escasez de representación suscitadas entre febrero y octubre del año 2003, que desembocó en el agotamiento del anterior sistema político, parte de la sociedad hizo efectivas sus demandas. Una de ellas, posiblemente la más importante, fue la demanda de una asamblea constituyente, en la que los partidos políticos debían ser ajenos.

En razón a esto se concretó la iniciativa de llevar a cabo una asamblea constituyente, y para instaurarla era imperativo realizar una reforma constitucional. Cabe recalcar que el cambio de gobierno en ese entonces había sido inminente, llega al gobierno Carlos D. Mesa consecuentemente después de la renuncia de Gonzalo Sánchez de Lozada en octubre de 2003. En la reforma consti-

tucional que se realizó el 2004 incorpora una disposición que habilita realizar una *reforma total* a la Constitución por medio de una *Asamblea Constituyente*. Esta reforma nace, en gran medida, a partir de la *agenda de octubre*, elaborada con los sectores de la sociedad que demandaban cambios (Mesa 2012, pp 683-688).

La asamblea constituyente sería el único órgano que ejercería la soberanía de la población, concretizada en los representantes constituyentes partícipes de la Asamblea. Sin embargo, no hubiese sido posible realizar la reforma constitucional si en la anterior gestión del expresidente Jorge Quiroga no se hubiese realizado la Ley de Necesidad de Reforma No. 2410, que fue promulgada el 1 de agosto del año 2002.

Algunos aspectos que fueron fundamentales en la reforma constitucional del año 2004 son la incorporación novedosa de la figura de la asamblea constituyente, el referéndum nacional, la iniciativa legislativa ciudadana y la inclusión de agrupaciones ciudadanas y pueblos indígenas en la participación y desenvolvimiento político. Aquellos aspectos generaron un contexto para los acontecimientos que se iban a realizar posteriormente en torno al proceso constituyente.

Llegó a tornarse de suma importancia la manifiesta voluntad de llevar a cabo la asamblea constituyente, posterior a la reforma constitucional de 2004. La voluntad se plasmó en la creación de la Unidad de Coordinación para la Asamblea Constituyente (UCAC). La UCAC tenía como principales objetivos el trabajar el proyecto de Ley de Convocatoria a la Asamblea Constituyente y realizar un trabajo preparativo para el proceso de elaboración de una nueva constitución. Este trabajo preparativo adelantó problemas y trató de proyectar posibles soluciones, elementos que fueron analizados en el proceso constituyente que continuó el 2006.

Posteriormente, Bolivia volvió a atravesar acontecimientos políticos muy críticos, los cuales produjeron la renuncia de Carlos D. Mesa y la llegada al gobierno de Evo Morales Ayma. Este nuevo gobierno se

trazó la meta de ejecutar la asamblea constituyente y concretizar las demandas que ya se habían manifestado los años anteriores. Cabe recalcar que el gobierno de Eduardo Rodríguez Veltzé, que fue de transición entre el gobierno de Carlos D. Mesa y Evo Morales, había continuado el trabajo conformando la Gerencia Técnica para la Asamblea Constituyente (Memoria institucional REPAC, 2009, p 9).

Con aquel cambio, y en concordancia con la reforma constitucional del 2004, el 6 de marzo de 2006 se promulgó la Ley 3364 de Convocatoria a la Asamblea Constituyente. Esta ley fue fundamental para el proceso constituyente, ya que cimentó el inicio y el desarrollo del proceso deliberativo de la nueva constitución a través de la asamblea. Las partes más importantes de la misma fueron: la naturaleza de la asamblea constituyente, la elección de constituyentes, la instalación y duración de la asamblea, la facultad normativa interna, el referéndum y la promulgación del texto final.

Todos estos sucesos generaron el contexto para dar inicio a la asamblea constituyente. A efectos de este artículo se considera que la asamblea se desarrolló en tres etapas: la primera, que sucede hasta la constitución aprobada en Sucre, la segunda que se da en Oruro y la última cuando se finaliza la redacción del texto constitucional en el H. Congreso Nacional de la República en la ciudad de La Paz. Para la contextualización de esto se observará el estudio de Franco Gamboa (2009).

2.2. Desarrollo de la Asamblea Constituyente. El 6 de agosto de 2006 se inauguró la asamblea constituyente en el teatro Gran Mariscal de Sucre. Esta Asamblea, entre otros, tenía el reto de consolidar la institucionalidad y la figura jurídica que se manejaría para toda la elaboración de la CPE. De inicio los constituyentes fueron electos en representación, casi en su totalidad, de los partidos políticos más distintivos en aquel entonces.²

² Tras la elección de asambleístas constituyentes efectuada el 2 de julio de 2006, la distribución de asambleístas por partidos políticos y agrupaciones ciudadanas, más

Por otro lado, la mayoría de los constituyentes creía que la asamblea no debía legislar, pero los movimientos sociales pensaban que la facultad de legislar era fundamental para impulsar su naturaleza originaria y plenipotenciaria (Gamboa, 2009, p 33). Después de mucho debate, la asamblea constituyente no podía fiscalizar ni intervenir las actuaciones de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, poderes que ya estaban constituidos. Una razón preponderante, entre otras, para definir este tema fue que los 137 asambleístas del oficialismo respondían esencialmente a las directrices del presidente Evo Morales (del partido Movimiento Al Socialismo - MAS) y de los ministerios. De igual forma, los asambleístas opositores respondían a los mandatos e intereses regionales, municipales y de los comités cívicos (Gamboa, 2009, p 33).

La noción que los asambleístas no tendrían poderes ilimitados se concretó de manera contraria a lo que en algún momento propuso el presidente Evo Morales. Aquello fue respaldado por el Art. 3 de la Ley 3364, que sostenía que la asamblea tendría la facultad de reformar totalmente la CPE, sin embargo, no podría interferir en el trabajo de los poderes constituidos, los que seguirían ejerciendo las funciones que dictaba la constitución de forma expresa (Art. 3, Ley 3364, 2006).

El 6 de agosto de 2006 se posesionó la directiva de la asamblea constituyente con un amplio control del MAS. Dada la mayoría de asambleístas del oficialismo, se demandó el sistema de votación de dos tercios, con la finalidad de generar consensos y que las decisiones no sean tomadas por simple mayoría. Esto en un inicio, y en gran parte del proceso, llegaría a ser caótico sobre todo porque la asamblea no tenía un reglamento de debates. La Ley 3364 pudo prever la utiliza-

representativos, fue la siguiente: Movimiento Al Socialismo (MAS): 137; PODEMOS: 60; Unidad Nacional (UN): 8; Movimiento Nacionalista Revolucionario (MNR): 8; Frente Revolucionario de Izquierda (FRI): 8; Alianza Social (AS): 6; Autonomía Para Bolivia (APB): 3, entre otros partidos y agrupaciones (Gamboa, 2009, p 28).

ción del reglamento de la cámara de diputados hasta que la asamblea apruebe un reglamento propio.

Las funciones, atribuciones, carácter originario y plenipotenciario de la asamblea constituyente iban a generar profundos cambios en el Estado. El 5 de enero de 2007 Evo Morales declaró lo siguiente:

Después de la instalación de la asamblea constituyente, el 7, 8 de agosto [2006] me dije: los cambios estructurales son tarea de la asamblea constituyente, yo me abocaré hasta que termine la asamblea a temas sociales. Pasó meses y llegó un día en una conversación con Álvaro García Linera, con algunos ministros, a sus dos o tres meses [del inicio de la Asamblea] me di cuenta que los cambios profundos, las transformaciones no van a estar todavía en la asamblea constituyente, el cambio, la revolución democrática y cultural está en manos del Gobierno junto a los sectores sociales (Gamboa, 2009, p 173).

La Ley 3364 había otorgado un año de plazo para que la asamblea pueda entregar al país una CPE. El debate de los dos tercios como método de votación, la desorganización y la carencia de reglamento, entre otros factores, hicieron prácticamente imposible el cumplimiento. Hasta julio de 2007 no se tenía un artículo definitivo, y esto tuvo como consecuencia que los asambleístas soliciten un plazo de extensión para terminar la constitución. La asamblea estaba a punto de adherirse en la ilegalidad por no haber cumplido con las fechas que dictaba la Ley 3364 y su propio reglamento de debates. El 2 de julio de 2007 se aprobó la Ley 3728 Modificatoria a la Convocatoria (2007), con la cual se amplió el plazo a seis meses.

Bajo la certeza de la imposibilidad que la constituyente concluyera el 6 de agosto de 2007, se hacía visible en el procedimiento algo de suma importancia. El carácter originario hasta esa instancia fue únicamente simbólico y la asamblea constituyente no gozaba de meca-

nismos ni de vías institucionales para evaluar la situación de las comisiones, ni podía definir su naturaleza y competencias con claridad.

El 27 de julio de 2007, Silvia Lazarte junto a cuatro vicepresidentes de la asamblea constituyente fueron al Congreso Nacional en La Paz para determinar la extensión de sus labores por 6 meses como asamblea y no de 4 como se había propuesto. El Congreso finalmente aprobó una ley modificatoria ratificando la duración de las tareas de la asamblea hasta el 14 de diciembre de 2007. El 6 de agosto de 2007 Silvia Lazarte leyó el informe anual e incentivó a realizar convergencias hasta el 14 de diciembre, debido a que hasta esa fecha no se había aprobado ni un solo artículo de la CPE.

Posteriormente, los asambleístas trabajaron con el denominado *Consejo Político Supra Partidario* dirigido por el vicepresidente Álvaro García Linera. Se trató de entablar un ambiente de diálogo y de análisis con los informes emitidos por las comisiones. Este consejo vulneraba el reglamento de debates y otorgaba protagonismo al vicepresidente en el proceso. El *Consejo Político Supra Partidario* trabajó por generar algunas respuestas a las problemáticas de ese momento en la asamblea constituyente: (a) carácter plurinacional del Estado, (b) sistema económico, (c) autonomías, y (d) concretar el sistema bicameral del parlamento.

Debido a los conflictos en Sucre, se trasladaron las plenarias de la asamblea del Teatro Gran Mariscal al Liceo Militar Edmundo Andrade de esa misma ciudad. Se desataron hechos violentos en la ciudad en noviembre de 2007. Debido a los problemas, las sesiones de la asamblea se volvieron a trasladar, esta vez a la ciudad de Oruro, donde se aprobó la CPE los días 7 y 8 de diciembre de 2007. Aprobaron el texto en grande sin la presencia de los asambleístas de oposición, que eran un total de 72 constituyentes (Gamboa, 2009, p 269).

Otro aspecto trascendental fue que entre septiembre y octubre de 2008 la constitución se reescribió varias veces, a partir de los conve-

nios políticos con los prefectos y partidos políticos. Los convenios se produjeron debido a la carencia de acuerdos anteriores respecto a temas fundamentales, fue entonces ineludible la negociación. Finalmente, el 20 de octubre de 2008 un acuerdo político cambió más de 100 artículos con la redacción de un documento de consenso entre oficialismo y oposición (Gamboa, 2009, p 270).

Hubo acuerdos importantes que estuvieron relacionados a la reelección del presidente, las competencias autonómicas, el futuro procedimiento de reformas a la constitución por dos tercios, el mantenimiento de los diputados plurinominales en la representación congresal, el respeto a la propiedad privada, la política agraria, los límites del control social, la composición de la Corte Nacional Electoral (CNE), la estructura jurídica, la justicia comunitaria y la distribución de los ingresos departamentales.

El 20 de octubre de 2008, el Congreso acordó, tras un largo debate, que la reelección presidencial tomará en cuenta el periodo constitucional de aquel momento. El acuerdo parlamentario posibilitó la aprobación del referéndum constitucional dirimidor y aprobatorio para enero de 2009.

Finalmente, la CPE fue aprobada por referéndum el 25 de enero de 2009 con el 61,4% de votos a favor, el 38,6% de votos en contra y 4,3% de votos nulos y blancos.³ Posteriormente la CPE fue promulgada en la ciudad de El Alto el 7 de febrero de 2009.

Cabe recalcar que el texto final aprobado en referéndum no tenía relación con el proyecto de texto de 2006, comparándolo con los informes de comisiones (500 artículos), con las versiones de constitución apro-

³ Respecto a la pregunta definitoria se estableció el límite máximo de propiedad a 5000 hectáreas (Memoria institucional REPAC 2009, p 28).

badas entre noviembre y diciembre de 2007 (este último texto fue circulado por la Vicepresidencia del Estado)⁴ (Gamboa, 2009, p 279).

3. Análisis doctrinal de la naturaleza del proceso constituyente

Jorge Reinaldo Vanossi menciona que la doctrina tradicional realiza una distinción entre dos etapas o clases del poder constituyente, estas son: el *poder constituyente originario* y el *poder constituyente derivado*. En el primer caso se trata de un poder constituyente que interviene en la primera vez que se da un ordenamiento jurídico en una sociedad. El autor asevera que el poder constituyente es el que se ejerce al fundar un nuevo orden de competencias, entendidas como el poder de generar un orden jurídico que regule los órganos o instituciones del Estado. En el caso de poder constituyente originario, existe una total ilimitación, tanto en su aspecto formal como sustancial.

Este autor realiza la distinción entre fundacional y revolucionario, como las dos alternativas a un poder constituyente originario. El primero se da en la etapa de primigeneidad, con carácter ilimitado y es ajeno a un sistema jurídico, sin embargo no tiene efectos en tanto se traduzcan en la producción de una categoría de normas. Estas pueden estructurar al Estado como quieran, sin restricciones, libre de todo respeto a organizaciones pretéritas, con amplia y discrecional potestad de elegir el régimen político a implementar. El segun-

⁴ Los 21 informes de las comisiones de la Asamblea Constituyente reunían más de 500 artículos, muchos de los cuales se repetían y carecían de contenido jurídico constitucional – formal, dado que no funcionaron las comisiones mixtas y de concertación previstas en el reglamento de debates. El índice del texto constitucional aprobado el 24 de noviembre de 2007 tiene varias diferencias con la versión de la CPE que empezó a circular en diciembre de 2007 (Gamboa, 2009, pp 279-283). Las diferencias, entre otras, se pueden encontrar en los derechos fundamentales – fundamentalísimos, derechos culturales, sobre la procuraduría general del Estado y en el área de medio ambiente, recursos naturales, tierra y territorio. Cf. (Constitución Política del Estado (2007) aprobada en grande, y Nueva Constitución Política del Estado, 2007, REPAC – distribución gratuita).

do, como el retorno al poder originario para ordenar al Estado bajo la idea del rompimiento irreversible de la lógica normativa de creación y posterior producción regular del Derecho establecida en el ordenamiento jurídico. Así, surge un nuevo Derecho que se traduce en una nueva constitución.

Vanossi llega a la conclusión que el poder constituyente originario solo se da en etapa de primigeneidad de un Estado o con el rompimiento irreversible de la lógica de creación regular del Derecho. En estos presupuestos se debe asegurar –sostiene– que no se tengan requisitos en cuanto a su carácter ilimitado y absoluto (1975, pp 123- 145).

La teoría democrática de la constitución se establece bajo la idea de un Estado fundado. Así sostiene que lo más democrático es que exista la posibilidad de reforma constitucional, debido a que las sociedades cambian constantemente. Sin embargo, es primordial comprender que es imposible que toda la sociedad participe en el dictado de la constitución, por lo cual, solo un grupo representativo de la sociedad lo hará aunque con validación posterior (Gargarella 2015, p 1995).

Esta postura excluye la idea revolucionaria de elaboración de una constitución por ser una práctica contraria a la democracia:

Podría darse la situación de que nuestra comunidad, por ejemplo, insista en resolver sus conflictos de modo sangriento, y que dicha forma de acción represente ya una ‘marca de identidad’ de nuestro ámbito. Pero, resulta claro, dicho hecho no nos proporciona ninguna razón para darle algún status especial a aquella indeseable práctica (Gargarella 2015, p 1995).

Manuel Aragón (2002) menciona que el pueblo siempre debe tener el derecho de reformar la constitución. Debido a que la pretensión de la constitución es unir la democracia con el Estado de derecho y, de este modo, que se respeten los procedimientos establecidos para la revisión constitucional. En relación al poder constituyente, el autor menciona que solo cuando se juridifica el poder constituyente se cumple

con la pretensión que da sentido al Estado constitucional, que no es otra que la unión de la Democracia y el Estado de Derecho. La democracia entendida como principio jurídico constitucional (juridificación) también puede ser entendida como la atribución del pueblo de disponer de la constitución (2002, p 18).

3.1. Introducción sobre el poder constituyente originario. Hacia 1835, Alexis de Tocqueville escribió en el capítulo cuarto de *Democracia en América*, que el principio de soberanía popular se encontraba escondido en el fondo de todas las instituciones humanas (1957, p 74). Algunos años después, cuando escribió *El Antiguo Régimen y la Revolución*, su estudio sobre la Revolución Francesa, pudo afirmar, casi en su totalidad, que la soberanía popular era la sustancia de la revolución (Tocqueville 2004, p 61). Estas reflexiones, sobre dos procesos distintos, permiten introducir al problema del poder constituyente originario. Es decir, de un poder soberano, primigenio e ilimitado y que necesariamente debe tomar una forma.

Los estudios de Tocqueville entienden que el problema general de la soberanía –es decir de la legalidad y de la legitimidad; de la *auctoritas* y la *potestas*⁵– y las diferentes formas de resolverlo modelan la dinámica de las sociedades. Dicho de otra manera, en palabras de Giorgio Agamben:

Si la crisis que está atravesando nuestra sociedad es tan profunda y grave, es porque esta no sólo cuestiona la legalidad de las instituciones, sino también su legitimidad, no sólo, como demasiado a menudo se repite, las reglas y las modalidades del ejercicio del poder; sino el principio mismo que lo funda y legitima (Agamben 2013, p 12).

⁵ Cf. Rosanvallon, P. *La legitimidad democrática*, pp 152 -159. Y especialmente *La translatio* del poder al soberano. Una teoría jurídico-política en el Siglo de Oro de Juan Cruz; donde se desarrolla la adaptación de las categorías de *potestas* y *auctoritas*, categorías del derecho romano que, sin embargo, tienen su exposición plena en la teología cristiana, al pensamiento político moderno.

Esta crisis de las instituciones plantea algunas cuestiones que se dirigen al centro del modelo jurídico – político del poder. No es otro que el Estado moderno (el poder constituido) como su origen que deviene de un poder soberano. Volver, por lo tanto, a preguntarse sobre los orígenes teóricos del poder constituyente originario, es una tarea que se dirige a reflexionar profundamente sobre los fundamentos jurídico–políticos de Occidente.

Más adelante, Agamben, escribe en el mismo texto:

Las instituciones de una sociedad se mantienen vivas sólo si estos dos principios (que en nuestra tradición también han recibido el nombre de derecho natural y derecho positivo, de poder espiritual y poder temporal o, en Roma, de auctoritas y potestas) siguen estando presentes y actúan en ellas sin pretender coincidir jamás (Agamben 2013, p 13).

Esta noción de *nunca coincidir jamás*, pero *estar presentes* es una herencia que se concreta en los planteamientos de Sieyès. Se volverá detenidamente sobre esa cuestión. Es preciso observar, de todas maneras, la naturaleza doble que convive en la tradición jurídico- política occidental; o, siguiendo a R. Alexy, la doble naturaleza de la que depende el Derecho (Alexy 2016, pp 25-44).

El fin de esta primera sección es puntualizar algunos conceptos sobre el poder constituyente originario. La naturaleza multifactorial de este fenómeno precisa, sin embargo, una aproximación no solamente jurídica: el fenómeno del poder constituyente originario es el resultado de ciertas características históricas, políticas y filosóficas particulares.

La fundación de cualquier Estado es, por esto, un hecho –lucha independentista, revolución, etc. – que se transforma a sí mismo en Derecho. De esta manera, y siguiendo a Vanossi en su libro *Teoría Constitucional*, las dos posibilidades de un poder constituyente originario son: fundacional o revolucionario. En contraposición al poder constituyente derivado o reformador, que es el más común en esta época

histórica y que se encuentra condicionado de antemano por ciertas disposiciones jurídicas (Hernández, 1993 pp 143 – 155).

En primera instancia se revisará, siguiendo con la exposición de Vanossi, algunos conceptos desarrollados por Sieyès. La importancia del autor puede resumirse en: dotar de expresión definitiva al concepto de poder constituyente y representación política, posibilitando a través de estos conceptos la constitución del Estado.⁶

3.2. Poder constituyente originario-fundacional. Vanossi comienza su exposición argumentando sobre la dificultad de *formular una tipología* sobre el poder constituyente que no se encuentre alineada a alguna escuela o doctrina político-jurídica. Por esto, elige exponer la doctrina de Sieyès ya que: “Siendo así, parece razonable comenzar la descripción de los tipos con la explicación de aquel concepto de poder constituyente que proviene del momento histórico de la difusión del constitucionalismo” (Vanossi 1975, p 5).

La primera característica de Sieyès parte de los conceptos de igualdad y libertad del derecho natural. La libertad y la igualdad del ser humano fundamentan así la libertad e igualdad de toda la nación. El Estado entonces se encuentra designado para proteger y velar por esa igualdad y libertad (Vanossi 1975, p 11). Lo más significativo, ciertamente es que, en palabras de Vanossi, Sieyès reelabora el concepto de soberanía. Colocando, justamente, en la libertad e igualdad de todos los hombres el fundamento de la voluntad soberana.

Para Sieyès la nación –es decir, el pueblo– haciendo uso de su *derecho natural* y a través de su voluntad soberana instituye el poder

⁶ Cf. Maíz, R. *Estado constitucional y gobierno representativo en E.J Sieyès*, donde se lee:

Por todo ello, la legitimidad del Estado, la validez del ordenamiento jurídico-constitucional, proviene, precisamente, de ser resultado en sus trazos fundamentales, del poder constituyente del pueblo. En definitiva, el concepto de nación originaria en Sieyès cataliza el tránsito, fundamental en toda Teoría del Estado (p 58).

constituyente originario. De esta manera, la soberanía es un hecho pre-jurídico que, no obstante, tiene una consecuencia jurídica: la creación de un poder constituido; el Estado.

Así se observa la relación fundamental que deviene del poder constituyente originario y el poder constituido. La validez y la legitimidad jurídico-constitucional es un resultado de la institución de la soberanía popular que se fundamenta en los derechos naturales. De esta manera la nación se convierte, por su propia naturaleza, en la fuente de la *primigenidad* –es decir, de la cual se originan los derechos inalienables: “cataliza el tránsito, fundamental en toda Teoría del Estado, de lo individual a lo colectivo, del nudo poder al libre consentimiento formalmente garantizado” (Ramón Maíz 1993, p 63).

Para Vanossi existe un punto importante. Sieyès sólo argumenta en favor de un poder constituido que establezca los límites orgánicos del Estado, es decir, de su gobierno: la distribución y organización de los poderes. No así los derechos fundamentales y las garantías ciudadanas. Ya que, como se observó anteriormente, por ejemplo, *La Declaración de los Derechos del Hombre* es sucedánea al derecho natural y no al derecho constitucional positivo. Sin embargo, posteriormente se positivizó la formulación de esos derechos.

Esta simple división realizada por Sieyès anula la concepción absoluta del Estado; donde la *auctoritas* y la *potestas* –la legitimidad y la legalidad– coincidían a tal punto de volverse indiscernibles. Desde un punto de vista moderno esta noción es problemática. Especialmente cuando se observa la naturaleza de un poder constituyente derivado que deviene su legitimidad de la legalidad. “El poder constituyente de reforma o reformador, es una ‘competencia más,’ aunque extraordinaria o excepcional, en el sentido de que puede [es la indicada por el ordenamiento jurídico] modificar, redistribuir a las demás competencias ordinarias del Estado” (Vanossi, 1975, p 174).

Esta *competencia más* puede ser entendida como una potestad que se encuentra inscrita en la legalidad. Es decir, en el cuerpo mismo de la constitución, y de la cual, en un plano ontológico, por ejemplo, la potestad de asignar recurso a los ministerios no es una potestad inferior a la reforma completa de la constitución. Se podría entender en el término de refundación, entonces, una suerte de segunda creación, como una reforma absoluta, aunque desprovista del significado real de la palabra fundación. Como se vio anteriormente esta refundación reconoce el Derecho inscrito en la Constitución.

Por esto mismo si se quiere hablar de una fundación, siguiendo a Sieyès, se debe precisar una vuelta al estado de naturaleza. Esta vuelta significa que toda *fundación* debe presuponer una vuelta a un Estado donde se desconoce la legalidad. Es decir, un lugar donde no existe como tal el Derecho. Solo esta vuelta categórica a un estado de naturaleza puede originar una *fundación*.

Asimismo, un segundo significado del término *fundación* remite a un hecho, en cierto sentido, arquitectónico: al pilar y al fundamento del Estado. Este pilar es la voluntad soberana y por lo tanto es un poder *ilimitado*. De esta forma, el Estado se convierte en guardián de esta voluntad soberana de la cual también se sostiene. Este es el doble significado el término *fundación* del Estado.

En resumen, el acto fundacional es un hecho ilimitado y primigenio que resulta de la voluntad soberana para crear *ex nihilo* el Estado. Esta tarea, sin embargo, exige de una fuerza que por sí misma es fundacional o que puede derivar de una violencia revolucionaria.

3.3. Poder constituyente originario - revolucionario. La revolución puede entenderse mejor a través de su relación con la violencia que es, tal vez, su característica más notoria. Aunque es necesario, por esta misma relación, diferenciar la revolución de otros fenómenos violentos, es importante también distinguir la revolución de la violen-

cia misma. La revolución es la búsqueda, ante todo, de un nuevo comienzo: la institución de un poder revolucionario:

Sólo cuando el cambio se produce en el sentido de un nuevo origen, cuando la violencia es utilizada para constituir una forma completamente diferente de gobierno, para dar lugar a la formación de un cuerpo político nuevo, cuando la liberación de la opresión conduce, al menos, a la constitución de la libertad, sólo entonces podemos hablar de revolución (Arendt 1967, p 36).

Más adelante se analizará, detenidamente, esta definición y las implicaciones sobre la institución de un poder revolucionario. Sin embargo, es preciso preguntar ¿Es correcto comprender cualquier proceso violento, con visibles consecuencias jurídico-políticas, como *revolucionario*? Ya que, aunque la revolución sea un fenómeno estrictamente moderno, no significa que en la modernidad no convivan diferentes fenómenos que tienen en común la violencia. H. Arendt, a este propósito escribe un texto que, por su importancia, se cita en extenso:

Las revoluciones, cualquiera que sea el modo en que las definamos, no son simples cambios. Las revoluciones modernas apenas tienen nada en común con la *mutatio rerum* de la historia romana, o con la *stasis* la lucha civil que perturbaba la vida de las polis griegas. No pueden ser identificadas como la *metabolai* de Platón, es decir, la transformación cuasi natural de una forma de gobierno en otra, ni con la *politeion anakyklosis* de Polibio (...) La antigüedad estuvo muy familiarizada con el cambio político y con la violencia que resulta de éste, pero, a su juicio, ninguno de ellos daba nacimiento a una realidad enteramente nueva (Arendt 1967, pp 21- 22).

Una revolución, en los términos citados, no equivale a cualquier cambio, por extremo que sea, o a una singular y prolongada lucha fratricida, por ejemplo, entre dos partidos o movimientos políticos por el control del Estado, o del Estado en contra de sus ciudadanos. Por lo

tanto, cualquier afirmación que califique como revolucionario un cambio político-jurídico es, posiblemente, una observación apresurada. En todo caso la violencia revolucionaria, que es condición primera, a diferencia de toda otra violencia, no se termina consumiendo en sí misma, sino que instituye un poder para transformarlo todo.

Esta disidencia puede entenderse mejor en palabras de Vanossi, que define al poder revolucionario como: “*la fractura o violación [esencialmente jurídica] – de la lógica de los antecedentes, es decir, que es revolucionario un hecho que no puede ser comprendido en la serie lógica de antecedentes*” (Vanossi 1975, p 144).

Siguiendo esta definición, y en el marco de este trabajo, cabe la preguntar: ¿Existe alguna lógica de antecedentes jurídicos con los cuales se pueda rastrear el establecimiento de la asamblea constituyente boliviana? La continuidad más obvia se la puede encontrar, por ejemplo, en la Ley Especial Convocatoria a la Asamblea Constituyente:

Artículo 1. Marco Constitucional y Objeto. El objeto de la presente Ley Especial es convocar a la Asamblea Constituyente y se basa en los Artículos 2^a, 4^a y 232^a de la Constitución Política del Estado y Artículo 1^a de la Ley Especial 3091 del 6 de julio de 2005, señalando la forma y modalidad que establecen dichos artículos (Art. 1, Ley 3364, 2006).

Es decir, es posible encontrar una continuidad jurídica en esa norma y en la CPE de 2004, como el fundamento de la asamblea constituyente de 2006. Esto evita la escisión que, como escribe Vanossi, caracteriza una revolución en términos jurídicos. Es importante entonces entender conjuntamente la definición de Arendt y Vanossi. Para Arendt las tres condiciones que definen una revolución son: (a) la búsqueda de un nuevo origen (b) la formación de un cuerpo político nuevo y (c) la liberación de una opresión, constituyendo algo así como una nueva libertad. Sin embargo, todos estos objetivos, como muestra Vanossi, expresados en un poder que necesariamente *rompe toda lógica de antecedentes*.

Este *quebrantamiento de lógica de antecedentes* no admite, en la configuración del nuevo Estado, disposiciones legales anteriores. Exige, desde otro punto de vista, si no la destrucción material (acaso imposible), el desconocimiento de la legitimidad de la historia institucional precedente en sus aciertos o errores.

3.4. Revolución, revolución democrática cultural y guerra civil.

Es importante discutir, en términos teóricos, *la revolución democrático-cultural* ¿Que entienden los teóricos del *proceso de cambio*⁷ por revolución? Ya que, si existe una revolución esta debió constituir un poder constituyente de manera directa.

García Linera escribe en *¿Fin de ciclo progresista o proceso por oleadas revolucionarias?*: “Una revolución es una voluntad general dirigida a construir una nueva sociedad que supere todos los males que atormentan a la actual” (García Linera 2016, p 19). Esta definición, que se mantiene en los términos clásicos, permite entender el significado histórico asignado al concepto de revolución por los teóricos del proceso de cambio. Para ellos la asamblea constituyente se convierte en un verdadero poder revolucionario que se sustenta en las llamadas *Guerra del Agua y Guerra del Gas*. Desde esta perspectiva dichas insurrecciones habrían posibilitado el lento cambio jurídico-político plasmado en la nueva constitución.

El largo ciclo de movilizaciones sociales que se inició el año 2000 con la Guerra del agua, comenzó como una movilización regional (...) inmediatamente esa resistencia se convirtió en el referente de movilización general del pueblo contra el régimen político y el modelo económico privatista. Posteriormente, la Guerra por el gas, la demanda por la Asamblea

⁷ Aquí es evidente una clara contradicción terminológica. Por una parte, el proceso político-jurídico que, en última instancia, aprobó una nueva constitución es nombrado por los teóricos como un *proceso de cambio*, es decir un proceso de una profunda y radical reforma del Estado. Por otra parte, es también llamado una *revolución* aduciendo a un *proceso de cambio*.

Constituyente y la construcción de una democracia plurinacional fueron reivindicaciones sectorialmente generadas por indígenas, vecinos y obreros (García Linera 2011, pp 41-42).

Se debe reflexionar más sobre esta apreciación. La primera precaución que se tiene es, aunque algo ingenua, de orden filológico. Así, los diversos conflictos violentos que sufrió Bolivia no son nombrados como *revueltas* o *revoluciones* (por ejemplo, “La revolución del/por el Gas”) sino como *guerras*. Si esta nominación es correcta entonces ¿Qué clase de guerras fueron?

