

UNIVERSIDAD CATÓLICA BOLIVIANA
“SAN PABLO”

Unidad Académica Regional La Paz
Carrera de Derecho

REVISTA N° 3

OCTUBRE 2018

LA PAZ - BOLIVIA

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

Problemática constitucional y convencional del proyecto de
derecho al aborto discrecional, libre o sin causa legítima en Argentina

*Constitutional and conventional problems of the discretionary, free
or without-legitimate-cause abortion right project in Argentina*

NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS

El conflicto familiar como problema humano y
el vínculo familiar a ser tutelado

*The Family Conflict as a Human Problem and
the Family Link to be Protected*

MANUEL BERMÚDEZ TAPIA

El incumplimiento de la obligación atribuible a imposibilidad de ejecutar
la prestación por una causa no imputable al deudor, en el sistema
de responsabilidad del Código Civil boliviano vigente desde 1976

*The breach of the obligation attributable to the impossibility of its performance
for a cause not imputable to the debtor, in the liability system
of the Bolivian Civil Code in force since 1976*

GERARDO RUIZ CASTELLANOS

REVISTA DE
DERECHO
DE LA U.C.B.

U. C. B. LAW REVIEW



UNIVERSIDAD CATÓLICA BOLIVIANA "SAN PABLO"
Unidad Académica Regional La Paz
Carrera de Derecho

Revista N° 3, octubre de 2018, 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

Marcela Nogales Garrón
Vicerrectora Administrativa Financiera Nacional

Flavio Escóbar Llanos
Rector de la Unidad Académica Regional La Paz

Sergio Delgadillo Urquidi
Secretario General Nacional

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”
Ld.villafuerte@acad.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 N° 3

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)



La Paz – Bolivia
Octubre de 2018

Lectores académicos nacionales

Ciro Añez Nuñez
Universidad Autónoma
Gabriel René Moreno - Santa Cruz

Pablo Bernardo Miller Pazos
Universidad Católica Boliviana “San Pablo”
La Paz

Fernando Zambrana Sea
Defensoría del Pueblo
Estado Plurinacional de Bolivia

Lectores académicos internacionales

Ursula Cristina Basset
Universidad Austral y Pontificia Universidad
Católica Argentina
Argentina

Nathalia Bautista Pizarro
Universidad Externado de Colombia
Colombia

Ligia De Jesus Castaldi
Ave Maria School of Law
Estados Unidos

Juan Cianciarolo
Universidad de Navarra
España

María Laura Farfán Bertrán
Universidad Nacional de Cuyo
Argentina

Débora Ramieri de Cechini
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 5-6

Artículos académicos

Néstor Pedro Sagüés

Problemática constitucional y convencional del proyecto de derecho al aborto discrecional, libre o sin causa legítima en Argentina
Constitutional and conventional problems of the discretionary, free or without-legitimate-cause abortion right project in Argentina

Páginas 9-26

Manuel Bermúdez Tapia

El conflicto familiar como problema humano y el vínculo familiar a ser tutelado
The Family Conflict as a Human Problem and the Family Link to be Protected

Páginas 27-44

Gerardo Ruiz Castellanos

El incumplimiento de la obligación atribuible a imposibilidad de ejecutar la prestación por una causa no imputable al deudor, en el sistema de responsabilidad del Código Civil boliviano vigente desde 1976
The breach of the obligation attributable to the impossibility of its performance for a cause not imputable to the debtor, in the liability system of the Bolivian Civil Code in force since 1976

Páginas 45-80

La revista y sus normas de publicación

Páginas 81-94

Presentación

Celebramos nuestro primer aniversario. En este año, sumando el contenido de este número, podemos decir que hemos publicado nueve artículos arbitrados y uno de opinión, cuatro de ellos corresponden a docentes de nuestra universidad, dos a exestudiantes y tres a autores extranjeros. Contamos con la seriedad y el respaldo de un consejo editorial institucional compuesto por la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas de Bolivia, así como la decanatura y la dirección de la Facultad y Carrera de Derecho de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo” regional La Paz. Los artículos sometidos a nuestra consideración han merecido dictámenes, según especialidad temática, por cuatro pares académicos bolivianos y catorce internacionales de Argentina, Colombia, Ecuador, Estados Unidos y Perú. Estos datos nos demandan seguir adelante, a crecer y a llevar a nuestra comunidad jurídica y académica investigaciones originales de alta calidad.

Estamos convencidos que hoy por hoy el inicio de las revistas de literatura especializada comprende un camino lleno de retos. No solamente exige severos actos de fe de parte de quienes someten sus manuscritos, pues la juventud de la revista impide aún su indexación, sino también de parte de quienes empeñan su prestigio derrochando sus aportes de manera desprendida a este proyecto. A todas y todos ellos les ofrecemos nuestros más sinceros agradecimientos y les dedicamos, con profunda admiración, el presente número.

El contenido de esta revista plantea, en primera instancia, un análisis crítico a la difícil realidad jurídica y normativa que enfrentó la Argentina ante el debate de la legalización del aborto en este año. El

artículo fue recibido pocos días antes que los diputados y senadores argentinos se hubieran pronunciado al respecto, con resultados de votaciones muy reñidos. El autor, con la claridad, profundidad y maestría que le caracterizan, demuestra con absoluta precisión que tal discusión legislativa, a la luz del Derecho, era al menos imposible frente a la sólida protección que la Constitución de la Nación Argentina y las normas internacionales de Derechos Humanos otorgan al derecho a la vida.

El segundo artículo que publicamos en este número toca, con el rigor de la experiencia del autor, la jurisprudencia y la doctrina, la inocultable y difícil realidad que enfrentan los procesos familiares en el Perú; y, en consecuencia, la amenaza constante que sufre el vínculo familiar. El ocultamiento de los menores detrás del rito procedimental, la deshumanización, la rara solución real de conflictos, y el anacronismo son, entre otros, los escenarios que el autor bien describe. Con mucho pesar podemos decir que no es difícil constatar que la realidad boliviana está en una situación similar.

El tercer artículo que publicamos corresponde a un valioso e interesante estudio analítico, comparativo y argumentativo de las categorías existentes en las obligaciones y la responsabilidad civil. El autor conduce al lector a través clasificaciones, normas y ejemplos para demostrarle que el sistema de responsabilidad civil que rige en Bolivia es *predominantemente* objetivo, tal como ocurre en el Código civil italiano.

Editor responsable

Artículos académicos

Revisados y aprobados por pares académicos

**Problemática constitucional y convencional del
proyecto de derecho al aborto discrecional, libre o sin causa
legítima en Argentina**

*Constitutional and conventional problems of the
discretionary, free or without-legitimate-cause abortion right
project in Argentina*

Néstor Pedro Sagüés*

Recibido: 06.06.2018

Aceptado: 23.07.2018

Resumen

Algunos proyectos legislativos proponen para Argentina el reconocimiento de un derecho al aborto, libre y discrecional, durante las primeras semanas del embarazo, con la facultad de reclamar prestaciones del Estado o de particulares, para realizarlo. Tales propuestas colisionan con normas constitucionales y otras provenientes del derecho internacional de los derechos humanos.

Palabras clave: derecho al aborto / aborto libre y discrecional / Constitución nacional / Convención americana sobre derechos

* Doctor en Derecho, Universidad de Madrid y Nacional del Litoral (Argentina). Doctor honoris causa y profesor honorario por diversas universidades latinoamericanas. Profesor titular Emérito, Universidad de Buenos Aires. Profesor de posgrado, Universidad Católica Argentina, Austral y Panamericana de México. Argentino.

Contacto: npsagues@gmail.com

Revista de Derecho de la UCB – UCB Law Review, Revista 3, octubre, 2018, pp 9-26, ISSN 2523-1510 (en línea), ISSN 2521-8808 (impresa).

humanos / Convención sobre Derechos del Niño / Corte Interamericana de Derechos Humanos / Comisión Interamericana de Derechos Humanos / Corte Suprema de Justicia.

Abstract

Some legislative projects in Argentina propose the recognition of a free and discretionary right to abortion during the first weeks (first trimester) of pregnancy, that implies the right to benefits from the State or individuals, in order to carry it out. Such proposals oppose to constitutional provisions and other norms of International Law on human rights.

Keywords: right to abortion / free and discretionary abortion / National Constitution / American Convention on Human Rights / Convention on the Rights of the Child / Inter-American Court of Human Rights / Inter-American Commission on Human Rights / Supreme Court of Justice.

Introducción. Aclaraciones semánticas necesarias.

De la despenalización a la legalización (y constitucionalización)

El reciente debate abierto en Argentina en torno a propuestas legislativas sobre la *interrupción voluntaria del embarazo* (así denominada por sus promotores, mientras que quienes se oponen a ella prefieren hablar de *aborto*, o incluso de *homicidio prenatal*), tiene múltiples variables. Aquí nos detendremos en el llamado aborto discrecional o sin necesidad de expresión de causa legítima, resuelto libremente, a su arbitrio, por la madre. En cuanto al aborto terapéutico, en resguardo de la salud de la progenitora, o al eugenésico, derivado de un abuso sexual, los hemos atendido en ante-

riores estudios y no implican una novedad legisferante, por estar aludidos como no punibles por el art. 86 del código penal.¹

La mayor parte de las iniciativas en trámite, al mismo tiempo, si bien parten de formular una propuesta de *despenalización* o de declaración de *inimputabilidad* o de *impunidad* respecto de quien decide así practicar un aborto, al mismo tiempo significan iniciativas de *proclamación de un nuevo derecho*, precisamente, el de abortar (para algunos, incluso, emergente de la misma Constitución) y de un derecho que implica, para quien lo ejerce, la facultad legal de practicarlo libremente y en condiciones sanitarias y de seguridad adecuadas. Tal potestad se complementa con el reclamo de exigir -también, llegado el caso, judicialmente-, prestaciones gratuitas por parte del Estado o de entidades ocupadas de los servicios de salud (como las empresas de medicina prepaga).

La distinción que subrayamos es significativa. A título de mero ejemplo: un menor de dieciséis años no puede, según la legislación actual argentina, ser sujeto punible por la comisión de un delito; pero ello no significa que esté legitimado para realizar tal acto, y menos todavía, para demandarle al Estado la provisión de elementos para cometerlo. En cambio, en el caso de las propuestas en trámite legislativo en estos días, aparte del llamado aborto con causa, se incluye la extinción de la vida del hijo en gestación por resolución irrestricta de la progenitora, producto de su puro voluntarismo (aborto libre, sin causa legítima), como algo no solamente no punible durante las primeras semanas del embarazo, sino que también

¹ Sagüés N. P., “El aborto eugenésico, la Constitución, el derecho internacional de los derechos humanos”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2012-III-1129.

importaría el ejercicio de un derecho y la facultad de demandar la asistencia, medios y recursos estatales para realizarlo.

El marco normativo

En Argentina el aborto discrecional, libre o sin expresión de causa legítima se encuentra bloqueado por puntuales disposiciones convencionales y constitucionales. Destaquemos las más significativas.

- a) *Convención americana sobre derechos humanos* (o Pacto de San José de Costa Rica, con rango constitucional, según el art. 75 inc. 22 de la constitución nacional). Su art. 4-1 enuncia *explícitamente* cinco directrices vitales en el tema: 1) toda persona tiene derecho a que se respete su vida; 2) ese derecho debe protegerse por la ley; 3) dicho derecho rige, en general, desde el momento de la concepción; 4) a partir de ese instante, el ente engendrado es persona; 5) nadie puede ser privado arbitrariamente de su vida.
- b) *Convención internacional sobre los derechos del niño* (también con rango constitucional, conforme el citado art. 75 inc. 22): declara en su Preámbulo que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y asistencia especiales, incluso la debida protección legal, *tanto antes como después del nacimiento*. Repite, en este punto, la Declaración de los derechos del niño de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 1959. El art. 6º añade que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida, y que los Estados garantizarán en la máxima medida posible su supervivencia y desarrollo. Argentina, por ley 23.849, al ratificar la Convención, y a título de

reserva y declaración, especifica además que para nuestro país “se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad”, afirmación que integra, entonces, las condiciones de vigencia, en nuestro país, de la Convención.²

- c) *Constitución Nacional* (texto según la reforma de 1994): El art. 75 inc. 23 determina que el Congreso debe dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, “desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”.³

² En el caso “F., A. L.” (Jurisprudencia Argentina, 2012-III-371, “Fallos” de la CSJN, 335:197, considerando 13), la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que la regla del art. 2^a de la ley 23.849, en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción, no es una reserva sino una “declaración interpretativa”. Sobre el punto, debe destacarse que tal interpretación integra el cuerpo de “reservas y declaraciones” dispuesto por la ley citada, y que por ende, hace a las condiciones de vigencia, para nuestro país, de la convención sobre derechos del niño, resultando una interpretación obligatoria en el marco del derecho argentino. Ver sobre el tema Gil Domínguez A., Faure M. y Herrera M., *Derecho Constitucional de familia*, Buenos Aires 2006, Ediar, t. II p. 103.

³ Durante el debate de esta norma en la convención constituyente de 1994, y a raíz de una intervención del convencional Raul Alfonsín, el miembro coinformante del despacho mayoritario, convencional Rodolfo Barra, aclaró que el delito de aborto debe ser regulado por el código penal, y no por la Constitución, aunque insistió en que la persona por nacer “es un niño”, que tiene derecho a la vida desde la concepción (Cfr. Convención Nacional Constituyente, Diario de Sesiones, versión taquigráfica, Sesión del 19 de agosto de 1994, pp. 4596/7, 4600/1, y especialmente, 4606. Ver también sobre el tema Gil Domínguez A., *Aborto voluntario, vida humana y constitución*, Buenos Aires 2000, Ediar, p. 188 y sigts.; Filippini L., “Los abortos no punibles en la reforma constitucional de 1994”, en Bergallo P., comp., *Aborto y justicia reproductiva*, Buenos Aires 2011, ed. Del Puerto, p. 399 y ss, esp. pp. 403-410).

Es notorio que en tal escenario normativo, la posibilidad de ultimar a un feto, *nasciturus*, sujeto en gestación, o como prefiera llamársele, pero legalmente *niño* para el derecho argentino, sin causa legítima, y por el solo arbitrio de la progenitora, es una alternativa jurídicamente inviable, inconventional e inconstitucional.

