

UNIVERSIDAD CATÓLICA BOLIVIANA
“SAN PABLO”

Unidad Académica Regional La Paz
Carrera de Derecho

REVISTA Vol. 4 N°6

ABRIL 2020

LA PAZ - BOLIVIA

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

Derecho penal del enemigo en la legislación penal boliviana entre 1825-2016
Criminal Law of the Enemy in the Bolivian criminal legislation between 1825 and 2016

FERNANDO LANDA ALEJANDRO

Análisis del procedimiento para el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral
extranjero en el MERCOSUR

*Analysis of the Procedure for the Recognition and Execution of Foreign
Arbitral Awards in MERCOSUR*

NATALIA A. DALENZ LORIETO

La parajurisdicción del Valle de Silicio

The Silicon Valley para-jurisdiction

FABIAN ESPINOZA VALENCIA

Responsabilidad del deudor por el retraso en el cumplimiento de obligaciones pecuniarias

Debtor liability for the delay in performance of pecuniary obligations

GERARDO RUIZ CASTELLANOS

¿Modificaciones al Código Civil Boliviano?

Reforms to the Bolivian Civil Code?

MARIO CORDERO MIRANDA

REVISTA DE
DERECHO
DE LA U.C.B.

U. C. B. LAW REVIEW

Revista de Derecho de la UCB

UCB Law Review

Revista Vol. 4 N° 6, abril de 2020, La Paz – Bolivia
ISSN 2523-1510 (en línea) - ISSN 2521-8808 (impresa)

OSCAR OMAR APARICIO CÉSPEDES
Gran Canciller

MARCO ANTONIO FERNÁNDEZ CALDERÓN
Rector Nacional

MARCELO VERA BACARREZA
Vicerrector Académico Nacional

ANTONIO PASTOR JORDÁN JIMENO
Vicerrector Administrativo Financiero Nacional

SERGIO DELGADILLO URQUIDI
Secretario General Nacional

FLAVIO ESCÓBAR LLANOS
Rector de la Unidad Académica Regional La Paz

JAVIER MURILLO DE LA ROCHA
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

EMILIO BAREA MEDRANO
Director de la Carrera de Derecho – La Paz

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
BOLIVIANA
LA PAZ



Carrera de
Derecho

Revista de Derecho de la UCB
UCB Law Review
Revista Vol. 4 N°6

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



Revista digital
lawreview.ucb.edu.bo

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

La Paz – Bolivia
Abril de 2020

Editor responsable

LEONARDO D. VILLAFUERTE PHILIPPSBORN
Docente investigador tiempo completo
Carrera de Derecho
Universidad Católica Boliviana “San Pablo”
Lvillafuerte@ucb.edu.bo

Consejo editorial externo



ACADEMIA NACIONAL DE
CIENCIAS JURÍDICAS DE
BOLIVIA
Fundada el 21.12.1988
Personalidad jurídica
RS 207518 de 23.4.1990

Consejo editorial interno

JAVIER MURILLO DE LA ROCHA
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias
Políticas
Universidad Católica Boliviana “San Pablo”
jmurillod@ucb.edu.bo

EMILIO BAREA MEDRANO
Director de la Carrera de Derecho
Universidad Católica Boliviana “San Pablo”
ebarea@ucb.edu.bo

Edición y diagramación

LEONARDO D. VILLAFUERTE PHILIPPSBORN

Asistentes de edición

ANDREA INÉS PALOMEQUE LIENDO
MARÍA EMILIA BAREA

Diseño de tapa

ADRIANA JIMÉNEZ OLMOS

**Apoyo técnico Biblioteca Central UCB en
la revista digital**

ROGELIO CALLIZAYA

Lectores académicos nacionales

CIRO AÑEZ NÚÑEZ
Universidad Autónoma Gabriel René Moren
Santa Cruz - Bolivia

PAOLA DORIS CORTÉS MARTINEZ
Abogada en el ejercicio libre de la profesión
La Paz - Bolivia

LUIS ARMANDO CLAROS TERÁN
CIDES - Universidad Mayor de San Andrés
La Paz - Bolivia

PABLO BERNARDO MILLER PAZOS
Universidad Católica Boliviana “San Pablo”
La Paz - Bolivia

RODRIGO RIVERA ALDAZOSA
Universidad Católica Boliviana “San Pablo”
La Paz - Bolivia

MARCO ANTONIO SAAVEDRA MOGRO
Universidad Mayor de San Andrés
La Paz - Bolivia

MÓNICA GABRIELA SAUMA ZANKYS
Universidad Mayor, Real y Pontificia de San
Francisco Xavier de Chuquisaca
Sucre - Bolivia

FERNANDO ZAMBRANA SEA
Defensoría del Pueblo
La Paz - Bolivia

Lectores académicos internacionales

JOSÉ GABRIEL BARRAGÁN GARCÍA
Juez Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia
Ecuador

URSULA CRISTINA BASSET
Universidad Austral y Pontificia Universidad
Católica Argentina
Argentina