Claramente no fueron guerras entre Estados, sino entre el Estado, que, en términos de Max Weber,⁸ utilizó el monopolio de la violencia legítima (Weber 2009, pp 83-84), contra sus ciudadanos. Estas luchas fratricidas en último término, más allá de las distinciones entre pueblo y Estado, enfrentaron entre sí a los ciudadanos bolivianos. Y, por lo tanto, pueden entenderse, como guerras civiles.

Se seguirá el texto de Giorgio Agamben, que debe tanto a la investigación de Nicole Laroux, dedicado expresamente al análisis de la Guerra Civil o *Stasis*, en términos griegos.⁹ Agamben identifica al *Stasis* como el paradigma jurídico-político de Occidente. Según Agamben, la focalización de los estudios legales, jurídicos y filosóficos en el fenómeno de la revolución –confundiéndolo, además, una con otra– ha permitido el descuido y en muchos casos la marginación

⁸ Se cita en extenso este párrafo:

Estado es aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio [el *territorio* es elemento distintivo], reclama [con éxito] para sí el monopolio de la violencia física legítima. Lo específico de nuestro tiempo es que a todas las demás asociaciones e individuos sólo se les concede el derecho a la violencia física en la medida en que el Estado lo permite. El Estado es la única fuente del *derecho a la violencia*. (Weber 2009, pp 83-84).

⁹ El título completo de libro es *Stasis. Homo Sacer II, 2*, uno de los últimos libros que forman parte del largo proyecto filosófico del pensador italiano.

hacia el estudio jurídico-político del Stasis, que, según el autor, es parte del núcleo oculto del poder soberano (Agamben, 2015).

Según Agamben el *Stasis*, o guerra civil, es un conflicto violento que, sin embargo, exige una natural reconciliación que se visibiliza en una reformulación o reorganización del Estado. No obstante, como toda lucha fratricida, es sumamente dolorosa. Por esto mismo, el Estado moderno tiene como misión evitar el *Stasis* utilizando toda la fuerza que necesite.

Esta reorganización del Estado exige necesariamente dos estrategias (a) una necesidad de despolitizar el Estado: haciendo de este una especie de casa o espacio neutro, donde no existen ciudadanos como tales, sino hermanos; contrariamente, (b) politizando por completo la vida privada, es decir, todas las relaciones privadas tienen un valor político transcendental.

De estas precisiones hechas por Agamben, se pueden sacar algunas primeras conclusiones. Es evidente que después de las jornadas violentas de octubre se dio una reorganización del Estado; el costo fue, en primer lugar, una despolitización total. Bolivia se transformó en un *lugar* donde cesó la violencia entre los hermanos que se reconciliaron. Y en el cual el carácter político de las movilizaciones (demandas específicas) se convirtió en la exigencia de una reorganización institucional específica. Esto es evidente en el discurso de posesión del 17 de octubre del entonces Presidente Carlos D. Mesa Gisbert:

Pero está claro que el conjunto de las instituciones del Estado Boliviano atraviesa una seria crisis y tenemos que trabajar fuertemente por la fortaleza de todas y cada una de sus instituciones y por la recomposición de la relación entre el Estado y la sociedad que, hoy por hoy, está quebrada. Tenemos que recomponer un Estado (...) Esta invocación a la paz exige un desarme inmediato. Esta invocación a la paz demanda, sobre la base de una propuesta sensata, racional, comprometida y transparente de mi parte (Mesa Gisbert 2003).

En este discurso, que condensa bien la situación histórica de Bolivia. Se puede leer varias veces el término *paz*, como si se tratase de un reconocimiento de la guerra anterior; pidiendo expresamente la reconciliación entre todos los ciudadanos. Pues bien, esta reconciliación fue mediada por un procedimiento democrático que reemplazó todas, sino la mayoría, del cuerpo burocrático, con respeto y dentro de la legalidad existente.

A partir de esta mediación democrática, y desde la elección de Evo Morales como presidente, la *Stasis* que dio origen a esta reorganización de Bolivia tomó un segundo camino. Politizando por completo todos los aspectos de la vida, fueran o no parte activa de esta reconciliación.

En resumen, se puede aseverar que desde esta perspectiva las llamadas *Guerra del Agua* y *Guerra del Gas* fueron guerras civiles. Conflictos violentos que exigían, por su naturaleza, una pronta solución. Pero más importante, estos conflictos no modificaron *directamente* ninguna potestad fundamental del Estado.

De forma más específica a las ideas planteadas, la Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 0168/2010 emitida por el TCP, da una aseveración mucho más explícita sobre la violencia en relación al proceso de la asamblea constituyente. En la parte de sus fundamentos jurídicos del fallo, punto III.3. “La Función Constituyente y la Naturaleza de la Asamblea Constituyente” se refiere la siguiente premisa:

Es importante iniciar el análisis [del carácter de la Asamblea Constituyente en Bolivia] en la Ley Especial de Convocatoria a la Asamblea Constituyente, Ley 3364 de 6 de marzo de 2006, por tanto, se tiene que este acto normativo plasma la *voluntad democrática pacífica para el cambio de orden constitucional*, entonces, a partir de este acto, se establece que en Bolivia, la función constituyente tiene una génesis democrática no violenta, emergente de una grave crisis institucional, en consecuencia, a partir de esta manifestación democrática, se viabiliza el ejercicio de la función constituyente. (SCP, 0168, 2010).

Dentro de esta sentencia es evidente que el TCP no califica al proceso constituyente con una génesis violenta, sino más bien democrática en razón a la Ley 3364. Es fundamental destacar que el órgano encargado de interpretar la constitución y la voluntad del constituyente no haya categorizado de génesis violenta al proceso, por lo mismo, tampoco de carácter revolucionario, sino más bien democrático.

La Guerra del Gas trajo consigo un cambio democrático de gobierno que posteriormente propició una asamblea constituyente. Por esta razón, *La Guerra del Gas* no es un fenómeno revolucionario: a través de su fuerza violenta no se instauró ningún poder constituyente soberano. Haciendo que esta fuerza –que cedió su autoridad al poder constituido para que, entre los márgenes de la legalidad, se pueda *reformar* el Estado– simplemente se ahogara en sí misma. Así, el parlamento escogido en las elecciones del 2006 sancionó la ley que llamó a la elección de los representantes para una asamblea constituyente.

Muy contrariamente, los teóricos del proceso de cambio observan que en Bolivia sí existió la institución de un poder revolucionario. Esto es posible, sin embargo, bajo el intento de un *nuevo* concepto de *revolución*. Así, el constitucionalista brasilero Leonel Junior escribe en *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano* que, según una lectura de Raphael Seabra dicho poder es fenómeno de transformación social, político y económico de larga duración y no necesariamente insurreccional, es decir, violento (2012, p 30), por lo que concluye que Bolivia vive un proceso revolucionario (Leonel Junior 2016, p 159).

Es decir, según estos teóricos, existen verdaderos movimientos insurreccionales con propuestas políticas concretas que, a través de una mediación democrática entre insurrección y un poder constituido, logran una nueva creación de Bolivia. Por lo tanto, el concepto de revolución que utilizan los teóricos del *proceso de cambio* se desprende de la característica histórica más importante: la primacía de la violencia y su relación directa con el poder constituyente. Como se describió, incluida la legitimidad de los procesos democráticos.

Precisamente, en la nueva reconfiguración lingüística que propician los teóricos del *proceso de cambio*, uno se encuentra en un lugar donde las palabras centrales de un vocabulario jurídico-político han dejado de tener un significado histórico. Y, al menos que se acepte este nuevo planteamiento teórico, en términos clásicos, y tanto para la filosofía, la política y las ciencias jurídicas, una *revolución democrática-cultural*,¹⁰ es decir, un nuevo origen logrado a través de procedimientos democráticos, se presenta como un verdadero *contrasentido*.

En última instancia, podría afirmarse que es una *reforma radical* que puede, en términos de Schmitt,¹¹ tener un carácter verdaderamente fundacional vía referéndum. Sin embargo, una *revolución democrática*, al eludir conscientemente una confrontación total con el antiguo régimen, se presenta como una prolongación de las potestades otorgadas por el antiguo poder constituido, no fundada en la violencia revolucionaria. Esquivando así la condición primera para la institución de un verdadero poder revolucionario.

3.5. Referéndum constitucional y democracia plebiscitaria. La pregunta relevante es ¿Dónde se fundamenta un nuevo poder constituyente? La respuesta moderna es, como se vio, en la soberanía del pueblo. Pero existen muchas interpretaciones sobre esta identidad. Así entender las tesis de Sieyès y Schmitt como similares, por centrar la soberanía en la voluntad del pueblo, es una interpretación descuidada. Vanossi es contundente al respecto:

¹⁰ Esta es la denominación que diferentes sectores tanto intelectuales como burocráticos en torno al MAS asignaron al proceso político vivido en Bolivia a comienzos del siglo XXI. Proceso político que incluye a la asamblea constituyente. Cf. *Las tensiones creativas de la Revolución* de Álvaro García Linera.

¹¹ Esta interpretación nace de la crítica de Schmitt al parlamentarismo y al Estado de Derecho. Esta interpretación es importante ya que, desde esta perspectiva, la soberanía y la constitución moderna de un poder constituyente, solo se resuelve, para Schmitt, en modo directo: volver al pueblo. Cf. (Schmitt, C, 1983, *Defensa de la Constitución*).

Una visión optimista de Sieyès del hombre [por considerar el derecho natural] para netamente a Sieyès de la filiación que cabe, por ejemplo, al pensamiento de Carl Schmitt sobre el poder Constituyente. Pues a pesar de admitir los dos la ilimitación de esa fuerza, este último parte de una concepción pesimista del hombre que viene de Hobbes (Vanossi 1975, p 24).

Esta mentalidad pesimista, permite a Schmitt formular una crítica al Estado de Derecho. Como explica Schmitt, el problema surge con el parlamentarismo que termina por ser una forma de democracia sin pueblo. Esta situación derivada del problema de representación termina constituyéndose en un ataque al mismo pueblo, del que deviene directamente el poder constituyente (Rossi, 2004). Si el poder constituyente se expresa en términos de voluntad y no de norma, entonces la única manera de reunir al pueblo y en este caso su voluntad es a través de un procedimiento de referéndum. Según Schmitt, la idea de una democracia directa o plebiscitaria expresa fielmente esta voluntad (Rossi, 2004). Así, la aclamación o el rechazo directo se expresan directamente sobre el líder o la decisión a tomar. El refrendar una ley a través de un proceso político directo dota nuevamente de soberanía al cuerpo político que se diluye en normativas y procedimientos representativos.

La primacía jurídica constitucional traída por el neo constitucionalismo, el nuevo constitucionalismo, incorpora otro elemento: la necesidad de la legitimidad democrática de la Constitución. Ese elemento dotará el constitucionalismo de mayor posibilidad de avances populares emprendidos, rescatando la referencia de la soberanía popular como sustentáculo del poder constituido (Leonel Junior 2016, p 96).

Aquí se muestra entonces la idea que la potestad del poder constituido se deriva de la soberanía del pueblo a través de un referéndum y no de la elección de los asambleístas.¹² Esta proximidad terminológica,

¹² En la problemática referente a la representación se tiene que:

entre los teóricos del proceso de cambio y Schmitt, no es una simple casualidad. Si como bien escriben Leonel Junior y Álvaro García Linera, el espíritu de la asamblea constituyente boliviana y su interpretación como un fenómeno fundacional, debe articular una visión anti-liberal con una nueva ontología. Es decir, debe encontrar nuevas categorías con las cuales se pueda pensar el orden jurídico-político, que no dependa de los procedimientos representativos.

La irrupción del poder constituyente es la forma en que un pueblo se afirma en su derecho democrático a gobernarse y reconocerse como un sujeto válido capaz de acción política unitaria, es decir, de afirmarse frente a las pretensiones de los extranjeros (...) Claramente se percibe cómo la conceptualización schmittiana está cargada con un aspecto prescriptivo: esa unanimidad buscada es la homogeneidad nacional antes descrita, que se manifiesta y se afirma a sí misma defendiéndose frente al peligro del enemigo (Rossi 2004).

En tal sentido, si el objetivo es determinar el ejercicio del poder constituyente, se puede establecer que el mecanismo dado del referéndum no ejerció un poder que elaboró una norma constitucional. Es decir, el proceso constituyente no tuvo un ejercicio de poder a través del referéndum realizado, sino, más bien, solamente sirvió para legitimar un cuerpo normativo. Por lo tanto, es menester aclarar que el referéndum no podría haber suplantado el ejercicio del poder constituyente en el proceso constituyente boliviano que dio lugar a la CPE de 2009.

Como el vínculo entre la voluntad del electorado y el comportamiento de los representantes electos no está garantizado rigurosamente, estos siempre retienen cierto grado de discreción. Los que insisten en que en una democracia representativa el pueblo gobierna a través de sus representantes han de reconocer al menos que eso no significa que los representantes tengan que llevar a cabo los deseos del electorado (Manin, 2006, p 113).

Sería un elemento más para descartar el ejercicio del poder constituyente y fortalecer la noción de que el referéndum realizado solo funcionó para legitimar la norma constitucional.

Siguiendo la teoría democrática de la constitución, el proceso constituyente boliviano tuvo un proceso democrático por diversos motivos. El primero, porque se respetó la continuidad constitucional, es decir las reglas de reforma puestas por la misma constitución y las leyes posteriores. Segundo, porque la sociedad pudo reformar la constitución aceptando el proceso de elaboración mediante una asamblea constituyente y eligiendo a sus representantes constituyentes que transformarían la constitución. Y finalmente, porque le dieron la legitimidad a ese texto mediante un referéndum.¹³

Esta participación democrática no está relacionada al poder constituyente ejercido en el proceso, es decir, no se pueden mezclar ambos conceptos teóricos. Esto en relación a que la teoría democrática no comprende o no podría comprender un poder fundacional o un poder revolucionario, por lo cual, solo se presenta la teoría en un proceso de reforma a la constitución. Por este motivo si fue un proceso democrático, sin embargo, un proceso democrático exento de un poder constituyente fundacional o revolucionario.

4. Normas del proceso constituyente

El análisis jurídico de la presente investigación se realiza en razón a la identificación integral de las normas constitucionales, de derechos humanos (DD.HH.), las leyes nacionales, Resoluciones, Sentencias y Declaraciones Constitucionales. La identificación generará un estudio sobre la incidencia de la normativa en el proceso constituyente boliviano, y cómo pudo estructurar, direccionar e influir en el mismo.

¹³ Sin embargo, tal como se analizó, el desarrollo del proceso constituyente contó con distintos inconvenientes y dificultades. Entre ellas; la aprobación e implementación del reglamento de debates, confrontación entre partidos políticos, asambleístas y regiones; el difícil ejercicio de generar consensos, debates y resultados; y la necesidad de apoyo externo para obtener algunos resultados. Por lo cual, el proceso fue democrático en el sentido formal de la sumisión a la anterior CPE y leyes posteriores relacionadas.

4.1. Constitución de 2009 y normativa de DD.HH. La CPE de 2009 hace mención expresa a normativa internacional y de DD.HH. en sus Arts. 256 I y II, 257.I, y en su disposición transitoria novena. El Art. 257 añade al ordenamiento jurídico, de forma directa, a todos los tratados internacionales ratificados con anterioridad dotándoles de rango legal.

La disposición transitoria novena de la CPE de 2009 indica que los tratados internacionales anteriores a la constitución y que no la contradigan se mantienen en el ordenamiento jurídico interno. Los proyectos anteriores mencionaban que estos pasarán a formar parte del ordenamiento jurídico interno con rango de ley.

En ambos casos se asevera la continuación jurídica-normativa de la anterior gestión en relación al nuevo periodo constitucional, respetando el ordenamiento jurídico anterior.

Es fundamental mencionar que los organismos internacionales de DD.HH. incidieron en el proceso constituyente. En sí, mediante su normativa, hicieron recomendaciones que fueron valoradas por los asambleístas en distintos momentos.¹⁴

4.2. Leyes nacionales

4.2.1. Ley Especial de Convocatoria a la Asamblea Constituyente, 3364 (2006). Esta ley es elemental para comprender el desarrollo del proceso constituyente boliviano que dio lugar a la CPE de 2009. En primera instancia, porque logró convocar y direccionar la asamblea constituyente hasta la promulgación de la Ley Modificatoria y de Extensión de Plazo 3728 (2007).

El Art. 1 de la Ley 3364 está en sujeción a los artículos 2, 4 y 232 de la constitución de 2004. De igual manera la Ley Especial 3091

¹⁴ Precisamente se hizo esto mediante el Informe: Promoción y protección de todos los Derechos Humanos, civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, incluido el derecho al desarrollo y el Informe: “Acceso a la justicia e inclusión social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia” de 28 de junio de 2007 y su informe de seguimiento.

del 6 de julio de 2005 se vincula al Art. 232 de la constitución de 2004.¹⁵ En todos estos casos, en consecuencia, existe continuidad constitucional y legal.

Por su parte, el artículo 3 de la Ley 3364 (2006) denota dos elementos esenciales.¹⁶ El primero se da bajo la premisa que la asamblea constituyente ejerce la soberanía del pueblo con un mecanismo de representación, y que no depende ni está sometida a los poderes constituidos. El segundo elemento parte de señalar que la asamblea no interferirá en el trabajo de los poderes constituidos, reconociéndolos plenamente.

El Art. 4 de esta ley regula dos aspectos importantes para el desarrollo del proceso. El primero es la elección de constituyentes representantes, que se realizó en fecha 2 de julio de 2006, tal como estipulaba el mencionado artículo, además que igual se concertó esa fecha en el Art. 1 de la Ley 3091 (2005). Y el segundo es la instalación de la asamblea constituyente, evento que ocurrió en esa fecha. Además de esto, el Art. 5 fijó el número de constituyentes en 255, lo cual efectivamente se cumplió.

La ley señaló también las modalidades de representación en relación a la elección de los constituyentes en su Art. 14. Se fijaron una serie de requisitos para distribuir a los constituyentes en relación a la votación, aspecto que fue consumado en los hechos.

¹⁵ “Artículo 1.- De conformidad a lo prescrito por el Artículo 232 de la Constitución Política del Estado, se convoca a la elección de los integrantes de la Asamblea Constituyente para el primer domingo del mes de julio de 2006, sobre la base de la Ley Especial de Convocatoria, que emitirá el Congreso de la República” (Ley 3091, 2005).

¹⁶ Artículo 3 (Asamblea Constituyente).-

Se denomina asamblea constituyente, a la reunión de representantes constituyentes elegidos mediante voto universal, directo y secreto.

Es independiente y ejerce la soberanía del pueblo. No depende ni está sometida a los poderes constituidos y tiene como única finalidad la reforma total de la Constitución Política del Estado.

La Asamblea Constituyente no interferirá el trabajo de los poderes constituidos, los que seguirán ejerciendo sus funciones constitucionales de manera sostenida (Art. 3, Ley 3364, 2006).

Dos características son importantes del Art. 21 de esa ley: la primera es que otorga, mediante facultad normativa interna, la potestad de establecer un reglamento general, aspecto que fue realizado por la asamblea, aunque con dificultad. Y la segunda, que mientras no tuvieran un reglamento propio utilizarían el Reglamento General de la Cámara de Diputados, aspecto que igual fue ejecutado por los asambleístas.

Los artículos 26 y 27 de la ley marcan aspectos que se realizaron en el proceso constituyente. El primero fue la convocatoria a referéndum constituyente para refrendar por mayoría absoluta de votos el proyecto de la nueva constitución. El referéndum fue realizado el 25 de enero de 2009. El segundo, que llega a ser un aspecto de orden teórico, se manifiesta en el Art. 27 que *continuará en vigencia* la última CPE en caso de no ser aprobada la nueva, por lo cual vuelve a denotarse el aspecto de la continuidad legal constitucional.

4.2.2. Ley modificatoria y de extensión de plazo, 3728 (2007). La asamblea constituyente se veía imposibilitada de cumplir el plazo establecido en la Ley Especial de Convocatoria. Ante esta imposibilidad la directiva solicitó al Congreso de la República una ampliación. La misma, aparte de ampliar el plazo, estableció nuevas directrices para la asamblea constituyente. Se puede encontrar aspectos importantes en su contenido.

En el primer artículo¹⁷ se establece la ampliación hasta el 14 de diciembre de 2007. Cabe recalcar que por distintos motivos la asamblea fue trasladada a Oruro y ahí fue aprobada en detalle, cumpliendo con los plazos señalados por la ley.

El segundo artículo tiene tres aspectos a considerar. En su numeral 2 se dispuso la aprobación en grande con mayoría absoluta, aspecto que

¹⁷ “Artículo 1º. - Se modifica el Artículo 24º de la Ley N.º 3364, ampliándose el plazo para la Asamblea Constituyente hasta el 14 de diciembre de 2007, conforme al siguiente procedimiento.” (Ley 3728, 2007).

fue cumplido en la ciudad de Sucre (Liceo Militar). En el numeral 3, se previó la aprobación en detalle con sistema de votación de 2/3, procedimiento que igualmente fue cumplido en diciembre de 2007 en la ciudad de Oruro. En su numeral 4 se estableció que los artículos que no lleguen a 2/3 serán puestos a consideración del pueblo soberano. Lo cual sucedió con el Art. 398 del proyecto final. El H. Congreso Nacional elaboró la pregunta en 2008 y fue sometida a votación en referéndum el 25 de enero de 2009.

Continuando con la lógica de la ley, su Art. 3 manda a la asamblea constituyente a remitir al H. Congreso Nacional de la República los artículos que no hubieran sido aprobados en detalle por 2/3 de votos. Así el Congreso elaboraría las preguntas correspondientes, como fue establecido en el referéndum. Y en el Art. 4 dicta que el Congreso convocaría mediante ley aprobada con 2/3 al referéndum dirimidor con carácter vinculante debiendo cumplirse los resultados del plebiscito.

4.2.3. Ley de Interpretación Constitucional 3941 (2008). Estas modificaciones fueron realizadas por los legisladores del Congreso Nacional de la República, los cuales realizaron un trabajo coordinado con el Poder Ejecutivo y los Prefectos. Las modificaciones realizadas debían ser legitimadas por ley, por lo tanto, se expuso lo siguiente:

Artículo 2.- (Interpretación). En aplicación de la Institucionalidad Republicana, el principio de Soberanía Popular, el Estado Social y Democrático de Derecho, determinados en los Artículos 1, 2 y 4 de la Constitución Política del Estado, estableciéndose que es Facultad del Honorable Congreso Nacional contribuir al proceso constituyente y realizar los ajustes necesarios al texto constitucional aprobado por la Asamblea Constituyente, sobre la base de la voluntad popular y el interés nacional, por ley especial de Congreso, aprobada por dos tercios de votos de sus miembros presentes, se interpreta los alcances del Artículo 232 constitucional, en los términos siguientes (...) (Ley 3941, 2008).

Se puede observar en el artículo citado que de forma expresa se atribuyó la facultad de contribuir al proceso constituyente y así, realizar los ajustes necesarios al texto constitucional aprobado por la asamblea. Esas premisas, se las fundamentó con el interés nacional y la voluntad popular.

La interpretación que se hizo en esta ley es la siguiente:

Artículo 232° . -

II. Concluido el proceso constituyente y recibida la propuesta constitucional, para ser sometida a consideración del pueblo soberano, el H. Congreso Nacional podrá realizar los ajustes necesarios sobre la base de la voluntad popular y del interés nacional, por ley especial de Congreso, aprobada por dos tercios de votos de sus miembros presentes.

III. Los ajustes no podrán afectar la esencia de la voluntad del constituyente (Ley 3941, 2008).

Es posible rescatar dos aspectos. El primero se manifiesta en el párrafo segundo, donde el mismo Congreso se atribuyó la facultad de realizar los cambios necesarios al texto en razón de la voluntad popular e interés nacional, y que estas modificaciones deben ser aprobadas con 2/3. Y el segundo que se establece en el párrafo tercero, donde definen que los ajustes no podrán afectar la esencia de la voluntad del constituyente.

Aunque no hay certeza si se afectó la voluntad del constituyente, es notable que se quebró el principio de soberanía que residía en los constituyentes que fueron electos en 2006. La sociedad en ningún momento facultó, ni otorgó su soberanía a los congresistas, prefectos y miembros del ejecutivo para realizar cambios e intervenir el trabajo de los constituyentes.

4.2.4. Ley del referéndum dirimitorio y refrendatorio del proyecto de Constitución Política del Estado 3942 (2008). Esta ley cumplió con los preceptos de las anteriores leyes, en razón a que convocó a referéndum

dirimitorio y aprobatorio del texto constitucional. De su artículo primero se denota la correlación a la normativa anteriormente establecida, que reguló y desarrolló el proceso constituyente. La concordancia parte desde el Art. 232 de la CPE de 2004, las Leyes 3364, 3728 y 3941.

A través de esta concordancia se convocó a referéndum dirimidor el 25 de enero de 2009, en razón al Art. 398 del proyecto de CPE que no alcanzó los 2/3. De la misma forma tuvo la finalidad de refrendar el texto íntegro del proyecto de CPE que fue presentado al H. Congreso Nacional en 2007. Ahí se muestra con claridad el amplio trabajo de apoyo y regulación que el Poder Legislativo tuvo sobre el proceso constituyente. Asimismo, con el Art. 2 se legalizaron los *ajustes* efectuados por el H. Congreso Nacional de la República.

4.3. Resoluciones judiciales, sentencias y declaraciones constitucionales

4.3.1. Resolución 281/2007. Se emite en la Sala Civil Primera de Sucre, en relación a un recurso de amparo constitucional planteado por Jaime Barrón en nombre de los constituyentes de Chuquisaca. Este recurso fue contra de la directiva de la asamblea constituyente.

El fundamento de este amparo se da porque la directiva emitió la resolución de 15 de agosto de 2007 que “disuelve la posibilidad de tratar el tema de capitalidad plena” en el plenario de la asamblea constituyente. En sí, es por la exclusión que se dio al tema de la capitalidad de forma arbitraria y contraria a reglamento, según argumenta la parte accionante. Se planteó que el accionar de la directiva fue en contra de la constitución y del Reglamento General de la Asamblea Constituyente. En el petitorio piden “dejar sin efecto la Resolución del 15 de agosto de 2007”, y que se recomiende a la asamblea accionar en cumplimiento del reglamento y las leyes.

La Sala Civil Primera de la Corte Superior del Distrito Judicial de Chuquisaca concedió el recurso de amparo constitucional, *declarando nula, sin efecto ni valor legal la resolución de 15 de agosto de 2007*, remitiendo la resolución al Tribunal Constitucional. Consideró que se vulneró el

Reglamento General de la Asamblea Constituyente y la Ley 3728 (2007). Citando el nacimiento de la República en 1825 y las reformas constitucionales, refiere al Art. 1 de la Ley 3364 (2006) señalando:

Que, siendo ese el marco constitucional de la Ley Especial de Convocatoria a la Asamblea Constituyente, resulta evidente que su carácter es derivado y no originario como sostiene el citado artículo 1° de su Reglamento, por las siguientes razones: a) porque la Asamblea Constituyente ha sido convocada dentro de una República Preexistente; b) porque ha sido convocada y organizada en un Estado Constitucional de Derecho; c) porque tiene origen en la Constitución Política del Estado actualmente vigente; d) porque la Asamblea Constituyente puede autorregularse, pero de ninguna manera autoproclamarse (Resolución Judicial, 281, 2007).

La resolución niega un poder constituyente originario, y establece una categorización de un poder constituyente derivado. Sobre todo hacen alusión a un orden constitucional preexistente, tanto como Estado organizado en una República, como en uno constitucional, con un orden jurídico que dio pie al desarrollo de la asamblea constituyente.

La resolución refuerza estas ideas en el siguiente texto:

En la Constitución Política del Estado actualmente vigente, que únicamente reconoce a tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, de donde resulta que la Asamblea Constituyente no es un Poder del Estado y menos un Súper Poder del Estado, así como tampoco es un órgano fundacional de la República – que ya está fundada desde 1825. (Resolución Judicial, 281, 2007).

4.3.2. Resolución 870/2007. Se emitió a través de la presentación de un recurso de hábeas corpus planteado ante la Corte Superior de Distrito de La Paz por parte de la Directiva de la Asamblea Constituyente contra la amenaza que existía por parte de la fiscalía de aprehender a sus miembros por falta de cumplimiento a la resolución 281/2007.

La directiva arguyó en el recurso que no fueron debidamente notificados, en razón a la convulsión social que existía en ese momento en Sucre, por lo que se vulneró sus derechos al debido proceso y a la defensa. Sostuvieron que ellos estaban imposibilitados de cumplir la resolución de amparo debido a que esa facultad la tenía la Plenaria de la Asamblea Constituyente. Pidieron que cese la persecución indebida y que se corrijan los defectos procesales.

La resolución 870 expresó:

Si bien la Sala Civil Primera de la Corte Superior del Distrito de Chuquisaca, en conocimiento de un Amparo Constitucional, ha emitido la Resolución de Amparo Constitucional No. 281/07 de fecha 8 de septiembre de 2007, por el que se deja sin efecto la Resolución de la Plenaria de la Asamblea Constituyente sobre la capitalidad; no es menos cierto y evidente que esta Resolución debe ser cumplida por el Plenario de la Asamblea Constituyente compuesta por sus 234 miembros constituyentes y porque en la Plenaria han emitido su voto 134 constituyentes que sin más del 57%, tienen que ser cumplidos por quienes han emitido su voto de acuerdo al Reglamento General de la Asamblea Constituyente y no se puede precipitar su cumplimiento solamente a la Directiva (Resolución Judicial 870, 2007).

Denotando que también se vulneró su derecho a la defensa, la Resolución *declaró procedente* el recurso de hábeas corpus disponiendo el cese de la persecución indebida, y dejó sin efecto las citaciones emitidas por las autoridades recurridas, así como las amenazas de mandamiento de aprehensión. De igual forma, la resolución fue remitida al Tribunal Constitucional en revisión, donde se emitió la SCP 0168/2010.

A continuación se analizan las Sentencias Constitucionales Plurinacionales 168/2010 y 1227/2012 y la Declaración Constitucional (DC) 003/2013 que, pese a ser posteriores al proceso constituyente, guardan aspectos pertinentes a este estudio.

4.3.3. Sentencia constitucional 0168/2010. Se la emitió en relación a la acción de hábeas corpus que presentaron los asambleístas de Directiva el año 2007. Esta sentencia llegó a determinar, bajo su criterio, la naturaleza del proceso constituyente.

El TCP hizo un análisis de la función constituyente y determinó tres características por las cuales establece que es *originaria*: (a) su *carácter autónomo*: como proceso que estuvo exento del orden constituido, (b) su *carácter extrajurídico*: debido a que el proceso no encuentra fundamento en la constitución que pretende cambiar, su único cause jurídico: “es la voluntad democrática popular”, y (c) su *carácter extraordinario*: que su entrada en vigor abroga el orden anterior.

Sin embargo, además de estas tres características que no llegan a adecuarse a la realidad del proceso constituyente boliviano, de acuerdo a lo desarrollado con anterioridad, la sentencia entra en una contradicción en su fundamento jurídico. Se la refiere a continuación:

Es imperante establecer el carácter de la Asamblea Constituyente en Bolivia y por tanto, determinar las reglas constitucionales a las cuales debe ser sometida, en tal sentido, es importante iniciar el análisis en la Ley Especial de Convocatoria a la Asamblea Constituyente, Ley 3364 de 6 de marzo de 2006, por tanto, se tiene que este acto normativo plasma la voluntad democrática pacífica para el cambio de orden constitucional, entonces, a partir de este acto, se establece que en Bolivia, la función constituyente tiene una génesis democrática no violenta, emergente de una grave crisis institucional, en consecuencia, a partir de esta manifestación democrática, se viabiliza el ejercicio de la función constituyente (SCP, 0168, 2010).