Teórica y formalmente, para posibilitar el aborto libre, discrecional o sin expresión de causa, resultaría necesario, previamente, que Argentina modificase su Constitución y que además denunciara los instrumentos internacionales referidos, conforme las severas exigencias del art. 75 inc. 22 la misma Constitución. No obstante, conforme al principio internacionalista de interpretación de los derechos humanos, de no regresividad, o de imposibilidad de involución reaccionaria respecto de un derecho humano fundamental⁴, el otorgamiento del derecho a la vida prenatal, ya conferido jurídicamente al niño, impide tal tentativa extintiva del mismo.

Naturalmente, la genuina tutela de esa vida prenatal obsta a aceptar fórmulas encubiertas de atentar arbitrariamente contra ella, como autorizar el aborto con mención de alguna causa, pero sin necesidad de que ella sea realmente grave (esto es, tan importante como para privar de la vida al sujeto en gestación), o sin demostrarla razonablemente, bastando v. gr. para eso, al decir de ciertas estrategias elusivas, simples manifestaciones explicativas de quien desee concluir con la vida del *nasciturus*.

⁴ Sobre el principio de no regresión en materia de interpretación de derechos humanos, cfr. el voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni en “Aquino” (CSJN, Jurisprudencia Argentina, 2004-IV-16). Nos hemos referido con más detalle al tema en Sagüés N. P., *Derecho Constitucional*, Buenos Aires 2016, Astrea, t. 3, “Estatuto de los derechos”, pp. 21-22, adonde nos remitimos.

Queda claro, en definitiva, que a partir del momento de la concepción la persona por nacer (*niño*, de acuerdo al derecho argentino), tiene un derecho humano, específico, fundamental, concreto y exigible a la vida, que debe ser respetado y protegido por todos, comenzando por sus progenitores biológicos y por el Estado. No es tal niño una entealequia, una cosa insignificante, mucho menos un tumor maligno, ni una apófisis, ni una membrana, apéndice, cartílago o amígdala del cuerpo de la madre, a merced de la decisión discrecional de ella de extirparlo. Es un ser ultravulnerable, digno de respeto, de valoración, de estima y por qué no, de afecto, portador de un derecho a su subsistencia esgrimible ante todos. Jamás podría, arbitrariamente, sin causa legítima, ser intencionalmente privado de su vida.

Tentativas de desconvenionalización y de desconstitucionalización

En la experiencia jurídica, ciertos pronunciamientos han procurado diluir el mensaje de las directrices convencionales y constitucionales que hemos mencionado. Se trata de interpretaciones manipulativas y desnaturalizadoras que desvirtúan claros mensajes del derecho internacional y del derecho constitucional local, sobre el tema.

- a) *Convención americana sobre derechos humanos*. Una resolución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Baby Boy* (1981),⁵ es una buena muestra de una

⁵ CIDH, Resolución 23/81. Votan en disidencia los comisionados Morroy Cabra y Tinoco Castro.

interpretación escapista y manipuladora del Pacto de San José de Costa Rica.

En síntesis, por mayoría (hay significativas disidencias), la Comisión concluye que teniendo en cuenta la intención de los Estados que la redactaron, la expresión “en general”, del art. 4-1 de la Convención, relativa a la tutela del derecho a la vida de la persona por nacer, implica que los ellos pueden instrumentar, *a piacere*, el aborto. La conclusión causa estupefacción, ya que, conforme a tal tesis, el derecho a la vida de la persona por nacer, desde su concepción, existiría, pero bajo una condición resolutoria: que el Estado decida, soberanamente, autorizar cualquier tipo de aborto, incluso el decidido sin causa valedera. Tal vez sea la primera vez que un instrumento internacional de derechos humanos resulta interpretado en un sentido tan absurdo, como entender que un derecho rige, en tanto que el Estado no disponga lo contrario. Triste primicia, sin duda, frontalmente opuesta al sentido normal del derecho internacional que aludimos, que precisamente implanta límites a la capacidad decisoria de cada Estado, y que le obliga tanto a no violar como a respetar activamente a un derecho, adoptando al efecto medidas preventivas de tutela y de sanción ante su infracción.

En la especie, en síntesis, la Comisión Interamericana privilegió, respecto del citado art. 4-1, una interpretación presuntamente histórico-voluntarista, fundada en la hipotética intención de algunos Estados que intervinieron en su redacción (tema en sí muy discutible, ciertamente), por sobre una interpretación fundada en el principio protectorio *pro persona*. Con ello contravino las pautas de interpretación propias del derecho interna-

cional de los derechos humanos, que dan prioridad, como directriz interpretativa, y por sobre otras, a la exégesis más favorable al sujeto en cuyo favor se declara un derecho.

Baby Boy, cabe advertirlo, es una resolución (repetimos, no unánime) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no adoptada formalmente en ningún caso por la Corte Interamericana,⁶ y además, de casi cuarenta años atrás. No es, desde luego, compulsiva para los Estados del sistema interamericano, ni obligatoria para la Corte Interamericana.⁷

Por su parte, en *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por mayoría de sus jueces, y con referencia al caso de la fecundación *in vitro*, ha re-taceado el vigor del art. 4-1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. El tribunal ha entendido que el óvulo femenino fecundado, pero todavía no anidado en el útero ma-

⁶ En “*Artavia Murillo*”, párrafo 220, la Corte Interamericana de Derechos Humanos “constata” el Informe de la Comisión Interamericana emitido en *Baby Boy*, pero no indica que lo adopta en su totalidad como tesis del tribunal regional. En otro orden de ideas, consume una inusitada interpretación *contra conventionem* cuando indica (párrafos 222 y 223), que el art. 4-1 de la Convención americana protege fundamentalmente a la mujer embarazada antes que al sujeto concebido, disparidad que no surge, en modo alguno, de la cláusula en cuestión. Ver Sagüés N. P., “El derecho a la vida prenatal en el Pacto de San José de Costa Rica. Interpretaciones y manipulaciones”, *El Derecho*, Buenos Aires, 4/4/18.

⁷ Contra lo que habitualmente se dice, nuestra Corte Suprema de Justicia no ha resuelto en “*Carranza Latrubesse*” (*Fallos*, 336:1024), que las recomendaciones de la Comisión Interamericana sean generalmente obligatorias o compulsivas para Argentina. No existe una mayoría de votos en tal sentido, aunque (solamente en función de la situación planteada en ese caso en concreto), la Corte concluya que deba confirmarse una resolución judicial que ordenaba cumplir con una recomendación de la Comisión. Ver Sagüés N. P., “Las sentencias colectoras” en *El Derecho*, Buenos Aires, 255-829.

terno, no es *persona* tutelada por tal norma con derecho a la vida, aunque sí merezca (según la tesis del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) alguna protección, en nombre de la dignidad humana (párrafo 233 de tal veredicto). También ha considerado (párrafo 264) que la expresión “en general” incluida en dicho art.4-1, referida al amparo de la persona por nacer, desde su concepción, significa que tal protección “no es absoluta, sino gradual o incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto o incondicional (para el Estado), sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general”.

De todos modos, cabe subrayar que el fallo dictado en *Artavia Murillo* no declara que el aborto discrecional, libre o sin causa, importe una alternativa compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La sentencia consume, es verdad, una nada feliz interpretación mutativa –por sustracción- del art. 4-1 del Pacto, modulando la clara tutela del mismo a la persona ya concebida, a un impreciso e inventado nivel “gradual e incremental”. Menciona la existencia de eventuales excepciones a la tutela de la vida del individuo en gestación, pero *no dice* que los progenitores estén autorizados, conforme la Convención, a poder decidir –soberana y libérrimamente, a su pleno arbitrio- eliminarlo sin causa. Antes bien, cabe conjeturar, en términos de razonabilidad, que las posibles excepciones del amparo a la vida del feto, dada la magnitud y relevancia jerárquica máxima del bien en juego, deben responder a razones muy extremas que puedan, en casos límites, legitimar tal gravísima resolución. Entre ellas, por

supuesto, no puede válidamente figurar el aborto discrecional, libre o incausado, fundado en la mera voluntad del progenitor.

- b) *Convención de los derechos del niño*. En *Artavia Murillo*, la mayoría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos introduce una interpretación devaluatoria del Preámbulo de esa Convención de los derechos del niño, e indirectamente, de su art. 6° (cfr. *supra*, 2). Para ello, expone que el Grupo de Trabajo de esa Convención indicó que el Preámbulo no determinaría la interpretación del art. 1° de la Convención, o mejor dicho, que no implicaría un juicio previo obligatorio del Grupo de Trabajo acerca de cómo interpretar la Convención (ver párrafo 232 y cita 355 de la sentencia aludida).

Ahora bien: el claro texto del Preámbulo de la Convención, terminante y concluyente en la tutela legal del niño “antes como después de su nacimiento”, resulta una pauta definitoria para los estados, por más que un Grupo de Trabajo intente sostener que para dicho grupo no le sea obligatorio. El grupo en cuestión no tiene autoridad para quitar eficacia a la directriz que meridianamente adopta el Preámbulo de la Convención. Jurídicamente, so pena de incurrir en una interpretación *contra conventionem*, no está autorizado para negar, banalizar o hacerle decir al Preámbulo menos de lo que el mismo, nítida y explícitamente, enfatiza. Y el Preámbulo de la Convención, como cualquier otro preámbulo del mundo, es un medio clásico para interpretar el texto convencional. Para eso, precisamente, se lo redacta.

c) *Constitución nacional*. En el caso “F., A. L.”,⁸ la Corte Suprema de Justicia nacional formuló una tesis que, literal y mezquinamente interpretada por algunos, produce una importante restricción a los derechos de la persona por nacer, al entender que la directriz del art. 75 inc. 23 de la Constitución (v. *supra*, 2, c), se ciñe exclusivamente al ámbito de la seguridad social (consid. 9º). La cláusula, es cierto, refiere a la promoción, para el infante desde el embarazo y para la mujer embarazada, de un régimen de seguridad social, pero obviamente tal programa implica, forzosa y necesariamente también, la tutela del derecho a la vida (de ambos), porque –por ejemplo– podría haber beneficios sociales para un feto abortado sin causa legítima.

La que sí resulta correcta es la tesis de la Corte, en tal sentencia, en el sentido de que la tutela constitucional de la persona por nacer, según la convención constituyente de 1994, no significa que la ley suprema imponga, obligadamente, la punición de todo aborto (ver *supra*, cita 4). Ello es cuestión de prudente y razonable política legislativa, como detalla el tribunal en el referido considerando 9º. Sin embargo, y como advertimos, la eventual no punibilidad de un aborto no implica, a su turno, la automática legalización de tal acto, en el sentido del otorgamiento del derecho a practicarlo y a reclamar al Estado medios para así hacerlo (nos remitimos a *supra*, parágrafo 1).⁹ Además, la tesis propiciatoria del aborto intencional

⁸ CSJN, “F., A. L.”, 13/3/2012, Jurisprudencia Argentina 2012-III-371.

⁹ Con mayor detalle, Sagüés N. P., “El aborto eugenésico...” ob. cit., p. 1134, parágrafo IV.

discrecional, libre, sin causa legítima, en una constitución protectora de la persona por nacer, y profundamente tributaria de principios iusnaturalistas,¹⁰ jamás podría tener sustento jurídico. Tal tipo de ataque a la persona por nacer siempre resulta, en Argentina, un acto inconstitucional.

A mayor abundamiento, conviene tener en cuenta que en la sentencia “F., A. L.”, la Corte Suprema no ha dicho que el aborto libre, discrecional o puramente voluntario por parte de quien lo practica, esto es, sin causa legítima, sea constitucionalmente válido.¹¹

- d) *Dictámenes, informes, sugerencias o recomendaciones de comités de pactos o convenciones sobre derechos humanos.* Estos comités de expertos (que no tienen naturaleza jurisdiccional), creados por diversos documentos internacionales sobre derechos humanos, ratificados por Argentina, se han expedido sobre el tema del aborto, asunto que, sin embargo, no está explícitamente normado en los textos de tales pactos, declaraciones o convenciones.

¹⁰ Sobre la filiación jusnaturalista de la Constitución nacional, nos remitimos a Sagüés N. P., “Constitución Nacional. Derechos no enumerados”, en *Enciclopedia jurídica Omeba, Apéndice V*, Buenos Aires, 1986, ed. Driskill, p. 33. El Preámbulo de la Constitución, coincidente con tal doctrina, dispone que se la sanciona “invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia”.

¹¹ En “F., A. L.” (Jurisprudencia Argentina, 2012-III-371, considerando 10), la Corte Suprema Argentina indicó, eso sí, que la Convención Americana de Derechos Humanos no impedía la no penalización del aborto derivado de una violación, según los antecedentes citados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en *Baby Boy*. De todos modos, reiteramos que una cosa es no penalizar, y otra entender que hay un derecho a abortar sin causa legítima, y a requerir (incluso judicialmente) asistencia estatal para realizarlo.