NATHALIA BAUTISTA PIZARRO
Universidad Externado de Colombia
Colombia

MÓNICA MARÍA BUSTAMANTE RÚA
Universidad de Medellín
Colombia

MANUEL BERMÚDEZ TAPIA
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Perú

LIGIA DE JESÚS CASTALDI
Ave Maria School of Law
Estados Unidos

MARIO EUGENIO CHAUMET
Universidad Nacional de Rosario
Argentina

JUAN CIANCIARDO
Universidad de Navarra
España

MARÍA LAURA FARFÁN BERTRÁN
Universidad Nacional de Cuyo
Argentina

DÉBORA GUERRA MORENO
Universidad Libre Seccional Cúcuta
Colombia

YUDITH LÓPEZ SORIA
Universidad Laica Vicente Rocafuerte de
Guayaquil
Ecuador

CARLOS ALBERTO MATHEUS LÓPEZ
Pontificia Universidad Católica del Perú
Perú

GIOVANNI PRIORI POSADA
Pontificia Universidad Católica del Perú
Perú

DÉBORA RANIERI DE CECHINI
Pontificia Universidad Católica Argentina
Argentina

KATHERINE ANDREA ROLONG ARIAS
Universidad de Medellín y Juez de Antioquía
Colombia

CLAUDIO JESÚS SANTAGATI
Pontificia Universidad Católica Argentina
Argentina

ALFONSO SANTIAGO
Universidad Austral
Argentina

GUILLERMO PEDRO BERNARDO TINTI
Universidad Católica de Córdoba
Argentina

FERNANDO ALFREDO UBIRÍA
Pontificia Universidad Católica Argentina
Argentina

ORIÓN VARGAS VÉLEZ
Universidad de Medellín y Universidad EAFIT
Colombia

ERIKA VALDIVIESO LÓPEZ
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
Perú

Contenido

Presentación

pp. 7-8

Investigaciones jurídicas científicas revisadas por pares académicos

Peer-reviewed scientific legal research

FERNANDO LANDA ALEJANDRO

Derecho penal del enemigo en la legislación penal
boliviana entre 1825-2016

*Criminal Law of the Enemy in the Bolivian criminal legislation
between 1825 and 2016*

pp. 11-53

NATALIA A. DALENZ LORIETO

Análisis del procedimiento para el reconocimiento y la ejecución del
laudo arbitral extranjero en el MERCOSUR

*Analysis of the Procedure for the Recognition and Execution of
Foreign Arbitral Awards in MERCOSUR*

pp. 55-86

FABIAN ESPINOZA VALENCIA

La parajurisdicción del Valle de Silicio

The Silicon Valley para-jurisdiction

pp. 87-100

GERARDO RUIZ CASTELLANOS

Responsabilidad del deudor por el retraso en el
cumplimiento de obligaciones pecuniarias

Debtor liability for the delay in performance of pecuniary obligations

pp. 101-130

Artículo de opinión sin revisión por pares académicos
Opinion article without academic peer review

MARIO CORDERO MIRANDA
¿Modificaciones al Código Civil Boliviano?
Reforms to the Bolivian Civil Code?
pp. 133-162

Políticas editoriales y declaración de Ética
Editorial Policy and Statement of Ethics
pp. 165-177

Presentación

La revista tiene el agrado de presentar cuatro artículos arbitrados por pares académicos y un artículo de opinión jurídica.

El primer artículo establece tres filtros con la finalidad de identificar al *enemigo* en lo que básicamente es la totalidad de la legislación penal boliviana emitida a lo largo de su historia. Aunque el trabajo tiene un enfoque apto para provocar largas discusiones, tanto en su metodología cuantitativa relativa a la proporcionalidad como en sus sustentos teóricos, es, sin lugar a duda, un importantísimo hito académico-descriptivo que permite la relectura histórica de la errática normativa penal que sufre Bolivia hasta el presente. Los hallazgos obtenidos por la agudeza analítica e intelectual de su autor sustentan, con estándares métricos, objetivos y comprobables, cómo el fenómeno y la tendencia mundial respecto del derecho penal del enemigo se repite también en nuestro país, donde el incremento sostenido de enemigos no es la excepción.

El segundo trabajo que publicamos analiza tanto la normativa internacional como la local de cada uno de los países que integran el Mercado Común del Sur en relación con el reconocimiento y la ejecución de los laudos emitidos en arbitrajes de inversiones. Este documento, cargado de interesantes y constructivas apreciaciones, describe cualitativamente los serios desafíos que aún deben ser superados por Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Bolivia (como país actualmente en proceso de ser incorporado al MERCOSUR) para lograr, como bloque comercial, procesos arbitrales que sean atractivos para quienes hagan inversiones. El ecosistema de resolución de conflictos por arbitraje que la autora ilustra es el de soluciones procesales localizadas, pese a tratarse de un bloque de mercado común, por lo que recomienda la constitución de una corte supranacional de arbitraje que permita cohesión e igualdad en la gestión de conflictos.

El tercer artículo, mediante su estructura y prosa poco convencionales, demuestra la existencia de una realidad normativa paralela a los sistemas jurídicos a los que la abogacía está acostumbrada, desafiándolos y subvirtiéndolos. Las interminables y lentas discusiones puramente argumen-

tativas que el lenguaje analógico del derecho inevitablemente atesora y tiene como derrotero, son, al menos desde la arrogancia digital, perforadas, traspasadas y superadas. El trabajo aporta a la reflexión y a la necesidad de ampliar los alcances de una sorprendida abogacía que, sin temor a equívocos, tiene mucho que aportar sobre cuestiones éticas de fondo.

El cuarto artículo toca una realidad constante y pragmática en el quehacer de las personas, pues se refiere al régimen de las obligaciones de sumas de dinero en general para explicar la responsabilidad emergente en el caso de su incumplimiento. Este artículo, que conversa con lucidez con la doctrina relevante y actual, tiene la virtud de romper algunos de los mitos más comunes en el ejercicio profesional boliviano del derecho. Clarifica que las obligaciones pecuniarias tienen un régimen especial que impone como resarcimiento única y necesariamente intereses moratorios y aunque no se demuestren daños, pues el daño ocasionado por el retraso en su cumplimiento es automático y devengado de pleno derecho.