Se establece en esta parte de la SCP que la función constituyente en Bolivia tiene una génesis democrática *no violenta*, a través de la Ley Especial de Convocatoria, la misma que estuvo totalmente sometida y en

concordancia a la CPE del 2004. Sin embargo, la sentencia en el mismo párrafo dice posteriormente:

En consecuencia, evidentemente esta función por su naturaleza, no encuentra fundamento ni vinculación jurídica en la Constitución, que pretende cambiar ni en los Poderes Constituidos emergentes de ese orden constitucional. (SCP, 0168, 2010).

La contradicción surge porque la Ley 3364 sí responde a una vinculación de la constitución que pretendía cambiar y porque esta ley surge de un poder constituido (Legislativo) que respondía al orden constitucional anterior.

4.3.4. Sentencia Constitucional 1227/2012. Esta SCP reafirma la noción que Bolivia fue refundada a partir de la CPE de 2009.

La sentencia añade el pluralismo y la interculturalidad como dos elementos nuevos que caracterizan la refundación de Bolivia. Sin embargo, deben entenderse como complementación de los elementos señalados en la SCP 0168/2010.

4.3.5. Declaración Constitucional 003/2013. Se emitió en razón a la consulta sobre la constitucionalidad del proyecto *Ley de Aplicación Normativa*, formulada por Álvaro García Linera. Dentro de los 6 artículos planteados para la interpretación constitucional, se destacó el cuarto sobre la reelección del presidente y vicepresidente el Estado.

Para determinar la aplicación normativa de estos artículos planteados, e interpretar su constitucionalidad era necesario realizar un análisis doctrinal más profundo. Este estudio se planteó en su parte *III. Fundamentos Jurídicos del Fallo*, especialmente en el apartado III.5:

En el caso de nuestro país, el proceso constituyente que se desarrolló desde el 2006, concluyendo el 2009, tuvo inequívocamente un carácter originario, con una génesis directa en la voluntad democrática popular, característica a partir de la cual, se entiende su autonomía, en mérito de la cual, el nuevo orden trazado, es diferente al pre-existente, ya que la función constituyente, por su

naturaleza jurídica, generó una nueva era jurídico-política basada en la refundación del Estado, en el marco de los criterios del pluralismo, la interculturalidad y la descolonización, como ejes esenciales del nuevo modelo de Estado (DC 003, 2013).

El primer aspecto importante a desarrollar sobre este párrafo citado es la característica de carácter originario que se da al proceso constituyente boliviano. Este carácter se lo fundamenta en razón a la voluntad democrática popular, por la cual se entiende su *autonomía*. Se menciona también que el nuevo orden trazado es diferente al pre-existente, ya que, se generó una nueva era jurídico-política basada en la *refundación* del Estado.

Como criterios usados para determinar la refundación del Estado, se dictan explícitamente los caracteres de: (a) pluralismo, (b) la interculturalidad y (c) la descolonización. Es decir, se añade el carácter de la descolonización en comparación con la SCP 1227/2012.

La DC continua con lo siguiente:

En ese marco, es imperante establecer también, que el ámbito y límite de la función constituyente originaria y del nuevo orden generado por ella misma, son los derechos humanos reconocidos por acuerdos y tratados internacionales, los cuales, a su vez, formarán parte del bloque de constitucionalidad (DC 003, 2013).

Acá se alude la admisión de límite a la función constituyente en razón a los DD.HH. reconocidos por acuerdos y tratados internacionales ratificados. Este aspecto es coherente con el análisis hecho a la CPE de 2009. Sin embargo, se puede dilucidar un aspecto que denota cierta contradicción. Es aquel donde se menciona en la misma Declaración que el nuevo orden trazado es diferente al pre-existente, cuando se reconocen DD.HH. ratificados con anterioridad y los mismos acuerdos y tratados pasan a tener rango de ley.

Finalmente, en los párrafos anteriores a los analizados se destaca la obediencia que se hace a la SCP 0168/2010, debido a que se la menciona como el *primer hito fundamental* sobre el análisis de la función constituyente y la naturaleza del proceso. Se ratifican las ideas de la naturaleza extraordinaria, extrajurídica y autónoma que desarrolló la SCP 0168/2010. Se añade la noción del carácter soberano, que no está vinculada a ninguna norma jurídica y que por su naturaleza es un poder pre-jurídico.

5. Conclusiones

Se deben sintetizar algunos aspectos. El proceso constituyente boliviano no podría haber ejercido un poder originario. Sobre la base de las conceptualizaciones de Vanossi se demostró que no fue la primera vez que Bolivia tiene un ordenamiento jurídico pues la nueva CPE no se presenta en una etapa de primigenidad. Por los hechos, la teoría y, sobre todo, la normativa analizada, el ejercicio del poder constituyente no fue ilimitado. Tampoco fue revolucionario, debido a que no existió en ningún momento un rompimiento de toda lógica normativa regular de creación del Derecho. Es menester desglosar las precisiones planteadas:

- a. 1) La soberanía del pueblo es el fundamento del poder Constituyente originario. Se entiende por soberanía, la voluntad expresa del pueblo que reside en la libertad y la igualdad absoluta de todos los hombres. 2) Al contrario, la soberanía de un poder Constituyente derivado deviene de la legalidad, expresada como una competencia excepcional de la Constitución para su reforma.
- b. La institución del poder Constituyente originario es, por la razón de su soberanía, ajena a todo sistema jurídico anterior.
- c. El poder constituyente originario es un poder fundante e ilimitado. Se entiende por fundante que 1) está fundado en la soberanía del pueblo y 2) es fundador *creador* de Derecho. Se entiende por ilimitado el que no sea dependiente de ningún poder anterior.

- d. Debido a la no enajenación del poder constituyente originario a ningún sistema jurídico, este debe crear *ex nihilo* todo un aparato normativo. Es decir, crear una *constitución*.
- e. La constitución debe englobar todas las potestades del poder constituido. Se entiende por poder constituido al Estado. Dicha estructuración del Estado debe, por los puntos anteriores, no tener ninguna restricción externa ni interna. Estas restricciones se entienden como toda forma de ordenamiento jurídico. 1) Externas: expresadas en tratados, convenios, términos comerciales, acuerdos, ordenamientos jurisprudenciales, derecho internacional, etc. 2) Internas: en toda disposición jurídica, o procedimiento institucional derivado de esta, por ejemplo, elección democrática o que se fundamente el poder constituyente originario en el poder constituido anterior.
- f. Si existiese alguna lógica normativa anterior al poder constituyente originario, este debe primeramente romper, de manera sustancial, con toda la lógica de antecedentes jurídicos para cumplir con los puntos a.1, b y c.
- g. La fundación de un Estado o lo que es lo mismo, la institución de un poder constituido a través de la redacción de una constitución (puntos c, d y e) es un hecho diferente a una reforma constitucional.
- h. Se entiende por reforma constitucional o poder constitucional derivado, toda aquella reforma, por radical que sea, que derive su autoridad del poder constituido anterior (Vanossi 2002, p 174), conforme al punto a.2.
- i. Siguiendo el punto a.1, b y h no existe, dadas las definiciones, la posibilidad de un concepto como el de refundación. En el mejor de los casos, se entiende por refundación la institución de un poder constituyente derivado.
- j. Comúnmente tanto las limitaciones como las potestades de un poder constituyente derivado se encuentran en el texto de la *constitución* anterior. Esto es evidente por el a.2 y entendiendo la constitución según el punto e.
- k. Según los puntos a.1, b y f, el poder constituyente revolucionario, es una subclase del poder constituyente originario.

l. El poder constituyente revolucionario expresa la soberanía del pueblo a través de violencia. La violencia entendida como una fuerza soberana sin mediación que funda un poder revolucionario. Esta violencia, que tiene que ver con el rompimiento de la lógica de antecedentes legales, se convierte en legítima al mismo tiempo que desconoce la legitimidad de todo lo anterior (causa expresamente el punto f).

m. Si un llamado poder constituyente revolucionario no procede según el punto k, puede ser considerado un poder constituyente derivado, conforme el punto a.2.

Se debe analizar también la posición jurídica que emanó del TCP en las sentencias y en la declaración señalada. Este tribunal marcó, en primer lugar, que la naturaleza del poder constituyente fue originaria por haber tenido las características de: *autónoma*, *extrajurídica* y *extraordinaria* (SCP 168/2010). La SCP 1227/2012 añade el elemento de que el país fue *refundado*, y las características de *pluralismo* y *la interculturalidad* para sustentar la naturaleza originaria. Finalmente, la DC 003/2013 continua la línea de naturaleza originaria, sin embargo, añade que el proceso y la CPE fue resultado de la *voluntad democrática cultural* y adhiere la característica de la *descolonización* como fundamento de la naturaleza originaria.

Varias de las características mencionadas no coinciden con las características de la teoría desarrollada. La SCP 168/2010 plantea el *carácter autónomo* del ejercicio del poder constituyente, que fue “fuente y esencia de un nuevo orden jurídico diferente y completamente independiente del orden constituido.” Sin embargo, las premisas de orden jurídico de ser *diferente* y *completamente independiente del orden constituido*¹⁸ no llegan a corroborarse, en razón a que no tuvieron cumplimiento.

¹⁸ Estructuración del Estado sin restricciones, ruptura de la lógica normativa de creación regular del Derecho, la producción normativa fundacional y las bases fundamentales del Estado.

Tampoco ocurre con el supuesto *carácter extrajurídico* del ejercicio de poder en el proceso constituyente referido por la SCP, ya que sí encuentra fundamento en la Constitución y en las normas anteriores. Por esta razón tampoco tuvo como único cause jurídico la voluntad democrática popular.

Respecto al pretendido *carácter extraordinario* propuesto por la SCP, que se daría cuando surge un nuevo orden constitucional emanado de la voluntad democrática popular, se tiene que básicamente la nueva CPE entró en vigor cuando se abrogó la anterior. Se constató que el nuevo orden constitucional no surge únicamente de la voluntad democrática popular, debido a la sujeción a normativas y a organizaciones pretéritas entre otros.

La SCP también arguye que el poder ejercido fue originario. No obstante, el proceso constituyente sí tuvo vinculación jurídica en relación CPE que se pretendió cambiar, comenzando por la Ley 2410, 2001, continuando con la CPE de 2004 y su Art. 232 y las leyes posteriores, poniendo como ley fundamental para el caso la Ley 3364. De la misma forma, se debe mencionar que todos los poderes constituidos intervinieron en el proceso de forma directa.

En la SCP 1227/2012 sostiene que con la nueva CPE de 2009 se consolidó la refundación del Estado boliviano por el pluralismo, la interculturalidad y su valor axiomático. No obstante, estos cambios, por profundos que hubiesen sido, no cumplen con los presupuestos justificados en esta investigación para ser considerados como una nueva fundación o un proceso revolucionario.

La DC 003/2013, aunque plantea recalca una supuesta autonomía y la creación de un nuevo orden, se contradice al señalar que tuvo límites en los DD.HH. reconocidos por acuerdos y tratados internacionales en la materia. Además, efectivamente existieron esos límites, incluso a través de la injerencia de organismos internacionales de DD.HH. Dichos límites e injerencias son contrarios a un poder originario. Esta

DC también equivoca al adjetivar ese proceso como independiente del orden pre constituido, pues existió intervención de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.¹⁹

6. Referencias

Referencias bibliográficas

- Agamben, G. (2013). *El misterio del mal. Benedicto XVI y el fin de los tiempos*. Adriana Hidalgo editora, Buenos Aires.
- Agamben, G. (2015). *Stasis: civil war as a political paradigm*. Stanford University Press. Ed. Adriana Hidalgo, Buenos Aires
- Alexy, R. (2016). *La doble naturaleza del derecho*. Ed. Trotta, Madrid.
- Ander-Egg, E. (2011). *Aprender a investigar: nociones básicas para la investigación social*. 1ra edición, Ed. Brujas, Córdoba.
- Aragón, M. (2002). *Constitución, democracia y control*. UNAM, México.
- Arendt, H., & Bravo, P. (1967). *Sobre la revolución: Hannah Arendt*. Ed. Siglo XXI, traducción Pedro Bravo (1992). Buenos Aires.
- Campos, B. (1987). *Lecciones Elementales de Política*, 5ta edición, Ed. Ediar, Buenos Aires.
- Cruz, J. C. (2014). *La «translatio» del poder al soberano. Una teoría jurídico-política en el siglo de Oro*. *Medievalia*, 16, 37-43bis.
- Fabra, J Luis, Spector, E. (2015). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. 3. Cap. 55, Gargarella, R. pp 1991-2010. UNAM, México.
- Gamboa, F. (2009). *Dilemas y conflictos sobre la Constitución en Bolivia*, Ed. Presencia, Bolivia.

¹⁹ Cf. Tesis de grado, Aguirre A, (2018), *Naturaleza del proceso constituyente boliviano*, pp 106 – 151.

- Gladstone L.J. (2016). “*El nuevo constitucionalismo latinoamericano*” un estudio sobre Bolivia, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia. La Paz.
- Goldstein, M. (2008). *Diccionario Jurídico – Consultor Magno*, Ed. Circulo Latino Austral, Buenos Aires.
- Hernández R. (1993). *El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional*. Revista Española de Derecho Constitucional 37: 143-155.
- Hernández, R. Fernández, C. Baptista, P. (2006). *Metodología de la Investigación*, 4ta edición, Ed. McGraw – Hill Interamericana, México D.F.
- Käss, S. Velásquez, I. (2009). *Reflexión crítica a la nueva Constitución Política del Estado*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Ed. Presencia, Bolivia.
- Linera, Á. G. (2011). *Las tensiones creativas de la revolución: La quinta fase del Proceso de Cambio*. Vicepresidencia del Estado Plurinacional, Presidencia de la Asamblea Legislativa Plurinacional. La Paz – Bolivia.
- Maiz, R. (1993). *Estado constitucional y Gobierno representativo en EJ Sieyès*. Ed. Nueva época. Revista de Estudios Políticos, (Núm. 72).
- Manin, B. (2006). *Los principios del gobierno representativo*, Ed. Alianza, Madrid.
- Mesa, C. (2012). *Historia de Bolivia, 8va edición, actualizada y aumentada*, Ed. Gisbert, La Paz.
- Mesa, C. (2013), *Mi Discurso de Posesión como Presidente el 17 de octubre de 2003*: <https://carlosdmesa.com/2013/10/17/mi-discurso-de-posesion-como-presidente-el-17-de-octubre-de-2003/>.
- Mesa, C. (2017). *Bolivia 1982- 2006 Democracia*, Ed. Gisbert, La Paz.
- Negretto, G. (2015) *Procesos constituyentes y refundación democrática. El caso de Chile en perspectiva comparada*, Revista de Ciencia Política de Santiago, Ed. Scielo, Rev. cienc. polít. (Santiago) vol.35 no.1 Santiago.

- Pinto J.C. *Proceso Constituyente 2006-2009. Compilación de documentos originales del proceso Constituyente, Fondo Documental de la Asamblea Constituyente*. Tomo IV, La Paz –Bolivia.
- REPAC, (2009). *Memoria institucional 2006 - 2009*. Vicepresidencia del Estado Plurinacional, Producido por la Representación Presidencial para la Asamblea Constituyente. La Paz – Bolivia.
- Rosanvallón, P. (2010). *La legitimidad democrática*. Ed. Paidós, 35. Barcelona.
- Rossi, L. A. (2004). *El poder constituyente y el líder plebiscitario: formas de la nación en la teoría política de Carl Schmitt*. Signos Filosóficos, 6(12).
- Sagüés, N. (2001). *Teoría de la Constitución*, Ed. Astrea, Buenos Aires.
- Schmitt, C. (1983). *La defensa de la constitución: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*. Ed. Tecnos.
- Tocqueville, A., (1957). & *La democracia en América*, F. D. Cultura Económica. México DF.
- Tocqueville, A. (2004). *El antiguo régimen y la revolución (No. 217)*. Ediciones AKAL.
- Vanossi, J. (1975). *Teoría Constitucional*, Vol. 1, Ed. Depalma, Buenos Aires.
- Vanossi, J. (2002). *Estudios de Teoría Constitucional*, Primera edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F.
- Weber, M. (2009); *La política como vocación*, Ed. Alianza, trad. Francisco Rubio Llorente; pp 83-84.

Normativa boliviana

- Constitución Política del Estado de 1826, <http://www.lexivox.org/norms/BO-CPE-18261119-1.xhtml>.
- Nueva Constitución Política del Estado (2007), Versión Oficial, REPAC, Vicepresidencia de la República – Presidencia del H. Congreso Nacional de Bolivia. Distribución gratuita.

- Constitución Política del Estado. 24 de noviembre de 2007, aprobada en grande, pdf <http://old.sinpermiso.info/articulos/ficheros/Boliviaconstitucion.pdf>
- Constitución Política del Estado del 2004, www.constitution.org/cons/bolivia/texto.htm, Bolivia.
- Gaceta Oficial de Bolivia (2009), Constitución Política del Estado, Edición oficial, La Paz- Bolivia.
- Ley de necesidad de reformas a la Constitución (2410). Gaceta oficial del Estado Plurinacional de Bolivia. 1 de agosto de 2002, La Paz.
- Ley Especial de Convocatoria a la Asamblea Constituyente (3364), Gaceta oficial del Estado Plurinacional de Bolivia. 6 de marzo de 2006, La Paz.
- Ley modificatoria y de extensión de plazo (3728). Gaceta oficial del Estado Plurinacional de Bolivia. 31 de Julio de 2007, La Paz .
- Ley de interpretación constitucional (3941). Gaceta oficial del Estado Plurinacional de Bolivia. 21 de octubre de 2008, La Paz.
- Ley del Referéndum Dirimitorio y Refrendatorio del proyecto de Constitución Política del Estado, (3942), 21 de octubre de 2008, La Paz. <http://www.lexivox.org/norms/BO-L-3942.pdf>.
- Pinto J.C. Proceso Constituyente 2006-2009. Resolución N° 281/2007. Tomo IV, La Paz.
- Pinto J.C. Proceso Constituyente 2006-2009. Resolución N° 870/2007. Tomo IV, La Paz.

Normativa internacional

- Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Bolivia 2007.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, Informe: Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia. Washington 2007.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, Informe de seguimiento: Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia.

Jurisprudencia

Pinto J.C. Proceso Constituyente 2006-2009. Sentencia Constitucional Plurinacional 0168/2010. Tomo IV, La Paz.

Sentencia Constitucional Plurinacional 1227, 2012, 7 de septiembre de 2012, Sucre.

Declaración Constitucional Plurinacional 0003, 2013, 25 de abril de 2013, Sucre.

La constitucionalización de la tutela del medio ambiente. La tutela del medio ambiente en las Constituciones de Ecuador y Bolivia¹

Constitutionalization of the environment's protection. The protection of the environment in the Constitutions of Ecuador and Bolivia

Antonio Lopez y Royo*

Recibido: 23 de julio de 2018

Aceptado: 5 de febrero de 2019

Resumen

En artículo analiza el fenómeno de constitucionalización de los principios de tutela ambiental en Europa y en la región de América Latina y en lo específico en las Constituciones de Ecuador y Bolivia. El autor quiere evidenciar los modelos novedosos de tutela ambiental constitucional de Ecuador y Bolivia y analizar cuanto de este esfuerzo legislativo se traduce en acciones efectivas. El enfoque comparativo permite reflexionar sobre los distintos modelos constitucionales de tutela del medio ambiente, la manera en que estos modelos pueden traducirse en una tutela exitosa del medio ambiente, y si efectivamente las constituciones analizadas pueden ser ejemplo concreto para una protección ambiental internacional más efectiva.

¹ Trabajo en parte realizado en el ámbito del Curso de Derecho Público del Doctorado en Ciencias Jurídicas en la Universidad Católica Argentina, Santa María de Los Buenos Aires, Facultad de Derecho. Orcid.org/0000-0001-6543-2849

*Docente de la materia de Instituciones de Derecho Romano, en la Universidad Católica Boliviana “San Pablo” – Unidad Regional La Paz.

Contacto: alyr78@gmail.com

Revista de Derecho de la UCB – *UCB Law Review*, Revista Vol. 3 N° 4, abril, 2019, pp 61-108 ISSN 2523-1510 (en línea), ISSN 2521-8808 (impresa).

Palabras clave: Tutela del medio ambiente / Constitucionalización del medio ambiente / Pachamama/ Derecho ambiental/ Derecho a una vida saludable / Derecho ambiental comparado/ Vivir bien – Buen vivir / Principios de protección ambiental.

Abstract

The article analyses the phenomenon of constitutionalization of environmental protection principles in Europe and the Latin American region, specifically in the Constitutions of Ecuador and Bolivia. The author wants to show the innovative constitutional environmental protection models of Ecuador and Bolivia and analyze how this legislative effort can be translated into effective actions. The comparative approach allows to think on the different constitutional models for the protection of the environment and how some of these models can be translated into successful protection of the environment, and if the Constitutions analyzed can be concrete examples for the most effective international environmental protection.

Keywords: protection of the environment / Constitutionalization of the environment / Pachamama / Environmental Law / Right to a healthy life / Comparative environmental law / Living well - Good living / Principles of environmental protection.

1. Introducción

La relación entre naturaleza y humano ha sido desde la antigüedad una temática importante para filósofos, religiosos y políticos, así, como afirma Zaffaroni (2012) en su libro *La Pachamama y el humano*:

desde la tradición griega hasta el presente se cruzan dos posiciones: o bien los humanos somos unos convidados más a participar de la naturaleza o esta se creó para nuestro *hábitat* y,

por ende, disponemos del derecho sobre ella (*administradores, propietarios*, con diferente intensidad de derechos) (p 23).

Eugenio Raúl Zaffaroni (2012) analizó una serie de teorías sobre la relación entre el humano y la naturaleza, haciendo énfasis en los derechos de los humanos y de los animales. Comienza el recorrido con la época griega, con dos posiciones contrapuestas: Aristóteles y los estoicos estuvieron de parte de la naturaleza (simplificando) y los epicúreos, en cambio, de parte del hombre como su administrador. En el Renacimiento cita a Barthelemy de Chassanee, de su libro *Consilia*,¹ sobre su resumen de los requisitos formales para el juicio a los animales. La siguiente parada en este recorrido es la teoría de René Descartes y su división entre lo animado y lo inanimado, donde sólo el hombre viene a ser animado. Del utilitarismo de Bentham llega a Kant, la expresión más alta de la tesis contractualista, limitando la ética y los derechos a las relaciones entre humanos (en *Die Metaphysik der Sitten*, 1785); hasta llegar a Herbert Spencer² y su justicia subhumana. Este análisis histórico es importante para colocar el debate en la época moderna y contemporánea,³ debate que ha sido fundamento del constitucionalismo del derecho ambiental de estos últimos decenios.

A partir de los años sesenta, el interés por la cuestión ambiental creció enormemente en distintos sectores, desde el filosófico al social, desde el económico al jurídico. Este interés en el derecho ambiental surgió como producto del creciente impacto ambiental causado por la acción del hombre, hasta llegar a un punto de no regreso, de destruc-

¹ Autor llamado también Cassaneo o Chasseneo (en latín), ha publicado numerosos libros y entre éstos la *Consilia* publicado en el 1531.

² Filósofo inglés, teórico del darwinismo social (Derby, 27 abril 1820 – Brighton, 8 diciembre 1903). Entre las obras se recuerda: *Social Statics: or, The Conditions essential to Happiness specified, and the First of them Developed*, (London: John Chapman, 1851).

³ En los últimos años se ha llegado también a hablar de ciudadanía animal. Ver al respecto el libro de Donaldson y Kymlicka, (2011) *Zoopolis. A Political Theory of Animal Rights*, Oxford, Inglaterra, Oxfors Press.

ción tal que puede, y en realidad ya lo está haciendo, afectar la vida y la salud del hombre mismo. Mientras que en años anteriores hubo un equilibrio entre el acto creativo y el hecho destructivo del hombre, hoy en día las fuerzas destructivas son mayores que las constructivas (Giannini, citado por Rossi, 2015).

En el ámbito del derecho la discusión sobre el medio ambiente ha generado lo que se define como *ecologismo jurídico* (Zaffaroni, 2012, p 65), del cual es una parte la rama del *derecho ambiental*. Según Rosatti (2004), se puede sintetizar el nacimiento y desarrollo del Derecho Ambiental moderno en cuatro etapas: en una primera, están las regulaciones normativas de recursos naturales específicos; en una segunda, se incluyen unos derechos específicos por cada recurso natural; en una tercera, surge el derecho de los recursos naturales, para dar pie a un verdadero y general derecho ambiental que corresponde a la cuarta etapa. En esta fase, Rosatti (2004) evidencia que el derecho ambiental adquiere características que permiten afirmar que pertenece al derecho público, más allá de las necesidades de vinculaciones a distintas especialidades del derecho privado. Tales características son: la primacía del interés público sobre intereses particulares, la inexorable intervención del Estado y la existencia de un plexo normativo que genera relaciones de supraordinación - subordinación.

Para entender el rol de los principios ambientales en los ordenamientos actuales es importante señalar desde ahora una definición de ambiente. Entre las muchas propuestas que existen, en el presente trabajo se toma la de Lorenzetti que propone como medio ambiente:

aquel sistema global constituido por elementos naturales, artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural, que rige y condiciona la existencia y el desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones (Lopez Alfonsin, 2012, p 6).

José María Borrero, en su artículo *Promesas y límites del derecho ambiental* (citado en Guaranda, 2009, p 161) sostiene:

En la última década el ideario ambiental ha consolidado su institucionalización política en los Estados de manera que las normas ambientales están en la cima de la pirámide jurídica. Dichos derechos han sido consagrados por mandato constitucional y tienen la garantía de seguridad jurídica desde las altas cortes mediante procedimientos de justicia constitucional. En ejercicio de su linaje, el derecho ambiental es un componente jurídico - político de los Estados latinoamericanos y sus alcances han sido trazados restándole solo prefigurar sus límites. Definido como el arte de trazar límites (Ost 1996:19-22) en el campo ambiental, al tiempo que establece jerarquías de valores, demarca los espacios de lo privado y lo público, instala mojones e impone prioridades, el derecho ambiental también debe fijar sus propias fronteras.

En acuerdo a estas palabras de Borrero, ciertamente las obligaciones frente a la naturaleza, tomadas para garantizar la sostenibilidad ambiental, se han consolidado en las constituciones de América Latina fijando los límites de lo público y de lo privado, con la prevalencia del interés público ambiental.

El estudio del fenómeno del derecho al medio ambiente en las constituciones no puede ser considerado de forma similar al de otros derechos fundamentales. Debe ser analizado por sus peculiaridades. Se necesita poner atención a sus fundamentos de modo tal que puedan comprenderse los motivos por los que, ante un conflicto con otros derechos o bienes protegidos a nivel constitucional, la decisión que se adopte estará guiada por su particular importancia en un Estado constitucional (Huerta Guerrero, 2013).

En muchas constituciones la defensa del medio ambiente ha sido abordada en función de su relevancia para que el ser humano desarrolle sus activida-

des. De esta forma tiene una característica utilitarista, en particular en relación a derechos como la salud y la vida. En esta línea

el derecho al medio ambiente no se puede desligar del derecho a la vida y a la salud de las personas. De hecho, los factores perturbadores del medio ambiente causan daños irreparables a los seres humanos, y si ello es así habría que decir que el medio ambiente es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad (Amaya Nadales, citado en Huerta Guerrero, 2013, p 479).

Según otros autores, es el principio de solidaridad el que constituye el fundamento de este derecho, fundamento también de los derechos de la tercera generación. Pérez Luño (citado por Huerta Guerrero, L. 2013, p 480) afirmó que los derechos de la primera generación han sido fundados en la libertad, los de la segunda en la igualdad y los de la tercera en la solidaridad. Así, plantea que sólo mediante el espíritu solidario, es decir, con la cooperación y sacrificio voluntario y altruista será posible satisfacer plenamente las necesidades y aspiraciones comunes relativas a la paz y a la calidad de vida, (Huerta Guerrero, 2013). A estas se añaden ejemplos constitucionales distintos que fundan el *derecho del ambiente* en culturas ancestrales y en visiones holísticas típicas de los pueblos andinos y amazónicos. Las Constituciones de Ecuador (vigente desde el 20 de octubre de 2008) y de Bolivia (vigente desde el 7 de febrero de 2009) hacen referencia a la cosmología andina como fundamento de los derechos del medio ambiente. En ellas, el ambiente pasa de ser un objeto a un sujeto, que es titular de situaciones jurídicas (como indica Zaffaroni, citado por Baldin, 2014). Este fundamento constitucional, que encuentra sus raíces no sólo en la tradición andina sino también en teorías como la *Earth Jurisprudence*⁴ y la *Deep Ecology*,⁵ se contrapone a la clásica

⁴ Teoría que ve como fuente primaria del derecho a la Tierra, con un cambio político y de derecho a una visión centrada en la Tierra y ya no en el hombre. Concepto que se encuentra en el manifiesto de Thomas Berry. Rühls N. y Jones A., (2016), The Implementation of Earth Jurisprudence through Substantive Constitutional Rights of

visión antropocéntrica del derecho de defensa del ambiente como sujeto autónomo de derecho.

En el presente artículo se analiza el fenómeno de la constitucionalización de los principios de tutela ambiental, en específico los casos de Bolivia y Ecuador. Ambos países presentan en sus Constituciones una tutela ambiental con fundamento en la tradición cosmológica andina con claras referencias a la tutela de la Pachamama. Además, ambos guardan una respuesta similar, desde el punto de vista legislativo y cultural, a años de historia de explotación minera e hidrocarburífera en áreas andinas y amazónicas que son consideradas como las de mayor biodiversidad en el mundo.

Los últimos años se han caracterizado, en el área andina, por una política y cultura que intentan revertir el modelo económico y político liberal, y plantear una nueva propuesta de desarrollo atenta a las culturas locales y a las exigencias de los pueblos indígenas. Se ha buscado un modelo más participativo que involucre también la voz de las clases sociales más pobres que históricamente han vivido en los márgenes de estos países; además de una revolución ambientalista que tenga en consideración al medio ambiente en su totalidad. Esto se ha llevado a cabo con reformas políticas traducidas en nuevas constituciones, cuyos textos inspiran a muchos en el mundo. Es una revolución cultural con repercusiones políticas y legislativas en estos países, en particular en cuestiones medio ambientales. Cabe la pregunta de si esta impostación legislativa, basada en la tradición de la Pachamama, se podrá traducir en resultados concretos o si, por el contrario, quedará en ámbitos teóricos de propaganda política o utopía filosófica.

Nature, MDPI, *Sustainability*, 8, 174, Recuperado en: <https://www.mdpi.com/2071-1050/8/2/174/pdf>.

⁵ Expresión utilizada por primera vez por el filósofo noruego Arne Naess en 1973.

2. La constitucionalización del derecho ambiental

Uno de los aspectos más relevantes que a nivel internacional⁶ ha influido en la introducción de la tutela de los principios ambientales en ciertas constituciones ha sido el debate sobre el desarrollo sostenible. Desde el informe Brundtland⁷ empieza el debate moderno sobre el desarrollo sostenible con enfoque ambiental. Un debate que, desde el nivel internacional, se tradujo en políticas nacionales, en nuevos modelos de desarrollo y políticas ambientales. Además, desde los años 80 ha servido de base conceptual para la relación entre desarrollo y ambiente (Guaranda, 2009).

Este modelo de desarrollo, basado en el concepto de sostenibilidad (Guaranda, 2009), comenzó a ser explícito desde 1985 en la Constitución de Guatemala (Art. 97⁸) y 1988 en la del Brasil (Art. 225⁹).