La manera en que lo han hecho es variable. Algunas veces, han requerido que un Estado promulgue una legislación que favorezca la interrupción del embarazo en casos de violación, incesto, daño para la madre gestante y anomalías congénitas del feto. En otros, cuestionan la legislación local que prohíbe el aborto en toda circunstancia. Con ello, puede inferirse que, eventualmente, estarían permitidas ciertas punitivas legales, y otras no. Sin embargo, algunas recomendaciones o informes, al reputar que las leyes impositivas del aborto importan un atentado contra la vida y salud de las mujeres, solicitan que los estados revisen la legislación que declara al aborto ilegal, o incluso recomendarían eliminar, en sentido general, los castigos a las madres que se someten a un aborto (así, el Comité para la eliminación de la Discriminación contra la mujer, CEDAW). Las recomendaciones insisten, con frecuencia, en la obligación estatal de suministrar asistencia médica adecuada para los casos aludidos.¹²

Sobre estos informes o recomendaciones cabe observar, en primer término, que no constituyen normas equiparables a las insertadas en los instrumentos internacionales del caso (convención para la eliminación de la discriminación contra la mujer, pacto internacional de derechos civiles y políticos, y de derechos económicos, sociales y culturales, etc.). En términos más puntuales, importan *soft law*, vale decir, un derecho de una densidad, consistencia y vigor menor al texto de las con-

¹² Ver, por ej., las recomendaciones del 18 de noviembre de 2016 del Comité CEDAW (convención sobre eliminación de las formas de discriminación contra la mujer), y N° 22 del 2 de mayo de 2016, del Comité del Pacto de Derechos Económicos, sociales y culturales.

venciones internacionales referidas, que sí configuran *hard law* coactivo, producto del principio *pacta sunt servanda*. No resultan, por ende, reglas compulsivas para los estados, cuyo no seguimiento produzca automáticamente, para ellos, responsabilidad internacional. Por lo demás, pueden motorizar y actualizar significativamente al derecho internacional (como efectivamente ha ocurrido en múltiples casos), pero siempre, claro está, que resulten legítimas, como apunta Conforti.¹³

Además, tales recomendaciones, informes o dictámenes no pueden menguar, para los estados suscriptores de la Convención Americana de Derechos Humanos, las directrices específicas protectoras de la persona por nacer enunciadas en su art. 4-1, que importan una tutela original y concreta para el *nasciturus*, y que desde luego, implican un *plus* más favorable para el mismo, si se la compara con otras convenciones. Un dictamen de los referidos comités de expertos que fuera opuesto a

¹³ Ver al respecto Conforti B., *Derecho Internacional*, Buenos Aires 1998, ed. Zavalía, p. 239 y sigts., esp. 241/4. El autor destaca, como cuestión preocupante, que a menudo esas recomendaciones carecen de un órgano de revisión que fiscalice su legitimidad. Con relación al *soft law*, cfr. por ejemplo Del Toro Huerta, M. I., “El fenómeno del Soft Law y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, en *Anuario mexicano de Derecho Internacional*, México 2006, vol. VI, p. 513 y sigts.; Feler A. M., “*Soft Law* como herramienta de adecuación del derecho internacional a las nuevas coyunturas”, en *Lecciones y ensayos*, Buenos Aires, Facultad de Derecho, UBA, 2015, N° 93 pp. 281-303.

En cuanto a la influencia, en muchos casos positiva, de tales comités en los órganos judiciales nacionales, y las razones de su progresivo protagonismo y ocasionales dificultades de su difusión o aceptación, es muy ilustrativo el informe elaborado por la Asociación de Derecho Internacional en la Conferencia de Berlín (2004). Cfr. International Law Association, *Final Report on the Impact of the Work of the United Nations Rights Treaty Bodies on National Courts and Tribunals*, pp. 41-45.

tal artículo de la Convención, no es robóticamente transportable a los países involucrados en el Pacto de San José de Costa Rica, máxime cuando hay declaraciones o reservas interpretativas que el Estado ha formulado. En paralelo, no es correcto definir el tema del aborto, respecto de un país captado por este pacto, ignorando al mismo, y basándose solamente en los pronunciamientos de los referidos comités de expertos de otras declaraciones o pactos.

Conclusión

Tanto la Convención Americana sobre derechos humanos (art. 4-1), como la Convención sobre los derechos del niño (Preámbulo y art. 6º), y la Constitución nacional argentina (art. 75 inc. 23), impiden –más allá del tema de su despenalización- autorizar por ley el aborto discrecional, libre o sin causa legítima, con el sentido de darle rango de derecho irrestricto durante las primeras semanas del embarazo, y la facultad de requerir al Estado o a particulares prestaciones para practicarlo.

Cabe alertar sobre ciertas interpretaciones evasivas que pretenden licuar las normas que mencionamos, mediante técnicas manipulativas y mutativas por sustracción, que por vía de vaciamiento o de desmontaje, producen un notorio caso de desconstitucionalización y desconvencionalización. Tales estrategias implican con frecuencia un claro acto de negacionismo de los derechos de la persona por nacer, en particular, nada menos, de su derecho a la vida.

Bibliografía y referencias

- Conforti B., *Derecho Internacional*, Buenos Aires, 1998, Zavalía.
- Del Toro Huerta, M. I., “El fenómeno del Soft Law y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, en *Anuario Mexicano de derecho internacional*, México 2006, vol. VI p. 513,
- Feler, A. M., “*Soft Law* como herramienta de adecuación del derecho internacional a las nuevas coyunturas”, en *Lecciones y ensayos*, Buenos Aires, 2015, Facultad de Derecho, UBA, pp. 281-303.
- Filippini L., “Los abortos no punibles en la reforma constitucional de 1994”, en Bergallo P. (comp.), *Aborto y justicia reproductiva*, Buenos Aires 2010, ed. Del Puerto.
- Gil Domínguez, A. *Aborto voluntario, vida humana y Constitución*, Buenos Aires 2010, Ediar.
- Gil Domínguez A., Faure M. y Herrera M., *Derecho Constitucional de familia*, Buenos Aires, 2006, Ediar.
- International Law Association, *Final Report on the Impact of the Work of the United Nations Rights Treaty Bodies on National Courts and Tribunals*. Berlín, 2004.
- Sagüés N. P., *Derecho Constitucional*, Buenos Aires 2017, Astrea, tomo 3, “El estatuto de los derechos”.
- Sagüés N. P., “El aborto eugenésico, la Constitución, el derecho internacional de los derechos humanos”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2012-III-1129.

Sagüés N. P., “El derecho a la vida prenatal en el Pacto de San José de Costa Rica. Interpretaciones y manipulaciones”, en *el Derecho*, Buenos Aires 4/4/18.

Sagüés N. P. “Las sentencias colectoras”, en *El Derecho*, Buenos Aires, pp. 255-829.

El conflicto familiar como problema humano y el vínculo familiar a ser tutelado

*The Family Conflict as a Human Problem
and the Family Link to be Protected*

Manuel Bermúdez Tapia*

Recibido: 19.02.2018

Aceptado: 04.09.2018

Resumen

En el ámbito del derecho de familia, la doctrina y el desarrollo normativo suelen condicionar el trámite del proceso judicial en la especialidad en una perspectiva sumamente tradicional, que permite sostener la disfuncionalidad del *conflicto familiar* en el ámbito judicial. Así, el desarrollo de la especialidad *no permite atender el conflicto familiar desde un punto de vista humano*, limitándose al análisis exegético y decimonónico de la ley que va en dirección contraria al desarrollo de la sociedad y de la familia. Como consecuencia de ello, las partes no logran atender sus necesidades y se genera un mayor problema al desvincular a las partes que integran

*Abogado, Profesor de la Unidad de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Contacto: mbermudez@pucp.edu.pe

Revista de Derecho de la UCB – UCB Law Review, Revista 3, octubre, 2018, pp 27-44, ISSN 2523-1510 (en línea), ISSN 2521-8808 (impresa).

la familia, afectándose el *vínculo familiar* con problemas que amplían el conflicto familiar.

Palabras clave: derecho procesal de familia / constitucionalización del derecho de familia / vínculo familiar / conflicto humano / conflicto familiar.

Abstract

In the field of Family Law, doctrine and regulatory development usually condition the judicial process in the specialty in a highly traditional perspective, which allows prolonging the dysfunctionality of family conflict in the judicial field. Thus, the development of the specialty does not allow us to address the family conflict from a human point of view, limiting itself to the exegetical and nineteenth-century analysis of the law that goes in the opposite direction to the development of society and the family. As a result, the parties fail to meet their needs, and a greater problem is generated by disengaging the parties that make up the family, affecting the family bond with problems that extend the family conflict.

Keywords: family procedural law / constitutionalization of family law / family bond / conflict human and family conflict.

1. Presentación metodológica

El texto que presentamos parte de la evaluación interdisciplinaria de un problema social: la crisis de las relaciones familiares que provocan *procesos judiciales*, en donde se evalúan *conflictos fami-*

liares que han llegado a un nivel de contradicción insuperable entre las partes.

Los métodos tradicionales para *resolver* estos conflictos, basados en la *ley*, en la *doctrina legal tradicional* y una práctica jurisdiccional disfuncional que ha provocado que el Tribunal Constitucional¹ participe en la reforma de conceptos jurídicos de la especialidad, nos permiten apartarnos de la *doctrina tradicional*, la cual enfatiza métodos y procedimientos obsoletos, al nivel que la misma *carga judicial en la especialidad* en el Poder Judicial se ha constituido en el mayor volumen de expedientes, aún frente a los que existen en materia *penal*, sin guardar una relación proporcional con el número de magistrados a cargo.

Este *punto referencial* nos permite cuestionar tanto a la doctrina tradicional, como a la *práctica judicial*, la cual es sumamente deficiente, por cuanto se ven limitados por la *legislación* para atender estos conflictos familiares, al permitirse que las *partes procesales* puedan *atomizar* sus conflictos en base a sus intereses y derechos en contradicción.

En la evaluación, los postulados jurídicos y procedimientos jurisdiccionales son cuestionables en el ámbito de la especialidad, principalmente porque son disfuncionales. No existen muchos trabajos críticos sobre el panorama evaluativo en el país y por ello las referencias bibliográficas son escasas.

La mejor evidencia que el *conflicto familiar* no es debidamente abordado por la ley, la doctrina tradicional y la práctica judicial se registra en el hecho de que existen procesos individuales e inde-

¹ Nota del editor: el artículo corresponde al contexto jurídico peruano.

pendientes que resultan *vinculados* entre sí al registrarse las mismas partes y ante ello, se incrementa el *volumen de la carga procesal* en el Poder Judicial.

Los jueces de instancias inferiores no han asimilado correctamente la situación actual. Continúan con la manera tradicional de resolver el conflicto familiar, lo que a la larga provoca *padrectomía y obstrucción de vínculo* entre las partes en oposición, perjudicando la relación entre los progenitores con los hijos.

Las opiniones vertidas parten de la experiencia personal en la asesoría en los procesos de reforma normativa a la *legislación tradicional*, de la autoría de la mayor parte de las *leyes reformadas* en la especialidad, por ser asesor parlamentario, por ser parte de consultorías a organismos internacionales de apoyo al proceso de reforma judicial y al análisis de la práctica jurisdiccional de órganos jurisdiccionales supremos o constitucionales. Estas condiciones permiten que la crítica expuesta sea planteada desde un punto de vista diferente al tradicional.

2. Introducción

La interpretación literal de la mayoría de la legislación en el Perú, vinculada al ámbito del desarrollo de conflictos de derechos y de intereses en el ámbito jurisdiccional en las especialidades civil, de familia y penal, es uno de los grandes inconvenientes en los cuales se desarrolla un servicio público de mucha importancia, como es la justicia.

De este modo, las entidades que están involucradas en el sistema de impartición de justicia: Poder Judicial, Ministerio Público, Mi-

nisterio de Justicia (Defensoría Pública), el Consejo Nacional de la Magistratura (respecto del nombramiento, evaluación y destitución del cargo de los magistrados) y el Ministerio del Interior respecto de la Policía Nacional del Perú, no suelen asociar el *problema humano* que se desarrolla en un proceso judicial en el cual están involucrados menores de edad y *adultos*.

La *legalidad* del proceso torna en elemento excluyente a la racionalidad en la cual se desarrolla el conflicto, por ello los que están en el proceso judicial no logran identificar su verdadera ubicación en el conflicto (Merino, 2013, p. 74) y en la cual la regla casi general es la omisión de acciones de tutela directa y la condicionalidad de invisibilidad al principal elemento de tutela: un menor de edad, sea niño, niña o adolescente (Conforti, 2017, p. 77).

Esta severa deficiencia se observa en forma constante en el ámbito jurisdiccional en el Perú y esto debido principalmente a tres factores específicos: i) la propia acción de los progenitores, ii) la acción de las instituciones jurisdiccionales, y iii) la ineficiencia del Estado, respecto de la atención del conflicto familiar, tanto en lo legislativo como en lo institucional.

En esta perspectiva, se pretende evaluar el contexto en el cual se desarrolla un *conflicto familiar* como un *problema humano*, sobre la base de la determinación de tres ejes relacionales de desarrollo:

- a) La que genera el progenitor 1, respecto de la contraparte y con respecto de los hijos.
- b) La que genera el progenitor 2, respecto de la contraparte y respecto de los hijos.

- c) La que generan los hijos respecto de cada uno de sus progenitores.

Sin embargo, la legislación peruana sólo identifica dos relaciones en el ámbito jurisdiccional: la que se establece en el ámbito procesal entre *partes procesales* y no en función al conflicto familiar, el cual suele incluir a más individuos.

La sola descripción de estos elementos produce la *invisibilidad* de los niños, niñas y adolescentes en el conflicto familiar y genera el detrimento del *vínculo familiar*, concepto teórico que supera la distinción normativa de la *tutela de la familia*, la cual alude a una descripción institucional de una *figura jurídica* que usualmente no encaja en la descripción de la realidad familiar en el Perú, debido a la existencia de *varios tipos de familia* (Vega, 2009), como también de varios modelos en los cuales se establecen las relaciones familiares.

3. El conflicto familiar y su incidencia en los niños, niñas y adolescentes involucrados

El origen del *conflicto familiar* es usualmente un elemento ajeno a la voluntad de niños, niñas y adolescentes y, por lo general, es de responsabilidad exclusiva de los progenitores y adultos que conforman el círculo interior de las relaciones familiares en las cuales se desarrolla el contexto (Bosch y Ferrer, 2002, p. 176).

Esta descripción nos permite detallar el verdadero ámbito en el cual se desarrollan las relaciones o dinámicas familiares (Mari y Dupla, 2013, p. 50), en las cuales se perfilan determinados niveles de comportamiento y también de incidencia en el desarrollo del conflicto (Bermúdez, 2011):

a) Círculo interior, el cual está compuesto generalmente por los progenitores y los adultos que conforman generalmente las partes procesales del conflicto en el ámbito jurisdiccional.

El origen del conflicto está directamente en relación al nivel de participación y de oposición de derechos e intereses entre las personas que conforman este círculo interior y son por regla general la *parte demandante* o *parte denunciada* y su contraparte, tanto en el ámbito jurisdiccional civil, de familia o penal (en caso que se trate de lesiones, omisión de alimentos, atentados contra la patria potestad y atentados contra la indemnidad sexual).

b) Círculo intermedio, en el cual por regla general intervienen los *niños, niñas y adolescentes*, sobre los cuales se determinan los derechos, condiciones de ejecutabilidad de derechos a favor de los mismos, las condiciones de desarrollo de obligaciones y las condiciones que se plantean en base a las posiciones de los que conforman el *círculo interior*.