El quinto artículo, a cuyo autor queremos agradecer por su constante y potente enseñanza del derecho civil en Bolivia, presenta una revisión del cuadragenario Código Civil. Este trabajo, que nace de los curiosos datos de unas supuestas modificaciones de la referida normativa luego de su vigencia por 42 años como decreto ley y antes de ser elevada a ley para superar su inconstitucionalidad, importa una doble faz en su contenido. La primera es una reminiscencia de la normativa civil boliviana hasta nuestros días; la segunda, en cambio, abarca un análisis crítico a las modificaciones que se hicieron al Código Civil cuando fue elevado a rango de ley, por el cual el autor demuestra que se tratan, en realidad, de simples e insuficientes alteraciones formales que no modifican su naturaleza.

Queremos dedicar este número al incesante y admirable trabajo de los investigadores que se animan a publicar y compartir sus hallazgos.

Editor responsable

**Investigaciones jurídicas científicas revisadas por
pares académicos**

Peer-reviewed scientific legal research

Derecho penal del enemigo en la legislación penal boliviana entre 1825-2016¹

*Criminal Law of the Enemy
in the Bolivian criminal legislation between 1825 and 2016*

FERNANDO LANDA ALEJANDRO*

Recibido: 2 de octubre de 2018

Aceptado: 7 de febrero de 2020

Resumen

Se abordó el objetivo de determinar las normas penales bolivianas que, entre 1825 y 2016, han configurado el derecho penal del enemigo a través de la reunión simultánea de los caracteres que Gunther Jakobs identificó. Estos son: adelantamiento de la barrera de punición, aplicación de penas desproporcionadas y supresión o relativización de garantías procesales. Para lograr el objetivo se utilizó un método dogmático-jurídico en el marco de la investigación cualitativa-cuantitativa, con profundidad descriptiva, temporalmente sincrónica y de fuentes primarias. Cada uno de los caracteres identificados por el doctrinario fueron tratados como un objetivo específico cuyos

¹Esta investigación se basa en la tesis de grado “Configuración del derecho penal del enemigo en la legislación penal boliviana entre 1825-2016” presentada en octubre de 2017 en la Carrera de Derecho de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo” en la ciudad de La Paz, Bolivia para la obtención del grado de licenciado en Derecho. La versión completa y original de la investigación puede ser encontrada en www.researchgate.net, disponible en el DOI: 10.13140/RG.2.2.16771.55842

* Licenciado en Derecho por la Universidad Católica Boliviana San Pablo. Asociado en Moreno Baldivieso. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5669-5559>

Contacto: fernando.landa.alejandro@gmail.com

Revista de Derecho de la UCB – *UCB Law Review*, Vol. 4 N° 6, abril 2020, pp. 11-53 ISSN 2523-1510 (en línea), ISSN 2521-8808 (impresa).

resultados se obtuvieron mediante la utilización de tres instrumentos: el examen de la estructura del tipo penal, la densidad probabilística y el análisis comparativo de contenido. Los resultados evidencian que el derecho penal del enemigo se configuró en Bolivia apenas fundada la República en 1826 contra abusos de imprenta y para el juzgamiento de cuadrilleros, luego en 1949 y 1967 por normas vinculadas a mineros y sindicales, en 1985 y 1988 en las normas relativas a estupefacientes; y, en 2010 y 2012 a través de normas contra la corrupción así como la trata y tráfico de personas.

Palabras clave: derecho penal del enemigo / funcionalismo penal / política criminal / historia jurídica.

Abstract

The following study aimed as principal objective to determine Bolivian criminal laws, between the years of 1825 and 2016, which configured the phenomenon known as Criminal Law of the Enemy by simultaneously setting the constitutive features identified by Gunther Jakobs. These are the overtaking of the barrier of punishment, the application of disproportionate penalties, and the suppression of procedural guarantees. In order to conduct the study, it was used a dogmatic legal method in the scope of qualitative and quantitative research through primary sources with descriptive depth and temporarily synchronic. Therefore, each constitutive element identified by Jakobs was structured as a specific objective in which findings were obtained using three instruments: breakdown of the *Actus Reus*, probability density function and comparative analysis of content. General results indicate that the Criminal Law of the Enemy appeared several times throughout Bolivian history, in the year of 1826 to prevent printing abuses and to judge *cuadrilleros*; in 1949 and 1967 with norms related to mine-

workers and labor unions; in 1985 and 1988 related to narcotics and in the present in 2010 and 2012 concerning laws against corruption and human trafficking.

Keywords: criminal law of the enemy / criminal functionalism / criminal policy / law history

*Se cierne ahora sobre el mundo una época implacable.
Nosotros la forjamos, nosotros que ya somos su víctima.*

–Jorge Luis Borges, 1949 (*Deutches Requiem*)

1. Una rémora latente en el Estado

Con demasiada frecuencia se suele dar sinonimia a los conceptos Estado y nación. Semejante homologación pasa por alto que el Estado es la manifestación jurídica de lo que primero (nación) es político: un colectivo de individuos que comparten certeza de homogeneidad, consorcio y mutua pertenencia. Luego, cuando la nación se expresa jurídicamente y conforma un gobierno, el individuo natural aparece dentro de la nueva configuración bajo el estatus de ciudadano. Este último concepto (ciudadanía) es nuevamente una categoría simbiótica jurídico-política, ciudadano es quien se relaciona en derecho con el Estado, a quien se atribuyen una serie de derechos y se le asignan deberes, además, de quien se espera tener la certeza de un determinado comportamiento. En expectativa, a quien se asigna igualdad frente a sus pares.