⁶ El derecho ambiental es seguramente unas de las ramas más dinámicas del derecho, con una constante evolución basada en numerosas intervenciones a nivel internacional. Así, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) del 1996 que ha creado el Registro de Tratados y otros Acuerdos en el Campo Ambiental (cuenta con 216 instrumentos multilaterales ambientales), la cumbre de Río, el Protocolo de Kioto, la Convención de Patrimonio Natural y la conferencia de París sobre el cambio climático.

⁷ Retoma las preocupaciones e ideas del Club de Roma de 1968. Este informe fue presentado en 1987 por la Comisión Mundial para el Medio Ambiente y el Desarrollo de la ONU. El estudio estuvo encabezado por la doctora noruega Gro Harlem Brundtland, “que trabajó analizando la situación del mundo en ese momento y demostró que el camino que la sociedad global había tomado estaba destruyendo el ambiente por un lado y dejando a cada vez más gente en la pobreza y la vulnerabilidad”, en: Informe Brundtland, consultado el 20 de mayo 2018 en <https://desarrollosostenible.wordpress.com/2006/09/27/informe-brundtland/>

⁸ “El Estado, las municipalidades y los habitantes del territorio nacional están obligados a propiciar el desarrollo social, económico y tecnológico que prevenga la contaminación del ambiente y mantenga el equilibrio ecológico. Se dictarán todas las normas necesarias para garantizar que la utilización y el aprovechamiento de la fauna, de la flora, de la tierra y del agua, se realicen racionalmente, evitando su depredación”. En Constitución política de la República de Guatemala, consultada el 6 de abril 2018 en <http://www.quetzalnet.com/constitucion.html>

Desde la década de 1990, casi todas las constituciones de Latinoamérica han incorporado el tema de desarrollo sostenible relacionado a la tutela del ambiente, con una característica común: es el deber del Estado de proteger o hacer una gestión sostenible del medio ambiente. Así se instituye en los artículos 3 de la constitución de Ecuador¹⁰ (1998), 80 de la constitución de Colombia¹¹ (1991), 67 de la constitución del Perú¹² (1993), y 129 de la Constitución de Venezuela¹³ (1999). La verdadera evolución del derecho de protección ambiental en la región, en un sentido de desarrollo sostenible, está las Constituciones de Ecuador y Bolivia. En ambas se han reestructurado las formas de gobierno y se han enfocado en un desarrollo

⁹ “Todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para una sana calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras” y sigue con unas indicaciones de efectividad de protección del derecho que incumbe al poder público. Brasil: Constitución de 1988, consultada el 6 de mayo 2018, en <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Brazil/esp88.html>

¹⁰ “Son deberes primordiales del Estado: (...) planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable”. Constitución política del Ecuador, consultada el 12 de mayo 2018 en <http://www.efemerides.ec/1/cons/index1.htm>

¹¹ “El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados...”. En Constitución de Colombia, consultada el 8 de mayo 2018 en <http://www.constitucioncolombia.com/titulo-2/capitulo-3/articulo-80>

¹² “Política Ambiental. El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales”. En la Constitución Política de Perú de 1993 > Título III > Capítulo II: Ley de Perú. Consultada el 10 de abril en <http://peru.justia.com/federales/constitucion-politica-del-peru-de-1993/titulo-iii/capitulo-ii/>

¹³ “El Estado desarrollará una política de ordenación del territorio atendiendo a las realidades ecológicas, geográficas, poblacionales, sociales, culturales, económicas, políticas, de acuerdo con las premisas del desarrollo sustentable, que incluya la información, consulta y participación ciudadana. Una ley orgánica desarrollará los principios y criterios para este ordenamiento”. En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela > Título III > Capítulo IX: Ley de Venezuela. Consultada el 6 de mayo 2018 en <http://venezuela.justia.com/federales/constitucion-de-la-republica-bolivariana-de-venezuela/titulo-iii/capitulo-ix/>

económico, donde la tutela ambiental ha sido tratada de forma transversal y profunda (Guaranda, 2009).

Las constituciones europeas de posguerra no contenían referencias directas a la protección del medio ambiente, como es el caso de la constitución italiana de 1948. En los años setenta comienza la presencia del principio de medio ambiente. Por ejemplo, el artículo 66.1 de la constitución de Portugal (1976) señala que “[t]odos tienen derecho a un medio ambiente de vida humana, salubre y ecológicamente equilibrado, y el deber de defenderlo” (Huerta Guerrero, 2013, p 486). Así también las constituciones suiza (1971), griega¹⁴ (1975); y las reformas constitucionales de Finlandia (1980), de Holanda (1983), de Suecia (1994) y de Alemania (1994). Un ejemplo importante para muchos países de Latinoamérica fue el artículo 45 de la constitución española (1978):

Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.¹⁵

Las constituciones europeas pueden clasificarse en tres grupos desde el punto de vista de la protección ambiental y la medida de relevancia de sus valores ambientales. El primer grupo consta de las constitucio-

¹⁴ Artículo 24.1: “la protección del medio ambiente natural y cultural constituye una obligación del Estado, el cual debe tomar medidas especiales, preventivas o represivas, con el fin de su conservación” (Huanca Ayaviri, 2015, p123)

¹⁵ Constitución Española, De los Diputados, C. Título I. De los derechos y deberes fundamentales, consultada el 7 de mayo 2018 en: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=45&tipo=2>

nes con artículos específicos sobre la protección del ambiente y que consideran a la tutela ambiental como parte importante de la propia estructura constitucional. El segundo grupo es el de las constituciones que han pasado por una revisión que introdujo la tutela ambiental, así como la armonización de los principios y artículos precedentes. En la última categoría están las constituciones que no tienen artículos específicos de tutela ambiental, y cuya tutela es reconstruida a partir del trabajo de la jurisprudencia y de la doctrina (Amirante, 2000, p 25).

Al primer modelo pertenecen las constituciones española,¹⁶ portuguesa y griega. La constitución alemana corresponde al segundo grupo, que considera al derecho ambiental como un derecho objetivo. Su artículo 20 señala:

El Estado protegerá, teniendo en cuenta también su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida y los animales a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el Derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial.¹⁷

¹⁶ Su artículo 45 revela una naturaleza doble. La primera parte está dedicada al derecho subjetivo y la segunda tiene relevancia objetiva:

Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado

En De los Diputados, C, Título I. De los derechos y deberes fundamentales - Constitución Española. Consultada el 7 de mayo 2018 en <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=45&tipo=2>

¹⁷ Ley fundamental de la República federal de Alemania. (2010). Consultada el 15 de mayo 2018 en <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>

La Constitución italiana es un claro ejemplo del tercer grupo, ya que los derechos ambientales han sido reconocidos jurisprudencialmente al relacionarlos con los artículos 9, 32 y 41 que se refieren a la protección del patrimonio histórico y artístico de la nación, y a la protección de la salud como derecho fundamental del individuo e interés de la colectividad. El derecho ambiental puede encontrarse en una reforma constitucional vinculada a las autoridades locales y sus competencias (Huanca Ayaviri, 2015).

Latinoamérica evidencia una visión distinta a la del viejo continente en lo que respecta a la tutela del medio ambiente,¹⁸ específicamente en las constituciones de Bolivia y Ecuador:

En América Latina se ha generalizado en los nuevos textos constitucionales el reconocimiento del derecho de todas las personas a un ambiente adecuado, en un proceso de ‘enverdecimiento’ de las constituciones políticas de esta región del mundo. Este constitucionalismo ambiental constituye una ruptura con el modelo constitucional liberal diseñado como instrumento de la Revolución Industrial y basado en la supremacía de la propiedad privada y el libre mercado. El constitucionalismo ambiental se orienta a la conformación de un Estado regulador del equilibrio en la relación sociedad-mercado (Huerta Guerrero, 2013, p 486).

Los principales cambios en materia ambiental que encontramos en las nuevas Constituciones latinoamericanas son: el deber del Estado de proteger el medio ambiente, el deber de toda la sociedad de defenderlo, la ampliación de restricciones al ejercicio de otros derechos fundamentales, la incorporación del derecho a un medio ambiente adecuado en relación al desarrollo sostenible (punto de vista económico),

¹⁸ En el último cuarto del siglo XX, catorce de los veinte países de la región latinoamericana han dado nuevas Constituciones (Guaranda, 2009).

el reconocimiento de una base constitucional y una previsión más detallada y específica en la legislación del sector (Guaranda, 2009).¹⁹

Se puede afirmar que “El derecho al medio ambiente viene siendo reconocido como un derecho fundamental en los textos constitucionales de diversos países y las Constituciones más recientes buscan incluir obligaciones más específicas de los Estados orientadas a su protección” (Huerta Guerreros, 2013, p 489).

Para conservar concretamente el ambiente, algunas Constituciones han incorporado en sus textos principios que ayudan a concretizar una tutela efectiva del medio ambiente más allá del reconocimiento del derecho a un ambiente sano. Así, los principios de prevención y precaución, de

¹⁹ Resulta interesante revisar algunos ejemplos. El artículo 19.8 de la Constitución de Chile (1980) establece: “El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente.” Consulta en 4 de mayo 2018 en http://www.senado.cl/capitulo-iii-de-los-derechos-y-deberes-constitucionales/prontus_senado/2012-01-16/093413.html

El artículo 79 de la Constitución de Colombia (1991) señala que “Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines” texto consultado el 4 de mayo 2018 en, <http://www.constitucioncolombia.com/titulo-2/capitulo-3/articulo-79>

El artículo 41 de la Constitución argentina (1994): “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementirlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.” Texto consultado el 16 de mayo 2018 en <http://www2.medioambiente.gov.ar/mlegal/consti/art41.htm>

participación de la ciudadanía en la gestión y control del medio ambiente, de desarrollo sostenible, de acceso a la información, de quien contamina paga y de responsabilidad objetiva (Mamani, 2012).

Por otro lado, la protección constitucional del ambiente sería poco concreta y eficaz si no se consideraran unos mecanismos y herramientas de protección a través de procedimientos y garantías del ejercicio de la protección ambiental. Algunos países los han establecido a nivel constitucional o de ley secundaria. En la Constitución de Ecuador están los elementos más completos para estas garantías. Entre las más utilizadas están: la acción popular, el derecho de ser consultado antes de una actividad con potencial impacto ambiental y la restricción de explotar áreas declaradas de conservación natural (Guaranda, 2009).

La acción popular “es la acción jurisdiccional potencialmente concedida para todos y cada uno de los sujetos con capacidad procesal, donde el grado de interés no se califica o dosifica, porque cualquiera puede impugnar el acto lesivo” (Trujillo, Quintana y Bolea citados en Guaranda, 2009, p 26). Son distintas las acciones populares que cada ordenamiento establece. En primera instancia, hay una división entre acciones civiles, administrativas, penales y constitucionales. Sin examinar las otras tipologías en este artículo, a nivel constitucional es un derecho difuso pues cualquier persona que se considere expuesta a ser contaminada o a percibir un daño tendrá el derecho de activar los mecanismos de tutela para la protección de sus derechos que son puestos en riesgo (Guaranda, 2009).

La consulta previa es otra garantía para las comunidades para participar en acciones sobre el medio ambiente. Normalmente, es una herramienta utilizada para garantizar una mayor participación de los pueblos indígenas, por lo menos en América Latina.²⁰ Una herramienta que si bien ha garantizado una amplia participación de pueblos indígenas en asuntos extractivos y de minerías, también ha creado numerosos con-

²⁰ Convenio 169 OIT y Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas y Tribales y principio 10 de la Declaración de Río.

flictos. Incluso existe la propuesta de muchas comunidades de que esta consulta se transforme en un verdadero elemento decisorio.

3. Introducción a los casos de Ecuador y Bolivia

Las Constituciones de Ecuador y Bolivia son una expresión de la voluntad de muchas sociedades y sectores de refundar los ordenamientos de las naciones según un modelo de desarrollo sostenible y solidario que sea una alternativa al modelo de ordenamiento occidental (Baldin, 2014). Los movimientos que han nacido en los años setenta, corrientes culturales y procesos de cambios políticos en Ecuador y Bolivia en las últimas décadas representan el contexto en el cual han surgido las constituciones de estos dos países.

La parte más original e innovadora de las dos constituciones es la base cultural de la cosmología andina del *sumak kawsay* (en idioma quechua), *suma qamaña* (en aymara), buen vivir o vivir bien (en castellano), que indica una existencia armónica entre la comunidad humana y la naturaleza, donde el hombre es parte integrante del ambiente, creando, de esta manera, una interdependencia entre comunidad, naturaleza y espíritu, sin olvidar la importancia de la plurinacionalidad. Hacer un análisis de comparación cultural entre la cosmología andina y la visión del mundo occidental requiere un estudio serio en sociología, antropología e historia que iría más allá del espacio del presente análisis. Sin embargo, es importante citar sintéticamente algunos elementos para contextualizar a ambas constituciones y su análisis del derecho ambiental.

Baldin (2014) identifica dos como las diferencias más importantes. La primera es la visión cosmocéntrica de la cultura andina y la cultura antropocéntrica de las filosofías occidentales (por lo menos en la parte preponderante de la época moderna y contemporánea) que lleva a una visión más pasiva y subordinada respecto al orden de las cosas en la visión andina. La segunda diferencia está en la complementariedad

y la jerarquía entre las cosas en la visión andina, frente al enfoque occidental del rol del hombre como patrón de su destino. Esto crea contextos distintos en la relación con el medio ambiente, por ende, en la cultura andina existe una actitud armónica y de colaboración con el entorno, mientras que en la occidental se pretende dominación sobre el contexto natural.²¹ La constitucionalización del buen vivir, seguramente en Ecuador y Bolivia, ha marcado el éxito de los movimientos locales y un cambio de perspectiva de desarrollo de estos países. En la constitucionalización de la cosmovisión andina se podría ver una nueva forma de Estado: el *caring state*, que sería un Estado atento a las necesidades de las personas de forma holística, incluyendo aspectos culturales y emocionales, rechazando el modelo neoliberal (Bagni citado en Baldin, 2014).

La cosmovisión andina traducida en el concepto de vivir bien, aunque está presente en ambas constituciones, tiene modalidades e intensidades jurídicas distintas. En Ecuador el vivir bien es un principio normativo que ayuda en la aplicación e interpretación de los derechos, en particular de los sociales (está en los Arts. 12-34 en el título derechos del buen vivir). Es además un principio orientador de las políticas públicas, incluido en los deberes fundamentales del Estado (artículo 3) y en el régimen de desarrollo.²²

La filosofía andina se encuentra en el artículo 8 de la constitución boliviana en el capítulo dedicado a los principios y valores del Estado, en términos que implican la armonía entre necesidades humanas y naturaleza.²³ La sentencia 02557/2012 del Tribunal Constitucional

²¹ También es importante la influencia de las religiones monoteístas en occidente y del animismo andino, el concepto de economía y de democracia, y cómo se ha desarrollado en las dos culturas.

²² Se encuentran referencias al buen vivir también en los artículos 74, 83, 85, 97, 250 y 258 de la constitución.

²³ “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*

Plurinacional de Bolivia, del 29 de mayo 2012, explica cómo el vivir bien está relacionado al concepto de vida digna y cómo este concepto es un componente del más general derecho a la vida, lo que prevé una obligación positiva del Estado para su tutela concreta. Esta sentencia está también en línea con otras: 0176/2012 del 15 de mayo, 0661/2013 del 31 de mayo y 0683/2013 del 3 de junio. La sentencia 1067/2013 del 16 de julio establece que:

La importancia del derecho a la vida, deviene de su naturaleza primaria, pues se constituye en una condición del ejercicio de los demás derechos, por ello como todos los derechos subjetivos, debe interpretarse de conformidad con los principios de dignidad y el vivir bien.

En ambos ordenamientos el vivir bien es un principio orientativo y normativo, que se evidencia de forma más directa y expresa en la constitución de Ecuador.

En relación con el ambiente, el principio del buen vivir se encuentra explícito en el plan de los derechos y en las prioridades políticas de Ecuador, mientras que en Bolivia el principio de la cosmología andina es conexo al ambiente, y se explicita sólo en el artículo 80 sobre la educación (Baldin, 2014). También existen diferencias en la disciplina de los derechos ambientales de los dos países. En Ecuador, de forma muy directa y clara, se lee en el segundo inciso del artículo 10: “La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la

maraei (tierra sin mal) y *qhapaq ñan* (camino o vida noble). II. El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien”.

Todos los textos de la constitución boliviana han sido consultados en el año 2018 en <http://bolivia.justia.com/nacionales/nueva-constitucion-politica-del-estado/primeraparte/titulo-i/capitulo-segundo/>

Constitución”,²⁴ con una mirada expresamente biocéntrica (Gudynas, 2009), atribuyendo a la naturaleza la titularidad de los derechos del capítulo VII (Arts. 71-74). Como subraya Baldin (2014), leyendo el Art.11.c.6, se entiende que los derechos de los humanos con los de la naturaleza se encuentran en el mismo plano de paridad: “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.”

El artículo 71 de la constitución de Ecuador prevé que la naturaleza, Pachamama, tiene el derecho al respeto integral de su existencia y al mantenimiento de sus ciclos vitales. Además especifica que todas las personas, autoridades públicas y comunidades pueden exigir el respeto de estos derechos. El artículo 72 establece el derecho de la naturaleza a la restauración, donde el Estado será el responsable de aplicar las medidas necesarias y preventivas del caso. En el artículo 73 expresa la obligación del Estado de prever medidas de precaución para proteger al medio ambiente. Por último, en el artículo 74 expresa la relación entre ambiente y buen vivir: “las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir.” De esta forma la naturaleza se define como una entidad autónoma con derecho a existir y prosperar.

En la constitución de Bolivia, en su capítulo sobre los derechos sociales y económicos, se encuentran dos artículos sobre el medio ambiente:

Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente.

²⁴ Todos los textos de la constitución del Ecuador fueron consultados en el año 2018 de http://www.derecho-ambiental.org/Derecho/Legislacion/Constitucion_Asamblea_Ecuador_1.html

El artículo 34 extiende a todas las personas la posibilidad de acciones legales para proteger el derecho del artículo precedente. En una primera lectura, parecería que en Bolivia el derecho ambiental sigue, como en muchas Constituciones, las relaciones y dependencia de la salud humana, lo que casi es una visión antropocéntrica; pero el mismo artículo 33, cuando refiere a “otros seres vivos”, estos aparecen como titulares de los derechos. En otras palabras, la constitución abre la puerta a una interpretación biocéntrica indirecta. De esta forma, Ecuador y Bolivia parecen añadirse a Suiza, Alemania²⁵ e India en el reconocimiento de los derechos de los animales (Rescigno, 2005).

En el caso boliviano, las tipologías de los derechos del medio ambiente no son deducibles directamente del texto constitucional. A diferencia de Ecuador, estos derechos son reconocidos en Bolivia de forma más concreta y detallada en las leyes ordinarias. En la Ley de Derechos de la Madre Tierra (número 71 del 2010) se reconocen sus derechos, además de las obligaciones y deberes del Estado Plurinacional de Bolivia (artículo 1) y se instituye la Defensoría de la Madre Tierra, como una institución de tutela de sus derechos que están establecidos en la misma ley. El artículo 5 expresa que la madre tierra es un sujeto colectivo de interés público. En el artículo 7 hace una lista de todos sus derechos, que van desde el derecho a la vida, a la diversidad, al agua, al aire limpio, hasta el derecho de restauración y a vivir libre de contaminación.²⁶ Otra ley importante para definir los derechos de la madre tierra es la número 300, del 15 de octubre del 2012, denominada Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien (Baldin, 2014) que

²⁵ En los años treinta del anterior siglo, en Alemania (bajo el gobierno nazista) fue promulgada la *Tierschutzgesetzes* (Ley de protección de animales) y la *Reichsjagdgesetz* (ley de caza del Reich), la *Reichnaturschutzgesetz* (ley de protección de la naturaleza del Reich), hasta llegar a la ley actual promulgada en 1976, la *Bundesnaturschutzgesetz* (ley federal de protección a la naturaleza).

²⁶ Texto completo puede ser revisado en el siguiente sitio: https://laliniciativablog.files.wordpress.com/2015/02/202_ley_madre_tierra.pdf

enuncia los principios y objetivos que garantizan la regeneración de la tierra y la recuperación de las culturas originarias.

Es clarísimo que en ambas Constituciones la Tierra asume la condición de sujeto de derechos, en forma expresa en la ecuatoriana y algo tácita en la boliviana, pero con iguales efectos en ambas: cualquiera puede reclamar por sus derechos, sin que se requiera que sea afectado personalmente, supuesto que sería primario si se la considerase un derecho exclusivo de los humanos (Zaffaroni, 2012, p 111).

El mismo autor subraya que no es un clásico bien común limitado a los humanos, sino de un bien de todo lo viviente, una regla de convivencia que no niega el uso de la naturaleza, sino que pretende su respeto. Desde un punto de vista filosófico y teórico, hay un paralelismo entre la Pachamama de las Constituciones de Ecuador y Bolivia y la teoría del inglés James Lovelock, “la hipótesis Gaia”, nombre de la diosa griega de la Tierra. Según este químico:

el planeta es un ente viviente, no en el sentido de un organismo o un animal, sino en el de un sistema que se autorregula, tesis vinculada a la teoría de los sistemas, a la cibernética y a las teorías de los biólogos Maturana y Varela (Von Bertalanffy, citado en Zaffaroni, 2012, p 79).

Esta es una teoría que pone en el centro de la evolución, no a la competencia, sino a la cooperación y abre las puertas a un ambientalismo que considera un todo vivo, una armonía donde todos dependen los unos de los otros; no sólo los humanos, sino los animales, la tierra, los vegetales. Es una consideración que lleva a reconocer derechos a la naturaleza en todos sus elementos y que incluye también la ética del animalismo. Es Leonardo Boff²⁷ quien en *Civilização planetária; desafios à sociedade e ao cristianismo* (2003) y en *Homem: Satã ou*

²⁷ Teólogo y escritor brasileño y exponente de la Teología de la Liberación (Teología desarrollada en el consejo episcopal latinoamericano de 1968).

anjo bom? (2008), confirma el paralelismo entre esta teoría y la cultura indígena andina: “La Tierra es un organismo vivo, es la Pachamama de nuestros indígenas, la Gaia de los cosmólogos contemporáneos” (cita de Zaffaroni, 2012, p 88). Un concepto que en el área andina abrió la teoría de Gaia al derecho, afirma Zaffaroni (2012, p 89): “Gaia es la Pachamama”. A diferencia de la cultura europea, el concepto de Gaia o Pachamama no deriva de estudios y reflexiones científicas, sino de culturas ancestrales, afirma el mismo autor.

Estas experiencias constitucionales de Bolivia y Ecuador en materia ambiental recuerdan de alguna forma el concepto alemán del Estado constitucional ecológico (*ökologische Verfassungsstaat*) (Steinberg, 1998). Como analiza Canotilho (2001) en esta teoría constitucional de Steinberg se afirma que el Estado constitucional, además de ser un Estado de derecho democrático y social, debe estar regido por principios ecológicos y apuntar a nuevas formas democráticas participativas. Un Estado constitucional ecológico presupone una concepción y un derecho integrados e integrativos del medio ambiente. Se apunta con esta teoría a la necesidad de una protección global, sistemática e integral que no se reduzca a la defensa aislada de los componentes ambientales naturales (aire, luz, agua, suelo vivo y subsuelo, flora y fauna) o de los componentes humanos (paisaje, patrimonio natural y construido, y contaminación). Otro elemento esencial de esta teoría es el concepto de comunitarismo ambiental o de una comunidad con responsabilidad ambiental basada en la participación activa del ciudadano en la defensa y la protección del medio ambiente.

Se puede también afirmar, en base a lo analizado, que las dos constituciones se colocan en el nuevo constitucionalismo latinoamericano,²⁸

²⁸ En la teoría constitucional contemporánea esto se diferencia de las dos otras corrientes, el neo constitucionalismo y el constitucionalismo popular. Según Alterio A.M., (2014), Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a Debate, *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, n8, como neo constitucionalismo se “designa un modelo constitucional, o sea, el conjunto de mecanismos normativos e institucionales, realizados en un sistema jurídico-político históricamente determinado, que limi-

caracterizado como afirma Baldin (2013) en una nueva semántica de la constitución, distinta de los modelos occidentales, que refleja un saber y una cultura que se añade a los modelos de los colonizadores y que tiene que ser considerado para fundar una epistemología del Sur que se basa sobre la democratización, desmercantilización y desmitificación de las categorías occidentales.²⁹ Para entender este nuevo constitucionalismo y en particular los valores andinos de las dos Constituciones, se tiene que hacer referencia a los conceptos de tradición y pluralismo jurídico que son la base del proyecto de derecho contra-hegemónico³⁰ y cosmopolita subalterno,³¹ como refieren unos autores, entre los que se cuenta a Baldin.

Tradición es la valorización y recuperación de la cultura, usanzas indígenas andinas y sus valores. Pluralismos jurídicos es el pasaje de un concepto de pluralismo social a uno de Estado Plurinacional (Baldin, 2013). Los artículos primero de las constituciones boliviana y ecuatoriana refieren a la plurinacionalidad del Estado. En el pasado los antecedentes se limitaban a reconocer sociedades multiétnicas y pluriculturales, mientras ahora se contemplan prácticas democráticas diferenciadas, como la integración de sistemas de justicia indígena.

tan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales” (p 232) y como constitucionalismo popular se intenta “recuperar el debate en torno al papel del ‘pueblo’ en la discusión y decisión de los asuntos constitucionales” (p 254).

²⁹ Aquí se observa una referencia al trabajo de De Sousa Santos B., (2009).

³⁰ Concepto que refiere a una distinta distribución de los recursos materiales, culturales y simbólicos (Baldin, 2013, p 5).

³¹ Modelo de desarrollo que nace en los años setenta como proyecto cultural y jurídico alternativo vuelto a la protección de los oprimidos. A respecto se sugiere: Croce M. y Salvatore A. (2013), *Filosofía política. Le nuove frontiere*, Roma, Italia, Laterza, y Foroni, M. (2014) *Beni comuni e diritti di cittadinanza. Le nuove costituzioni sud-americane*, Milano, Italia, Ti Pubblica.

3.1. El caso boliviano

Antecedente importante a la Constitución boliviana del 2008 es la Declaración de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia) del 7 de diciembre del 1996³²:

Reafirmamos que el ser humano tiene derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza, por lo que constituye un centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sustentable. Es necesario que las estrategias de desarrollo incorporen la sostenibilidad como elemento indispensable para lograr de manera equilibrada, interdependiente e integral los objetivos económicos, sociales y ambientales, (Guaranda, 2009, p 15).

En el preámbulo de la Constitución de Bolivia se hace una referencia específica a la Pachamama como fundamento de la Constitución: “Cumpliendo con el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia” (Zaffaroni, 2012, p 109). Otro artículo importante para entender la relación entre humano y medio ambiente es el ya referido artículo 8 de la constitución boliviana, que en su inciso dos³³ dicta unos principios y valores constitucionales que hacen referencia directa a principios éticos y religiosos de la cultura ancestral de la región andina.³⁴

³² Texto completo en: Declaración Santa Cruz desarrollo sustentable 1996. Consultado el 23 de mayo 2018 en <http://www.otrodesarrollo.com/desarrollosostenible/DeclaracionStaCruzDesaSust1996.htm>

³³ “El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien”.

³⁴ De acuerdo a Huanca Ayaviri (2015 p 125), el Art. 33 de la Constitución de Bolivia de 2008, en su capítulo quinto, sección I (Derecho al medio ambiente) se dice: “Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente.”

Estos conceptos son una llave de lectura para interpretar todas las normas de tutela ambiental, y no solo de la Constitución boliviana. En igual sentido, y con carácter innovador e indispensable, se establece en el Art. 9.6 de la constitución la primera base de defensa del ambiente:

Promover y garantizar el aprovechamiento responsable y planificado de los recursos naturales, e impulsar su industrialización, a través del desarrollo y del fortalecimiento de la base productiva en sus diferentes dimensiones y niveles, así como la conservación del medio ambiente, para el bienestar de las generaciones actuales y futuras.

A estas disposiciones constitucionales se añade el Art. 2 de la Ley del Medio Ambiente de Bolivia (Ley 1333, del 27 abril 1992):

Se entiende por desarrollo sostenible el proceso mediante el cual se satisfacen las necesidades de la actual generación, sin poner en riesgo la satisfacción de necesidades de las generaciones futuras. La concepción de desarrollo sostenible implica una tarea global de carácter permanente.³⁵

Entonces, se puede afirmar que un elemento nuevo y peculiar en el desarrollo sostenible en Bolivia es la “variable de la espacialidad y temporalidad” (Guaranda, 2009).

El artículo 342 de la constitución establece como deberes del Estado y de la población: conservar, proteger y aprovechar de manera sustentable los recursos naturales y la biodiversidad, así como mantener el equilibrio del medio ambiente. Pero no se encuentran en la Constitución ni en la ley 1333 de Medio Ambiente los principios de prevención y precaución. Esta falta podría generar vacíos en la interpretación del artículo 15 de la declaración de Río en el momento de su aplicación por los jueces nacionales.

³⁵ Texto consultado el 6 de mayo 2018 en <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/bo/bo056es.pdf>

Otro principio importante de tutela ambiental es la participación social como mecanismo empleado para democratizar las decisiones ambientales y el derecho a la información, un aporte significativo que deriva directamente del desempeño de los movimientos sociales en las últimas décadas. El artículo 343 de la constitución boliviana establece que “la población tiene derecho a la participación en la gestión ambiental, a ser consultada e informada previamente sobre decisiones que pudieran afectar a la calidad del medio ambiente” (Guaranda, 2009, p 22). Por otro lado, en la legislación secundaria están los procedimientos de participación. Así, el artículo 92 de la Ley de Medio ambiente sostiene:

Toda persona natural o colectiva tiene derecho a participar en la gestión ambiental, en los términos de esta Ley, y el deber de intervenir activamente en la comunidad para la defensa y/o conservación del medio ambiente y en caso necesario hacer uso de los derechos que la presente Ley le confiere.

Importante para una participación concreta es el acceso a la información que posibilita intervenciones activas y concretas. En la constitución boliviana no existe un principio que tutele el acceso a esta información, pero sí existe una mención específica en el artículo 93 de la Ley del Medio Ambiente (1333).

En el ordenamiento jurídico boliviano hay tres procesos para defender los derechos ambientales (Mamani, 2012). Se prevé en el artículo 34 de la constitución la acción popular, con una interpretación amplia y abierta a todas las personas naturales, jurídicas, públicas o privadas. El mencionado artículo señala que:

Cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, está facultada para ejercitar las acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el medio ambiente.

La sección VI de la constitución dedicada a la acción popular, en su artículo 136 especifica que será procedente en casos de acto u omisión de las autoridades, personas individuales o colectivas que violen o amenacen con violar los derechos o intereses colectivos relacionados, ente otros, al medio ambiente. El artículo 137 contempla que la acción puede ser interpuesta por cualquier persona, ya sea a título individual o en representación de una colectividad. Establece con carácter obligatorio la intervención del Ministerio Público y del Defensor del Pueblo³⁶ y prevé, además, la aplicación del Procedimiento de la Acción de Amparo Constitucional.