En este ámbito, a pesar de la condición de *sujetos de derechos* que tienen los *niños, niñas y adolescentes* y de tener por lo general dependencia emocional y legal respecto de sus progenitores, no se toma en cuenta que existen tres condiciones en las cuales se desarrollan los vínculos familiares:

i. Respecto del progenitor con custodia, tenencia ficta o tenencia.

En este ámbito, y dependiendo del inicio temporal y desarrollo del conflicto, los progenitores que cuentan con una de las condiciones señaladas en su relación con los niños, niñas y adolescentes bajo su cuidado, se pueden generar en el ámbito negativo:

(a) Los impedimentos de contacto con respecto del otro progenitor.

- (b) Las situaciones de alienación parental.
- (c) Las denuncias sin fundamento en contra de los derechos y condiciones del otro progenitor.
- (d) Los actos de revancha y de frustración del progenitor afectado con respecto del progenitor que ejecutó las acciones en los puntos (a), (b) y (c).

ii. Respecto del progenitor sin tenencia pero con un régimen de visitas ficto. Usualmente en este ámbito ocurre la mayoría de situaciones que se desarrollan entre las *etapas del conflicto* y se determinan entre el *inicio de la crisis familiar* y el *inicio del conflicto familiar*.

Las situaciones más generales que se presentan en este contexto son:

- (a) Determinación, exigibilidad, incumplimiento o aplazamiento en el cumplimiento de los alimentos de un progenitor, quien es reclamado por el progenitor con la tenencia ficta.
- (b) Planteamiento, condicionalidad y negociación del régimen de visitas ficto por parte del progenitor que no reside con el hijo.

iii. Respecto del progenitor con un régimen de visitas. Usualmente en este tipo de situaciones, el conflicto familiar ya se encuentra en una etapa que se configura entre *el conflicto familiar*, *el conflicto familiar judicializado* y *la renuencia a continuar el conflicto*.

En este punto, ya existe un pronunciamiento judicial o, eventualmente, las partes que conforman el círculo interior del conflicto ya han tomado una decisión sobre sus derechos y obligaciones y su cumplimiento se garantiza mediante un acuerdo implícito de evitar ampliar el conflicto.

c. Círculo externo del conflicto. En este ámbito se ubican los familiares de los niños, niñas y adolescentes (como familiares directos) y los *terceros* que conforman el *nuevo ámbito familiar* del progenitor que conforma el círculo interior. En este ámbito están las nuevas parejas y los nuevos hijos o los hijos de la pareja del progenitor.

Como se podrá observar, este contexto es usualmente desconocido por el ámbito jurisdiccional en el Perú, principalmente porque el Código Procesal Civil es aplicado supletoriamente a estos conflictos en el ámbito jurisdiccional. Esto determina que sólo tienen legitimidad e interés para obrar en el proceso las *partes procesales*, excluyéndose de una *participación procesal directa* a los niños, niñas y adolescentes involucrados en el conflicto de sus progenitores. La participación *directa* de estos *sujetos de derecho* en el proceso no es admisible. Actúan indirectamente a través de un *apoderado*, que es por regla general un progenitor (padre o madre) o un *curador procesal* cuando ninguno de los progenitores se encuentra en capacidad legal para ejecutar dicha condición (Constantino, 1997).

Conforme esta descripción, podemos detallar que durante el desarrollo del proceso, y cuando ocurren situaciones extremas, la *temporalidad* evaluada de conformidad al *principio de que el proceso sea llevado a cabo en un plazo razonable* no siempre se cumple, porque ante este *principio* se contraponen la *sobre carga procesal* que usualmente condiciona el desarrollo y análisis del expediente judicial.

En este ámbito, y en forma paralela y complementaria, se desarrolla el *conflicto familiar en condiciones muy típicas* en un *tiempo* categorizado en etapas (Bermúdez, 2011):

a) La crisis familiar. En la cual usualmente las partes que conforman el *círculo interior* del conflicto no han ejecutado ninguna

acción de naturaleza legal, procesal o jurisdiccional y los *derechos* y *obligaciones* de todas las partes involucradas se encuentra en una condición de inestabilidad, indeterminación y ambigüedad.

Por regla general, las condiciones *de las obligaciones* no suelen ser garantizadas ni cumplidas en el tiempo y ello eleva el nivel de negatividad en el desarrollo del conflicto.

b) El conflicto familiar. A diferencia del punto anterior, en este contexto las partes que conforman el círculo interior del conflicto elevan sus exigencias y plantean la *determinación* de sus derechos y de sus obligaciones sobre la base de un criterio indeterminado e inestable de *posiciones* sobre las cuales las *reglas y condiciones* en las cuales se *ejecutan* algunos derechos respecto de la relación con los hijos se varía o se condiciona en forma negativa.

En este tipo de situaciones, por la temporalidad en la cual se desarrolla el conflicto, se suelen presentar situaciones como:

- i. La exigibilidad a cumplir la *obligación de prestar alimentos* a cambio de un *contacto físico y de relación con el hijo*.
- ii. La variabilidad de las condiciones en las cuales se presta una *obligación* y se ejerce un *derecho*. Por ejemplo, las variaciones sin una coordinación entre progenitores del *régimen de visitas* o del *incremento de la cuota alimentaria*, para atender *nuevas necesidades*; necesidades que sólo son planteadas por un progenitor y que suele ser condicionado en contra del otro progenitor.

c) El conflicto familiar judicializado. En este contexto, se inician los *procesos judiciales* o se plantean las *denuncias penales* que suelen identificar la intervención jurisdiccional del Poder Judicial

y Ministerio Público en las especialidades de derecho civil y derecho de familia.

Igualmente constituyen la mayor referencia para la ampliación del conflicto familiar en una serie de procesos judiciales que se desarrollan en forma *orgánica* al origen del conflicto, las cuales son:

i. Proceso original o principal 1. Establecido sobre la base de la primera *denuncia* o *demanda*, según sea el caso y sobre la cual se inicia la etapa del *conflicto familiar judicializado*, en la cual ya interviene un órgano del Estado.

ii. Proceso derivado. Provocado por la parte *denunciada* o *demandada* y que procura *atender* un problema de limitación de un derecho con respecto de su hijo, sobre quien no puede ejercer un vínculo familiar de forma garantizada: las visitas o sus derechos vinculados al ámbito de la patria potestad.

iii. Proceso complementario. Generalmente para *complementar* el desarrollo del primer proceso o primera denuncia, usualmente vinculado al desarrollo de un nivel de violencia física y psicológica entre las partes que resulta inadmisibile para una de ellas.

En este tipo de situaciones es que se producen las denuncias por violencia familiar.

En este punto no se toma en cuenta que el *contexto de violencia* es sólo entre las partes que conforman el círculo interior y no da la misma referencialidad de violencia entre el *progenitor* calificado como *violento* y los hijos de éste.

Téngase en cuenta que en este ámbito hay dos niveles de relaciones familiares:

(a) Respecto del progenitor que tiene la tenencia, tenencia ficta o custodia de los hijos.

(b) Respecto del progenitor que no tiene la tenencia, tenencia ficta o custodia de los hijos.

Y los hijos mantienen su derecho de tener un contacto o vínculo familiar con ambos progenitores, porque ellos no participan del contexto de violencia en forma directa, pero sí de modo indirecto porque están en un contexto donde se desarrolla el *círculo interior*.

iv. Proceso paralelo. Es el proceso siguiendo como principio la *evaluación* de una decisión jurisdiccional expedida en forma primigenia, sobre la cual una parte procesal alude o cuestiona un elemento que considera que ha afectado un derecho de orden constitucional.

Las acciones de amparo, contra decisiones que no cumplen con la garantía de haber sido motivadas, son la característica general en este tipo de procesos.

Complementariamente, el desarrollo de un segundo proceso en una *vía jurisdiccional paralela* también involucra el seguimiento de procesos en la vía penal, principalmente donde se ubican los procesos de omisión de asistencia familiar.

v. Proceso principal 2. Proceso generalmente vinculado al contexto exclusivo de las partes procesales que conforman el círculo interior, en el cual determinan derechos u obligaciones sólo vinculantes a ellos.

Los procesos de divorcio suelen ser la regla general en este tipo de situaciones, donde la familia ha judicializado sus conflictos personales luego de haber determinado los *alimentos*, la *tenencia* o las *visitas* sobre los hijos.

d) La “tregua” entre los progenitores; una paz implícita pero no pacífica. Debido o a la expedición de una sentencia o porque el proceso judicial ha implicado un tiempo sumamente prolongado en su ejecución y en el cual las partes han optado por *negociar implícitamente* sus derechos y obligaciones, las cuales son cumplidas a efectos de no ampliar el proceso judicial en curso y en el tiempo, es la última etapa en la cual participan las partes del *círculo interior* en un conflicto entre ellas.

4. El niño, niña o adolescente frente a sus progenitores y frente al sistema jurisdiccional.

Conforme se ha expuesto en el punto anterior, el niño, niña o adolescente por lo general *forma* parte del expediente judicial pero no es el elemento primordial de atención y esto es sumamente complicado porque provoca:

a) Que las propias partes ejecuten acciones en contra de los derechos de sus propios hijos y en contra de las disposiciones jurisdiccionales, si estas existen. En este tipo de situaciones, los progenitores suelen ejecutar:

i. Sustracciones de menores. Los progenitores que suelen ejecutar este tipo de situaciones siempre aluden al contexto negativo en el cual se encuentran, primero a una percepción psicológica sobre el *expediente judicial* y luego respecto del *contexto legal*.

Respecto de la relación con el expediente judicial, los progenitores detallan la crítica al período en el cual se determinan derechos y condiciones por parte del sistema jurisdiccional.

La *percepción del contexto legal* es debida principalmente al nivel en el cual la parte visualiza un resultado negativo, principalmente influenciada por la contraparte, quien eleva los niveles de percepción psicológica dicha situación.

ii. Omisión de alimentos. En muchos *procesos penales en los cuales se evalúa el delito de omisión de asistencia familiar* (proceso judicial paralelo) se ha llegado a determinar la falta de dolo de parte del progenitor *denunciado*, principalmente porque la *determinación de la obligación alimentaria* fue mal desarrollada en el primer proceso judicial.

iii. Restricción al régimen de visitas. Generalmente representado como la *limitación* a un régimen de visitas determinado en forma previa a un progenitor que no tiene la tenencia o custodia y sobre la discrecionalidad del progenitor que cuenta con la tenencia ficta, custodia o tenencia según disposición judicial.

b) Que el propio sistema jurisdiccional se convierta en un generador de condiciones negativas al desarrollo del propio menor. Esto suele verse vinculado al contexto jurisdiccional penal, en el cual se siguen causas penales sobre atentados contra la indemnidad sexual de un menor y en la cual el *progenitor* calificado como *agente activo del delito* no llega a ser condenado por *deficiencias en el seguimiento del proceso*, generando un contexto de doble victimización al niño, niña o adolescente, pocas veces visualizado por la doctrina y contexto jurisdiccional.

En este punto, por ejemplo podemos citar los casos provocados por las siguientes disposiciones judiciales definitivas:

i. Recurso de Nulidad N° 3132-2014 Del Santa, expedido por la Corte Suprema de Justicia de la República en la cual se detalla que

la *madre* que ha conocido la violación sexual de su hija por parte de su conviviente no genera la condición de *complicidad* en él.

Contradictoria posición de la Corte Suprema al ampliar el contexto de *víctima* de una persona menor de edad, en este caso afectada en forma triplicada: por el agresor sexual (i) por su propia madre (ii) y por el sistema jurisdiccional (iii)

ii. Recurso de Nulidad 1575-2015, Huánuco, expedido por la Corte Suprema de Justicia de la República, en la cual se detalla que la “declaración de la víctima por sí sola no enerva la presunción de inocencia del imputado” con lo cual se *relativiza* en forma negativa al menor de edad estando previamente afectado por un grave hecho.

c) Finalmente, que el niño, niña o adolescente involucrado en un conflicto entre sus progenitores se convierta en un *objeto*. Por el cual se instrumentaliza la satisfacción de sus expectativas e intereses y se desvincule el contexto de *tutela de derechos*, porque se llegan a desconocer los *derechos de la contraparte*.

La *defensa de los derechos de los hijos* en este punto es un eufemismo utilizado por las partes procesales sin un fundamento objetivo y por lo general representativo de acciones maliciosas y temerarias.

5. La tutela del vínculo familiar

En el Perú, a partir del año 2006 en adelante, se ha producido un cambio radical en la comprensión de los *derechos y obligaciones* en el ámbito jurisdiccional que involucra al derecho de familia, principalmente a raíz de un proceso de *constitucionalización del sistema jurisdiccional* en dicha disciplina.

Tanto en el Tribunal Constitucional como en la Corte Suprema de Justicia de la República se fueron generando *sentencias vinculantes* en la especialidad que transformaron la perspectiva del derecho de familia en general, promoviéndose la *tutela del vínculo familiar* como expresión pura de las *relaciones interpersonales en el ámbito familiar*, sobre la base del artículo 1° de la Constitución que tutela la dignidad de la persona humana, el artículo 2° de la Constitución que tutelaba la igualdad, los derechos de orden familiar y social y la interpretación del artículo 4° de la Constitución en una función dinámica, porque ya no se debía entender a la *familia* como un *ente a ser protegido*, sino se debía *tutelar a las personas que la conformaban*.

Producto de esta reforma tanto teórica como jurisdiccional, es que se regula en el Perú desde ese momento el *vínculo familiar*, el cual constituye un antecedente al fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Fornerón e Hija contra Argentina al interpretarse los derechos individuales de un *progenitor* con respecto de su *familia*.

En este sentido se pueden mencionar como referencias jurisdiccionales:

a) En el caso de las familias ensambladas, el Fundamento N° 10, interpretado complementariamente con el artículo 242 del CC, Caso Reynaldo Shols Pérez, del Expediente N° 09332-2006-PA/TC.

Téngase presente que en este caso además se tuteló el derecho de fundar una familia y de protegerla, lo que significó una extensión interpretativa de los derechos fundamentales, en el ámbito socio familiar.

b) En el caso de las familias divididas, como fuese determinado en la Sentencia del TC, Caso Francisco y Juan Tudela Van Breugel Douglas, Expediente N° 1317-2008-PHC/TC.

c) En el caso de las familias convivenciales, tal como lo detallan los Fundamentos N° 17, 28, 30, 31, 37 y 39, resaltándose el Fundamento N° 4, de la Sentencia del Tribunal Constitucional, caso Janet Rosas Domínguez, Expediente N° 06572-2006-PA/TC.