Kant, en su momento, consideró que, aun en la posibilidad, no todos reciben este estatus (de ciudadano); existen quienes se encuentran en un estado *iniusto*, es decir, fuera del derecho, la ley y las relaciones que se tejen bajo su amparo, por consiguiente, son enemigos. Debido a ello, es necesario su sometimiento o apartamiento definitivo (Kant, 2007, p. 49). Por su parte, Rousseau, denominó enemigo a quien ha infringido el pacto social mediante un hecho delictivo; la subsiguiente alternativa es su

persecución o el persecución del Estado. Se le debe dar muerte, más como enemigo que como ciudadano (Rousseau, 2005, p. 35). Hobbes, en su renombrado *Leviatán*, consideró que es enemigo quien deliberadamente y con hostilidad deja de reconocer al gobernante y además desconoce la ley y, por tanto, cualquier padecimiento que se le imponga resulta legítimo, pues la ley y su protección se reservan para los súbditos (Hobbes, 2007, p. 269).

Sobre la configuración de la dicotomía ciudadano-enemigo, parece haberse formado el pensamiento político desde los albores del Siglo XVII. Esta escisión, pudo convertirse en una rémora latente e irresuelta acarreada por los siglos siguientes en la configuración estatal de los Estados que se moldearon bajo esta orientación. Bolivia, evidentemente uno de estos Estados por herencia de la Colonia española, al alcanzar la independencia en 1825, con probabilidad heredó también esta característica.

Lo anterior no es una digresión superflua; todo lo contrario, es el asidero filosófico empleado por Günther Jakobs para el andamiaje del constructo teórico que, en una conferencia celebrada en la ciudad de Frankfurt en 1985, denominó como: Derecho Penal del Enemigo (DPE). Esta endiádis de la doctrina penal, es un constructo teórico descriptivo (algunas veces tomado como prescriptivo) que forma parte de la expansión del poder penal que se ha venido registrando, al menos en los últimos treinta años en diferentes ordenamientos jurídicos a lo largo del planeta. Para expresarlo de manera simplificada, el DPE resulta de la configuración simultánea de tres elementos: i) el adelantamiento en la punibilidad (Cancio Meliá, 2003, p. 79); ii) la aplicación de penas desproporcionadamente altas (2003, p. 79); iii) la relativización o supresión de garantías procesales (2003, p. 80). Sin perjuicio de lo anterior, la aparición conjunta y general de estos caracteres dentro de un ordenamiento jurídico cualquiera no significa, por sí, la emergencia del DPE; al contrario, si los anteriores caracteres se manifestaran

simultáneamente sobre la generalidad de la población, únicamente significaría el recrudecimiento del poder penal o la intensificación en su empleo. La condición de posibilidad para que se evidencie su aparición en un ordenamiento jurídico es que estos elementos se manifiesten simultáneamente dando paso a que se produzca la dicotomía: ciudadano/enemigo. Lo anterior significa que, mientras los ciudadanos son tratados conforme a un derecho penal que jamás configura sincrónicamente los anteriores tres caracteres sobre ellos; aquellos sobre quienes recae el estatus de enemigo, son tratados por la ley penal con los mismos tres caracteres de forma simultánea. Luego, ya como enemigos, sean excluidos de la sociedad de manera perdurable. Es así que reviste esta particular peligrosidad: se encuentra latente dentro de un solo cuerpo normativo, empleando la propia norma como instrumento de segregación, selecciona la aplicación de uno u otro derecho sobre determinados sujetos dando lugar a la escisión: ciudadano/enemigo, por consiguiente, es prioritariamente un fenómeno legislativo.

Consecuentemente, el problema de investigación pretende develar, en la legislación penal boliviana vigente entre 1825 y 2016, aquellas normas que han dado lugar a la configuración de este fenómeno. Esta necesidad se resuelve de la incertidumbre en torno a su origen; no obstante el descubrimiento del fenómeno data de 1985, el propio Jakobs afirma el desconocimiento del momento de su aparición (Jakobs, 2004, p. 45). Sumado a ello, el pensamiento político que ha formado el modelo republicano implementado en Bolivia al momento de su fundación en 1825, concibió la escisión ciudadano/enemigo como un remedio prescriptivo para la vigencia del Estado. En esta consideración, la pretensión investigativa sobre el descubrimiento del origen da lugar a la posterior posibilidad de generar nuevas inferencias en torno a un fenómeno que no ha terminado de descubrirse epistemológicamente y que, al día de hoy, azora la realidad jurídico penal.

2. Aspectos metodológicos

A decir con brevedad, el tipo de investigación realizada fue de profundidad descriptiva, temporalmente sincrónica, y, dado que el insumo fundamental fue la ley penal, de fuentes escritas y primarias. Respecto al enfoque, se optó por un la realización de una investigación mixta, es decir, cualitativa y cuantitativa; aspecto sobre el que es oportuno hacer ciertas puntualizaciones.