El Código Procesal Constitucional (2012) norma la acción popular en sus artículos del 68 al 71. Su artículo 68 prevé que:

La Acción Popular tiene por objeto garantizar los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, espacio, seguridad y salubridad pública, medio ambiente y otros de similar naturaleza reconocidos por la Constitución Política del Estado, cuando ellos por acto u omisión de las autoridades o de personas naturales o jurídicas son violados o amenazados.³⁷

Otra acción de defensa del derecho ambiental es la acción de cumplimiento, prevista en el artículo 135 de la constitución. En caso de incumpliendo de disposiciones constitucionales o de la ley por parte de los servidores públicos, se puede proceder con esta acción para garantizar la ejecución de la norma omitida. Se tramita de la misma forma que la acción de amparo constitucional (Mamani, 2012).

³⁶ La ley 071 del 21 de diciembre 2010 contempla la creación de una Defensoría de la Madre Tierra. Todavía tal institución no ha sido creada. Para un análisis periodístico leer: Tras 6 años de la 071, aún no hay la Defensoría de la Madre Tierra. (2016, 29 de febrero). Consultado el 20 de abril 2018 en <http://www.paginasiete.bo/nacional/2016/2/29/tras-anos-071-defensoria-madre-tierra-88232.html>

³⁷ L. D. S. R., & LexiVox. Bolivia: Código Procesal Constitucional, 5 de julio de 2012. Consultado el 23 de abril 2018 en <http://www.lexivox.org/norms/BO-L-N254.xhtml>

La tercera herramienta es el amparo constitucional. Está previsto en los artículos 129 y 130 de la constitución contra los actos u omisiones ilegales o indebidos. Se utiliza también para la defensa de los derechos de tercera generación, como el ambiental.

Otro elemento de la constitución, de carácter preventivo y participativo para la tutela ambiental, es la consulta previa. Para las actividades ambientales está contenida en el artículo 343 ya mencionado. El artículo 30.15 de la constitución señala que las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos tienen derecho a ser consultados mediante procedimientos apropiados, una especificación que valoriza y garantiza su mejor participación democrática sobre decisiones de tutela cultural y ambiental. El derecho a la consulta previa se enfatiza en el artículo 352 de la constitución, que prevé que antes de “las explotaciones de recursos naturales en determinado territorio, la explotación estará sujeta a un proceso de consulta a la población afectada, convocada por el Estado, que será libre, previa e informada” (Mamani, 2012, p 109).

La Ley de Hidrocarburos 3058 del 17 de mayo 2005 y el Reglamento de Consulta y Participación para Actividades Hidrocarburíferas (Decreto Supremo 29033) añaden a las características de la consulta previa unos criterios importantes: la buena fe de la consulta, la transparencia de la información y la veracidad de los datos. La ley 3058 establece que la consulta es obligatoria y que sus resultados tienen que ser respetados. Prevé una consulta previa a la licitación, autorización y contratación y otra antes de la aprobación del estudio de evaluación de impacto ambiental.

El Tribunal Constitucional de Bolivia es muy activo al respecto. Por ejemplo, en la sentencia 0045/2006 del 2 de junio 2006 ha declarado inconstitucionales unos artículos de la Ley de Hidrocarburos que no garantizaban de forma adecuada la obligación de la consulta previa. En este sentido, es importante recordar la sentencia número 300/2012, del 18 de junio 2012 que expuso los elementos constitutivos de la consulta previa (Mamani, 2012, p 94). Es previa, considerando el

convenio 169 de la OIT,³⁸ es decir, debe ser anterior a la ejecución del proyecto o plan con potencial impacto ambiental.³⁹ Es informada, lo que implica que el Estado debe brindar una correcta información a todas las partes. Es de buena fe, lo que significa la ausencia de cualquier tipo de coerción.⁴⁰

La tutela específica está prevista en el artículo 385 de la constitución:

I. Las áreas protegidas constituyen un bien común y forman parte del patrimonio natural y cultural del país; cumplen funciones ambientales, culturales, sociales y económicas para el desarrollo sustentable. II. Donde exista sobreposición de áreas protegidas y territorios indígena originario campesinos, la gestión compartida se realizará con sujeción a las normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, respetando el objeto de creación de estas áreas.

Pero actualmente, en diez áreas protegidas se han concedido permisos a empresas petroleras para sus trabajos (por ejemplo en parte de los parques Madidi, Aguaragüe, Carrasco, etc.). La continuidad de estas concesiones, algunas anteriores a la nueva constitución, causan numerosos problemas y conflictos, abriendo dudas sobre la tutela de los principios constitucionales.

³⁸ Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre los pueblos indígenas del 1989, ratificado por Bolivia en el 1991.

³⁹ También es un elemento que aparece en la sentencia serie C No.172, parr.133, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Adopta la consulta previa “no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si este fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta del Estado” (Mamani 2012, p 96).

⁴⁰ También en la sentencia 2003/2010 R del Tribunal Constitucional: “La consulta debe ser realizada de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias” (Mamani, 2012, p 104).

La constitución boliviana no prevé artículos específicos sobre la responsabilidad por daño ambiental. La constitución ecuatoriana, en cambio, prevé responsabilidad objetiva. En el artículo 345 se indica:

Las políticas de gestión ambiental se basarán en (...) la responsabilidad por ejecución de toda actividad que produzca daños medioambientales y su sanción civil, penal y administrativa por incumplimiento de las normas de protección del medio ambiente.

El artículo 347 declara la imprescriptibilidad de los delitos ambientales, prevé responsabilidad directa, obliga a establecer medidas de seguridad preventivas y a neutralizar el posible impacto ambiental negativo.

De particular interés es el artículo 187 de la constitución boliviana que establece la creación de un Tribunal Agroambiental: “El Tribunal Agroambiental es el máximo tribunal especializado de la jurisdicción agroambiental. Se rige en particular por los principios de función social, integralidad, inmediatez, sustentabilidad e interculturalidad.” Además, el artículo 188 establece que los magistrados deberán cumplir los mismos requisitos que los indicados para el Tribunal Supremo de Justicia, añadiendo especialidad en jurisdicción agraria. El artículo 190 establece como sus atribuciones la resolución de conflictos sobre temáticas de recursos naturales renovables, acciones reales agrarias, forestales, ambientales, de agua y derechos de uso.

Las leyes y normas más importantes que concretizan y aplican estos principios constitucionales son la Ley del Medio Ambiente 1333, el Reglamento de Prevención y Control Ambiental,⁴¹ el Reglamento General de Gestión Ambiental,⁴² la Ley de Hidrocarburos, el Reglamento

⁴¹ Texto completo en http://biblioteca.unmsm.edu.pe/redlieds/Recursos/archivos/Legislacion/Bolivia/reglamento_prevenccion.pdf

⁴² Texto completo en http://www.mmaya.gob.bo/vma/Normativa%20DGMACC/01_RGGA.pdf

Ambiental para Actividades Mineras y el Reglamento Ambiental para el Sector Hidrocarburos.⁴³

En estos años han sido numerosos los conflictos internos para hacer respetar los derechos ambientales presentes en la Constitución. Un caso emblemático es el Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécore (TIPNIS). En la elaboración del primer proyecto de la carretera en el tramo entre Brasil y Bolivia, unos líderes indígenas denunciaron que:

Estas negociaciones y acuerdos, fueron realizados sin la participación de los habitantes del TIPNIS, violando la Constitución Política del Estado Plurinacional, que reconoce el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas y a la consulta previa que se les debe hacer antes de intervenir sus territorios con diversos fines, más aún, cuando se trata de proyectos de infraestructura que fomentan el extractivismo de sus recursos naturales (“TIPNIS”, s/f).

Ante una situación de grave conflicto, que se ha manifestados con marchas y contra marchas, se aprobó la Ley 180 del 2011 que detuvo los trabajos de construcción de la carretera. Su artículo 3 dispone “que la carretera Villa Tunari - San Ignacio de Moxos, como cualquier otra, no atravesará el Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécore – TIPNIS”.⁴⁴ Con las influencias de grupos de intereses con la Ley 222 del 2012 se abrió una consulta a las comunidades locales sobre la construcción de la carretera. En el artículo 4 sostiene:

(Finalidad de la consulta). Lograr un acuerdo entre el Estado Plurinacional de Bolivia y los pueblos indígenas originario campesinos Mojeño-Trinitario, Chimane y Yuracaré, sobre los siguientes asuntos: a. Definir si el Territorio Indígena y

⁴³ Texto completo en: D.S. 24335 <http://www.santacruz.gob.bo/turistica/medioambiente/calidad/legislacion/contenido.php?IdNoticia=3382&IdMenu=300520>

⁴⁴ Texto consultado el 19 de junio 2018, en: <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/electronic/90573/104493/fl293369730/bol90573.pdf>

Parque Nacional Isiboro Sécore (TIPNIS) debe ser zona intangible o no, para viabilizar el desarrollo de las actividades de los pueblos indígenas Mojeño-Trinitario, Chimane y Yuracaré, así como la construcción de la Carretera Villa Tunari – San Ignacio de Moxos. b. Establecer las medidas de salvaguarda para la protección del Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécore – TIPNIS, así como las destinadas a la prohibición y desalojo inmediato de asentamientos ilegales respetando la línea demarcatoria del TIPNIS.⁴⁵

El proceso de consulta ha sido promovido el 29 de julio 2012 y en el 2013 el Tribunal Supremo Electoral elaboró un informe con los siguientes resultados: el 82% de las comunidades consultadas rechazan el antecedente status del TIPNIS, mientras el 80% es favorable a la construcción de la carretera (Tribunal Supremo Electoral de Bolivia, 2013).

Las comunidades indígenas locales han denunciado graves irregularidades en este proceso, sea a través de la cooptación de dirigentes a cambio de empleos, dotación de alimentos, materiales y entrega de bonos, o mediante actos de intimidación tales como permanentes requisas por parte del ejército, amenazas de juicio, cortes de comunicación y limitaciones para acceder al combustible que les permite movilizarse en su territorio (Asamblea Permanente de Derecho Humanos de Bolivia, a la Federación Internacional de Derechos Humanos, 2013).

En base a estas acusaciones pidieron a la Asamblea Permanente de Derecho Humanos de Bolivia, a la Federación Internacional de Derechos Humanos y a la Iglesia Católica que hagan un trabajo de investigación sobre los procedimientos utilizados en la consulta. Las conclusiones de este informe no son positivas para el Estado Plurinacional de Bolivia:

el proceso de consulta no fue libre, ni informado, y no respetó el principio de buena fe. Además, el protocolo de financia-

⁴⁵ Consultado el 20 de junio 2018, en: http://sea.gob.bo/digesto/CompendioII/R/196_L_222.pdf

miento del proyecto fue firmado dos años antes de que se realizara dicha consulta, en clara violación al carácter previo que ésta debe tener, de acuerdo con las obligaciones tanto constitucionales como internacionales de Bolivia. Según el Convenio 169 de la OIT⁴⁶ y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas,⁴⁷ que tienen rango constitucional, las consultas realizadas deben tener como finalidad obtener el consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas ‘antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.’ (Asamblea Permanente de Derecho Humanos de Bolivia, a la Federación Internacional de Derechos Humanos, 2013).

y aumenta que:

el Estado boliviano tiene la obligación de suspender el proyecto de construcción del segundo tramo de la carretera bioceánica mientras no se consulte a las comunidades indígenas del TIPNIS de manera adecuada y se obtenga su consentimiento previo, libre e informado (Asamblea Permanente de Derecho Humanos de Bolivia, a la Federación Internacional de Derechos Humanos, 2013).

⁴⁶ Convenio 169 de la OIT, artículo 6.2: “Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”

⁴⁷ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), artículo 19: “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.”

Por las polémicas en el 2013 el proyecto fue suspendido otra vez,⁴⁸ pero en el 2015 Evo Morales anunció nuevamente la ejecución del proyecto, y se presentó otro proyecto causando rechazos por parte de unas comunidades y movimientos ecológicos. El 13 de agosto de 2017 se ratificó la Ley 969 “de Protección, Desarrollo Integral y sustentable del Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécore – TIPNIS”, que abroga la Ley 180. En su Art. 9 sostiene que:

Las actividades de articulación e integración que mejoren, establezcan o mantengan derechos de los pueblos indígenas como la libre circulación, a través de la apertura de caminos vecinales, carreteras, sistemas de navegación fluvial, aérea y otras, se diseñarán de manera participativa con los pueblos indígenas, debiendo cumplir la normativa ambiental vigente.⁴⁹

Una vez más la ley aprobada comprende incongruencias. De una parte se expone la protección de los derechos de la Madre Tierra⁵⁰ y de otra parte se acepta la construcción de infraestructuras y utilización de recursos naturales en una zona protegida. Igualmente, el Art. 10:

El aprovechamiento de los recursos naturales renovables y el desarrollo de actividades productivas podrá realizarse con la participación de privados siempre que existan acuerdos o asociaciones con los pueblos indígenas del TIPNIS y la autorización y seguimiento de las entidades estatales competentes.⁵¹

⁴⁸ Declaraciones de Álvaro García Linera, vicepresidente de Bolivia en: <https://www.paginasiete.bo/nacional/2014/1/4/vicepresidente-descarta-carretera-tipnis-10441.html>

⁴⁹ Consultado el 19 de junio 2018 en: <http://www.derechoteca.com/gacetabolivia/ley-no-969-del-13-de-agosto-de-2017/>

⁵⁰ Existen incongruencias entre estas políticas y los artículos 4 y 10 de la Ley 300, Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien, y el Art. 7 de la Ley 071, Ley de Derechos de la Madre Tierra.

⁵¹ Consultado el 21 de junio 2018, en: <http://www.derechoteca.com/gacetabolivia/ley-no-969-del-13-de-agosto-de-2017/>

Unos dirigentes indígenas del TIPNIS han presentado el caso ante el Tribunal Internacional de Derechos de la Naturaleza, en cuanto la nueva Ley 969 es vista como una violación a la Declaración de los Derechos de la Madre Tierra (adoptada en 2010 en Tiquipaya, Bolivia), en particular contra su Art. 2; y la Ley 71 de los Derechos de la Madre Tierra, en particular su Art. 8. El caso ha sido aceptado por parte del Tribunal con la Decisión n.1/2018 y actualmente está en fase de análisis.⁵²

3.2 El caso ecuatoriano

Como en el caso de Bolivia, en el preámbulo de la constitución del Ecuador hay una referencia directa a la Pachamama: “celebrando a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia” (Zaffaroni, 2012, p 108).

En el artículo 14 de la constitución ecuatoriana se lee:

Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el Buen Vivir, Sumak Kawsay. Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.⁵³

Su artículo 15 otorgar protecciones para el mismo derecho:

El Estado promoverá, en el sector público y privado, el uso de tecnologías ambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes y de bajo impacto. La soberanía energética

⁵² Texto completo de la decisión n.1/2018 del Tribunal Internacional por los derechos de la naturaleza en: <http://therightsofnature.org/wp-content/uploads/2018/03/BONN-2018-TIPNIS-Espa%C3%B1ol.pdf>. Consultado el 10 de septiembre 2018.

⁵³ Todos los textos de la constitución del Ecuador han sido consultados en 2018 en http://www.derecho-ambiental.org/Derecho/Legislacion/Constitucion_Asamblea_Ecuador_1.html y en http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf

no se alcanzará en detrimento de la soberanía alimentaria, ni afectará el derecho al agua. Se prohíbe el desarrollo, producción, tenencia, comercialización, importación, transporte, almacenamiento y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, de contaminantes orgánicos persistentes altamente tóxicos, agroquímicos internacionalmente prohibidos, y las tecnologías y agentes biológicos experimentales nocivos y organismos genéticamente modificados perjudiciales para la salud humana o que atenten contra la soberanía alimentaria o los ecosistemas, así como la introducción de residuos nucleares y desechos tóxicos al territorio nacional.

Elemento inédito de la Constitución de 2008, entre lo más destacado del proceso constituyente de Montecristi es, seguramente, la noción de Buen Vivir, que orienta todo el marco constitucional. La definición de este concepto emana de la cosmovisión de numerosos pueblos ancestrales. Significa una vida en armonía de los individuos en un entorno natural. Es este un concepto complejo que se contrapone a las tradiciones ético-religiosas occidentales, basadas en conceptos como el vivir cada vez mejor, creando, de esta forma, los cimientos para un modelo económico de crecimiento continuo y de explotación de los recursos naturales (Melo, citado en Guaranda, 2009).

El artículo 275 de la Constitución señala algunos elementos sobre su aplicación: “El buen vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza”. Según Mario Melo esto señala una necesidad de diálogo franco y genuinamente intercultural para llenar de contenido la noción de Buen Vivir.

La constitución reconoce a la naturaleza dos derechos: el derecho a que se respete su efectividad y el mantenimiento y reproducción de sus ciclos de vida, funciones y métodos evolutivos (Art. 71) y el derecho a la restauración (Art. 72). Además, reconoce otros derechos

para un mejor ejercicio de los dos primeros: el derecho a la acción popular para reclamar la violación de los derechos de la naturaleza (Art. 71) y el derecho del Estado a aplicar, donde sea necesario, medidas de prevención y precaución (Art. 73).

El tema del desarrollo sostenible es transversal en la Constitución de Montecristi, desde la orientación de políticas sociales, hasta la estructura del modelo económico y al interior de las responsabilidades del Estado. El artículo 395 sostiene que:

La Constitución reconoce los siguientes principios ambientales: 1. El Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras.

Como analiza Guaranda (2009), la Constitución ecuatoriana es un caso único en cuanto al desarrollo del derecho ambiental, va más allá de la tutela de espacios naturales, abandona el enfoque antropocéntrico del ambiente y pasa a una visión biocéntrica del desarrollo. Esto comporta también una nueva relación entre naturaleza y desarrollo económico. En particular, esta nueva relación está explicitada en el artículo 71 de la constitución: “La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”. Es decir, plantea una relación armoniosa entre naturaleza, economía y sociedad, inspirada en el principio rector del Buen Vivir o Sumak Kawsay, garantiza la sostenibilidad de la población humana y de la misma naturaleza, siendo esta última considerada como sujeto de derechos (Guaranda, 2009).

El artículo 396 de la constitución del Ecuador,⁵⁴ establece claramente los principios en los que se sustenta la protección ambiental y se refiere abiertamente a medidas preventivas explicitando también el principio de precaución. Estas medidas se traducen en la ley de Gestión Ambiental del Ecuador,⁵⁵ como licencias ambientales, controles preventivos y monitoreo de obras con potenciales impactos ambientales. El poner en la constitución un principio como el de prevención, y referencia al de precaución, es un avance importante en la tutela del medio ambiente. Estos principios no existen en la mayoría de las constituciones de la región y están relegados simplemente a buenas intenciones de aplicación de normas internacionales o a normas de sector y leyes ordinarias. El prever el principio de precaución en el ámbito constitucional seguramente garantiza una mayor tutela de aplicación. Así, el Tribunal Constitucional de Ecuador (actualmente Corte Constitucional) aplicó este principio, por ejemplo, en la resolución 1409-2007-RA del 2 de octubre de 2008 de su Segunda Sala, en el caso ambiental Danile Jungal en el que puede leerse:

sin lugar a dudas una de las medidas de mayor importancia con respecto a la protección al derecho del medio ambiente sano, es la formulación del principio de precaución, el cual ha sido reconocido en varios instrumentos internacionales, como lo es la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente (Guaranda, 2009, p 20).

Sobre el principio de participación ciudadana la primera parte del artículo 395 de la constitución ecuatoriana establece: “el Estado ga-

⁵⁴ En la primera parte del artículo: “El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño. En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas”.

⁵⁵ Texto completo en ley de Gestión Ambiental, Codificación (2004). Consultado el 7 de abril 2018 en <http://www.ambiente.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/09/ley-de-gestion-ambiental.pdf>

rantizará la participación activa y permanente de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades afectadas, en la planificación ejecución y control de toda actividad que genere impactos ambientales.” En el artículo 28 de la Ley de Gestión Ambiental⁵⁶ se prevé una más amplia participación ciudadana en cuestiones ambientales, ya sea en consulta pública, audiencia u otras iniciativas.

En la constitución del Ecuador están bien definidas las garantías de protección ambiental. Las más importantes son: la acción pública, que es el permiso a todas las personas naturales o jurídicas, colectividad o grupo de ejercer una acción legal y acudir a un órgano judicial o administrativo para la protección ambiental; las medidas cautelares como acción preventiva de un daño ambiental; la carga de la prueba que pesa sobre el gestor de actividades peligrosas o del demandado; los mecanismos de manejo sustentable de recursos naturales y acciones preventivas de tutela; la regulación de la producción, importación, distribución, uso y disposición final de materiales tóxicos y peligrosos para las personas y el ambiente; el asegurar la intangibilidad de las áreas protegidas; el establecer a nivel nacional un sistema de gestión y prevención de desastres naturales; la consulta a la comunidad sobre actividades que pueden afectar el ambiente, así como un sistema nacional descentralizado de gestión ambiental.

Al lado de estas herramientas se ponen como principios rectores de la tutela ambiental la imprescriptibilidad y el principio pro natura, lo que demuestra un panorama de fuerte y garantizada tutela ambiental (Guaranda, 2009).

⁵⁶ “Toda persona natural o jurídica tiene derecho a participar en la gestión ambiental, a través de los mecanismos que para el efecto establezca el Reglamento, entre los cuales se incluirán consultas, audiencias públicas, iniciativas, propuestas o cualquier forma de asociación entre el sector público y el privado. Se concede acción popular para denunciar a quienes violen esta garantía, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal por denuncias o acusaciones temerarias o maliciosas.”

La acción popular en Ecuador se encuentra en la primera parte del Art. 397 de su constitución:

El Estado se compromete a: 1. Permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio.

En cuanto a la consulta previa, en Ecuador existen dos categorías. Una primera para la protección de un derecho difuso como el ambiente, ejercida por la ciudadanía en general, y una segunda que se refiere a actividades de prospección, explotación y comercialización de recursos naturales no renovables en territorios indígenas. Esta tutela está en la Constitución en el artículo 398: “Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente”. En el mismo artículo reenvía a la ley la reglamentación de la consulta previa y subraya que el sujeto consultante será el Estado que “valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos.” Sin embargo, al final, la norma establece que si hay una oposición mayoritaria a una obra o acción, el Estado puede tomar una decisión a favor o en contra delegando el caso, con una serie de motivaciones, a una instancia administrativa según modalidad de ley. Esta norma valoriza la participación de las comunidades, no obstante establece que la consulta no es vinculante para el Estado.

El artículo 57 de la constitución señala la misma herramienta dedicada específicamente a los pueblos indígenas, que ven su medio ambiente y cultura amenazados por programas o acciones de prospección, explotación y comercialización de sus recursos no renovables. Todo esto abre un conflicto interpretativo ya que la constitución tiene

por una parte un espíritu que defiende las culturas y ambientes donde viven las comunidades pero, al mismo tiempo, el citado artículo 398 establece que la decisión, en caso de oposición de las comunidades locales, será tomada por la instancia administrativa correspondiente a partir de una resolución debidamente motivada. Actualmente, no existe una legislación específica sobre la consulta previa de los pueblos indígenas y esto está causando no pocos problemas de aplicación concreta para una efectiva protección ambiental.

La constitución en su artículo 407 plantea una tutela aparte y más estricta para las áreas protegidas, donde se prohíben actividades extractivas de recursos no renovables, sin embargo en el mismo artículo establece excepciones previa declaración de interés nacional. Así que, también en este caso, la misma constitución tiene abierta una puerta a la explotación del medio ambiente, incluso en áreas protegidas, aunque sean motivadas por el aparato estatal. Esta norma abre no pocos conflictos en la interpretación del llamado interés nacional. Todo depende de si se tiene un enfoque de desarrollo clásico y económico, o uno de desarrollo sostenible y de tutela de culturas y ambiente local. Muchas son todavía hoy las actividades extractivas en reservas naturales (por ejemplo, la Reserva Biológica de Limoncacha, Parque Nacional Yasuni, Reserva de Producción Faunística Cuyabeno).

Sobre la responsabilidad por daño ambiental la constitución del Ecuador en el artículo 396 dispone que: “La responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas.”

Se trata de una responsabilidad directa que recae sobre los actores responsables de acciones con impacto ambiental⁵⁷ y que se traslada

⁵⁷ Art. 396 Constitución de Ecuador: “Cada uno de los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios asumirá la respon-

también a los servidores públicos responsables del control ambiental (Guaranda, 2009, p 49). Considerando que el derecho de tutela ambiental, fundado en el principio de desarrollo sostenible, es una tutela transgeneracional, la constitución declara que las acciones legales por daño ambiental son imprescriptibles.⁵⁸ La constitución prevé también una protección tutelar del ambiente de parte del Estado que tiene que actuar inmediata y subsidiariamente para garantizar la tutela de la salud humana y la restauración del ecosistema (Art. 397).

A lado de la constitución, el Estado del Ecuador tiene leyes en el ámbito ambiental que aplican y concretizan los principios constitucionales analizados. Entre las más importantes están: la Ley de Gestión Ambiental,⁵⁹ Ley de Control y Prevención de la Contaminación,⁶⁰ Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio de Ambiente, Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre, Ley de Minería y Reglamento Ambiental para Operaciones Hidrocarburíferas 1215.

No obstante, no faltan los casos que han generado numerosas críticas y protestas como el caso de Yasumi-ITT, que se ha transformado de caso de excelencia en política ambiental a desilusión. En el 2007 el presidente Rafael Correa había propuesto a la comunidad internacional un proyecto para proteger el Parque Natural de Yasumi. La idea era interrumpir y contrastar nuevas explotaciones de la zona a cambio de in-

sabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los danos que ha causado, y de mantener un sistema de control ambiental permanente.”

⁵⁸ Art. 396 Constitución de Ecuador: “Las acciones legales para perseguir y sancionar por danos ambientales serán imprescriptibles.”

⁵⁹ Texto completo en: Ley de Gestión Ambiental, Codificación. (2004). <http://www.ambiente.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/09/ley-de-gestion-ambiental.pdf>

⁶⁰ Texto en: Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental, Nacional, en <http://www.ambiente.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/09/ley-de-prevencion-y-control-de-la-contaminacion-ambiental.pdf>

gresos, el 50% correspondiente a los ingresos que Ecuador hubiera ganado con la explotación petrolera de la zona, garantizados por la comunidad internacional. Lastimosamente, el proyecto no ha logrado su objetivo. Según fuentes del gobierno, se habría alcanzado sólo el 0,37% de los aportes a nivel internacional (Lalander, 2015). Por esta razón, en el 2013 oficialmente se ha cerrado el programa de protección del parque, abriéndose la posibilidad de nuevas concesiones de explotación de la zona para la extracción de petróleo (con herramientas que tendrían que proteger buena parte del medio ambiente).⁶¹

4. Conclusiones

1. El Buen Vivir de la constitución de Montecristi y el Vivir Bien de la constitución boliviana son conceptos cercanos a la vida buena (*euzen, eudaimonia*) del pensamiento griego clásico de Aristóteles y Platón. En Grecia se hablaba de “un bienestar derivado del equilibrio del alma, unido a la virtud, al arete, esto es la excelencia o competencia en lo que nos toca hacer de la vida” (Bandieri, 2015, p 54), es un concepto de vida buena que se logra sólo en el contexto de las polis y no a nivel individual.

2. La interpretación de Zaffaroni de la Pachamama, que se encuentra en las constituciones brevemente analizadas, lleva a considerar la Pachamama como una unidad viviente y activa que no admite el plural, o en otros términos, otros seres. El hombre, según la cultura prehispánica, es sólo un colaborador cósmico y no un sujeto independiente. Es una visión que se mezcla, según Luis María Bandieri (2015), con los rasgos del nihilismo posmoderno que, en el otro extremo, considera al individuo soberano y narcisista, en el afán de transformar sus deseos en realidad, considerando su actuar como su

⁶¹ Después de los resultados del referéndum del 4 de febrero 2018 en Ecuador, se podrán limitar nuevamente las áreas de explotación petrolera en el Parque Yasuni.

derecho individual y absoluto. Entre estas posiciones extremas se concuerda que “hay que cambiar el punto de partida y entender a la persona como sujeto de deberes hacia sí mismo, hacia los otros, hacia los animales y hacia lo inanimado, reconstruyendo su lugar en la sociedad y en la naturaleza” (Bandieri, 2015, p 55).

3. Las constituciones de Ecuador y Bolivia se destacan respecto a otras de la región de América Latina en cuanto:

han devenido en una nueva estructura estatal en la cual el derecho ambiental tiene una relevancia importante y transversal, asumiendo una posición ecosistemática del desarrollo con variables muy importantes como la plurinacionalidad y el *Su-mak Kawsay* o Buen Vivir (Guaranda, 2009, p 146).

El mismo autor subraya el hecho de que si bien el derecho ambiental en estos países parece una prioridad legislativa, cultural y política, Bolivia y Ecuador siguen moviéndose en un contexto de economía extractivista, donde las actividades mineras y de extracción de hidrocarburos se multiplican más cada año, causando graves daños ambientales y a la salud de las personas. Los principios de prevención y precaución en la mayoría de los casos son inobservados por parte de las autoridades administrativas y judiciales, y normalmente prevalecen las consideraciones de carácter económico más que las ecológicas. Como fue visto en los párrafos antecedentes, por un lado la consulta previa y la participación ciudadana, particularmente de las comunidades indígenas, son tuteladas por las constituciones y las leyes ambientales, y parecen ser una prioridad política de los Estados; por otro lado, en muchos casos, su aplicación ha sido irrelevante cuando se trata de acciones o construcciones de infraestructuras importantes o relevantes para el desarrollo económico del país.

4. En la temática de daño ambiental, la legislación de Ecuador prevé una responsabilidad para todo daño ambiental mientras que en Bolivia se establece sólo una responsabilidad por delitos ambientales. Todavía en

estos países “el Estado es el principal agente de contaminación y extracción de recursos naturales no renovables” (Guaranda, 2009, p 147).

5. Las dos constituciones son muy ambiciosas en el ámbito ambiental, pero sin organismos de control y garantía, las normas de protección del ambiente tienen y tendrán dificultades en ser aplicadas de forma concreta. Examinando en concreto y por entero a ambas constituciones, y en particular las leyes sobre el medio ambiente en paralelismo con las de minería e hidrocarburos de los dos países, en realidad es notorio que no son verdaderamente, o por lo menos no en su totalidad, biocéntricas o ecocéntricas hacia los recursos naturales, como algunos autores indican, entre ellos Gudynas (2011) y Ramírez (2012), sino que conservan características de antropocentrismo pragmático en sus modelos de desarrollo (Lalander, 2015). Por un lado existen artículos constitucionales sobre la tutela del ambiente, pero por otro ambos Estados guardan una economía prioritariamente extractivista. Esto se manifiesta concretamente en las líneas políticas de los gobiernos de Bolivia y Ecuador, y en sus planes de desarrollo. Los artículos 71 y 73 de la constitución del Ecuador tienen un carácter más biocéntrico, pero su artículo 74 propone una visión antropocéntrica: “Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir.” En el caso de constitución de Bolivia, pasa algo similar. El artículo 355 dice: “La industrialización y comercialización de los recursos naturales será prioridad del Estado”, con una visión utilitarista de la naturaleza y de alguna forma antropocéntrica.

6. A pesar de las contradicciones existentes en las constituciones estudiadas, en cuanto a la aplicación concreta de la tutela del medio ambiente, ambos textos pueden ser un paso interesante hacia un nuevo modelo de desarrollo económico social, con fundamento en el respeto del medio ambiente. El gran espacio político y legislativo abierto con las experiencias constitucionales de Bolivia y Ecuador está lejos de considerarse cerrado. Son experiencias políticas y legislativas que se encuentran todavía en una primera fase y que tienen

que encontrar el coraje político de ir más allá, concretizando cuanto se expresa en los textos constitucionales. El desafío que tienen es ir más allá de las proclamas políticas, y proponer un modelo de desarrollo y protección ambiental distinto respecto a lo propuesto en la mayoría de los Estados. Esto no parte sólo desde una voluntad política, sino que requiere de un importante aporte académico de las universidades de los dos países. El esfuerzo hoy es encontrar un punto de equilibrio entre la defensa ambiental y los sistemas económicos extractivistas (Guaranda, 2009).