Sin embargo, estos casos se han resuelto en el ámbito jurisdiccional máximo, en las Instancias del más alto nivel y la *justicia* ordinaria. El *ciudadano de a pie* aun no logra interiorizar este cambio y suele relativizar los fundamentos teóricos de un proceso de cambio importante y mantiene su perspectiva tradicional de ver lo decimonónico de la legislación, generando un mayor perjuicio a las *partes más débiles del conflicto* que no logran ser *partes procesales*.

6. Conclusiones

Frente a lo expuesto, los niños, niñas y adolescentes involucrados en un conflicto familiar, sea judicializado o no, por lo general son *personas invisibles* sobre las cuales se debaten sus *derechos* y las *obligaciones que recaen sobre ellos*.

Por este motivo es que el *manejo* jurisdiccional del *conflicto humano* es sumamente importante, por cuanto la evaluación de los expedientes no contiene el elemento *humano* que resulta el factor desatendido en el ámbito jurisdiccional, generándose el quiebre del *vínculo familiar* con la aparición de casos de *obstrucción de vínculo y padrectomía*, generalmente.

Panorama sumamente complejo de admitir pero en el cual los procesos judiciales desarrollados en un plazo sumamente prolongado, donde no se determinan en forma efectiva ciertas condiciones y derechos, provoca la trivialización de la categoría de *sujetos de derechos*.

7. Referencias

- Bermúdez Tapia, M. (2012). *Derecho procesal de familia*. Lima, Editorial San Marcos.
- Bermúdez Tapia, M. (2017). *La disfuncionalidad del expediente en casos de conflictos familiares*. p. 199 En: Gaceta Civil y Procesal Civil. N° 54.
- Bosch Fiol, E., y Ferrer Pérez, V. A. (2002). *La voz de las invisibles: las víctimas de un mal amor que mata* (1a ed). Madrid: [Valencia]: [Madrid: Ediciones Cátedra; Universitat de València; Instituto de la Mujer.
- Conforti, F. (2017). *Construcción de paz: diseño de intervención en conflictos*. Madrid, Dykinson.
- Costantino, J. (1997). *La representación procesal y el gestor*. Buenos Aires: Rubinzal-Gulzoni Editores.
- Cunha Perira, R. (2008). *Familias ensambladas y parentalidad socioafectiva: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 30/11/2007*, Diálogo con la Jurisprudencia, Año 13, N° 114.
- Marín, M., Puget, E. y Torres, M. (2013). *Mediación familiar: aspectos teóricos, jurídicos y psicosociales*. Madrid: Dykinson.
- Ortiz, C. (2013). *La mediación familiar en situaciones asimétricas: procesos de gestión de conflictos con episodios de violencia, drogodependencias, enfermedad mental y desequilibrio de poder*. Madrid: Reus.

**El incumplimiento de la obligación atribuible a
imposibilidad de ejecutar la prestación por una causa
no imputable al deudor, en el sistema de responsabilidad del
Código Civil boliviano vigente desde 1976**

*The breach of the obligation attributable to the impossibility of its
performance for a cause not imputable to the debtor, in the liabil-
ity system of the Bolivian Civil Code in force since 1976*

Gerardo Ruiz Castellanos*

Recibido: 18.06.2018

Aceptado: 22.08.2018

Resumen

El presente trabajo aborda una cuestión central del Derecho Civil, como es el *incumplimiento de la obligación*, que ciertamente es un

* Abogado graduado por excelencia de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo”, con la valoración “Distinguido con Honor”. Magister en Derecho Empresario Económico por la Universidad Católica Argentina “Nuestra Señora de los Buenos Aires”. Postgrado en Derecho del Petróleo y Gas Natural por la Universidad de Buenos Aires. Curso de postgrado en *Comparative Corporate Law and Governance* en el programa ofrecido por Cornell University y Université Paris I Panthéon Sorbonne. Profesor de Derecho de la Empresa, Derecho Comercial y Derecho de las Obligaciones en la Universidad Católica Boliviana “San Pablo”. Reconocido con Diplomas al mérito universitario por eminentes servicios prestados a la Universidad Católica Boliviana “San Pablo”. Actual Director de la firma de Abogados “Castellanos & Ruiz Castellanos”.

Contacto: gruizcastellanos@gmail.com

Revista de Derecho de la UCB – UCB Law Review, Revista 3, octubre, 2018, pp 45-80, ISSN 2523-1510 (en línea), ISSN 2521-8808 (impresa).

hecho conflictivo que afecta la convivencia social. Específicamente considerando que, en virtud del artículo 339 del Código Civil boliviano, el deudor no es responsable del incumplimiento si prueba la “imposibilidad de ejecutar la prestación por una causa que no le es imputable”. El objetivo es precisar el significado y presupuestos de aplicación de esta expresión genérica que engloba numerosos hechos y no cuenta con una noción legislativa. Para lograr este propósito, se utiliza doctrina italiana actual y precedentes judiciales allí citados, en razón de que nuestro artículo 339, prácticamente, tiene igual redacción que el artículo 1218 del Código Civil italiano de 1942, fuente principal del Código Civil boliviano vigente desde el 2 de abril de 1976. De esta manera, se aporta al estudio del Derecho Civil nacional y se evidencia la utilidad del Derecho Comparado y la excelencia del Código fuente; haciéndonos reflexionar sobre la suma cautela que se debe tener frente a la necesaria reforma civil en Bolivia para evitar retrocesos en la materia.

Palabras clave: Derecho civil / obligaciones / responsabilidad contractual / incumplimiento / imposibilidad / causa no imputable / caso fortuito / fuerza mayor / Bolivia.

Abstract

The present work addresses a central topic of Civil Law as it is the *breach of the obligation* that, surely, is a conflicting fact that affects social coexistence and we the jurist are called to solve. Specifically considering that, by the virtue of the article 339 of the Civil Code of Bolivia, the debtor is not liable for the breach if he proves the “impossibility to execute the obligation for a cause not attributable to him”. The objective is to specify the meaning and

application requirements of this generic expression that includes numerous facts and lacks of a legislative notion. To achieve this purpose, current Italian doctrine and judicial precedents quoted there are used, because our article 339 practically has the same wording as the article 1218 of the Italian Civil Code of 1942, which is the main source of the Bolivian Civil Code in force since April 2 of 1976. In this way, it contributes to the study of national Civil Law and demonstrates the usefulness of Comparative Law and the excellence of the source Code; making us meditate on the extreme caution that must be faced to carry forward the necessary civil reform in Bolivia to avoid retrogressions in the field.

Palabras clave: Derecho civil / obligaciones / responsabilidad contractual / incumplimiento / imposibilidad / causa no imputable / caso fortuito / fuerza mayor / Bolivia.

Introducción

El incumplimiento de la obligación; es decir, la infracción al deber jurídico de cumplimiento, es un hecho conflictivo que enfrenta al acreedor con el deudor. Para brindar solución a este problema, los juristas debemos determinar primordialmente si dicho incumplimiento es responsabilidad o no del deudor. En nuestro sistema de responsabilidad vigente, en virtud del artículo 339 del Código Civil (C.C.), el deudor no es responsable del incumplimiento si logra probar la “imposibilidad de ejecutar la prestación por una causa que no le es imputable”. La dificultad radica en la inexistencia de una noción legislativa de esta expresión genérica que engloba numerosos hechos. Por esta razón, el propósito de este trabajo es precisar el significado de la norma citada.

La importancia de nuestro propósito es superlativa, en consideración a que la vida cotidiana de las personas está llena de derechos personales u obligaciones. Citando a Guido Alpa (2017), diremos que:

Es suficiente reflexionar sobre los momentos acostumbrados de la vida cotidiana para convencerse de ello: por la mañana, cuando nos despertamos, prendemos la luz y realizamos un acto ejecutivo de una relación instaurada con el proveedor de energía eléctrica, hacemos una llamada y realizamos un acto ejecutivo de una relación instaurada con el prestador de servicio telefónico, tomamos un café en la tienda y realizamos un contrato de compraventa, y así también con el periódico, un vestido, etc.; utilizamos el tranvía, la metropolitana, el tren y estipulamos un contrato de transporte (p. 37).

En principio, esta circunstancia no debe preocupar, pues el cumplimiento voluntario ocurre en la mayoría de los casos, pero no son pocas las veces que la obligación se incumple afectando la convivencia social. El remedio brindado por el derecho de las obligaciones puede ser provisto no solo para las relaciones privadas de las personas comunes, sino también hacerse extensivo a las obligaciones comerciales y a los contratos administrativos, evidenciándose por qué el derecho civil puede ser considerado el derecho por excelencia.

El Código Civil boliviano vigente desde el 2 de abril de 1976, tiene como modelo principal al Código Civil italiano de 1942, habiendo tomado su sistemática y una preponderante cantidad de sus reglas, entre las cuales se encuentra nuestro artículo 339 que,

prácticamente, tiene igual redacción que el artículo 1218 italiano como se evidencia a continuación:

Código Civil boliviano

Artículo 339.- (Responsabilidad del deudor que no cumple). El deudor que no cumple exactamente la prestación debida está obligado al resarcimiento del daño si no prueba que el incumplimiento o el retraso en el cumplimiento es atribuible a imposibilidad de ejecutar la prestación por una causa que no le es imputable.

Código Civil italiano

Articolo 1218.- (Responsabilità del debitore). Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta e' tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo e' stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.

Por este motivo, para lograr el propósito del presente trabajo, es decir, precisar el significado de la expresión normativa “imposibilidad de ejecutar la prestación por una causa no imputable al deudor”, utilizaremos doctrina italiana y casos jurisprudenciales allí citados. Entonces, parafraseando a Isaac Newton, subiremos a hombros de estos gigantes para examinar ciertas clasificaciones de interés, luego, precisar la noción de incumplimiento de la obligación y sus distintas variantes, después, pasar al tema central del presente trabajo relativo al incumplimiento no imputable al deudor, posteriormente, aplicar los desarrollos a las clasificaciones propuestas de manera inicial, clarificando las ideas a través de jurisprudencia y, finalmente, abordar una de las cuestiones más discutidas de la responsabilidad del deudor, relativa al carácter objetivo o no del sistema vigente.

Algunas clasificaciones de interés

En el presente apartado, desarrollaremos algunas clasificaciones de interés, relativas a los bienes y las obligaciones, necesarias para una cabal comprensión de la temática propuesta.

Bienes fungibles y no fungibles. No parece que, desde el punto de vista del Código Civil, pueda afirmarse que existe una distinción entre cosas y bienes, pues, en este cuerpo normativo, se habla indistintamente de unas y otros; así, por ejemplo, el artículo 105, define la propiedad como un *poder jurídico sobre una cosa*. Sin embargo, en realidad, se llama cosas a todos los objetos materiales que ocupan un lugar en el espacio, sean sólidos, líquidos o gaseosos. Pero no todas las cosas pueden ser objeto de derechos, no lo son, por ejemplo, las *cosas comunes* que pertenecen a todos, como el aire, el sol o el agua del río. Cuando una cosa puede formar objeto de derechos, se la define técnicamente como *bien* (art. 74 C.C.); por tanto, no hay coincidencia plena entre ambas categorías, no son sinónimos. Por ello, valga la advertencia general de que aunque emplee la palabra *cosa*, nuestro Código Civil, regula solamente los bienes en sentido jurídico; siendo también importante considerar que, como bien aclara el profesor Guido Alpa (2017), “hace un tiempo, erróneamente, se consideraban bienes los derechos relativos a las cosas: los derechos (reales y de crédito) no son cosas, sino regulan el uso de éstas” (p. 260).

Realizada esta precisión, diremos que los *bienes fungibles* son cosas que pertenecen a un mismo género, dentro del cual, a decir de Díez-Picazo y Gullón (2003), “se tratan como homogéneas y equivalentes, por lo que son perfectamente sustituibles entre sí” (Vol. I, p. 405). A lo que se debe añadir que, justamente por esta

cualidad, se determinan por peso, número o medida (art. 78 C.C.). En este grupo tenemos, por ejemplo, minerales de un mismo tipo, cabezas de ganado de igual especie, barriles de petróleo de idéntica calidad, el dinero, pues, un billete es sustituible con cualquier otro del mismo importe, así como cualquier objeto producido en serie, como ser automotores de la misma marca, modelo, año y color.

Contrariamente, los *bienes no fungibles* son cosas individualizadas por ciertas cualidades propias que le dan un valor distinto de otras, no siendo intercambiables las unas por las otras. Así, por ejemplo, siempre los inmuebles, pues, un dado lote de terreno o departamento es, simplemente, solo por su ubicación, un bien no sustituible por otro lote o departamento ubicado en lugar distinto. También dentro de ésta categoría se puede citar el cuadro de un pintor determinado, el caballo ganador de un cierto concurso, entre otros.

Obligaciones de medios y resultado. Esta clasificación alcanzó relevancia en razón de las discusiones doctrinarias acerca de la prueba de la culpa, en los campos contractual y extracontractual, en el derecho francés, siendo Demogue su primer expositor integral en el año 1925, tal como ilustran Alterini, Ameal y López Cabana (1998, p. 580).

En la obligación de medios, la prestación comprometida por el deudor, consiste en una conducta determinada, idónea para lograr el *resultado* esperado por el acreedor, pero sin asegurar que éste se producirá. En este caso, el deudor cumple con su obligación si ejecuta la prestación con la *diligencia debida*, aunque el objetivo que su actividad propendía a alcanzar no se materialice. Por ejemplo, dentro de esta categoría se encuentran las obligaciones correspondientes a los *profesionales liberales*: el médico se obliga a

atender al enfermo, el abogado a defender al cliente, pero ninguno garantiza la curación del paciente o el éxito en la causa judicial.

La diligencia debida en el cumplimiento de las obligaciones es la que corresponde a un *buen padre de familia*, según el principio contenido en el artículo 302 del Código Civil; por tanto, requiere que el deudor se comporte con el mismo esmero que la persona promedio utiliza en la realización de sus propios asuntos. No obstante, cuando la prestación consiste en el ejercicio de una actividad profesional, la diligencia en el cumplimiento se valora con un parámetro más específico que es la *pericia*, entendida como la habilidad técnica media requerida para el ejercicio de una determinada profesión. Al respecto, coincidimos con Galgano (2011) cuando advierte que:

Aunque el criterio de la diligencia en el cumplimiento es formulado por el Código Civil en términos generales, corresponde aclarar en seguida que aplica, sin embargo, sólo a una particular categoría de obligación: aquella que tiene por objeto una prestación de hacer y, más precisamente, a las obligaciones de medios (p. 41-42).