En el apartado anterior se afirmó que el DPE se configura mediante la imposición simultánea de sus tres caracteres –o elementos– de forma tal que se produzca esta escisión dicotómica: ciudadano/enemigo. Para esto el fenómeno habría de configurarse una vez que se reúnen las tres cualidades que lo determinan; sin embargo, considerando que la pretensión investigativa corresponde a un total de ciento noventa y un años de legislación, la cantidad de datos sería virtualmente exorbitante si se pretendiera la colección individual de cada uno de los caracteres para su posterior concatenación. Debido a ello, cada indicador, traducido en un objetivo específico, hizo las veces de filtro sobre el siguiente indicador. Lo anterior significa que primero se determinaron aquellos tipos penales que suponen un adelanto en la punibilidad, con los resultantes se determinó aquellos que conllevan una pena desproporcionada, y de estos últimos aquellos que además dan lugar a una supresión o relativización de garantías procesales.

Respecto a las técnicas empleadas, el primer objetivo específico, relativo a la identificación de normas penales cuyos tipos adelanten las barreras de punición, se empleó el análisis de la estructura del tipo penal frente al principio de lesividad. El segundo objetivo específico, correspondiente al establecimiento de penas desproporcionadas, se realizó mediante la

utilización de la distribución normal estándar¹ con variable tipificada². Por último, el tercer objetivo específico destinado a la verificación de normas que suprimen o relativizan garantías procesales se deduce mediante el simple análisis de contenido deductivo-comparativo.

3. Algunas precisiones referenciales

A lo largo del acápite que se desarrolla a continuación, resulta oportuno introducir algunas puntualizaciones teóricas e históricas. Las primeras debido a que la obra de Jakobs es bastante más extensa que sólo el DPE y en esta última, aunque no se culmina su aporte doctrinal, sí se reúnen todos sus aportes previos. Debido a ello, es necesario sentar las bases que luego serán las fundaciones para las conclusiones. En lo que compete el objeto de investigación, un marco referencial histórico cubre la necesidad de contextualizar el panorama general de estudio.³

3.1. Consideraciones teóricas indispensables

Funcionalismo penal y ordenamiento jurídico. Es una verdad de Perogrullo que la sociedad no es otra cosa que una comunidad organizada en un sistema dinamizado por medio de la interacción entre los elementos que lo componen, dado el caso, personas. La clave de la dinámica es la conducta de las personas; sin embargo, en consideración del sistema puede requerirse a una, o a todas, una determinada conducta a la que luego se le

$$^1 \sigma = \sqrt{\frac{1}{n-1} \sum_{i=1}^n (x_i - \bar{x})^2}$$

$$^2 Z = \frac{x-\mu}{\sigma}$$

Donde:

μ = *Media aritmética*

σ = *Distribución normal estándar*

³ Para una mayor aproximación histórica revisar DOI: 10.13140/RG.2.2.16771.55842

asigne un producto: premio o pena (Kelsen, 1995, p. 38). La anterior descripción obedece a un ordenamiento jurídico. Ante esta situación emerge la norma como explicitación conceptual de un hecho (1995, p. 17); no obstante, la relevancia jurídica no resulta de la mera conducta sino de encontrarse prevista en una norma. En este sentido, los postulados de relevancia de la norma son su validez, presupuesto y forma. En la misma lógica, la reprochabilidad del delito no resulta de la lesión al bien jurídico sino frente al quebrantamiento de la norma⁴. La base del ordenamiento jurídico se limita a la estructura formal pero no así a su contenido, elemento que distingue su visión del funcionalismo de Roxin (Arias Eibe, 2006, p. 446). En este sentido, el ordenamiento jurídico se resuelve en la identidad normativa (aspecto que se tratara enseguida) dentro de un sistema autorreferente y operativamente clausurado, es decir, autopoiético⁵ (Gilbert & Correa, 2001, p. 183) dando lugar a la estabilización normativa como efecto de aseguramiento y reafirmación.

Derecho, sociedad e identidad normativa. Los tres elementos que dan nombre a este acápite corresponden, en buena medida, a la base sobre la que se estructura el pensamiento de Jakobs. Estos se articulan como un complejo entramado de recíproca interrelación. El primer elemento es el sistema social entendido como “la construcción de un contexto de comunicación” (Jakobs, 1996, p. 26) que existe –algo que es, en lugar de estar– como una situación dada. Es una precondition que, por su naturaleza, es el espacio donde emerge el delito y del que resulta el

⁴ Es evidente que en esta conceptualización no hay cabida para la diferenciación entre *malum prohibitum* y *malum in se*. Por lo mismo, es impertinente cualquier crítica que se sustente sobre bases naturalistas.

⁵ El concepto originalmente desarrollado por Humberto Maturana y Francisco Varela pertenece a la biología y se refiere a la posibilidad de los organismos para reproducirse y mantenerse a sí mismos. *Mutatis mutandis*, el significado es el mismo para el Derecho. Para mayor profundidad al respecto es recomendable consultar la obra de Niklas Luhmann.

derecho penal como una consecuencia que se manifiesta en una identidad normativa y que luego refleja al sistema social.

De la misma forma, esta vez en sentido inverso, la identidad normativa es una manifestación de la sociedad que deja al derecho penal la tarea de reafirmarla cada vez que se ve contradicha por un actuar delictivo. Esto significa que el derecho penal pervive en una íntima relación de mutua condición con el sistema social y ambos elementos dan cabida a la identidad normativa que, nuevamente, pertenece a la sociedad. Al mismo tiempo, la identidad normativa y el derecho penal recuerdan a la sociedad su identidad cada vez que la norma es quebrada y el derecho penal restaura la situación primitiva. Estos elementos constituyen la base del funcionalismo penal, comprendidos en su conjunto como un sistema son el escenario que permite la asimilación y determinación más precisa de sus siguientes conceptos: primero norma, delito y luego persona.