Muchas podrían ser las reflexiones al respecto, pero quizás sea particularmente útil intentar aplicar la reflexión que Gustavo Zagrebelsky (1992) hace para Europa sobre lo que él define como *diritto mite*. En una sociedad pluralista como la de muchos Estados de hoy, las sociedades de América Latina no son una excepción, donde existe una gran variedad de grupos sociales, grupos de intereses, distintas ideologías y distintos proyectos, las constituciones pueden ponerse como plataformas de garantía de coexistencia de esta pluralidad, pluralidad que se traduce, en los textos constitucionales, en pluralidad de principios y valores, donde la coexistencia de estos y el compromiso entre ellos imprime el carácter leve (*mite*) a las constituciones modernas. Sólo a través de una reflexión de coexistencia entre principios y valores ambientales, sociales y de desarrollo económico se puede encontrar una nueva forma de desarrollo, quizás sostenible.

7. En fin, las dos constituciones se insertan en lo que es definido, en el ámbito del nuevo constitucionalismo latinoamericano, en el constitucionalismo experimental, un modelo distinto del modelo liberal-democrático europeo que intenta dar soluciones distintas a problemas tales como la marginalización social y la desigualdad (Feroni, 2014), pasando para un nuevo concepto y tutela ambiental.

5. Referencias

- Alterio A.M., (2014), Corrientes del constituzioanismo Contemporaneo a Debate, *Anuario de Filosofia y Teoria del Derehco*, n8.
- Amirante D., (2000), *Diritto ambientale e Costituzione: Esperienze europee*. Milano, Italia, F. Angeli.
- Asamblea Permanente de Derecho Humanos de Bolivia, a la Federación Internacional de Derechos Humanos: Informe de verificación de la consulta realizada en el territorio indígena Parque Nacional Isiboro-Sécure (2013). Recuperado el 20 de junio 2018 en: <http://www.tipnisesvida.net/informeFIDH.pdf>
- Baldin S., (2013), *La rifondazione di Ecuador e Bolivia e l'emersione costituzionale della tradizione meticcica*, Trieste, Italia, EUT Edizioni.
- Baldin S., (2014), *I diritti della natura nelle costituzioni di Ecuador e Bolivia*, Trieste, Italia, EUT Edizioni Università di Trieste
- Bandieri L.M., (2015), Los animales ¿Tienen derechos?, en *Prudentia Iuris*, n.79, Universidad Católica Argentina, pp 33-55.
- Cano Pecharroman L., (2018), *Rights of Nature: Rivers That Can Stand in Court*, New York, USA, Earth Institute, Columbia University.
- Canotilho, y Gomes J.J., (2001), Estado constitucional ecológico e democracia sustentada, *Revista do Centro de Estudos de Dereito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, Anno IV_2.01, número 8.
- Croce M. y Salvatore A. (2013), *Filosofia política. Le nuove frontiere*, Roma, Italia, Laterza,
- De Sousa Santos B., (2009), *Una epistemología del Sur. La reinención del conocimiento y la emancipación social*, Madrid, España, Siglo XXI.
- Fodella A. Y Pineschi L., (2009), *La protezione dell'ambiente nel Diritto Internazionale*, Torino, Italia, Giappichelli.

- Foroni, M. (2014) *Beni comuni e diritti di cittadinanza. Le nuove costituzioni sudamericane*, Milano, Italia, Ti Publicca,
- Guaranda W., (2009), *Estudio comparado de derecho ambiental, Ecuador-Perú, Bolivia-España, énfasis en Parámetros de Calidad y Límites Máximos Permisibles dentro de Actividades Extractivas*, Quito, Ecuador, Fundación Regional de asesoría en derechos humanos.
- Gudynas E., (2009), *El mandato ecológico. Derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*, Quito, Ecuador, Abya Yala.
- Huanca Ayaviri, F., (2015), *Derecho ecológico y ambiental*, La Paz, Bolivia, Serie derecho y ecología.
- Huerta Guerrero, L. (2013), Constitucionalización del derecho ambiental, en *Revista de la Facultad de derecho PUCP*, n.71, Lima, pp 477-502
- Lalander R., (2015), Entre el ecocentrismo y el pragmatismo ambiental: consideraciones inductivas sobre desarrollo, extractivismo y los derechos de la naturaleza en Bolivia y Ecuador, en *revista Chilena de derecho y ciencias política*, enero-abril 2015, vol.6 n.1 pp 109 -152.
- Lopez Alfonsin, M., (2012), *Derecho ambiental*, Buenos Aires, Argentina, Astrea.
- Lorenzotti F. Y Fenni B., (2015), *I principi del diritto dell'ambiente e la loro applicazione*, Napoli, Italia, Editoriale Scientifica.
- Mamani, F.C., (2012), *Manual de derecho ambiental*, La Paz, Bolivia, CIMA.
- Munari F. y Schiano Di Pepe, L., (2012), *Tutela transazionale dell'ambiente*, Bologna, Italia, Il Mulino.
- Rescigno F., (2005), *I diritti degli animali. Da res a soggetti*, Torino, Italia, Giappichelli.

- Rosatti, H. D., (2004), *Derecho ambiental constitucional*, Buenos Aires, Argentina Rubinzal-Culzoni.
- Rossi G., (curador), (2015), *Diritto dell' Ambiente*, Torino, Italia, G. Giappichelli Editorie.
- Rühs N. y Jones A., (2016), The Implementation of Earth Jurisprudence through Substantive Constitutional Rights of Nature, MDPI, Sustainability, 8, 174.
- Steinberg, R., (1998), *Der ökologische Verfassungsstaat*, Frankfurt, Alemania, Suhrkamp.
- TIPNIS: Defendiendo nuestra Casa Grande. (s/f). Recuperado el 12 de mayo de 2018, de <https://porlatierra.org/casos/90/naturaleza> y <https://porlatierra.org/docs/4158913724283417d08c2d6fdc097a5a.pdf>
- Tribunal Supremo Electoral de Bolivia: Informe de observación y acompañamiento de la consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas del Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécure (TIPNIS) Servicio Intercultural de Fortalecimiento Democrático (2013). Recuperado el 19 de junio 2018 a las 18:30, en: http://www.oep.org.bo/images/procesos_electorales/consulta_tipnis/informe_tipnis/informe_tipnis_2013.pdf
- Zaffaroni E.R. (2012), *La Pachamama y el humano*, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Colihue.
- Zagrebelsky G. (1992), *Il diritto mite: Legge, diritti, giustizia* (3° ed.). Torino, Italia, Einaudi.

La razonabilidad del artículo 50 de la ley 708 de Conciliación y Arbitraje en relación al principio de celeridad¹

The reasonableness of Article 50 of Law 708 of Conciliation and Arbitration in relation to the principle of celerity

Aylin Natalia Villarpando Pérez*

Recibido: 4 de diciembre de 2018

Aceptado: 19 de diciembre de 2018

Resumen

El año 2015 el Estado boliviano promulgó la ley 708 de Conciliación y Arbitraje en reemplazo de la ley 1770 de 1997. Esta nueva ley establece en su artículo 50 que la duración máxima de la etapa de méritos del proceso arbitral es de 365 días como plazo máximo, mientras la ley anterior establecía un límite de 180 días. Dado que la Constitución Política del Estado promulgada en 2009 reconoce el principio de celeridad como una

¹ Esta investigación es parte de la tesis de grado “La razonabilidad del artículo 50 de la ley 708 de Conciliación y Arbitraje en relación al principio de celeridad” que la autora defendió en septiembre de 2018 en la Carrera de Derecho de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo” en la ciudad de La Paz, Bolivia para la obtención de su licenciatura en Derecho.

*Licenciada en Derecho. Diplomada en negociación, conciliación y arbitraje. Diplomada como experta en medios alternativos a la solución de conflictos. Investigadora independiente. [Orcid.org/0000-0001-6875-2397](https://orcid.org/0000-0001-6875-2397)

Contacto: aylinvp7@gmail.com

Revista de Derecho de la UCB – *UCB Law Review*, Revista Vol. 3 N° 4, abril, 2019, pp 109-146 ISSN 2523-1510 (en línea), ISSN 2521-8808 (impresa).

forma de garantizar una justicia pronta y sin dilaciones, este artículo analiza si esta nueva norma cumple este objetivo. Para este fin, se aplicó el método dogmático jurídico y deductivo. En ese sentido, se examinó si el plazo mencionado cumple con el principio de razonabilidad, evidenciándose que no lo hace, por lo cual es una medida irrazonable e inconstitucional. En consecuencia, se recomienda su derogación.

Palabras clave: Razonabilidad / etapa de méritos / celeridad / duración máxima.

Abstract

In 2015, the Bolivian State enacted the Law 708 of Conciliation and Arbitration, replacing the Law 1770, of 1997. This new law establishes in its article 50 that the maximum duration of the merits stage of the arbitration process is 365 days, while the previous norm established a limit of 180 days. Given that the Bolivian constitution (2009) recognizes the principle of celerity as a way to guarantee prompt justice without delay, this thesis analyzes if this new norm meets this objective. For this purpose, the dogmatic legal and deductive method was applied. In that sense, it is examined if the aforementioned period of time complies with the principle of reasonableness, evidencing that it does not do, whence it is an unreasonable and unconstitutional measure. Consequently, the repeal of the said article is recommended.

Keywords: Reasonableness / merit stage / celerity / maximum duration

1. Introducción

Los medios alternativos de solución de conflictos “son procedimientos que permiten resolver conflictos o disputas con independencia del sistema judicial de forma pacífica y jurídicamente admisible” (Gisbert, 2015, pág. 15). Según Gutiérrez (2012), tienen el fin de garanti-

zar que las discrepancias se resuelvan dentro de los plazos establecidos, y los procesos culminen en poco tiempo. Además, estos se caracterizan por su flexibilidad, libertad y confidencialidad. Una de las instituciones que conforma a los medios alternativos de solución de conflictos (MASC), es el arbitraje definido como:

Un mecanismo heterocompositivo de resolución de controversias, que se estructura a partir de la voluntad de dos partes que, con intereses contrapuestos, deciden que un tercero llamado árbitro resuelva en derecho o equidad, con efecto de cosa juzgada, sus controversias presentes o aquellas que pudieren llegarse a presentar (Barona Vilar citada por Rodríguez Mejía, 2013, pág. 31).

En la legislación boliviana el arbitraje se encuentra regulado a partir de la promulgación del Código Procesal durante el gobierno del Mariscal Andrés de Santa Cruz. Según Vučanovich (2017) en 1832 se reconocía el juicio de árbitros. En 1834 se promulgó el Código Mercantil boliviano que regulaba el juicio arbitral. No obstante, previamente debía existir un compromiso escrito en documento público o privado o una petición escrita al juez. Entre los requisitos se encontraba el plazo para emitir la sentencia, cuya omisión implicaba la nulidad del compromiso y del arbitraje.

En el siglo XX el arbitraje evolucionó de sobremanera, promulgándose el Código de Comercio (1977) que dispuso que el plazo en el arbitraje para presentar los dictámenes era de treinta días a contar desde la conclusión del plazo de prueba, el cual no será mayor de quince días. Luego surgió la ley 1770 de arbitraje y conciliación de 11 de marzo de 1997, que tuvo como base la ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés) de 1985, que “innovó al enumerar ocho principios (...), destacó la privacidad y la celeridad” (Vučanovich, 2017, pág. 28).

Ya en el siglo XXI, en 2009 se promulgó la nueva Constitución Política del Estado (CPE) y la ley 708 de Conciliación y Arbitraje (25 de junio de 2015), que fue “proyectada por la Procuraduría General del Estado y el Ministerio de Justicia sobre los ideales constitucionales de cultura de paz y vivir bien, (...) tomando en cuenta varias propuestas de la ley modelo de la UNCITRAL en su versión 2006” (Vucsanovich, 2017, pág. 30).

A lo largo de la historia de Bolivia el plazo en los procesos arbitrales ha ido cambiando, adecuándose a la realidad política, económica, y jurídica de una sociedad. Hoy en día, y a sabiendas de que la ley 708 que regula los procesos arbitrales ha ampliado el plazo de la etapa de méritos en relación a la ley anterior, es necesaria una nueva interpretación jurídica que determine si su aplicación en el ordenamiento jurídico boliviano responde a los parámetros que establecen el principio de celeridad.

Por lo tanto, es preciso analizar si la duración máxima del plazo para la etapa de méritos de la Ley 708 es razonable, en comparación con la anterior ley 1770. Para ello, se recurre como instrumento al principio de razonabilidad, que “viene a dar respuesta en todos los casos a una preocupación común: la necesidad de asegurar la supremacía del contenido de las normas relativas a derechos fundamentales frente a la necesaria regulación legislativa” (Cianciardo, 2004, pág. 31). Asimismo, se pondrá en consideración la finalidad que tiene el principio de celeridad, debido a que es uno de los sustentos de los procesos arbitrales, comprendiendo “el ejercicio oportuno y sin dilaciones en la solución de controversias” (Ley 708, 2015, Art. 3). Como sostiene Tarifa (2016):

El factor de celeridad que tienen los MASCs, es una de las ventajas que los litigantes encuentran en estos medios de solución de controversias, ya que a diferencia de lo que pasa con un juicio en la jurisdicción ordinaria, existe la posibilidad cierta que al participar de un procedimiento (...) de arbitraje, los tiempos se reduzcan de forma considerable en la solución de disputa [sic] (p 23).

Cabe mencionar que la duración máxima del plazo en la etapa de méritos se encuentra regulada en el Art. 50 de esta ley,¹ disponiendo que la duración sea de doscientos setenta días pudiendo ser ampliados hasta trescientos sesenta y cinco días. Mientras que la ley 1770 abrogada establecía un plazo de ciento ochenta días, que podían ser ampliados a sesenta días más.

Asimismo, se considerarán los reglamentos de arbitraje nacionales e internacionales en relación a plazos para la etapa de méritos, que en la legislación boliviana comprende desde:

La aceptación de la o el Arbitro Único o la Constitución del Tribunal Arbitral, hasta la fecha de celebración de la audiencia conclusiva o la presentación de escritos post audiencia o del último actuado procesal que tenga como consecuencia el cierre de las actuaciones procesales (Ley 708, 2015, Art.50).

De igual manera, dentro de los múltiples convenios ratificados por Bolivia, la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (b-32), en San José de Costa Rica (1969) dispone lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a ser oída (...) dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, (...) para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (Art. 8).

¹ El artículo 50 de esta norma sostiene:

(Etapa de méritos). La etapa de méritos comprende desde la aceptación de la o el Arbitro Único o la constitución del Tribunal Arbitral, hasta la fecha de celebración de la audiencia conclusiva o la presentación de escritos pos audiencia o del último actuado procesal que tenga como consecuencia el cierre de las actuaciones procesales. Salvo acuerdo de partes, la duración máxima de la etapa de méritos será de doscientos setenta (270) días.

De manera excepcional y debidamente fundamentada, el Arbitro Único o el Tribunal Arbitral, podrá ampliar el plazo hasta trescientos sesenta y cinco (365) días.

En ese entendido, los procedimientos arbitrales deben ser desarrollados dentro de un plazo razonable, respetando la garantía del debido proceso que se encuentra reconocida por la CPE, ya que el arbitraje es “una opción provista por la ley para la resolución de conflictos (...) un método alternativo a la justicia ordinaria (...) promoviendo una solución efectiva, pronta, pacífica y especializada en disputas que (...) podrían permanecer en el Órgano judicial por mucho tiempo” (Martin Alarcón, 2014, p 11).

Por lo cual, se realizará un estudio acerca de la duración máxima del plazo para la etapa de méritos del proceso arbitral de la ley 708 en comparación a la ley 1770 abrogada, determinando la razonabilidad del plazo normado y teniendo como base al principio de celeridad dentro del proceso arbitral.

2. Análisis de la razonabilidad del Art. 50 de la Ley 708 de Conciliación y Arbitraje

El arbitraje es un método alternativo de resolución de conflictos, regido por la voluntad de las partes que buscan una solución rápida. Por lo que, debe ser “un instrumento ágil y rápido” (Rodríguez Mendoza, 2004, pág. 86). En la ley 708 el plazo máximo es de trescientos sesenta y cinco días para la etapa de méritos.

Al respecto, es importante analizar si el mencionado plazo cumple con la celeridad procesal, que es una de las ventajas que presenta el arbitraje. Para poder determinar su cumplimiento se recurre al principio de razonabilidad que, a través de sus juicios de adecuación, necesidad y proporcionalidad, permite establecer “un control constitucional sustantivo (...) sobre el contenido de los actos normativos del Estado por los cuales éste ejerce su poder” (Sapag, 2008, pág. 196).

Para la presente investigación se aplicaron las técnicas de encuesta y entrevista semiestructurada. Las encuestas fueron dirigidas a los centros de

arbitraje bolivianos reconocidos por el Ministerio de Justicia a nivel nacional, mientras que los entrevistados fueron a tres árbitros renombrados.²

Cabe mencionar que la encuesta fue dirigida a los administradores de seis Centros de Arbitraje Nacionales principales, ubicados en las ciudades de La Paz, Cochabamba y Santa Cruz. Sin embargo, al momento de visitarlos se pudo apreciar que los cargos no son genéricos. En ese entendido, la Directora de Servicios Especializados respondió la encuesta del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Industria y Comercio, Servicios y Turismo de Santa Cruz (CAINCO), mientras que en el caso del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio y Servicios de Cochabamba (CADECO) fue su Directora Ejecutiva. Por otro lado, en el Centro de Conciliación y Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de La Paz (ICALP) fue su Secretaria de Cámara. Con respecto a la Sociedad de Ingenieros de Bolivia (SIB) el encargado fue un Asistente Legal. En el Centro Boliviano de Arbitraje y Conciliación (CEBAC) fue su Director Ejecutivo; y para el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara Nacional de Comercio (CAC) fue su Administradora Interina.

2.1. Juicio de adecuación. Conforme a Cianciardo (2004) el juicio de adecuación presenta los siguientes indicadores que serán analizados:

La medida alcanza un fin legislativo: De acuerdo a Cianciardo (2004), implica que en la medida debe existir un fin que no debe estar prohibido constitucionalmente y debe ser socialmente relevante.

El fin de la medida: Según las actas públicas donde consta el debate de la ley 708 de Conciliación y Arbitraje en la legislatura 2015-2016 de la Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia, el fin de la medida implica que el Tribunal Arbitral tenga mayor plazo para realizar actos

² Las entrevistas fueron realizadas en el año 2018 a los árbitros Gastón Ledezma, Cristian Tarifa y a un árbitro que prefirió mantener su nombre en reserva. Se hará referencia a este último como *árbitro entrevistado*.

procesales a causa de la experiencia de Bolivia en los arbitrajes por plazos menores. De igual manera, el plazo normado debe tener como fin guardar relación con la celeridad procesal. Según Gutiérrez (2012), este principio es una de las ventajas y características que tiene el arbitraje frente a otros medios alternativos, debido a que el procedimiento arbitral tiene una corta duración. Además, de ser uno de los principios reconocidos por la ley 708 en el Art. 3 cabe mencionar que el instrumento de la razonabilidad permite que se realice una “interpretación teleológica de la norma y que no solamente desentrañe la intención del legislador o evalúe la exposición de motivos” (Sapag, 2008, pág. 189). Por esa razón se agrega como fin de la medida la celeridad procesal.

Considerando el fin de la medida, el 66.67% de los centros de arbitraje señalan que el plazo favorable para la celeridad procesal en la etapa de méritos es de 90 a 180 días. En ese sentido, se interpreta que el mencionado plazo presenta una celeridad alta para el arbitraje, generando que tenga mayor relación con el fin de la medida, que es la celeridad procesal. Por tanto, los centros de arbitraje sostienen que la etapa de méritos puede ser realizada dentro de los 90 a 180 días. Este resultado implica el desconocimiento de la naturaleza jurídica del arbitraje en el fundamento de los legisladores al momento de redactar la ley 708. Dicho fundamento consta en las actas públicas mencionadas.

Asimismo, se ha encontrado que los centros de arbitraje, a través de sus reglamentos, han efectuado una especie de modulación acerca del plazo de la etapa de méritos. La CAC en el Art. 40.II dispone 270 días como límite de duración, CADECO señala en el Art. 48.III 100 días hasta la audiencia de alegatos finales (excepcionalmente el tribunal arbitral podrá ampliar el plazo hasta 200 días), mientras que CAINCO establece en el Art. 36.I hasta 180 días calendario, plazo prorrogable por una sola vez por 30 días calendario. Lo anterior evidencia que los centros de arbitraje han introducido plazos menores en relación a lo regulado en el Art. 50 de la ley 708. Sin embargo, esta medida está sujeta a la redacción de la cláusula arbitral, pues en gran

parte de los casos se señala la sede del arbitraje, la ley sobre la cual se tramitará, pero generalmente no se indica que las partes se someten a los reglamentos. Por ello, la aplicación *in fine* del artículo 50 de la ley 708, en la práctica se determinará según el interés de las partes.

Los árbitros entrevistados, en base a sus experiencias, sostuvieron que el plazo favorable para la celeridad procesal en la etapa de méritos es de 180 a 270 días. No obstante, Tarifa mencionó que el plazo ideal es de 90 a 180 días. Con respecto a esta situación, se establece que los árbitros realizan los actos procesales en sus respectivos casos en un plazo menor al establecido por la ley 708. Por ello, se concluye que el plazo elegido en las entrevistas por la mayoría de los árbitros presenta una celeridad media.

Bajo ese contexto, tanto la opinión de los centros de arbitraje como la de los árbitros demuestran que el plazo de 270 a 365 días presenta una celeridad baja, siendo inadecuada con los fines de la medida.

El fin no debe estar prohibido constitucionalmente: La CPE no debe prohibir el fin de la medida. En ese entendido, para analizar este sub-indicador se consideró si el plazo normado favorece o no al principio de celeridad constitucionalmente reconocido y si la medida no está prohibida por la CPE (2009).

La CPE en los artículos 178.I y 180.I reconoce el principio de celeridad y en su artículo 115.II dispone que el Estado garantiza una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones. Esto contradice el fin contenido en las actas públicas de la ley 708.³ Aunque es evidente que este fin no guarda relación con la celeridad procesal, también cabe manifestar que la CPE no lo prohíbe. Además, el 83,33% de los centros de arbitraje consideran que la modificación del plazo no favorece al principio de celeridad.

³ Las actas sostuvieron que el fin de la medida implicaba que el Tribunal Arbitral tenga mayor plazo para realizar actos procesales a causa de la experiencia de Bolivia en los arbitrajes por plazos menores.

La sentencia constitucional 2472/2012 dispone que el arbitraje tiene respaldo en la CPE, particularmente en el postulado de pluralismo jurídico en el que se basa el Estado boliviano. Por ello, el arbitraje es una expresión de la jurisdicción formal por ser consagrada como una vía jurisdiccional delegada por el Órgano Judicial en el principio de celeridad reconocido en el Art. 178.I de la ley fundamental. Bajo ese razonamiento, el principio de celeridad permite estructurar un esquema constitucional de promoción de la diversidad y de formas de convivir mediante la solución de conflictos, y así incentivar que las personas busquen MASC en vez de acudir necesariamente a la jurisdicción ordinaria.

El fin debe ser socialmente relevante: Según Sapag (2008) “la finalidad debe tender a la justicia y al bien común, no al interés de ciertas personas particulares” y “no debe vulnerar al principio de subsidiariedad (4)” (p 190). Es por eso que una de las preguntas realizadas a los centros de arbitraje era si la modificación del plazo permite la solución de conflictos en forma oportuna de acuerdo al área en que se especializa el centro determinado. Según los resultados, los centros de arbitraje consideran que la modificación del plazo no favorece a la solución de conflictos, lo cual demuestra que la modificación del plazo no es socialmente relevante.

Sin embargo, con el fin de tener un mejor análisis, es necesario considerar la opinión de los árbitros. Al respecto, el *árbitro entrevistado* considera que determinar si la modificación del plazo resuelve conflictos de manera oportuna depende de la gravedad del arbitraje, es decir, del tipo de conflicto que se trata; mientras que otro entiende que la duración del proceso arbitral, sea más corta o más extendida, no impedirá que se solucione de manera oportuna el proceso, pero sí afectará a su celeridad.

⁴ “La finalidad se puede lograr igual o más eficientemente sin intervención del Estado por parte de los grupos o personas que lo componen, el Estado se debe abstener de legislar en la materia” (Sapag, 2008, pág.190).

En definitiva, que el plazo normado sea socialmente relevante va a depender del tipo de conflicto que surja entre las partes en el arbitraje. Además, la modificación del plazo sí cumple con el principio de subsidiariedad que exige la norma, ya que existen otras alternativas a las cuales las partes pueden acudir en defecto de la otra. Esto será mejor comprendido en el apartado del juicio de necesidad.

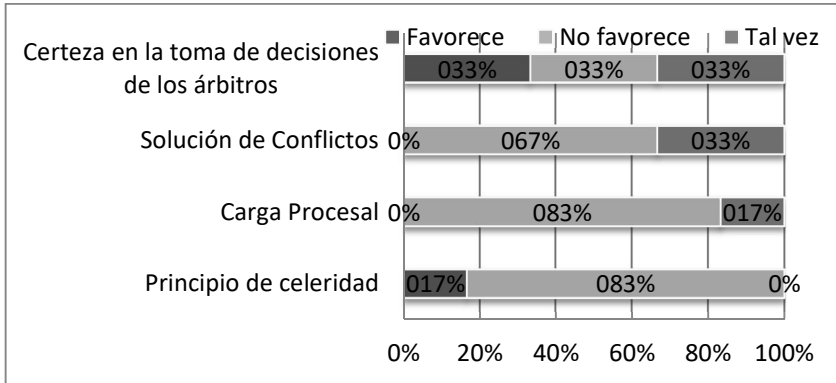
La medida es adecuada ex ante o a posteriori: Según Cianciardo (2004), el determinar que una medida sea adecuada implica “juzgarla al momento de su dictado o, por el contrario, debe situarse al tiempo de la producción de los efectos de la medida” (p 71). En ese entendido, se consideraron los efectos de la modificación del plazo en relación a la carga procesal, la solución de conflictos y la certeza en la toma de decisiones de los árbitros a través de su incidencia o repercusión.

Para analizar la incidencia de los sub-indicadores mencionados se midió bajo los parámetros de: incidencia favorable, incidencia no favorable e incidencia media (véase en la figura 2). Del mismo modo, se estudió la velocidad (rápida, media o lenta) del plazo normado, determinando si la modificación del plazo favorece o no a la carga procesal, la solución de conflictos y la certeza en la toma de decisiones. Esto es analizado de la siguiente forma:

Solución de conflictos: Tarifa (2016) considera que los MASC deben mostrar a la sociedad que existen otros medios para solucionar conflictos, aparte de la justicia ordinaria, por lo cual el Estado proporciona facultades y competencias transitorias a las personas que componen la sociedad, con el objeto que cumplan con la labor de solucionar controversias. Por esa razón, se consultó a los árbitros y centros de arbitraje, quienes vienen a ser las instituciones facultadas para la solución de controversias en el arbitraje. A través de ellos se determinó la incidencia de la solución de conflictos a raíz de la ampliación del plazo en la etapa de méritos.

Figura 1. Respuestas de los Centros de Arbitraje de Bolivia

¿Están de acuerdo con que la modificación del plazo favorece al principio de celeridad, la carga procesal, la solución de conflictos y la certeza en la toma de decisiones de los árbitros?



Fuente: Elaboración propia.

Nota: El eje horizontal (valor) va en porcentaje, representando cuántos centros de arbitraje encuestados optaron por cada respuesta. Las barras hacen referencia a si la modificación del plazo favorece o no a los indicadores. En el caso del indicador de la carga procesal una incidencia mayor implica una incidencia no favorable.

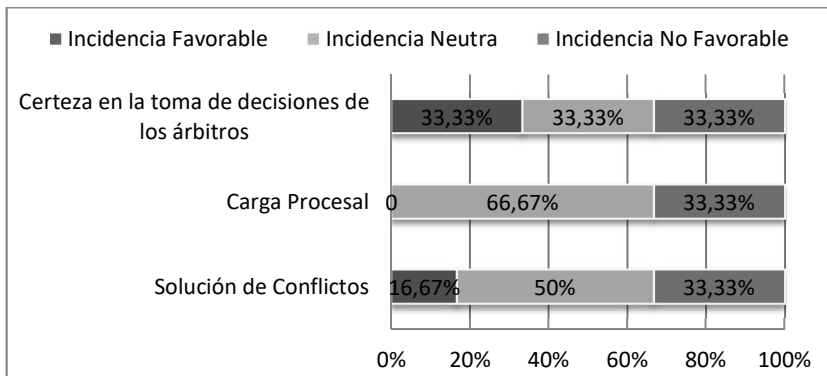
Asimismo, la exposición de motivos (2014) de la ley 708 busca que ella consiga la superación de la cultura litigiosa por una cultura de paz. Para ese fin es necesaria la adaptación de prácticas y medios pacíficos y dialogados para la resolución de conflictos, y así contribuir al desarrollo económico y social del país. Por consiguiente, la solución de conflictos implica crear una cultura de paz, siendo importante la forma de gestionar y aproximarse a un conflicto y de analizar el estado del mismo, que según Ledezma sí incide en la modificación del plazo.

En los resultados obtenidos en las figuras 1 y 2, el 66.67% de los centros de arbitraje consideran que la modificación del plazo no es favorable para la solución de conflictos y la repercusión (incidencia) que implica ésta es de 50%. En ese entendido, el grado de repercusión de acuerdo a la figura 2 es neutro (dependerá del tipo de conflicto que

se dé). Asimismo, Gutiérrez (2012) sostiene que gestionar el conflicto es una tarea delicada, porque las partes están preparadas psicológicamente para defender sus intereses y rara vez se encuentran dispuestas a escuchar a la parte adversaria.

Figura 2. Respuestas de los centros de arbitraje en relación a la incidencia de la modificación del plazo

¿En qué medida incidirá la modificación del plazo en la certeza en la toma de decisiones de los árbitros, la carga procesal y la solución de conflictos?



Fuente: Elaboración propia.

Nota: El eje horizontal (valor) se encuentra en porcentaje, hace referencia a cuántos centros de arbitraje optaron por cada respuesta. Cada barra hace referencia a las opciones de respuesta de incidencia favorable, neutra y no favorable.

Por lo tanto, la incidencia que acarrea la duración máxima del plazo para la etapa de méritos en la solución de conflictos es incierta porque va a depender de las circunstancias en las cuales se susciten los conflictos y de la habilidad de los árbitros para resolverlas. Además, el estado del conflicto depende del tiempo y la intensidad que tenga. No obstante, sí afecta al principio de celeridad pues el Art. 3 de la ley 708 establece que el citado principio se encuentra conformado por el ejercicio oportuno y sin dilaciones en la solución de controversias,

generando así una velocidad lenta del plazo de acuerdo a la recolección de datos de cada centro de arbitraje encuestado.

Certeza en la toma de decisiones de los árbitros: Barreto (1998) considera a la certeza jurídica como uno de los derechos del debido proceso, e implica que la persona humana deba ser tratada con justicia. En ese sentido, un árbitro debe tratar a las partes con justicia, ya que al momento de emitir el laudo arbitral debe tener certeza jurídica en la toma de decisiones.

Francisco (s.f.) sostiene que es necesario un examen de consciencia y reflexión que propicia a los árbitros a decidir una cuestión, dando oportunidad a las partes de hacer valer sus derechos. El tribunal arbitral, debe tener habilidad para juzgar, capacidad de evaluar los puntos controvertidos de hecho y/o de derecho, tener sabiduría, valentía y experiencia para emitir un laudo. Así las partes, en especial la que pierda, puedan reconocer y ejecutar la decisión (Veytia, 1996).