En la obligación de resultado el deudor está obligado, frente al acreedor, a ejecutar la prestación con la *diligencia debida* y, también, a conseguir el objetivo o resultado esperado. En este caso, el deudor incumple su obligación si no logra el resultado, aunque actúe con la debida diligencia. En esta esfera, se encuentran la mayoría de las obligaciones de hacer, así, el contratista que se obliga a la realización de una obra (art. 732 C.C.), como por ejemplo la construcción de un edificio.

Se debe considerar también que la clasificación entre obligaciones de medios y de resultado no coincide con la distinción entre obligaciones cuya prestación es un servicio y obligaciones cuya prestación es la ejecución de una obra. Pueden ser obligaciones de resultado también aquellas que tengan por objeto la prestación de un servicio. Por ejemplo, el transportador no se obliga únicamente a una diligente actividad de transporte de personas o cosas de un lugar a otro, sino también a lograr el resultado deseado por el acreedor, es decir, a llevar efectivamente a destino las personas o cosas.

No resulta siempre fácil saber si estamos en presencia de una obligación de medios o, al contrario, de una obligación de resultados. ¿Cuál es el criterio distintivo? En opinión que compartimos con los hermanos Mazeaud y Chabas (1997), es necesario desentrañar la voluntad de las partes, pero ante la falta de circunstancias que permitan tal descubrimiento:

Se investigará si la realización del fin perseguido por el contrato presenta un alea. Cuando ésta realización es aleatoria, se debe asumir que la obligación contraída es solo de prudencia y diligencia, porque, normalmente, un deudor no se obliga a obtener un resultado que sabe aleatorio. (...) En el terreno extracontractual, no es necesario investigar la voluntad de las partes; siendo la obligación impuesta por la ley, será necesario descubrir la voluntad del legislador cuando esta no está expresada (Tomo I, p. 28).

Obligaciones de dar, hacer y no hacer. Sobre la base del artículo 1101 del Código Napoleónico, se acoge ampliamente la distinción entre obligaciones dar, hacer y no hacer.

En la obligación de dar el deudor debe entregar un bien a favor de su acreedor. De esta manera, la entrega persigue que el acreedor tome posesión de la cosa o, alternativamente, que el acreedor obtenga la restitución del bien a que tiene derecho. Como ejemplos podemos citar la entrega de la cosa vendida; la devolución del bien alquilado al vencimiento del término pactado; el pago del precio por parte del comprador; la restitución del dinero dado en mutuo; la devolución de las cosas depositadas; la restitución del bien prendado al cumplimiento de la obligación; el reembolso del dinero recibido a causa del pago de lo indebido; entre otros.

La clasificación entre bienes fungibles y no fungibles, como señala Borda (2004), “tiene importancia en materia de obligaciones de dar” (p. 365). Si la cosa a ser entregada es un bien fungible, estamos frente a una *obligación de dar cosas de género*, por ejemplo, como ya se tiene dicho, una cierta cantidad de barriles de petróleo de igual calidad. A las prestaciones de género, se aplica el artículo 304 del Código Civil que dispone: “si la obligación tiene por objeto cosas determinadas únicamente en su género, el deudor se libera entregando cosas de calidad media”¹. Contrariamente, si la cosa que debe ser entregada es no fungible, nos encontramos ante una *obligación de dar cosas ciertas*, por ejemplo, un determinado departamento. Estas prestaciones de especie se cumplen solo con la entrega de la cosa misma e incluye siempre una obligación de hacer, consistente en la “custodia del bien hasta su entrega”, tal como está dispuesto por el artículo 303 del Código Civil.

¹ Sobre este punto, es interesante la observación de Breccia (1991) relativa a que: “la importancia de las obligaciones de género en el sistema económico contemporáneo, no se corresponde con la poca atención que el Código Civil ha dedicado tradicionalmente a ésta categoría” (p. 153).

La obligación de hacer impone al deudor el desarrollo de una actividad que satisface el interés del acreedor, que implica el despliegue *sustancial* de labor o energía. De este tipo es la obligación de remodelar cierta obra; transportar mercaderías de un lugar a otro; custodiar el bien depositado; la ejecución de actos por parte del mandatario; la prestación de servicios; entre otras.

Como advierte Messineo (1979), “algunas obligaciones de hacer son *infungibles*, en el sentido de que su cumplimiento no puede ser obra sino del deudor en persona” (Tomo IV, p. 40), dando lugar a las denominadas obligaciones *intuito personae*. También dentro de las obligaciones de hacer, está comprendido el deber de “celebrar un contrato definitivo en el futuro” derivado del *contrato preliminar*, previsto por el artículo 463 del Código Civil. Finalmente, dentro del tipo de obligaciones de hacer, están las obligaciones de medios y resultado, antes desarrolladas, como dos sub categorías de notable importancia para el tema que nos ocupa.

La obligación de no hacer impone al deudor una conducta negativa, consistente en una omisión o tolerancia a favor del acreedor. Por ejemplo, no ceder un cierto contrato a favor de terceros; no sub alquilar un determinado inmueble; no revelar secretos comerciales o industriales; no distribuir determinadas mercaderías dentro de cierta zona de exclusividad; no competir durante cierto tiempo posterior a la enajenación de una empresa; no realizar propaganda para otras marcas; entre tantas otras. En estos casos, el deudor cumple con su obligación absteniéndose de ejecutar el acto o hecho prohibido.

El incumplimiento de la Obligación

Sin perjuicio del análisis correspondiente, en general, debemos entender que, por efecto de la obligación, el deudor tiene el deber de proporcionar el cumplimiento exacto de la prestación debida; por ello, cuando se infringe este deber jurídico, estamos frente al incumplimiento de la obligación.

El artículo 339 de nuestro Código Civil determina que

el deudor que no cumple exactamente con la prestación debida está obligado al resarcimiento del daño si no prueba que el incumplimiento o el retraso en el cumplimiento es atribuible a imposibilidad de ejecutar la prestación por una causa que no le es imputable.

A partir de la norma transcrita, entre otras cosas, se advierte que la noción de *incumplimiento de la obligación* contiene una serie de variantes, tales como el retraso, el cumplimiento inexacto y la inejecución de la prestación, resultando conveniente desarrollarlas por separado para una mejor comprensión de su significado y alcances.

El retraso en el cumplimiento o incumplimiento temporal.

En el cumplimiento de las obligaciones, el *principio de puntualidad* se concreta en la exigencia que la prestación sea ejecutada en el tiempo debido. Si el deudor no respeta el plazo para realizar la prestación, incumple su obligación, pues no proporciona cumplimiento exacto desde el punto de vista temporal. En este caso, se habla de *retraso en el cumplimiento*, también conocido como *incumplimiento temporal*.

En palabras de Breccia (1991), “el retraso en cuanto tal, es un incumplimiento como regla imprevisible en su resultado final” (p. 587). El estado de incertidumbre para el acreedor se resuelve con el *cumplimiento tardío*, siempre que así lo permita la naturaleza de la prestación o, inversamente, con la certeza del *incumplimiento definitivo*, o sea, la imposibilidad del cumplimiento, como por ejemplo el caso del bien que, retirado del comercio después del vencimiento del plazo, no puede ser entregado en virtud de una prohibición regulatoria.

Actualmente en la doctrina no hay duda que el simple retraso en el cumplimiento es un hecho que tiene relevancia jurídica por sí mismo, pues es evidente que su sola presencia produce varios efectos, aún antes del estado de la mora o sin necesidad que ella se configure; pudiendo señalarse como ejemplos no exhaustivos los siguientes²:

1. No es necesario que el deudor esté en mora para cobrar la cláusula penal prevista para el retraso en la ejecución de un contrato (art. 532 C.C.).
2. En la compensación no se exige la previa constitución en mora de los que resultan deudores de cada una de las obligaciones para que pueda operarse la neutralización de ambos créditos y, consiguientemente, el efecto extintivo (art. 364 C.C.).
3. Para la resolución judicial del contrato por incumplimiento voluntario de la obligación, basta el simple retraso, sin que sea menester la mora (art. 568 C.C.).

² Sobre esta cuestión, recomendamos consultar la obra de Atilio Aníbal Alterini y Roberto M. López Cabana (1999), *Temas de Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, pág. 41-56.

4. En los contratos bilaterales, aunque no haya mora, el simple retraso justifica que la otra parte no cumpla la prestación a su cargo (art. 573 C.C.).
5. No se requiere que el deudor esté en mora para que el acreedor solicite medidas precautorias (art. 1444 C.C.).
6. Es suficiente el simple retraso para que el acreedor pueda ejercer, por vía de la *acción oblicua*, los derechos que figuren en el patrimonio de su deudor negligente (art. 1445 C.C.).
7. La exigibilidad del crédito, unida al retraso de ambos sujetos de la obligación, es suficiente como para que el plazo de la prescripción empiece a correr, pues la ley no especifica que alguno de ellos deba ser constituido en mora (art. 1493 C.C.).

El incumplimiento temporal, cuando es imputable al deudor, sumado a la intimación judicial u otro acto equivalente del acreedor, configuran la denominada *mora del deudor* (art. 340 C.C.). Al respecto, existe discusión doctrinal sobre si es necesario o no que el deudor esté constituido en mora para que nazca el deber de resarcir el daño causado al acreedor por el retraso en el cumplimiento. Para algunos, la respuesta es afirmativa pues, a partir de la antigua idea del *favor debitoris*, estiman que el retraso del deudor en la ejecución de la prestación se presume tolerado, pesando en el acreedor la carga de requerir formalmente el cumplimiento para vencer ésta presunción. En nuestra opinión, contrariamente, siendo fieles al texto del artículo 339 del Código Civil y citando a Visintini (1999), “cabe destacar que el deber de resarcimiento del daño por retardo no depende de la normativa de constitución en mo-

ra” (Tomo I, p.211). Esta interpretación privilegia la reparación del daño injustamente sufrido antes que el injustamente causado y, además, toma en cuenta la valorización que merece el tiempo en la era postindustrial que vivimos, descartando cualquier interpretación artificiosa que obstaculice a la víctima del incumplimiento una adecuada reparación del perjuicio.

Sobre esta base, la mora del deudor, si bien no es requerida para que emerja el deber de resarcir el daño causado al acreedor por retraso en el cumplimiento de la prestación, igualmente produce importantes efectos de orden conservatorio y restaurativo:

1. Opera la transmisión del riesgo del acreedor al deudor: *res perit debitori* (art. 342 C.C.). En caso de que, después de la mora, la prestación se torne imposible por una causa no imputable al deudor, la obligación que no se extingue (*perpetuatio obligationis*), se transmuta en el deber de resarcir el daño causado. La justificación de este efecto, en palabras de Torrente y Schlesinger (2015), es que “la ley presume que, si la prestación hubiera sido ejecutada en el tiempo debido, el acreedor, habría concretado la utilidad que se propuso y, por tanto, fue el retraso el que perjudicó al acreedor” (p. 464).
2. En el caso de las obligaciones pecuniarias, otro efecto derivado de la mora del deudor, es el pago de intereses a favor del acreedor desde el día de la mora (art. 347 C.C.), inclusive si la deuda es ilíquida.

Finalmente, es importante tener presente que el retraso en el cumplimiento, en algunos casos, entraña directamente el incumplimiento definitivo, como cuando la obligación está sujeta a un plazo esencial. Pensemos en la hipótesis clásica del fotógrafo que

no se presenta para tomar las fotos el día de la boda. Asimismo, debemos considerar que las obligaciones negativas no admiten retraso, cualquier hecho que las contravenga importa incumplimiento definitivo de la prestación, tal como dispone el artículo 343 del Código Civil.

El cumplimiento inexacto o incumplimiento parcial. En el cumplimiento inexacto, también llamado incumplimiento parcial, el deudor de la obligación ejecuta la prestación pero defectuosamente, en infracción a las normas que regulan los sujetos, objeto, lugar o tiempo del cumplimiento, contenidas, principalmente, en los artículos 295 al 323 del Código Civil. En este sentido, algunas hipótesis no exhaustivas de cumplimiento inexacto son:

1. El *solvens* paga a una persona no legitimada para recibir la prestación, en inobservancia de la previsión contenida en el artículo 297 del Código Civil, resultando aplicable la máxima del derecho civil que dice “el que paga mal paga dos veces”.
2. El *solvens*, faltando al principio de integridad contenido en el artículo 305 del Código Civil, cumple pero solo parcialmente.
3. El *solvens*, infringiendo el principio de identidad comprendido en el artículo 307 del Código Civil, ofrece una prestación diversa de la debida, aunque ésta tenga igual o mayor valor.
4. Quebrantando el principio de localización, dispuesto en el artículo 310 del Código Civil, se cumple la prestación en un lugar diferente al debido.

La violación del principio de puntualidad, es, sin duda, una hipótesis de cumplimiento inexacto de la obligación que, por tener cier-

tas particularidades, se analizó precedentemente bajo el acápite de retraso en el cumplimiento.

La inejecución de la prestación o incumplimiento total. La última variante de la noción de incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 339 del Código Civil es la inejecución de la prestación, denominada también incumplimiento total, consistente en la absoluta inacción del deudor respecto del comportamiento que debe efectuar para satisfacer el interés del acreedor.

Es importante aclarar que, respecto de las obligaciones de no hacer, inversamente, la inacción del deudor importa cumplimiento de la prestación.

El incumplimiento no imputable al deudor

Para ingresar al análisis del tema central del presente trabajo, debe quedar muy claro que, ante el incumplimiento de la obligación, el deudor tiene que resarcir el daño causado, pues la infracción a su deber de cumplimiento ocasiona perjuicio no solo al acreedor sino al sistema económico en su conjunto. En este sentido, el profesor Galgano (2011) enseña que:

El cumplimiento, es un hecho útil no sólo para el acreedor: cuanto mayor es la entidad total de las obligaciones cumplidas, tanto mayor es el beneficio que obtiene todo el sistema económico; ya que cumplir con las obligaciones significa, desde este punto de vista, incrementar la circulación de los bienes o implica aumentar la producción de bienes o de servicio; en una palabra, contribuir a la creación de la riqueza (p. 76).