Norma, delito y persona. Se ha puesto en relieve que la identidad normativa es el reflejo del sistema social. Este último se encuentra configurado a través de reglas que cuando son racionales pueden no requerir estabilización y que cuando carecen de una racionalidad intrínseca, son más propensas a requerir ratificación de su vigencia a través de una sanción (Jakobs, 1996, pp. 26-27).

La norma penal corresponde a la segunda categoría, por cuanto ratifica su vigencia a través de una sanción: una pena. Aquí la norma penal, que se presenta como una unidad conceptual, debe comprenderse también en la profundidad de los dos elementos que la componen: el supuesto de hecho y la pena. La conducta del infractor de la norma es una afirmación contraria a la identidad normativa de la sociedad, el delito es un fenómeno comunicativo, por tanto, es la relación de contradicción entre el hecho y el derecho o antijuricidad. Con este concepto el punto focal regresa a la identidad normativa y a la sociedad, pues la sola infracción de la norma supone la afirmación contraria a la identidad normativa que es la manifestación del sistema social. Luego, como resume Jakobs con taxativa precisión:

La pena ha de entenderse más bien como marginalización del hecho en su significado lesivo para la norma y, con ello, como constatación de que la estabilidad normativa de la sociedad permanece inalterada; la pena es confirmación de la identidad de la sociedad, esto es, de la estabilidad normativa, y con la pena se alcanza este —si se quiere— fin de la pena siempre (2004, p. 41).

El último elemento de este nuevo entramado sistémico propuesto por Jakobs es el concepto de persona. Sobre este particular, el doctrinario alemán afirma con nitidez que persona es un estatus provisto por el derecho, y que entonces, un ser humano no necesariamente es persona, extremo que ejemplifica con una sociedad esclavista (1996, p. 39). En ella el esclavo es objeto de una relación jurídica por cuanto es una propiedad, sin embargo, la carencia de derechos y obligaciones determinan su situación como individuo y no como persona de derecho. Esta caracterización al mismo tiempo es una herencia del pensamiento de Welzel, que determina que es persona quien puede contraer una obligación y por consiguiente ser responsable (Jakobs, 2011, p. 18).

En todo caso, persona en la concepción del profesor alemán, es un estatus jurídico determinado por el rol del individuo dentro de la sociedad. A partir de este rol se encuentra en una situación de garante respecto de expectativas que se tienen de él (Gilbert & Correa, 2001, p. 448). En suma, es persona porque es responsable, luego existe un objeto sobre el que recae la exigibilidad de la obligación: su rol en la sociedad. Así se configura lo que el autor denomina seguridad cognitiva, es decir, la certeza de que un sujeto se comportará conforme a la estructura normativa de la sociedad manifiesta en la norma, luego, en el sistema jurídico. El sujeto, al ofrecer seguridad cognitiva, se integra en el sistema social cerrando el último eslabón del funcionalismo. Al integrarse en el sistema social por ser persona, su identidad se refleja en las normas y el derecho penal ratifica su vigencia.

La anterior afirmación, sin embargo, conduce a dirimir que la persona que infringe la ley no produce seguridad cognitiva, con lo que perdería el estatus de persona y sería excluido del derecho. Tal conclusión, que en principio resulta lógica, es negada por Jakobs puesto que afirma que la pena solo puede tener significado porque se es persona (2004, p. 56). Esta situación se resume por la compleja paradoja resultante de un sujeto que, siendo persona, es decir, ofreciendo seguridad cognitiva, decide comportarse en contra de la norma. Luego, el derecho penal para ratificar su validez asigna una pena conforme al derecho penal de las personas y no la exclusión conforme al DPE.

Penas y funcionalidad. En el marco del funcionalismo penal (tanto en el enfoque moderado de Roxin, como en el radical de Jakobs) la pena tiene un carácter preventivo. Desde la perspectiva de Roxin, en vista de que su propuesta es lograr la unidad sistémica del derecho penal y la política criminal (Arias Eibe, 2006, p. 442) la pena tiene el propósito de reducir la criminalidad, dando lugar a un esquema punitivo preventivo general y especial (Roxin, 2002, p. 8). En el funcionalismo radical de Jakobs, la pena mantiene igualmente una finalidad preventiva general positiva dado que no se pretende la intimidación de la generalidad sino el mantenimiento de la norma y la fidelidad a ella (Jakobs, 2004, pp. 40-41). Nótese de esta manera que la divergencia entre uno y otro funcionalista emerge de la preponderancia del contenido del sistema (Roxin) o de la estricta formalidad (Jakobs), empero ambos quedan inscritos en el marco de la misma finalidad. En Roxin, existe evidente el injusto como lesión al bien jurídico, de ahí la culpabilidad como criterio atenuante de lo injusto (Roxin, 2002, p. 105). En contraposición, Jakobs, quien determina el delito no por la lesión sino por la simple contradicción comunicativa del autor del hecho con la norma, implica que la pena únicamente cumple el rol comunicativo de reafirmar su vigencia y comunicar a la generalidad esta ratificación (Jakobs, 2004, p. 41). En este sentido, la culpabilidad no es proporcional a la lesión, sino que debe ser proporcional a la estabilización de la norma (2004, p. 21).