La Procuraduría General del Estado (2016) considera que la toma de una decisión de fondo debe ser emitida en tiempo oportuno. La opinión de los árbitros entrevistados Tarifa y Ledezma indica que el plazo no es determinante para que se dé mayor certeza en la toma de decisiones de los árbitros al momento de emitir un laudo. Por su parte, el *árbitro entrevistado* considera que depende de la idoneidad que tenga el tribunal arbitral para acortar un plazo.

Analizando el resultado de las encuestas (véanse figuras 1 y 2) se puede apreciar que los centros de arbitraje tienen distintas posiciones, pues la CAC y CEBAC consideran que la modificación del plazo quizá sea favorable. La SIB e ICALP creen por su parte que la modificación del plazo es favorable. Al contrario, CAINCO y CADECO establecen que el plazo normado no favorece a la certeza en la toma de decisiones. Por ello, la repercusión que presenta la certeza en la toma de decisiones al momento de emitir el laudo arbitral es de 33,33% en la duración máxima del plazo para la etapa de méritos y la

velocidad del plazo normado va a depender de la capacidad que tengan los árbitros en resolver un conflicto en menor tiempo, respetando los plazos regulados.

En conclusión, la certeza en la toma de decisiones al momento de emitir un laudo arbitral no va a depender necesariamente del plazo sino de la habilidad para juzgar, la experiencia y capacidad que tenga un árbitro, pero eso no implica que un árbitro no deba tomar una decisión en un tiempo oportuno. Sin embargo, se debe considerar que influye en el prestigio de los árbitros el cumplir con el plazo acordado para la etapa de méritos.

Carga procesal: La exposición de motivos de la ley 708 (2014) indica que su promulgación fue producto de que el Poder Judicial estaba fraccionado y distribuido entre partidos políticos, lo que impidió que se supere la crisis del sistema judicial, manteniendo un gran retardo de justicia, con profunda carga procesal. Considerando esta situación, Ferreira (2015) sostiene que es importante difundir y promocionar de forma continua a los MASC con el fin de descongestionar el sistema procesal ordinario, porque el adoptarlos restringirá la carga procesal en sede judicial a temas excluidos de soluciones alternativas de conflictos y a problemas insolubles entre particulares.

A criterio de la Procuraduría General del Estado (2014), el arbitraje permite el acceso a una justicia de forma simple. De hecho, el procedimiento arbitral para Rodríguez (2004) se caracteriza por la flexibilidad y la ausencia de formalismos. Tiene como ventaja al principio de celeridad, porque un proceso arbitral no puede durar más del plazo justo y así eliminar los trámites superfluos u onerosos según la opinión de Gutierrez (2016). Asimismo, la Procuraduría General de Estado (2014) considera que los procesos judiciales se caracterizan por su complejidad, lentitud y formalismo. En ese sentido, el arbitraje coadyuva a aligerar la carga procesal judicial y a generar la convivencia social dentro de una cultura de paz en un Estado constitucional de Derecho.

Bajo ese entendido, la modificación del plazo en la etapa de méritos debe evitar la carga procesal existente en Bolivia, porque el arbitraje tiene como finalidad resolver los conflictos mediante un proceso distinto a la jurisdicción estatal. Por esta razón, el nivel de repercusión de la carga procesal es de 66.67%.

El 83,33% de los centros de arbitraje considera que la modificación del plazo no favorece a la carga procesal y tiene como efecto su lentitud. Asimismo, implica vulnerar la seguridad jurídica en el arbitraje que, según Roviolo (2007), comprende la confianza del ciudadano en quién garantiza la paz social y la estabilidad del derecho; además cree que dentro las causas de inseguridad se encuentra la excesiva dilación de los procesos judiciales.

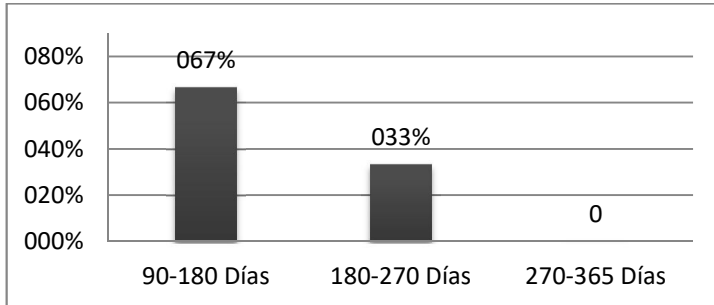
Con respecto a las entrevistas acerca de la carga procesal, Tarifa considera que se pueden desarrollar los procesos arbitrales independientemente del plazo, porque éste no coopera ni afecta. Al contrario, Ledezma cree que el plazo es excesivo, porque priva a las partes de ajustar mejor los términos, y el *árbitro entrevistado* menciona que la carga procesal depende de la pretensión que tenga el demandado, lo que puede enervar al demandante, pero que esta modificación del plazo va contra el principio de celeridad.

Considerando lo expuesto, la carga procesal influye en la modificación del plazo del arbitraje debido a la función que tienen los MASC, que buscan descongestionar el sistema procesal ordinario.

La profundidad de la medida: De acuerdo a Cianciardo (2006) la profundidad se refiere a los impactos sociales de la medida. Así se puede juzgar si ella alcanzó o no la finalidad que proponía el legislador al dictarla.

Con el objeto de medir los impactos sociales se hizo una escala de celeridad. El 67% de los centros de arbitraje prefirió el plazo de 90 a 180 días para la celeridad en la etapa de méritos (véase figura 3).

Figura 3. Plazo favorable de celeridad procesal en etapa de méritos



Fuente: Elaboración propia.

Nota: El eje vertical (valor) es en porcentaje, haciendo referencia a cuántos centros de arbitraje optaron por cada respuesta. La escala de plazos va de 1 a 3 que significa lo siguiente: 1. 90 a 180 días. 2. 180 a 270 días. 3. 270 a 365 días.

A razón de los resultados mencionados, el plazo de 90 a 180 días regulado en la ley 1770 (abrogada) tuvo mayor eficacia para la etapa de méritos y guarda mayor relación con el principio de celeridad, lo cual cumple con la medida de celeridad procesal y no así con la medida dispuesta en las actas públicas de la legislatura (2015-2016).

Cabe aclarar que el principio de razonabilidad está conformado por tres filtros, que son los juicios de adecuación, necesidad y proporcionalidad, lo cual implica que si no se pasa el primer filtro no se pasará a los siguientes dos. Bajo ese razonamiento, se pudo demostrar que los fines de la medida son adecuados, por lo cual corresponde pasar al siguiente filtro, que es el juicio de necesidad.

2.2. Juicio de necesidad

Según la opinión de Sapag (2008), el juicio de necesidad implica analizar la eficiencia de la medida en comparación con otras medidas eficaces, además de ser un “control de calidad de las normas que regulan los derechos fundamentales” (Sapag, 2008). Por lo cual, presenta los siguientes indicadores:

La medida responde al juicio eficiente: A criterio de Cianciardo (2006), “la medida necesaria es aquella que menos repercute sobre la norma ius fundamental de entre las igualmente eficaces” (Cianciardo, 2004, p 90). Bajo ese razonamiento, se hizo un análisis de la eficiencia del plazo normado en comparación a las siguientes alternativas:

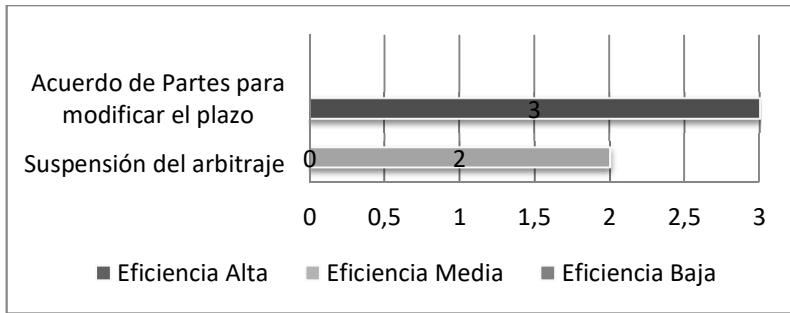
Acuerdo de partes para modificar el plazo: Para este sub-indicador se debe considerar la naturaleza jurídica del arbitraje, que según Robiolo (2007), involucra el encuadre de voluntades que da origen al pacto de arbitraje, que delega la solución de conflictos a un tercero, o en la finalidad de dicho acuerdo. En ese entendido, la ley 708 en su Art. 50 reconoce, según Tarifa (2016) y Vucsanovich (2017), que las partes involucradas en el proceso arbitral tienen la facultad, previo acuerdo, de reducir o ampliar el plazo. Por este motivo, la redacción del mencionado artículo se relaciona con el principio de voluntariedad, porque los árbitros “tienen obligaciones subjetivas nacidas de la autonomía de la voluntad de las partes, ya que el tribunal debe ejecutar en todo lo pactado por las partes” (Vucsanovich, 2017, p 102). No obstante, la voluntariedad “no puede conculcar derechos de las partes o violentar el orden público y las buenas costumbres” (Tarifa Foronda, 2016).

Asimismo, el acuerdo de partes para la modificación del plazo normado debe guardar relación con el principio de celeridad porque, según Gutiérrez (2012), el arbitraje es una opción rápida para la solución de conflictos si se considera que el término para producir el fallo depende de lo que prevean las partes o el reglamento.

En de los resultados obtenidos en la figura 4 se puede apreciar que el plazo normado presenta una eficiencia alta en comparación al acuerdo de partes. Esto es así porque depende del impulso procesal que se produzca la celeridad, es decir, si las partes no impulsan el proceso los árbitros están en la obligación de hacerlo, generando así mayor seguridad jurídica a las partes. Además, Pino-Ichazo Terrazas (2015) considera que así se logrará que las causas no se paralicen y el arbitraje continúe de forma acelerada. Esto no ocurre en el acuerdo de

partes, pues para reducir o ampliar el plazo, según Barona (2014), es necesario que ambas partes cedan y lleguen a una solución consensuada y satisfactoria. De igual modo, ese intento de solución puede generar problemas o no ser satisfactorio, en cuyo caso será necesario buscar la ayuda de un tercero que pueda gestionar el conflicto.

Figura 4. Eficiencia de la modificación del plazo en relación a otros medios alternativos



Fuente: Elaboración propia.

Nota: El eje horizontal (valor) es de 1 a 3. Las barras hacen referencia al grado de eficiencia. La eficiencia significa lo siguiente: (1) Eficiencia alta: 3. (2) Eficiencia media: 2. (3) Eficiencia baja: 1.

Suspensión del arbitraje: El Art.100 de la ley 708 regula la suspensión temporal del arbitraje, con el fin que las partes busquen una solución amigable al conflicto antes que el tribunal arbitral emita una decisión que tal vez no satisfaga a las partes (Tarifa, 2016).

Bajo este razonamiento, el plazo normado tiene una eficiencia media en relación a la facultad de las partes para suspender el arbitraje, debido a que las partes, al suspenderlo, pueden realizar una negociación directa. Al hacerlo se constituye una solución autocompositiva, que implica gozar de un tiempo prudencial para llevar a cabo las negociaciones y redactar un acuerdo definitivo. Muchas veces este resultado es complicado de obtener, porque involucra la satisfacción de ambas partes, quienes pueden tener una posición firme e inquebrantable de acuerdo a Gutiérrez (2012). Por esta

razón, recurren a la negociación asistida. Hay que tomar en cuenta que si las partes han llegado al arbitraje, se debe a que los conflictos son complejos y prolongados en el tiempo, y ninguna de las partes está dispuesta a seguir tolerando los costos crecientes que produce el conflicto. De igual forma se debe considerar que prima el principio de voluntariedad, porque las partes llegan a un consenso con el fin de suspender el arbitraje por lapso determinado. Sin embargo, la redacción del Art. 100 dispone que la suspensión del arbitraje será por el plazo acordado entre las partes, generando que se dilate el proceso, mientras que la ley 1770, en el Art.52, establecía que el proceso arbitral será suspendido por un plazo máximo de cuarenta días a partir de la última notificación, lo cual daba mayor seguridad jurídica a las partes y velaba por el principio de celeridad.

Por otro lado, si las partes deciden reiniciar el proceso demuestra la necesidad de dictar el laudo arbitral, no obstante si no lo reanudan se interpreta que han solucionado el conflicto o no “les interesa una resolución de fondo, por lo tanto el desistimiento se materializa como consecuencia de la inactividad procesal” (Tarifa Foronda, 2016, p 220).

La medida presenta un grado de restricción: Acá se tuvo en cuenta si el plazo normado es más o menos restrictivo que otras medidas alternativas en relación a los derechos y garantías constitucionales.

Bajo esa premisa, se debe partir por la garantía del debido proceso que García (2006) la entiende como aquel conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, con el efecto de que las personas estén en condiciones de defender sus derechos de manera adecuada ante cualquier acto del Estado. Asimismo, García (2006) establece que la dimensión subjetiva del debido proceso es un medio de control de la razonabilidad de las leyes, siendo referencia rectora de la tutela de los derechos esenciales del individuo frente al arbitrio del poder público.

La CPE (2009) en el Art. 115.II reconoce al debido proceso, y Gumucio (2010) hace un análisis del artículo mencionado y establece que si

los derechos que reconoce la Constitución son vulnerados o afectados de manera injusta los titulares deben defenderlos en justicia.

La STC 0235/2015 S-1 y la SC 1564/2011-R sostienen que el debido proceso se encuentra compuesto por varios derechos que se interrelacionan con las reglas procesales siendo esta garantía enunciativa, no limitativa con el fin de la realización del valor de la justicia. De igual forma, la SC 0042/2004 y la SC 1234/2000-R establecen que la garantía del debido proceso no restringe su aplicación al ámbito jurisdiccional ya que es extensivo a cualquier proceso que involucre una responsabilidad.

Es importante indicar que la CPE (2009) en su artículo 410.II. reconoce dentro del bloque de constitucionalidad a los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos. Por lo que, la CPE establece en el Art. 13.IV que los derechos consagrados en la Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados en Bolivia. Cabe mencionar que el debido proceso es reconocido como un derecho humano, que está regulado en el Art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el Art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los artículos 8 y 25 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticas en el Art.14.

En ese entendido, abordar el estudio del plazo razonable según la SC-557 de 1992 implica aludir a su íntima conexión con el derecho a un debido proceso, considerando que el principio de voluntariedad no es ilimitado ya que “las partes no pueden desconocer aquellos principios constitucionales que configuran el debido proceso” (Vaquero, 2016). Para el estudio de la razonabilidad del plazo máximo para la etapa de méritos, se parte del cumplimiento de la garantía del debido proceso. Ella se integra al principio de celeridad reconocido por la CPE en los Arts. 178.I. y 180.I, que se encuentra conformado por los derechos a un proceso sin dilaciones que sea concluido en un plazo razonable.

Los derechos mencionados según el Art. 13.I de la CPE son inviolables, el Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos. Además, pese a que no se encuentran enunciados, se tiene que el Art. 13.II dispone que la CPE no los negará.

Derecho a un proceso sin dilaciones: Para determinar si existe un grado de restricción del presente derecho se debe entender, según Meza (s.f.), que es un derecho subjetivo constitucional, al que asisten los sujetos de derecho privado que hayan sido parte en un procedimiento y genera la obligación de satisfacer dentro de un plazo razonable sus pretensiones y resistencias.

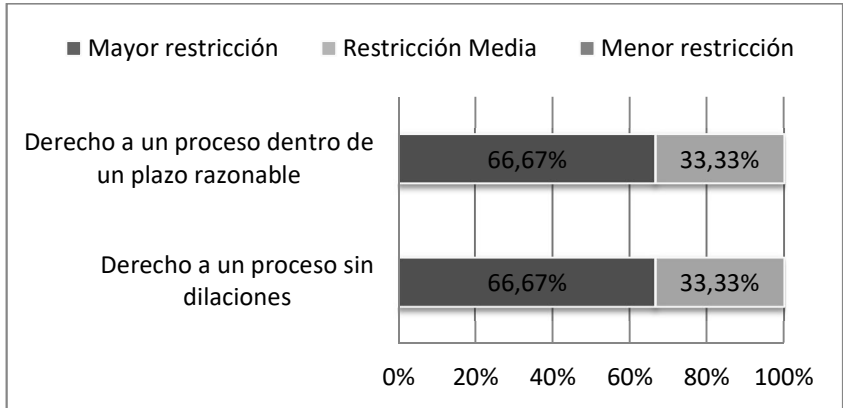
Asimismo, Rozas (s.f.) sostiene que dentro del proceso arbitral existen determinados contenciosos que traen los contratos de larga duración, generando un lapso en el que ponen en peligro las expectativas de las partes, además de las tácticas dilatorias que usan con el fin de retrasar el fallo arbitral, siendo difícil acreditar la intención fraudulenta.

Con respecto a este punto, el *árbitro entrevistado* sostiene que los árbitros están en la obligación de aplicar la ley considerando el grado de responsabilidad que implica ampliar un plazo cuando el conflicto es menor. Tarifa por su parte considera que el Art. 50 de la ley 708 da la opción para que las partes puedan reducir el plazo, considera que no hay vulneración a los derechos en tanto no se afecte el debido proceso, el derecho a la defensa y el orden público. Ante estas opiniones, se debe tomar en cuenta que dilatar el proceso arbitral, producto de la ampliación del plazo para la etapa de méritos, implica que el árbitro lo considere necesario y se encuentre en condiciones de justificarlo en decisión motivada (como prevé la ley 708). Caso contrario, según Rivero (2003), será responsable de los perjuicios que deriven de la medida adoptada si resultara innecesaria o improcedente.

En la encuesta se solicitó a los centros de arbitraje que en una escala de 1 a 3 midan el grado de restricción del derecho a un proceso sin dilaciones; siendo uno el menos restrictivo y tres el más restrictivo.

Los resultados fueron que el 66,7 % de los centros de arbitraje opinan que existe un mayor grado de restricción del derecho a un proceso sin dilaciones a causa de la modificación del plazo y ningún centro consideró que exista menor restricción. (véase figura 5).

Figura 5. Grado de restricción del derecho a un proceso sin dilaciones y el derecho a un proceso dentro de un plazo razonable



Fuente: Elaboración propia.

Nota: El eje horizontal (valor) representa el porcentaje de los centros de arbitraje que optaron por cada opción. Las barras hacen referencia a la restricción que puede ser mayor, media y menor.

Bajo este entendido, es evidente que el plazo normado es más restrictivo que otras medidas alternativas en relación al derecho a un proceso sin dilaciones.

Derecho a un proceso dentro de un plazo razonable: De acuerdo a Deynara (2010) este derecho constituye una manifestación o contenido implícito del debido proceso. Asimismo, se debe considerar que para Carelli (2009) implica recorrer el camino procesal sin estancamientos hacia una resolución final y sin convertirlo en una vía de tránsito interminable.

El árbitro Ledezma consideró que sí existe un grado de restricción porque hay un derecho a la agilidad, en el cual se necesita tener un proceso sin dilaciones y dentro de un plazo razonable. El *árbitro entrevistado* opinó que el plazo razonable depende mucho del tipo de controversia que pueda surgir, sin embargo, el árbitro mencionado considera que se debe tomar en cuenta el hecho de que existen abogados que buscan dilatar el proceso. Tarifa sostuvo que no hay un grado de restricción porque prima el acuerdo de voluntades sobre el reglamento del centro de arbitraje, y éste sobre la ley 708.

La opinión de los árbitros, la encuesta a los centros de arbitraje y la doctrina coinciden: existe un mayor grado de restricción a causa de la modificación del plazo.

En conclusión, el plazo normado es más restrictivo que las medidas alternativas presentadas en el indicador en relación al derecho a un proceso dentro de un plazo razonable. Además que esta es una de las ventajas más atrayentes en el arbitraje.

Hasta esta instancia de la investigación la medida acerca de la duración máxima del plazo para la etapa de méritos ha pasado por el filtro comprendido por el juicio de necesidad, que tuvo como resultado que el plazo normado es necesario e indispensable para el arbitraje, en comparación a las medidas alternativas que son: el acuerdo de partes para modificar el plazo en la etapa de méritos y la suspensión del arbitraje. Si bien las medidas mencionadas guardan relación con la naturaleza jurídica del arbitraje, no siempre son efectivas y satisfacen las necesidades de las partes que buscan seguridad jurídica en un proceso arbitral. Razón por la cual la medida es necesaria, sin embargo, se debe considerar el grado de restricción del derecho a un plazo razonable y el derecho a un proceso sin dilaciones. Para determinar si se respeta el contenido esencial de estos derechos a través del plazo normado, se debe recurrir al filtro del juicio de proporcionalidad.

2.3. Juicio de proporcionalidad

El juicio de proporcionalidad hace referencia a “una comparación de los costos y beneficios de la norma: se propugna que, si los costos son superiores a los beneficios, la norma debe ser declarada inconstitucional” (Sapag, 2008, pág. 193). Razón por la cual, se trabajó con los siguientes indicadores:

La medida posee un balance entre costos y beneficios: El presente indicador determina si “una medida altera o no un derecho fundamental [y] presupone una previa indagación acerca del contenido inalterable del derecho fundamental de que se trate. Determinado el contenido, sólo restaría examinar si la medida en cuestión interfiere o no en él” (Cianciardo, 2004, pág. 100).

En ese entendido, se hizo el análisis del contenido del derecho a un proceso sin dilaciones y el derecho a un proceso dentro de un plazo razonable. Dentro de los resultados obtenidos, el 66,67% de los centros encuestados considera que el plazo normado presenta un grado mayor de restricción en relación los derechos mencionados. Sin embargo, en base a este resultado es necesario determinar si la duración máxima del plazo para la etapa de méritos tiene más o menos beneficios que costos en relación a los derechos y garantías constitucionales analizados en el indicador denominado: la medida presenta un grado de restricción.

Con el objeto de estudiar el presente indicador se debe considerar que la ley 708 reconoce, como uno de los principios que sustentan al arbitraje, al principio de economía. Refiere que “los procedimientos se desarrollarán evitando trámites o diligencias innecesarias, salvaguardando las garantías jurisdiccionales” (Art. 3.4).

Igualmente, Rodríguez Mendoza (2004) y Tarifa (2016) sostienen que el procedimiento debe realizarse con la mayor economía de tiempo, de energías y costo. De igual modo, en el desarrollo del proceso se debe evitar la existencia de vicios que provoquen nulidades o dilaten el pro-

ceso, ya que generan un perjuicio para las partes en los costos que deben cubrir.

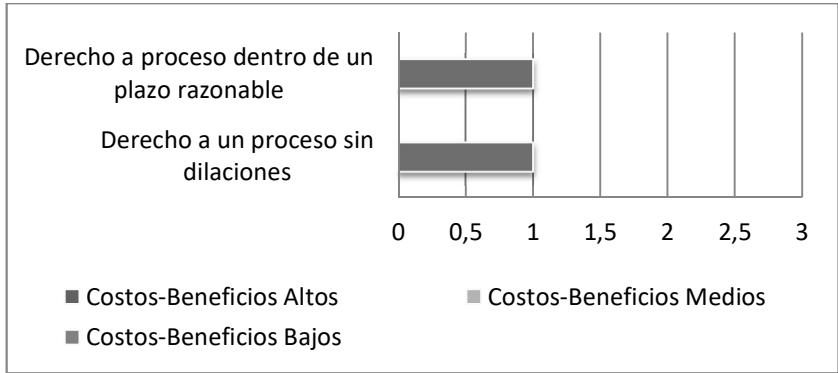
De acuerdo a lo expuesto, el principio de economía previsto por el Art. 3.4 de la ley 708 vela por salvaguardar las garantías constitucionales. Sin embargo, el plazo normado sí afecta a la garantía del debido proceso. Esta garantía, al ser enunciativa, está conformada por el principio de celeridad que, a su vez, está compuesto por el derecho a un plazo razonable y el derecho a un proceso sin dilaciones. Así, afecta al principio de economía y a la seguridad jurídica, generando más costos que beneficios a las partes involucradas en el proceso arbitral. Razón por la cual, el Art. 50 de la ley 708 es susceptible de recursos de inconstitucionalidad, como la acción de inconstitucionalidad abstracta.⁵

Por otra parte, existe una vulneración al principio de concentración que, según Rodríguez Mendoza (2004) y Pino- Ichazo Terrazas (2015), implica que se reúna la actividad procesal en la menor cantidad de actos con el fin de evitar la dispersión dentro del procedimiento. La naturaleza jurídica del arbitraje busca que se resuelva el conflicto en el menor plazo posible, bajo ese entendido se está afectando al mencionado principio que tiene como función “ahorrar tiempo, energía y costo con la finalidad de llegar a la sentencia” dentro de un plazo menor (Pino-Ichazo Terrazas, 2015, pág. 13).

Por lo tanto, la recolección de datos demuestra que el plazo normado tiene mayores costos que beneficios en relación al derecho a un proceso dentro de un plazo razonable y al derecho a un proceso sin dilaciones (véase la figura 6).

(⁵) Es una acción constitucional que tiene por finalidad el control objetivo de las disposiciones legales ordinarias, para establecer su compatibilidad o incompatibilidad con los valores, principios, derechos fundamentales, y las normas orgánicas previstas por la Constitución, con el objeto de realizar una depuración del ordenamiento jurídico del Estado (Rivera, 2011, pág. 233). Está regulado por el Código Procesal Constitucional en sus Arts. 74 al 78.

Figura 4. Costos y beneficios en relación al derecho a un proceso sin dilaciones y al derecho a un proceso dentro de un plazo razonable.



Fuente: Elaboración propia.

Nota: El eje horizontal (valor) va de 0 a 3. Las barras se refieren a los costos sobre los beneficios que tienen el siguiente valor: 1. Altos, 2. Medios y 3. Bajos.

La medida guarda relación razonable con el fin que se quiere alcanzar: El indicador hace referencia “a la aplicación de un determinado instrumento o medio para alcanzar un determinado objeto o finalidad no debe ser irrazonable en sus relaciones recíprocas” (Cianciardo, 2004, pág. 93).

Es evidente que la medida entendida como la duración máxima de 365 días para la etapa de méritos adoptada por el legislador no respeta el contenido de los derechos en juego mencionados en el anterior subtítulo. Como se dijo, las actas públicas de debate de la Ley 708 de Conciliación y Arbitraje (legislatura 2015-2016) justifican esta medida indicando que ella permitiría que el tribunal arbitral tenga mayor tiempo para realizar los actos procesales correspondientes. Sin embargo, ella genera más costos que involucran restricciones a las partes que desean recurrir al arbitraje, por lo cual la medida no es proporcional.

Ella también es desproporcional en relación al fin de la celeridad procesal que fue determinado a través de un análisis teleológico de la me-

dida. Ella afecta al principio de celeridad. Esto es así pese a que el Art. 50 de la ley 708 dispone que la duración máxima del plazo está sujeta a la fundamentación por parte del tribunal arbitral o árbitro único, pues la formulación de la norma termina siendo demasiado amplia y tangencial. Además, podría generar que los árbitros, a causa de los múltiples procesos arbitrales que atienden, procedan a ampliar los plazos.

De esta manera se vulnera la garantía del debido proceso conformada por el principio de celeridad, que es uno de los principales atractivos del arbitraje. Incluso desvirtúa la naturaleza jurídica del arbitraje que implica que las partes resuelvan sus conflictos con rapidez en comparación de la jurisdicción ordinaria. Independientemente que se modifique el plazo para la etapa de méritos o se suspenda el arbitraje por acuerdo de partes, se estaría perdiendo la esencia que tiene el arbitraje, al ser una medida complementaria a la administración de justicia.

Por otra parte, si la intención del legislador era tener el tiempo suficiente para poder realizar los determinados actos procesales, esta medida debía haber sido prevista como una excepción muy limitada para no afectar derechos y garantías constitucionales. Así, por ejemplo, a casos extremadamente complejos o a ciertos arbitrajes de inversiones.

Por último, se debe considerar si existen consecuencias para el incumplimiento del plazo en la etapa de méritos. En ese entendido, el recurso de nulidad regulado en el Art. 112 de la ley 708 no establece ninguna consecuencia, en comparación a la ley 1770 abrogada que disponía la siguiente causal “desarrollo viciado del procedimiento, que vulneren lo pactado, lo establecido en el reglamento adoptado o lo prescrito en la presente ley” (Art. 63.II.6). La causal mencionada según Chuquimia (2006) hace referencia a que el desarrollo del procedimiento arbitral, sin importar la modalidad de adopción, será viciado cuando se incurran en omisiones o defectos que tengan relevancia constitucional, provocando así indefensión y daño material en sus derechos.

Bajo ese razonamiento, la causal que fue regulada en la abrogada ley 1770 otorgaba mayor seguridad jurídica a las partes. En caso de omisiones o defectos dentro del procedimiento arbitral con relevancia constitucional podían recurrir a esta causal con protesta previa. No obstante, la SC 1673/2012 moduló que no se requería de protesta cuando se vulneraba el orden público y el derecho a la defensa. Mientras que en la ley 708, el plazo dispuesto por el Art. 50 no tiene consecuencias, lo cual genera que se restrinjan las causales de anulación.⁶ De todas maneras, la sentencia constitucional 1673/2012 establece que el derecho a la impugnación en los procesos judiciales reconocido en el Art. 180.II de la CPE es extensible a los procesos arbitrales al ser un medio alternativo de solución de controversias en el que las actuaciones son informales, adaptables y simples, por su naturaleza jurídica.

En conclusión, la duración máxima del plazo para la etapa de méritos es irrazonable e inconstitucional. Si bien esta medida atravesó por todos los juicios anteriores, el violar la garantía de la inalterabilidad de los derechos, según Sapag (2008), involucra que esta norma no puede convivir en el ordenamiento jurídico.

3. Conclusiones

La ley 1770 ha sido abrogada por la ley 708, bajo el razonamiento de que ésta no se adecuaba al contexto económico, social y político de Bolivia. En ese entendido, se hizo el análisis del Art. 50 de la ley 708 pues llama la atención que amplíe el plazo de la etapa de méritos del proceso arbitral a 365 días. Esto, particularmente considerando que uno de los principios por los cuales se sustenta y caracteriza el arbitraje es su celeridad, conforme reconoce el Art. 3.2 de la ley 708. Cabe mencionar que el principio de celeridad se encuentra reconocido

⁶ Asimismo, se debe tomar en cuenta que el plazo normado en la etapa de méritos presenta la relevancia constitucional analizada anteriormente. En ese entendido esta causal protegía los derechos constitucionales de las partes que conformaban el arbitraje.

por la CPE en los artículos 178 y 180. Además, su Art. 115 dispone que el Estado garantiza una justicia pronta y sin dilaciones.

Por este motivo el objetivo general de la investigación fue analizar si la duración máxima del plazo cumple con el principio de razonabilidad en la etapa de méritos del proceso arbitral de la ley 708 de Conciliación y Arbitraje, en comparación con la ley 1770 de Arbitraje y Conciliación de 1997 abrogada, y su relación con el principio de celeridad procesal.

Para dar respuesta a este objetivo se tuvo como objetivos específicos el análisis de los juicios de adecuación, necesidad y proporcionalidad que conforman el principio de razonabilidad.

3.1. Juicio de adecuación:

Se plantea si la duración máxima del plazo para la etapa de méritos de la ley 708 cumple con el juicio de adecuación, en comparación a la ley 1770 y su relación con el principio de celeridad.