Por ello, el sistema jurídico, impone al deudor el deber de “cumplir la prestación hasta los límites de la posibilidad física y jurídica de ejecutarla” (Visintini, 1999, Tomo I, p. 175).

Consiguientemente, únicamente en casos excepcionales, cuyos rigurosos presupuestos de aplicación merecen ser estudiados, el deudor queda liberado de la responsabilidad de resarcir el daño causado. Para tal efecto, el artículo 339 del Código Civil impone al deudor la pesada, pero merecida, doble carga de probar que el incumplimiento “es atribuible a imposibilidad de ejecutar la prestación por una causa que no le es imputable”. A continuación, analizaremos el alcance de esta disposición de uso restringido.

Causa no imputable al deudor. El artículo 339 del Código Civil, siguiendo el modelo italiano, reemplazó con la expresión “causa no imputable” las locuciones “causa extraña”, “fuerza superior” y “caso fortuito” que aparecían en los artículos 740 y 741 de nuestro Código Civil abrogado.

No existe una noción legislativa de causa no imputable. Sin embargo, gracias a la doctrina, es sabido que se trata de una expresión genérica que engloba todos aquellos hechos, naturales o humanos, que por ser externos, imprevisibles e insuperables no son atribuibles al deudor y, por tanto, excusan el incumplimiento de la prestación.

Para que un hecho sea calificado como causa no imputable, tres requisitos deben presentarse conjuntamente: 1) exterioridad; 2) imprevisibilidad e; 3) insuperabilidad.

El requisito de *exterioridad* significa que el hecho del que deriva la imposibilidad debe tener su origen fuera del círculo de actividad o esfera de control del deudor. Por ejemplo, un acto de guerra o terrorismo que destruya la cosa cierta que debía ser entregada. Al

contrario, el hurto, aunque sea realizado por un tercero extraño a la empresa del hotelero, no ingresa al elenco de causas no imputables, porque constituye un acontecimiento que se verifica de modo típico en el servicio de hotelería, por ello, no es ajeno al círculo de actividad del deudor.

El presupuesto de *imprevisibilidad* requiere que el hecho sea imposible de prever al momento de nacer la obligación, porque no existe razón para pensar que sucederá. Resulta de utilidad conocer la distinción entre casos fortuitos ordinarios y extraordinarios que hace el artículo 1773 del Código Civil francés, siendo los primeros los que suceden comúnmente en el lugar; por ejemplo, el granizo en los valles de Tarija; los segundos, por el contrario, no ocurren habitualmente en la zona, como los terremotos o guerras en nuestro país. En este sentido, en nuestra opinión, los hechos que no ocurren comúnmente en un sitio determinado pueden ser considerados como imprevisibles, mientras que los denominados “casos fortuitos ordinarios”, no.

El requisito de *insuperabilidad* reclama que el deudor haya adoptado todas las medidas posibles para superar el evento y, aún así, no pueda ser evitado. Las medidas exigibles son aquellas que resulten a la luz del criterio de la diligencia ordinaria. Así, por ejemplo, el *hecho del príncipe* que prohíba la comercialización de una determinada mercadería, no será considerado causa no imputable si el deudor no interpone las reclamaciones y recursos que le franquea la ley cuando era razonable la posibilidad de obtener una revocación y los medios requeridos para ello eran moderados.

En principio, los tres requisitos precisados deben concurrir para que el hecho o evento sea calificado como causa no imputable; sin embargo, en atención al caso concreto, los jueces pueden

atemperar el rigor del requisito de exterioridad, como cuando la enfermedad del deudor le imposibilita ejecutar una obligación de hacer infungible, siendo que se trata de una causa más bien interna y no extraña.

Imposibilidad de ejecutar la prestación. Para que opere la liberación del deber de resarcir el daño causado, no es suficiente que ocurra un hecho no imputable al deudor, sino que este suceso, además, debe *causar* la “imposibilidad de ejecutar la prestación”. Acá, en palabras de Messineo (1979), “el deudor *no niega el fundamento de su deber*, sino que se refiere a la propia impotencia para cumplir” (Tomo IV, p. 222).

Según el célebre jurista Giuseppe Osti, cuya tesis ha sido acogida en esta materia por el Código Civil italiano de 1942, la noción de imposibilidad viene calificada con los adjetivos de 1) objetiva y 2) absoluta; tal como es reconocido por la doctrina italiana (Breccia, 1991; Galgano, 2011; Visintini, 1999).

Citando a Galgano (2011), diremos que “la imposibilidad de la prestación que libera al deudor, debe ser una imposibilidad objetiva, no subjetiva; imposibilidad de la prestación en sí, que la hace inejecutable para cualquier deudor, no solo para ese deudor concreto” (p. 63). En otras palabras, la imposibilidad de cumplimiento, es objetiva cuando la prestación no puede ser ejecutada por el deudor ni por ningún otro sujeto. Por esta razón, a los efectos liberatorios, no puede ser tomada en cuenta la impotencia de cumplimiento inherente al específico deudor, pues el sistema requiere el máximo esfuerzo para superar cualquier dificultad de ejecutar la prestación o su mayor onerosidad. En el caso de las obligaciones de hacer, corresponde aclarar que también se esti-

man objetivos los impedimentos que se verifiquen en la persona del deudor cuando inciden en la prestación considerada en sí, por ejemplo, la pérdida de una mano por parte del obligado a brindar un concierto de piano.

El carácter *absoluto* de la imposibilidad requiere que el impedimento al cumplimiento no pueda ser vencido de ningún modo, cualquiera sea el esfuerzo que realice el deudor. Sin embargo, esta orientación ha sido criticada por estimarse excesiva; por ello, respecto de las obligaciones de hacer, este criterio resulta atenuado, pues la imposibilidad debe ser valorada considerando la persona del deudor como tal. Entonces, en ciertos casos, si bien la prestación es posible, resulta *inexigible* en virtud del principio de la buena fe, porque el cumplimiento supone un peligro excesivo para la incolumidad del obligado o existe una desproporcionalidad inaceptable en la relación entre medios y fines perseguidos.

Corresponde añadir que la imposibilidad, además, debe ser *sobreviniente*, es decir, producirse después del nacimiento de la obligación, pues si fuera anterior o simultánea a la causa que la origina, estaríamos frente a un supuesto de invalidez o nulidad.

Carga de la prueba liberatoria

La responsabilidad civil del deudor, en el sistema del Código Civil boliviano vigente desde 1976, se cimenta en el artículo 339, pues contiene dos principios fundamentales de la materia. El primero es aquel en virtud del cual “el deudor que no cumple exactamente con la prestación debida, está obligado al resarcimiento del daño”. Citando al maestro Galgano (2011), nos percatamos de que se trata de “un principio que hace del incumplimiento un hecho objetivo”

(p. 62), que al suceder genera el deber de resarcimiento del daño causado en perjuicio del acreedor.

Con esta regla, concurre todavía otro principio, aquel en virtud del cual el deudor, para exonerarse de su responsabilidad, debe satisfacer una *doble carga probatoria*, consistente en demostrar que el incumplimiento o el retraso es atribuible a: 1) imposibilidad de ejecutar la prestación; y, 2) por una causa que no le es imputable. En este sentido, si el deudor pretende liberarse de su deber resarcitorio, pesa sobre él la carga de probar la ocurrencia conjunta de ambos *hechos extintivos* del derecho del acreedor, cuyo significado y presupuestos hemos analizado precedentemente.

Para Couture (2002), “la carga procesal puede definirse como una situación jurídica instituida en la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él” (p. 173). Por ello, si el deudor no satisface esta doble prueba, “está obligado al resarcimiento del daño” tal como dispone el ya citado artículo 339 del Código Civil.

Así, el *favor creditoris* es evidente; el acreedor puede pretender la indemnización de los daños por incumplimiento con base en el solo hecho, objetivo, de la inejecución o inexacta ejecución de la prestación; en cambio, el deudor sólo puede librarse de la responsabilidad produciendo prueba suficiente para demostrar la “imposibilidad de ejecutar la prestación por una causa que no le es imputable”. Esto no significa que el sistema jurídico favorezca a una determinada categoría social, pues cualquiera puede ser, según el caso, deudor o acreedor. Significa, más bien, que el sistema jurídico impone al deudor hacer tanto como sea posible para sustraerse

del incumplimiento y; por tanto, realizar el máximo esfuerzo para cumplir, pues como se tiene dicho, el cumplimiento es un hecho útil no solo para el acreedor, sino también para el sistema económico en su conjunto.

Finalmente, se advierte que en nuestro sistema vigente de responsabilidad del deudor, la culpa juega un papel muy limitado, pues el deudor no se libera del deber de resarcir el daño causado demostrando que actuó diligentemente, tal como se evidencia a partir de las normas analizadas en el presente trabajo. La culpa, tiene relevancia solamente en las obligaciones de medios donde el incumplimiento consiste en la ejecución de la prestación inobservando la *diligencia de un buen padre de familia*, pesando en el acreedor la carga probatoria de este hecho. Por tanto, el sistema boliviano, al igual que su modelo en esta materia, es, sin duda, predominantemente objetivo.

Extinción de la obligación y liberación del deudor.

La imposibilidad de ejecutar la prestación por causa no imputable al deudor produce una serie de efectos jurídicos que conviene especificar para una mejor comprensión del tema bajo análisis.

En primer lugar, es el límite a la responsabilidad del deudor que no cumple; es decir, exonera al deudor de su deber de resarcir el daño causado por el incumplimiento, tal como dispone el tantas veces citado artículo 339 del Código Civil.

Asimismo, es un modo no satisfactorio de extinción de las obligaciones; en este sentido, el artículo 379 del Código Civil señala que “la obligación se extingue cuando la prestación se hace imposible

definitivamente por causa no imputable al deudor”. Añade el artículo 380 del Código Civil que “en caso de imposibilidad temporal, el deudor no responde por el retraso en el cumplimiento mientras esta perdura”.

Por otra parte, en el caso de las obligaciones de fuente contractual bilateral, “la parte liberada de su prestación por la imposibilidad sobreviniente no puede pedir la contraprestación de la otra y deberá restituir lo que hubiera recibido”, en aplicación del artículo 577 del Código Civil.

Finalmente, debe quedar muy claro que cuando la prestación deviene imposible, pero la causa sí es imputable al deudor, la obligación no se extingue, sino que muta al deber de resarcir el perjuicio causado al acreedor, resultando valioso tener siempre presente que imposibilidad e imputabilidad son dos conceptos que se relacionan, mas son diferentes.

Aplicación a las clasificaciones de interés propuestas

Para comprender con exactitud el sentido y alcance del artículo 339 del Código Civil, resulta conveniente relacionarlo con las clasificaciones de interés precedentemente desarrolladas.

Obligaciones de dar cosas de género. En estos casos, el deudor siempre será responsable del incumplimiento; nunca podrá alegar, para liberarse, la imposibilidad de ejecutar la prestación. Una obligación consistente en dar una cosa de género, jamás se extingue por su pérdida o destrucción ya que será sustituible por otra del mismo género y, por tanto, con las mismas cualidades.

La imposibilidad debe entenderse en sentido objetivo y absoluto, por ello, considerando que las cosas genéricas son perfectamente sustituibles entre sí, la prestación nunca será inejecutable por cualquier deudor, pudiendo siempre vencerse el impedimento. Razón por la cual, en esta clase de obligaciones, se aplica el aforismo latino *genus nunquam perit*, siendo irrelevante la dificultad que el deudor particular pueda tener para cumplir con la prestación a su cargo.

En este sentido, el ejemplo clásico es la obligación de entregar una suma de dinero que nunca se convierte en imposible de ejecutar. Podrá ser subjetivamente irrealizable si el deudor incurre en impotencia financiera, pero jamás objetivamente imposible, porque el dinero, como género, objetivamente hablando, es siempre posible de conseguir, aunque sea mediante un préstamo, si no se cuenta con recursos propios.

Para las obligaciones de género distintas al dinero, es válida una consideración similar. Para ejemplificar la uniformidad de la jurisprudencia italiana en estos casos, la profesora Giovanna Visintini (1999), señala que:

Se ha sostenido que la extrema dificultad de abastecimiento de petróleo crudo, debida a la nacionalización del petróleo por parte de Libia y a la clausura del Canal de Suez, no hizo imposible la prestación a cargo de una refinería que se había comprometido a dar una cierta cantidad de petróleo; (...), en un caso examinado por la Suprema Corte se decidió que la escasez de azúcar en el mercado internacional devenida a consecuencia de la guerra de Corea, no tornó imposible la prestación de una empresa que había comprometido entregar una determinada cantidad de este pro-

ducto, aunque haya sido difícil encontrarlo en el momento en que debía ser ejecutada la prestación; (...) se ha entendido que una empresa agrícola que había recibido una suma a título de mutuo no podía ser exonerada de la responsabilidad por el retardo en la restitución del dinero en razón de las dificultades económicas en que se encontraba a causa de adversidades atmosféricas (Tomo I, p. 185-186).

Acá, ni siquiera se toma en consideración el problema de la causa no imputable. No se admite que el deudor pruebe que el hecho era externo, imprevisible e insuperable, pues esta prueba sólo se admite respecto de las causas que han determinado una imposibilidad objetiva y absoluta de la prestación y, contrariamente, la obligación que tiene por objeto un género, nunca es objetivamente imposible.

Obligaciones de dar cosas ciertas. En estos casos, la prestación sí puede devenir objetiva y absolutamente imposible, entonces, el deudor sí podría conseguir su liberación. Por ejemplo, si la cosa entregada en arrendamiento perece, su restitución se torna imposible, como podría ser el caso del embarrancamiento de maquinaria alquilada que resulta totalmente inutilizada para seguir operando.

Aquí, el deudor no se libera probando el cumplimiento de su obligación de custodia, impuesta por el artículo 303 del Código Civil. Para conseguir este fin, debe probar que la prestación ha devenido imposible por causa que no le es imputable; ante todo, debe identificar la causa de la imposibilidad, pues se le imputan las *causas ignotas*: si no se revela por qué el incendio inició o por qué el barco naufragó, el deudor es responsable. Luego, una vez identificada la causa, debe probarse que este hecho era externo, imprevisible e irresistible, co-

mo podría considerarse el incendio derivado de un atentado terrorista o el naufragio producto de una excepcional tempestad.