Enemigo. Resulta entonces un silencio expectante en torno al concepto que resta por develar. Este silencio no es una novedad en tanto Jakobs reconoce que se le recrimina jamás haber identificado al elemento central de su pensamiento (1996, p. 86). En todo caso el enemigo es un síntoma que, según el autor, tiene más posibilidad de incrementar que de reducir. Ello debido a que la configuración actual de la sociedad, cuya significación parece haber sido adaptada por Jakobs de la *sociedad del riesgo* del sociólogo alemán Ulrich Beck, se caracteriza por ser deficiente en construir vínculos en torno al Estado, dando paso así a la construcción de una identidad al margen del derecho (Beck, 1998, p. 115; Jakobs, 2004, p. 45). Al enemigo corresponde la identidad penal del individuo que se ha apartado del derecho de forma –si no definitiva, al menos– duradera; quien no ofrece garantía de seguridad cognitiva a la sociedad respecto de su comportamiento, y por consiguiente es excluido del derecho y de la sociedad (p. 46). El enemigo no es un sujeto determinado, sino determinable por efecto del derecho penal de exclusión que se le impone y a partir de ello segregable pues, como afirma Jakobs en el texto que toma el nombre del fenómeno, el enemigo con su sola presencia constituye un riesgo para la estabilidad de la sociedad (Jakobs & Cancio Meliá, 2003, p. 73).

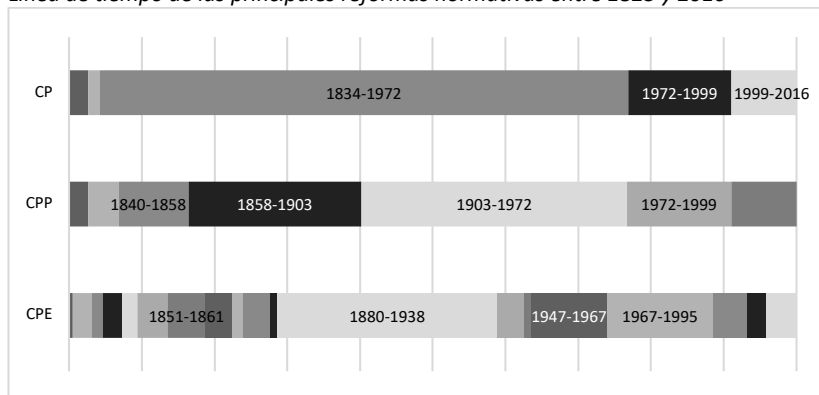
3.2. Progresión histórica. En los poco más de ciento noventa años que ocupan la historia de Bolivia y, por consiguiente, el espacio temporal de la presente investigación, han tenido lugar importantes transformaciones en la configuración de la realidad jurídica. Estas transformaciones han existido en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico; no obstante, a los fines propuestos, se toman en consideración aquellas acontecidas en el marco de la ley penal sustantiva y adjetiva así como aquellas que lindan e inciden con el área que compone el objeto. A este mismo respecto es oportuno aclarar que, por extensión de la ley penal adjetiva, también resulta relevante, aunque con menos ahínco, considerar la evolución constitucional pues, por su naturaleza fundante y orgánica, estructura al resto del ordenamiento jurídico y establece las directrices de las garantías

procesales. En la constitución, más que en cualquier otro documento del ordenamiento jurídico, las garantías son evidentes y casi palpables. Como señala con atino Roxin, el derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución de un Estado, puesto que cada cambio en su estructura determina transformaciones en la ley adjetiva penal (Roxin, 2000, p. 10).

Es pertinente detallar que las reformas de estas tres especialidades jurídicas no han sido sincrónicas a lo largo de la historia. Al contrario, da la impresión de que obedecieran siempre a procesos independientes e incluso inconexos. Para ejemplificar la afirmación, la figura 1 permite visualizar la progresión de las principales reformas a lo largo de la historia.

Figura 1

Línea de tiempo de las principales reformas normativas entre 1825 y 2016



Fuente: Elaboración propia.

Nota: CP: Código Penal; CPP: Código de Procedimiento Penal; CPE: Constitución Política del Estado. Se consignan las abreviaturas de las denominaciones actuales aunque históricamente pueden haber sido otras, como sucede respecto de la ley adjetiva que antes de 1972 era *procedimiento criminal* y con anterioridad a 1858 era *leyes de enjuiciamiento*. Por otra parte, esta figura contiene sólo las principales reformas de la ley penal (sustantiva y adjetiva) dado que, a precisión histórica, han existido decenas de reformas menores al contenido de ambos cuerpos normativos.

Este carácter de reformas temporalmente dispares a lo largo de la historia acarrió contradicciones normativas e incluso escenarios de antinomia. Es imperante afirmar que el complejo entramado normativo que existió, sobre todo en los primeros años de la república, es el principal obstáculo en

el desarrollo de esta investigación ya que deriva en lagunas jurídico-históricas que representan un obstáculo material imposible de sortear para la reconstrucción histórica mediante fuentes primarias. De esta manera, existen normas únicamente conocidas mediante fuentes bibliográficas que no resulta posible encontrarlas efectivamente o, en casos más extremos, se sabe por la literatura y por la búsqueda la existencia de documentos que están definitivamente perdidos.