Dentro de los resultados obtenidos, se pudo evidenciar que el Art. 50 de la ley 708 cumple con el principio de adecuación, por lo cual pasó al siguiente filtro denominado juicio de necesidad por las siguientes razones:

La medida debe alcanzar un fin legislativo: En el estudio del presente indicador se determinó que el fin del plazo normado es permitir que los árbitros puedan tener mayor tiempo para realizar sus actos procesales, tal cual consta en el contenido de las actas públicas del debate de la ley 708 (legislatura 2015-2016) de la Asamblea Legislativa Plurinacional.

Sin embargo, a través de un análisis teleológico de la ampliación del plazo en la etapa de méritos se determinó que el fin de la medida debe ser la celeridad procesal. Por otra parte, se determinó que la constitución no prohíbe de manera expresa el fin mencionado de las actas públicas. En relación a que el *fin debe ser socialmente relevante* se concluye que el plazo dependerá del tipo de conflicto a arbitrar. Por otra parte, se requiere que se cumpla con el principio de subsidiariedad o existencia de otras alternativas de solución, en defecto de otra.

La medida es adecuada ex ante o a posteriori: Se estudiaron los efectos de la medida en relación a la solución de conflictos, la certeza en la toma de decisiones de los árbitros y la carga procesal, que tuvo los siguientes resultados:

Con respecto a la incidencia que tiene la modificación del plazo en la solución de conflictos, ella es incierta porque va a depender del tipo de conflicto que surja y la habilidad que tengan los árbitros para resolverlo. No obstante, sí afecta al principio de celeridad.

En cuanto a la certeza en la toma de decisiones de los árbitros al momento de emitir un laudo arbitral, ella no va a depender del plazo, sino de la habilidad para juzgar, la experiencia y capacidad que tenga el árbitro. En relación a la carga procesal, esta sí influye en la modificación del plazo para la etapa de méritos, ya que una de las funciones que tienen los MASC y sobre todo el arbitraje es descongestionar el sistema procesal ordinario.

Profundidad de la medida: El plazo que tuvo mayor impacto social, de acuerdo a los resultados obtenidos en las encuestas y entrevistas, es de 90 a 180 días según estaba previsto en la ley 1770, porque se considera que tuvo mayor eficacia para la etapa de méritos y guarda relación con el principio de celeridad.

3.2. Juicio de necesidad:

Implica determinar si la duración máxima del plazo normado cumple con el juicio de necesidad y su relación con el principio de celeridad. Bajo ese requisito, se estableció que el plazo normado cumple con el juicio de necesidad por las siguientes circunstancias:

La medida responde al juicio eficiente: El requisito del indicador era hacer una comparación del plazo normado con otras medidas alternativas igualmente eficaces. Las medidas escogidas fueron el acuerdo de partes para modificar el plazo y la suspensión del arbitraje.

En lo que respecta al acuerdo de partes para modificar el plazo, se concluyó que depende del impulso procesal que realicen las partes. Sin embargo, si el tribunal arbitral se encarga de establecer el plazo se otorga mayor seguridad jurídica a las partes. Mientras que las partes amplíen o reduzcan el plazo, implica que cedan o lleguen a un conceso con respecto al conflicto y se encuentren satisfechas, lo que muchas veces no es posible, razón por la cual recurren a la ayuda de un tercero. Asimismo, se consideró que la redacción del Art. 50 de la ley 708 para la etapa de méritos guarda relación con el principio de voluntariedad porque las obligaciones de los árbitros nacen de la autonomía de la voluntad.

En cuanto a la suspensión del arbitraje se determinó que el plazo normado es más eficaz que esta medida. En la suspensión del arbitraje rige el principio de voluntariedad, lo que involucra una solución auto compositiva que debe gozar de un tiempo prudente para que se realicen las negociaciones y llegue a un acuerdo. Esto puede resultar complicado a causa de la posición firme e inquebrantable que pueden presentar las partes y la necesidad de recurrir a una negociación asistida.

La medida presenta un grado de restricción: Se estudió si el plazo normado tiene un grado de restricción en relación a los derechos y garantías constitucionales.

Considerando que el principio de voluntariedad no es ilimitado, las partes no deben desconocer los principios constitucionales que componen la garantía del debido proceso que, al ser enunciativa, se encuentra conformada por el principio de celeridad que reconoce a su vez el derecho a un plazo razonable y el derecho a un proceso sin dilaciones. Dentro del análisis se tuvo como resultado que el plazo normado es más restrictivo que otras medidas alternativas en relación al derecho a un proceso sin dilaciones y el derecho a un proceso dentro de un plazo razonable. No obstante, para determinar si el plazo normado respeta el contenido esencial de la garantía del debido pro-

ceso, el principio de celeridad y los derechos mencionados se recurrió al juicio de proporcionalidad.

3.3. Juicio de proporcionalidad:

Está enfocado en examinar si la duración máxima del plazo para la etapa de méritos cumple con el juicio de proporcionalidad y si guarda relación con el principio celeridad. Así se tiene:

La medida posee un balance entre costos y beneficios: Implica determinar si el plazo normado altera o no un derecho fundamental. En ese entendido, se consideró que el plazo normado tiene mayores costos que beneficios con respecto al derecho a un proceso dentro un plazo razonable y el derecho a un proceso sin dilaciones. Esto vulnera de igual forma los principios economía y concentración.

La medida guarda relación razonable con el fin que se quiere alcanzar: Se obtuvo como resultado que la medida no guarda relación razonable con el fin que se desea alcanzar. El plazo normado es desproporcional debido a que existe una vulneración al debido proceso, conformado en este caso por el principio de celeridad. Del mismo modo, se pudo observar que no existen consecuencias para el incumplimiento del plazo en la etapa de méritos en el recurso de nulidad. En cambio, la ley 1770 abrogada sí contemplaba como causal de anulabilidad del laudo el desarrollo viciado del procedimiento arbitral con el objeto de corregir omisiones o defectos de relevancia constitucional, como es el caso de del plazo normado en la etapa de méritos.

En conclusión, se afirma que la duración máxima del plazo para la etapa de méritos que regula la ley 708 no cumple con el principio de razonabilidad. A pesar que atravesó los filtros conformados por el juicio de adecuación y de necesidad, la medida no alcanza el fin perseguido, lo que determina que no es proporcional. Por lo tanto, la medida es irrazonable e inconstitucional.

4. Recomendaciones:

Se sugiere que el artículo 50 de la ley 708 sea derogado, toda vez que la formulación de dicho artículo es irrazonable porque vulnera el principio de celeridad, que es una de las principales características del arbitraje.

Sin perjuicio de la modificación legislativa del Art. 50 de la ley 708 existe la alternativa de interponer una acción de inconstitucionalidad abstracta, según lo dispuesto por la CPE en sus artículos 132 y 133 y el Código Procesal Constitucional en sus artículos 74 al 78. El posible éxito de esta acción se explica porque la formulación del Art. 50 de la ley 708 atenta al principio de celeridad previsto en el Art. 178.I, en concordancia con el Art. 73.I del debido proceso. Cabe mencionar que el 83,33% los centros de arbitraje de Bolivia consideran que la modificación del plazo no favorece al principio de celeridad. De igual forma, el plazo favorable según las instituciones de arbitraje es de 90 días a 180 días.

Referencias

Doctrinales

- Barona, S. V. (2014). El arbitraje en el marco del impulso de las ADR como cauces no jurisdiccionales de resolución de conflictos. *Referencias a la conciliación y a la mediación*. En S. V. Barona, Tratado de Arbitraje Análisis del derecho procesal español y del derecho boliviano (págs. 29-56). Cochabamba: Kipus.
- Carelli, E. (2009). *El concepto de plazo razonable. El tiempo del Proceso*. Buenos Aires: Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador.
- Chuquimia, M. J. (2006). *Las causales de anulación del laudo arbitral*. Santa Cruz de la Sierra, Bolivia: El País.

- Cianciardo, J. (2004). *El principio de razonabilidad del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Buenos Aires , Argentina: Ábaco de Rodolfo de Palma.
- Deynara, A. R. (20 de Diciembre de 2010). *El derecho al plazo razonable como contenido implícito del derecho al debido proceso: desarrollo jurisprudencial a nivel internacional y nacional*. Recuperado el 20 de Marzo de 2018, de USMP : http://www.derecho.usmp.edu.pe/itaest2011/Articulos_estudiantil%20es/12-2010_articulo_SIST_INTERAMERICANO_20.12.10.pdf
- Ferreira, C.V. (2015). *La importancia de la enseñanza de medios alternativos de solución de conflictos en colegios y universidades*. En Cámara Nacional de Comercio, Visiones sobre la conciliación y arbitraje en el Estado Plurinacional de Bolivia (págs. 69-74). La Paz: Hebron Printers.
- García, S. R. (Septiembre de 2006). Debido proceso. *Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Boletín mexicano de derecho comparado, 39(117), 52-55.
- Gisbert, S. P. (2015). *El contrato arbitral*. Navarra: Aranzadi S.A.
- Gumucio Hinojosa, W. (2010). *Constitución Política del Estado Comentado, Interpretación, Doctrina, Concordada con Tratados Internacionales y Leyes Especiales*. Cochabamba, Bolivia: Gráfica ABBA.
- Gutiérrez, B. H. (2012). *Ensayos de derecho arbitral*. La Paz: Oscar Gutiérrez.
- Martin Alarcón, R. (2014). *Arbitraje Introducción al derecho arbitral*. La Paz, Bolivia: Creativa.
- Meza, D. A. (N.d). *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*. Foro Jurídico 7, 82-88.
- Pino-Ichazo Terrazas, R. (2015). *Arbitraje iter porcesalis*. La Paz, Bolivia: SAGACOM.

- Procuraduría General del Estado. (2016). *Ley de Conciliación y Arbitraje N°708 del 25 de junio DE 2015*. La Paz: Unidad de Comunicación.
- Rivera, J. S. (2011). *Jurisdicción constitucional Procesos constitucionales en Bolivia*. Cochabamaba: Kipus.
- Rivero, F. H. (2004). *La prórroga del plazo para dictar el laudo arbitral*. 08 Anuario 2003, 127-155.
- Robiolo, J. (2007). *Derecho Arbitral*. Buenos Aires, Argentina: FEDYE.
- Rodríguez Mejía, M. (2013). *Medidas cautelares en el proceso arbitral*. Bogotá, Colombia: Xpress Studiográfico y Digital S.A.
- Rodríguez Mendoza, F. (2004). *Procedimiento arbitral*. Santa Cruz de la Sierra, Bolivia : El país .
- Rozas, J. F. (N.d). *Arbitraje y justicia cautelar*. Revista de la Corte española de Arbitraje, 34.
- Sapag, M. (2008). *El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado*. Buenos Aires: Dikaion.
- Tarifa Foronda, C. (2008). *Arbitraje en Bolivia y Recurso de Anulación del Laudo Arbitral*. La Paz, Bolivia: WA-GUI.
- Tarifa Foronda, C. (2016). *Análisis de la ley Nro. 708 de la conciliación y arbitraje*. La Paz, Bolivia: Artes gráficas .
- Vaquero, M. D. (16 de Mayo de 2016). *El Alcance del Principio de Voluntariedad de las Partes en la Definición del Procedimiento en el Arbitraje Nacional*. Obtenido de COLVYAP: <http://www.colvyap.com/2016/05/el-alcance-del-principio-de.html>
- Veytia, H. P. (1996). *El perfil del Árbitro Comercial Internacional*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, 199-210.

Vucsanovich, I. (2017). *Arbitraje la importancia de la voluntad de las partes en el nuevo régimen arbitral boliviano*. La Paz, Bolivia: Omikron.

Reglamentos de Arbitraje Nacionales

CAINCO. (2015). *Reglamento de Procedimiento Arbitral* Santa Cruz, Bolivia.

Cámara de Comercio y Servicios de Cochabamba. (2016). *Reglamento de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio y Servicios de Cochabamba*. Cochabamba, Bolivia.

Cámara Nacional de Comercio de Bolivia. (2015). *Reglamento de Arbitraje Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de Bolivia*. La Paz, Bolivia.

Tratados Internacionales

Comisión Interamericana de Derechos Humanos . (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Bogotá, Colombia.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos Suscrita En La Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos (B-32). (1969). San José, Costa Rica.

Naciones Unidas Derechos Humanos. (16 de Diciembre de 1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Nueva York.

Naciones Unidas. (10 de Diciembre de 1948). La Declaración Universal de Derechos Humanos. París.

Legales

Actas públicas del debate de la Ley 708 de Conciliación y Arbitraje legislatura (2015-2016).El Redactor.

Código de Comercio Nro. 14379 (1977). Gaceta Oficial de Bolivia.

Constitución Política del Estado (2009). Gaceta Oficial de Bolivia.

Exposición de motivos de la Ley de Conciliación y Arbitraje Nro. 708 (2014). Cámara de Diputados Asamblea Legislativa Plurinacional Secretaría General.

Ley de Arbitraje y Conciliación Nro. 1770 (1997) [Abrogada]. Gaceta Oficial de Bolivia].

Ley de Conciliación y Arbitraje Nro. 708 (2015). Gaceta Oficial de Bolivia.

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional de Bolivia. Sentencia núm. 0235/2015 S-1 de 26 de febrero.

Tribunal Constitucional de Bolivia. Sentencia núm. 1564/2011-R de 11 de octubre.

Tribunal Constitucional de Bolivia. Sentencia núm. SC 0042/2004 de 22 de abril.

Tribunal Constitucional de Bolivia. Sentencia núm. SC 1234/2000-R de 21 de diciembre.

Tribunal Constitucional de Bolivia. Sentencia núm. SC 1673/2012 de 1 de octubre.

Tribunal Constitucional de Bolivia. Sentencia núm. SC 2472/2012 de 28 de noviembre.

La revista y sus normas de publicación

Revista de Derecho de la UCB

UCB Law Review

La revista inicia su primera publicación en el año 2017. Está a cargo de la Carrera de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo” (UCB), regional La Paz.

La revista tiene por misión la difusión de investigaciones jurídicas científicas originales que contengan aportes teóricos, con el objetivo de contribuir al conocimiento del Derecho, al desarrollo, diálogo plural y la generación de buenas prácticas en el marco del respeto a los derechos humanos.

Normas de publicación

Especificaciones

1. Se entiende por manuscrito el texto original que se presenta/propone para una publicación.
2. El envío del manuscrito para consideración de la revista comprende la autorización de su eventual publicación y difusión en formato impreso o electrónico, la cesión de los derechos de autor para su divulgación, la aceptación de las normas de la UCB y de la revista, así como su sometimiento a ellas.
3. El contenido y los conceptos emitidos en los manuscritos son de exclusiva responsabilidad de sus autores/as y no necesariamente reflejan la posición de la UCB.
4. El contenido de la revista se publica bajo licencia *Creative Commons* en la licencia *reconocimiento – no comercial – compartir igual* (BY-NC-SA): no se permite un uso comercial de la obra original ni de las posibles obras derivadas, la

distribución de las cuales se debe hacer con una licencia igual a la que regula la obra original.

5. Las investigaciones deben respetar los estándares aceptados de ética académica, ser razonablemente originales y pertenecer a los/as autores/as referidos en ellas. Asimismo, los manuscritos no deben haber sido publicados con anterioridad y/o haber sido sometidos previamente a consideración de publicación en otro medio, salvo las excepciones manifestadas luego.
6. Los/as autores/as deberán identificarse e indicar su afiliación institucional y de no tenerla deberán expresar *investigador/a independiente*. Adicionalmente, deberán expresar su número de registro ORCID. El registro en esta base de datos es gratuita y puede ser realizado en <https://orcid.org>
7. Los idiomas oficiales de publicación de la revista son español e inglés; sin embargo, la revista se reserva el derecho de publicar en otros idiomas.
8. La revista publicará investigaciones que hayan sido evaluadas anónima y favorablemente en su mérito por pares evaluadores.
9. Las comunicaciones entre la revista, los/as autores/as y las instancias evaluadoras serán realizadas mediante correo electrónico.
10. La revista se publicará dos veces por año en los meses de abril y octubre. Desde abril de 2019 se consigna su numeración en volumen (corresponde al año) y el número de la revista de manera correlativa e histórica. Así: Vol. 3 N° 4 que significa que es el tercer año de publicación y la cuarta publicación desde su aparición.
11. La recepción de los manuscritos será continua. La revista se reserva la prerrogativa de establecer el orden y tiempos de publicación de los manuscritos recibidos y que hubiesen sido aprobados por los pares evaluadores en consideración al tiempo natural que demande el proceso de observación-corrección-aprobación de la investigación, así como la disponibilidad, disposición u ordenación de cada número de la revista en razón al criterio que libremente decida.
12. La revista referirá en sus publicaciones las fechas de presentación y aprobación de las investigaciones.

Presentación y estilo

13. Los manuscritos deberán ser remitidos al correo electrónico law.review@ucb.edu.bo en formato digital *Microsoft Word*. En caso de existir gráficos, ellos deberán presentarse también en formato *Microsoft Excel*.
14. Los manuscritos deberán adecuarse al estilo de la Asociación Americana de Psicología (APA por sus siglas en inglés) correspondiente a su 6ª edición en inglés o su 3ª edición en español, salvo en los siguientes aspectos:
 - i. No será necesario encabezado.
 - ii. Los subtítulos deberán ser enumerados (1., 2., 3.).
 - iii. La primera página debe contener:
 - Título en español e inglés.
 - Nombre de los/as autores/as con un asterisco de llamada a pie de página que contenga su información profesional, afiliación institucional (cargo e institución), dirección de correo electrónico y financiador de la investigación (si existiera).
 - Resumen en español y *abstract* en inglés, cada uno con un máximo de 200 palabras.
 - Palabras clave en español e inglés.
 - iv. Las referencias deberán ser organizadas alfabéticamente en sangría francesa. No se admite incluir fuentes no utilizadas directamente en la investigación, salvo aquellas que hayan influido en la determinación de la naturaleza del trabajo que se informa en la investigación.
 - v. Las citas de normas legales comprenderán la siguiente información: artículo, tipo de norma, número y/o nombre y año: (Art. 1279, Código Civil, Decreto Ley 12760, 1975) o (Art. 17, Ley 439, 2013). Para evitar la redundancia se salvan los casos en que estos datos hayan sido manifestados previamente en el cuerpo del trabajo. El ámbito de origen de la norma deberá ser aclarado en la redacción en los casos que corresponda.

- vi. Las citas de jurisprudencia comprenderán tribunal, denominación de la resolución respectiva, número y año: (TCP, Sentencia Constitucional Plurinacional, 1620, 2014). Para evitar la redundancia se salvan los casos en que estos datos hayan sido manifestados previamente en el cuerpo del trabajo. El ámbito de origen de la jurisprudencia deberá ser aclarado en la redacción en los casos que corresponda.
15. La extensión del manuscrito no podrá ser superior a las 14000 palabras.

Proceso de evaluación

16. La revista publicará principalmente investigaciones arbitradas por pares académicos.
17. Los manuscritos serán evaluados por el consejo editorial, que podrá aceptarlos o rechazarlos. En caso de aceptación, cada artículo será editado y posteriormente remitido a dos árbitros.
18. Para emitir sus evaluaciones, los/as árbitros contarán con un plazo razonable, en el marco de la complejidad y extensión de la investigación.
19. Las observaciones que se comuniquen a los/as autores/as deberán ser subsanadas en un plazo prudente a establecerse por el editor responsable.
20. La revista otorgará un patrón de criterios de evaluación a los/as árbitros respecto a la originalidad, aporte teórico, pertinencia, claridad, rigor científico y coherencia de la investigación. La opinión de los/as árbitros de aceptación o rechazo de la investigación debe ser motivada. El editor responsable comunicará la aceptación o rechazo del manuscrito a los/as autores/as, pudiendo mantener en reserva la motivación.

Principios y normas de carácter ético¹

21. Respeto de los editores:

- i. La evaluación de los manuscritos presentados sucederá exclusivamente respecto a su mérito académico (importancia, originalidad, validez del estudio, claridad y coherencia) y su relevancia para el alcance de la revista. No se tendrá en cuenta raza, orientación sexual, religión, origen étnico, filosofía política o afiliación institucional.
- ii. Las decisiones de editar y publicar no están determinadas por las políticas de los gobiernos ni de ninguna otra institución fuera de la propia revista. El editor responsable tiene plena autoridad sobre todo el contenido editorial de la revista en resguardo de su misión y objetivo, así como del momento de publicación de dicho contenido.
- iii. Los editores y el personal editorial no divulgarán ninguna información sobre el manuscrito enviado y hasta su publicación, salvo a los/as autores/as correspondientes, los revisores, otros asesores editoriales y el editor responsable, según corresponda.
- iv. Los editores y miembros del consejo editorial no utilizarán la información no publicada y revelada en el manuscrito enviado para sus propios fines de investigación sin el consentimiento explícito por escrito de los/as autores/as. La información privilegiada o las ideas obtenidas por los editores como resultado del manejo de la investigación se mantendrán confidenciales y no se utilizarán para su ventaja personal.

¹ Se adoptan y adaptan voluntaria y libremente como guía los *Código de Conducta y mejores guías prácticas para editores de revistas* y el *Código de conducta para editores de revistas* o *Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors and the Code of Conduct for Journal Publishers* que corresponden al *Committee on Publication Ethics* (COPE). Se aclara que ni la revista ni sus editores pertenecen a este Comité. Estos documentos originales y ampliados pueden ser recuperados en su versión en idioma inglés del sitio web: http://publicationethics.org/files/Code%20of%20Conduct_2.pdf

- v. Los editores se recusarán respecto de las investigaciones en las que tengan conflictos de intereses resultantes de relaciones competitivas, colaborativas u otras con cualquiera de los/as autores/as, empresas o instituciones relacionadas con los documentos. En este caso, pedirán a otro miembro del consejo editorial que realice las actividades correspondientes con la investigación.
- vi. Los editores se asegurarán que todos los manuscritos presentados que se están considerando para su publicación se sometan a revisión por parte de al menos dos revisores expertos/as en el campo. El editor responsable decidirá cuáles de las investigaciones enviadas a la revista serán publicadas, basado en la validación de la obra en cuestión, su importancia para los investigadores y lectores, los comentarios de los revisores y los requisitos legales que actualmente están en vigor en materia de difamación, infracción de derechos de autor y plagio. El editor responsable puede consultar con otros editores o revisores para tomar esta decisión.
- vii. Los editores investigarán todo acto que atente contra la ética y que les sea denunciado. En caso de encontrar suficientemente fundados tales actos, se publicará una corrección, una retractación, una expresión de preocupación u otra que corresponda. Esta actuación sucederá independientemente del tiempo que haya transcurrido desde la publicación que se discuta.

22. Respetto de los revisores:

- i. La revisión por pares ayuda a los editores a tomar decisiones editoriales y, a través de las comunicaciones editoriales con los/as autores/as pueden ayudarles a mejorar sus investigaciones. La revisión por pares es un componente esencial de la comunicación académica formal y se encuentra en el corazón del esfuerzo científico. Los académicos que deseen contribuir al proceso científico tienen la necesidad de actuar también, y en buena medida, en procesos de revisión.
- ii. Cualquier árbitro invitado que se sienta incompetente para revisar el manuscrito o sepa que su pronta revisión le será imposible,

- debe notificar inmediatamente a los editores y rechazar la invitación, en orden a que otros revisores puedan ser contactados.
- iii. Los manuscritos recibidos para su revisión son documentos confidenciales y deben ser tratados como tales. No deben ser mostrados o debatidos con otros, excepto si están autorizados por el editor responsable en casos absolutamente excepcionales y específicos. Este criterio también se aplica a los revisores invitados que rechacen la invitación de revisión.
 - iv. El examen del manuscrito debe realizarse objetivamente. Las observaciones se formularán con claridad y argumentos de apoyo para que los/as autores/as puedan usarlos para mejorar su investigación. La crítica personal de los/as autores/as es inapropiada.
 - v. Los/as revisores/as deben identificar el/los trabajo/s publicado/s relevante/s que no haya sido citado por los/as autores/as. Cualquier observación, derivación o argumentación que se sustente en publicaciones anteriores debe ir acompañada de la citación pertinente. El/la revisor/a también debe notificar a los editores cualquier semejanza sustancial o superposición entre la investigación en examen y cualquier otra (publicada o no) de la que tengan conocimiento personal.
 - vi. Cualquier árbitro invitado que tenga conflictos de intereses resultantes de relaciones competitivas, colaborativas u otras con cualquiera de los/as autores/as o instituciones relacionadas con la investigación debe notificar inmediatamente a los editores para declarar sus conflictos de interés y declinar la invitación.
 - vii. El material no publicado revelado en una investigación enviada no debe ser utilizado en la investigación de un/a revisor/a sin el consentimiento expreso por escrito de los/as autores/as. La información privilegiada o las ideas obtenidas a través de la revisión por pares deben mantenerse confidenciales y no ser utilizadas para la ventaja personal del revisor. Esto también se aplica a los revisores invitados que rechazan la invitación de revisión.

23. **Respecto de los/as autores/as:**

- i. En los marcos de la ciencia e investigación jurídica, los/as autores/as de la investigación original deben presentar una descripción exacta del trabajo realizado y los resultados, seguido de una discusión objetiva de la importancia del trabajo. La investigación debe contener suficiente detalle y referencias para permitir a otros replicar el trabajo. Los artículos de revisión deben ser precisos, objetivos y completos, mientras que las opiniones o las piezas de perspectiva editorial deben identificarse claramente como tales. Las declaraciones de carácter fraudulento o impreciso constituyen un comportamiento no ético y son inaceptables.
- ii. Se puede pedir a los/as autores/as que proporcionen los datos brutos de su investigación, tanto para su revisión editorial como para ponerlos a disposición del público. En cualquier caso, los/as autores/as deben garantizar la accesibilidad de dichos datos a otros profesionales competentes durante al menos 10 años después de la publicación (preferiblemente a través de un repositorio de datos institucional o sujeto o cualquier otro centro de datos), siempre que se puedan proteger la confidencialidad de los participantes y los derechos legales vinculados a estos datos.
- iii. Los/as autores/as deben asegurarse que han escrito y presentado trabajos totalmente originales, así como verificar que han citado adecuadamente el trabajo y/o palabras de otros/as si los han utilizado. También deben citarse las publicaciones que han influido en la determinación de la naturaleza del trabajo que se informa en la investigación. El plagio adopta muchas formas: hacer pasar el artículo académico de otro/a autor/a como propio, copiar o parafrasear partes sustanciales de las investigaciones de otros sin atribución de autoría, reclamar resultados de investigaciones realizadas por otros, entre otras. El plagio, en todas sus formas, constituye un comportamiento de publicación poco ético y es inaceptable.
- iv. Los/as autores/as deben asegurarse de que han reconocido adecuadamente la información obtenida en privado (de con-

versación, correspondencia o discusión con terceros), no pudiendo ser utilizada o reportada sin el permiso explícito por escrito de la fuente. Los/as autores/as no deben utilizar la información obtenida en el curso de la prestación de servicios confidenciales, como el arbitraje de manuscritos o solicitudes de subvención, a menos que hayan obtenido el permiso explícito por escrito de los/as autores/as del trabajo involucrado en estos servicios.

- v. Los trabajos que describan esencialmente la misma investigación no deben publicarse en más de una revista o publicación primaria. Por lo tanto, los/as autores/as no deben someter a consideración una investigación que ya ha sido publicada en otra revista. La presentación de un manuscrito simultáneamente a más de una revista es un comportamiento de publicación poco ético e inaceptable. Excepcionalmente, la publicación de algunos tipos de artículos (como traducciones, protocolos) en más de una revista puede justificarse, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: los/as autores/as y editores de las revistas interesadas deben aceptar la publicación secundaria, debe reflejar los mismos datos e interpretación del documento primario y la referencia primaria debe ser citada en la publicación secundaria.
- vi. Solamente las personas que cumplan con estos criterios de autoría deben ser listadas como autores/as en el manuscrito, ya que deben ser capaces de asumir la responsabilidad pública por el contenido: (i) contribuciones significativas a la concepción, diseño, ejecución, adquisición de datos o análisis / interpretación del estudio; (ii) quien redactó el manuscrito o lo revisó críticamente con contenido intelectual importante; (iii) quien vio y aprobó la versión final del documento aceptando su presentación para su publicación. Todas las personas que hicieron contribuciones sustanciales a la obra reportada en el manuscrito (tales como ayuda técnica, ayuda de redacción y edición, apoyo general) pero que no cumplen con los criterios para la autoría manifestados no deben ser listadas como autores/as, sino que deben ser referidas en *reconoci-*

mientos (esta sección es admisible si se cuenta con el permiso escrito de los colaboradores). El/a autor/a correspondiente debe asegurarse que todos los/as coautores/as apropiados estén incluidos en la lista de autores/as y verificar que todos/as ellos/as hayan visto y aprobado la versión final del manuscrito y aceptado su publicación para publicación.

- vii. Los/as autores/as deben, en la etapa más temprana posible (por lo general, mediante la presentación de una declaración escrita en el momento de presentar el manuscrito, así como la inclusión de una declaración en el propio manuscrito), expresar cualquier conflicto de intereses que pueda influir en los resultados o interpretación de la investigación (por ejemplo, y no limitativamente, conflictos por financiamiento tales como honorarios, subsidios educativos u otros fondos, la participación en membresías, empleos, consultorías, propiedad de acciones, acuerdos de licencia; así como no financieros, tales como relaciones personales o profesionales, afiliaciones, conocimientos o creencias en el tema o materiales discutidos en el manuscrito). Todas las fuentes de apoyo financiero para el trabajo deben ser reveladas.
- viii. Si la investigación involucra el uso de animales o participantes humanos, los/as autores/as deben asegurarse de que todos los procedimientos se han realizado de conformidad con las normas pertinentes y vigentes. El manuscrito debe contener una declaración a este efecto. Los/as autores/as también deben incluir una declaración en el manuscrito que el consentimiento informado se obtuvo para la experimentación con los participantes humanos. Los derechos de privacidad de los participantes humanos siempre deben ser observados.
- ix. Los/as autores/as están obligados/as a participar en el proceso de revisión por pares y cooperar plenamente, respondiendo puntualmente a las solicitudes de los editores de datos crudos, aclaraciones y pruebas éticas, consentimientos informados y permisos de propiedad intelectual. En el caso de una primera decisión de *revisiones necesarias*, los/as autores/as deben responder a los comentarios de los revisores sistemáticamente.

te, punto por punto y de manera oportuna, revisando y reenviando su manuscrito a la revista en el plazo indicado.

- x. Cuando los/as autores/as descubren errores significativos o inexactitudes en su propio trabajo publicado, tienen la obligación de notificar con prontitud a los editores o editores de la revista y cooperar con ellos para corregir su manuscrito mediante una errata o retractación. Si los editores conocen a través de terceras personas que un manuscrito publicado contiene errores o inexactitudes significativas, entonces será obligación de los/as autores/as corregir o retirar rápidamente el documento o proporcionar evidencia a los editores de la revista de la corrección del documento.

24. **Respecto de la editorial:**

- i. En casos de presunta mala conducta científica, publicación fraudulenta o plagio, el editor responsable, en estrecha colaboración con los editores, tomará todas las medidas apropiadas para aclarar la situación y modificar el artículo en cuestión. Esto incluye la pronta publicación de un *erratum*, aclaración o, en el caso más grave, la retracción del trabajo afectado. Además, tomarán medidas razonables para identificar e impedir la publicación de documentos donde se ha producido mala conducta de investigación y en ningún caso fomentar dicha mala conducta o permitir conscientemente que dicha conducta se produzca.
- ii. El editor responsable se compromete a la permanente disponibilidad y preservación de la investigación académica y asegura su accesibilidad.



UNIVERSIDAD
CATÓLICA
BOLIVIANA
LA PAZ

Avenida 14 de septiembre N° 4807 - Obrajes - La Paz
www.ucb.edu.bo
ucblawreview.wordpress.com