Obligaciones de hacer consistentes en prestaciones de medios.

En estas obligaciones, y sólo en estas, el parámetro para evaluar si el deudor cumple o no, es el dispuesto por el artículo 302 del Código Civil. Aquí, el fundamento de la responsabilidad es la culpa, entendida como la falta de diligencia, pericia o prudencia debida; incumbiendo al acreedor probar la culpa del deudor, o sea, su incumplimiento.

Las obligaciones de medios, sí pueden devenir objetivamente imposibles. Por ejemplo, el pianista que no se presenta al concierto por una fractura del brazo. En estos casos, se requiere la prueba ulterior de la causa no imputable. El músico puede haber sufrido un accidente en la vía pública y este hecho liberarle de responsabilidad civil; pero podría haberse lastimado por asumir un riesgo innecesario practicando un deporte de contacto y sería congruente sostener que, en interés del acreedor, debía abstenerse de cualquier actividad capaz de afectar su idoneidad física para ejecutar la prestación.

Otro ejemplo, es el abogado que no se presenta a la audiencia por un atasco en la carretera que le impidió llegar. Llevada la audiencia adelante, si bien la prestación devino imposible, el abogado no puede liberarse de responsabilidad frente a su cliente porque el hecho impeditivo de la prestación no era imprevisible.

Obligaciones de hacer consistentes en prestaciones de resultado.

Se trata del caso de la prestación a cargo del contratista, transportista, depositario, etcétera. Por ejemplo, en el contrato de obra, el comitente sólo debe probar la existencia de vicios o defectos en

la obra, es decir, la falta de realización del resultado, configurándose de esta manera el incumplimiento. El contratista no se libera de responsabilidad probando que el resultado no se ha conseguido a pesar de haber respetado las reglas de pericia y diligencia, sino que debe indicar la causa específica del vicio o defecto, ajena a su organización, como el hecho del comitente que le suministró un proyecto con errores no reconocibles. Asimismo, podría considerarse el *hecho del príncipe*, pero el deudor no se liberaría de responsabilidad si el acto de autoridad es superable, ni tampoco habría exoneración por el retardo en la obra, si la demora es causada por la burocracia relativa a la obtención de las autorizaciones necesarias y este hecho era previsible según la experiencia común.

Un razonamiento semejante es aplicable al transporte y al depósito; pues el deudor no se libera de responsabilidad con la prueba de que la destrucción, pérdida o sustracción de la cosa que le fue confiada, ocurrió a pesar de haber empleado la *diligencia del buen padre de familia*, sino probando el hecho que causa la imposibilidad que, además, debe ser no imputable a su persona.

Sobre este punto, es interesante la jurisprudencia italiana citada por Galgano (2011), relativa a las sentencias que distinguen entre el hurto y el robo, respecto a la responsabilidad del deudor, pues:

Una cosa es el pequeño empresario, del cual no se puede pretender la predisposición de una organización con instrumentos suficientes para prevenir el riesgo de robos; y otra cosa es la empresa de transporte de valores, a la cual son exigibles dichos instrumentos (...) En suma, el robo, hace imposible la prestación del pequeño depositario o del

pequeño transportista; da lugar, en cambio, al incumplimiento del gran depositario o del gran transportista (p. 73).

Citando a Giovanna Visintini (1999), en la misma línea conviene destacar que:

Se encuentra en el incendio otro riesgo típico del contrato de depósito y del contrato de transporte de cosas. Se ha formado una jurisprudencia muy rigurosa con respecto a los grandes almacenes y al transportista, según la cual, si no se aporta la prueba del hecho de un tercero o del vicio de la cosa (auto combustión), las consecuencias del incendio estarán a su cargo; (...), en materia de transporte, el hecho del tercero puede consistir en un siniestro de tránsito debido a la culpa exclusiva de éste; sin embargo, la jurisprudencia pone trabas para exonerar de responsabilidad al transportista al considerar los accidentes de tránsito como un riesgo propio de la actividad de transporte; (...), es causal de liberación del transportista de cosas las declaraciones inexactas o la reticencia del cargador sobre la naturaleza y calidad de la mercadería; del vicio del embalaje, cuando tal operación sea realizada por el cargador o sus encargados (Tomo I, p. 195).

Resulta ventajoso referirse también a la problemática de la huelga de trabajadores que afecta a la ejecución de la prestación. Comúnmente, se ha estimado que la huelga limitada a los propios dependientes, no libera de responsabilidad al deudor por incumplimiento, pues, podría ser evitada con oportunas tratativas sindicales; mientras que la huelga que trasciende los límites de la propia empresa, sobre la cual el deudor no tiene posibilidad de influir, si tiene virtualidad liberatoria de responsabilidad. Sin embargo,

Visintini (1999), cita un caso de huelga de los dependientes de la empresa donde:

El empresario ha sido exonerado de la responsabilidad contractual con relación a sus acreedores, no obstante no encontrarse en una situación de total imposibilidad, ya que había disponible otra mano de obra, porque el empleo de esa mano de obra habría comportado peligro de represalias por parte de los huelguistas contra la maquinaria de la empresa, o incluso contra las personas empleadas como sustitutos (Tomo I, p. 188).

Obligaciones de no hacer. En estos supuestos, casi siempre se debe resarcir el daño causado, pues el incumplimiento de las obligaciones negativas, normalmente, consiste en un acto voluntario del deudor.

Empero, de manera excepcional, podría darse el caso donde el deudor se viera constreñido a infringir su deber de no hacer; por ejemplo, una orden de autoridad competente que compela a revelar información objeto de un acuerdo de confidencialidad, o una resolución del ente regulador de la competencia que ordene ignorar cierta zona de exclusividad. Este hecho, en caso de ser insuperable, tendría la virtualidad de exonerar al deudor de su responsabilidad.

¿Sistema de Responsabilidad Civil objetivo?

En materia de responsabilidad por incumplimiento, citando a Breccia (1991), diremos que:

El problema más discutido, tiene por objeto la coordinación entre la disposición que impone al deudor emplear la diligencia de un buen padre de familia en el cumplimiento

de la obligación (...) y la otra que le impone resarcir el daño, si no prueba que el incumplimiento o el retraso en el cumplimiento, es atribuible a imposibilidad de ejecutar la prestación por una causa que no le es imputable (p. 461).

En otras palabras, el problema del fundamento de la responsabilidad civil, en el sentido de establecer si el deudor es responsable por actuar con culpa o si, por el contrario, el sistema vigente no se basa en la culpa sino en el hecho objetivo del incumplimiento.

Como es sabido, el iusnaturalismo, proclamó el principio “ninguna responsabilidad sin culpa”, habiendo concebido este principio de modo unitario para cualquier tipo de responsabilidad, o sea, tanto por ilícito civil como por incumplimiento contractual. No obstante, en nuestra opinión, la responsabilidad del deudor por incumplimiento en el sistema del Código Civil boliviano vigente desde el año 1976, al igual que su modelo italiano, es predominante objetiva por las siguientes razones:

1. Esta es la tesis del célebre jurista Giuseppe Osti que ha sido acogida por el Código Civil italiano de 1942; es decir, la responsabilidad preeminentemente objetiva del deudor es voluntad del legislador, teniendo el artículo 1218 italiano, prácticamente, idéntica redacción que el artículo 339 del Código Civil boliviano.
2. El deudor no se libera de resarcir el daño causado probando haber actuado con la diligencia de un buen padre de familia, sino cumpliendo la doble carga impuesta por el artículo 339 del Código Civil, consistente en demostrar la “imposibilidad de ejecutar la prestación por una causa que no le es imputable”; en otras pala-

bras, probando dos hechos extintivos de la pretensión indemnizatoria del acreedor de carácter netamente objetivo.

3. La culpa, como criterio de imputación, se encuentra actualmente en crisis. Ahora se prefiere “la reparación del daño injustamente sufrido, antes que el injustamente causado”; es decir, se sitúa a la víctima en primer plano, a diferencia de la regulación propia de los códigos del siglo XIX, que asoció el deber de reparar el daño al reproche de la conducta del autor. En este sentido, Philippe le Tourneau (2003) nos enseña que una de las justificaciones de la responsabilidad objetiva es:

La valorización de la persona humana, que se traduce en una menor resignación de las víctimas, acompañada de una mayor solidaridad frente a las desgracias: ya no se tolera más que una víctima quede sin recursos luego de un daño, bajo el pretexto de que su autor no está identificado o es insolvente, no solo cuando la víctima es perfectamente inocente, sino incluso cuando ella ha cometido una falta que haya concurrido al accidente. (...). La tendencia del derecho de la responsabilidad civil consiste en permitir la indemnización de todas las víctimas. Incluso el desfallecimiento contractual participa de este movimiento, especialmente a través de la obligación de seguridad que protege eficazmente a ciertas víctimas (p. 41-42).

4. El incumplimiento es un hecho perjudicial, no solamente para el acreedor, sino para todo el sistema económico. Desde la perspectiva económica, el cumplimiento de la obligación significa materializar la circulación de bienes y servicios que satisfacen las necesidades de las personas dentro de la socie-

dad. Consiguientemente, mediante este duro esquema de responsabilidad, se impone al deudor hacer tanto como sea posible para sustraerse del incumplimiento y así aportar a la creación de riqueza.

Por otra parte, conforme manifestamos, en el caso de las obligaciones de hacer consistentes en prestaciones de medios, el parámetro para evaluar si el deudor cumple o incumple, en virtud del artículo 302 del Código Civil, es la diligencia de un buen padre de familia. Así, únicamente en estas hipótesis el fundamento de la responsabilidad es la culpa del deudor. Por esta razón, empleamos la expresión *preponderantemente objetivo*, precisamente, para significar que nuestro sistema de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones es de naturaleza objetiva en la mayoría de las veces, teniendo una aplicación más restringida la culpa del deudor.

Conclusiones

Sobre la base del análisis precedente, podemos formular las siguientes conclusiones:

1. El incumplimiento de la obligación tiene una serie de variantes tales como el retraso, el cumplimiento inexacto y la inejecución de la prestación.
2. El deudor debe hacer tanto como sea posible para cumplir con la prestación, pues con este acto se beneficia el interés del acreedor y también el sistema económico en su conjunto.
3. Como principio fundamental, el deudor tiene que resarcir el daño causado al acreedor por el incumplimiento de la obligación.

4. Únicamente en casos excepcionales, el deudor se libera de responsabilidad logrando satisfacer la doble carga probatoria consistente en demostrar la “imposibilidad de ejecutar la prestación por una causa que no le es imputable”.
5. La noción de imposibilidad de ejecutar la prestación viene calificada con los adjetivos de objetiva, absoluta y sobreviniente.
6. La causa no imputable engloba todos aquellos hechos naturales o humanos que, por ser externos, imprevisibles e insuperables, no son atribuibles al deudor.
7. En nuestra opinión, la responsabilidad del deudor por incumplimiento en el sistema del Código Civil boliviano vigente desde 1976, al igual que su modelo el Código Civil italiano de 1942, es predominante objetiva.
8. En nuestro sistema la culpa juega un papel muy limitado, tiene relevancia solamente en las obligaciones de hacer consistentes en prestaciones de medios.

Referencias

- Alpa, G. (2017). *Manual de Derecho Privado* (Davide Bocchi trad.), Cochabamba, Grupo Editorial Kipus (Obra original publicada en 2015).
- Alterini, A. A., Ameal, O. J., y López Cabana, R. M. (1998). *Derecho de las Obligaciones. Civiles y Comerciales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Alterini, A. A. y López Cabana R. M. (1999). *Temas de Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Ciudad Argentina.
- Borda, G. A. (2004). *Manual de Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Breccia, U. (1991). *Le obbligazioni* [La Obligación], Milano, Guifrè.
- Couture, E. J. (2002). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Montevideo, Editorial B de F.
- Díez-Picazo, L. y Gullón, A. (2003). *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, Madrid Tecnos.
- Galgano, F. (2011). *Le obbligazioni in generale* [La obligación en general], Milano, CEDAM.
- Le Tourneau, Ph. (2003). *La responsabilidad civil* (Javier Tamayo Jaramillo Trad.), Bogotá, LEGIS (Obra original publicada en 1972).
- Mazeud, H., Mazeud, J., Mazeud, L. y Chabas, F. (1997), *Derecho Civil. Obligaciones* (Luis Adorno Trad.), Tomo

I, Buenos Aires, Zavallía Editor (Obra original publicada en 1985).

Messineo, F. (1979). *Manual de Derecho Civil y Comercial* (Santiago Sentis Melendo trad.), Tomo IV, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América (Obra original publicada en 1947).

Torrente, A. y Schlesinger, P. (2015). *Manuale di Diritto Privato* [Manual de Derecho Privado], Milano, Giuffrè.

Visintini, G. (1999), *Tratado de la Responsabilidad Civil* (Aida Kemelmajer de Carlucci Trad.), Tomo I, Buenos Aires, Editorial Astrea (Obra original publicada en 1996).

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 co-

- mercial 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*.
 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. 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.
 11. La revista referirá en sus publicaciones las fechas de presentación y aprobación de las investigaciones.

Presentación y estilo

12. 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*.
13. 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 ca-

sos 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.
14. La extensión del manuscrito no podrá ser superior a las 15000 palabras.

Proceso de evaluación

15. La revista publicará principalmente investigaciones arbitradas por pares académicos.
16. 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.
17. Para emitir sus evaluaciones, los/as árbitros contarán con un plazo razonable, en el marco de la complejidad y extensión de la investigación.
18. Las observaciones que se comuniquen a los/as autores/as deberán ser subsanadas en un plazo prudente a establecerse por el editor responsable.
19. 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 in-

vestigación. 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

20. 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

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

- 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.
 - 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 indepen-

dientemente del tiempo que haya transcurrido desde la publicación que se discuta.

21. **Respecto 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.

22. Respeto 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 conversación, 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 *reconocimientos* (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 to-

- dos/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 comen-

tarios de los revisores sistemáticamente, 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.

23. Respetto 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
"SAN PABLO"

Unidad Académica Regional La Paz
Carrera de Derecho

Avenida 14 de septiembre N° 4807 - Obrajes - La Paz

www.ucb.edu.bo

ucblawreview.wordpress.com