Progresión histórica sustantiva. A propósito de hacer una breve recapitulación histórica conviene empezar por la fundación, momento en que Simón Bolívar dictó la ley de 21 de diciembre de 1825 por efecto de la cual se mandó la aplicación de la ley de 1812 y los demás decretos de España para la administración de justicia (Villamor Lucía, 1977, p. 103). Para ese momento España utilizaba el Código Penal de 1822, situación que determinó una contradicción con la ley de 1812 y la disposición dictada por Bolívar. Pese a lo anterior, un año después, la comisión de legislación de la asamblea constituyente decretó la vigencia del ya mencionado código español en todo lo que no fuere contrario a la constitución boliviana (1977, p. 106). Esta disposición ocurrió después de varias sesiones de deliberación debido a una observación realizada por el entonces presidente, Antonio José de Sucre. En esas circunstancias, el 27 de diciembre de 1826 se aprobó la admisión del código español de forma provisoria con varias modificaciones; sin embargo, su efectiva implementación no fue inmediata. Este código resulta ser el primero que rigió en el territorio de la novel república boliviana. Infortunadamente se encuentra perdido, situación identificada por Villamor Lucía (p. 111) y corroborada parcialmente luego de haber revisado en todos los archivos existentes en la ciudad de La Paz.

En cualquier sentido, el periodo comprendido entre la fundación de la república y 1834 es uno de casi imposible reconstrucción (Galvéz Murcien-tes & Verástegui Palao, 2010, p. 68), sobre todo debido a la contrariedad

de las normas que se suceden durante él. Así, pues, en 1827 se promulga una ley estableciendo que todos los pleitos judiciales se resuelvan según la legislación española, normativa contradictoria en todo sentido con la reciente aprobación provisoria del código español de 1822 que aún no se encontraba en vigencia efectiva (Villamor Lucía, 1977, p. 112). Dos años después, el 16 de septiembre de 1829, el Mariscal Andrés de Santa Cruz mediante decreto puso en vigencia las Leyes de Indias. Finalmente, el 28 de octubre de 1830 se intentó poner en efectiva vigencia el código español modificado, motivo por el cual se ordenó su publicación y distribución. En marzo del año siguiente el ejecutivo ordenó su vigencia desde abril del mismo año, aspecto al que se adhirió la Asamblea Nacional aprobando la determinación mediante decreto de 18 de julio de 1831. Al igual que el anterior código, este documento tampoco es posible de ser encontrado en los archivos disponibles.

Pocos años después, en octubre de 1833 el senado dispuso la discusión del código recién aprobado. Con tal motivo se reunió a la comisión revisora que presentó su informe y modificaciones en septiembre de 1834 (p. 130), dando lugar a su aprobación por el legislativo el 4 de noviembre de 1834 y su promulgación y puesta en vigencia el 6 de noviembre del mismo año.

El tiempo de vigencia de este Código fue el más extenso en la historia, dado que alcanzó hasta 1972 con la promulgación de la segunda generación mediante los denominados Códigos Bánzer. Aprobado mediante Decreto Supremo de 2 de agosto de 1972, el nuevo código estaba compuesto por trescientos sesenta y cinco artículos. Este código, coetáneo al de Procedimiento Penal, debió entrar en vigor en abril del año siguiente a su promulgación; no obstante, problemas de impresión dieron lugar a ampliar el plazo para que finalmente inicie su vigencia el 6 de agosto de 1973 (Villamor Lucía, 1977, p. 258). Este código es la culminación de un proceso mucho anterior que ya pretendía la renovación normativa y que se remontaba varios años en el pasado hasta el último intento infructuoso con la comisión redactora nombrada por el decreto de 23 de marzo

de 1962, cuya propuesta se presentó en 1964 y se fundó en las experiencias del proyecto Salmón de 1935 y López Rey de 1943, internacionalmente en el Código Penal venezolano y en el argentino de Sebastián Soler de 1961 (Villamor Lucía, 1977, p. 222).

Con posterioridad tuvo lugar un periodo de estabilidad y asentamiento normativo entre el segundo y tercer Código Penal boliviano, cuya extensión fue de veinticinco años y en el que la norma sustantiva penal se mantuvo incólume. El proceso que dio a luz a la posterior reforma inició en 1994 de la mano del entonces Ministro de Justicia René Blattmann, mediante la abolición de la prisión por deudas. Poco más tarde extendió su labor a subsanar un vicio formal en el anterior Código Penal: su promulgación mediante decreto durante un gobierno dictatorial de facto. Con tal objetivo y el de adecuar el código, se reunió una comisión que operó desde 1995 logrando que el 10 de marzo de 1997 se promulgara el tercer Código Penal boliviano a través de la ley 1768. En 1999 la ley 2033 realizó la modificación a la pena consignada para el delito de violación e introdujo tipos penales relativos a la sexualidad. Entre 2006 y 2016 tuvo lugar la mayor cantidad de cambios al Código Penal, siendo trece en total.

Progresión de la ley adjetiva. De la misma forma en que sucedió con la ley sustantiva penal, la aplicación de la ley adjetiva, durante los primeros años de la República, atravesó tiempos caóticos. La primera normativa tuvo lugar el 8 enero de 1827 con la ley de procedimientos de administración de justicia cuyo contenido combinó aspectos de una ley de organización y aspectos procesales específicos para procesos civiles y criminales. En 1832 se promulgó el Código de Procederes Santa Cruz que replicaba el contenido del sistema inquisitorio español (Oblitas Poblete, 1956, p. 37). La vigencia de la codificación Santa Cruz tuvo estabilidad relativamente breve hasta noviembre de 1840 cuando

se promulgó la ley de juicios criminales con el afán de regular aspectos propios del proceso verbal.

El anterior código y las escasas modificaciones realizadas quedaron abrogadas en febrero de 1858 cuando se promulgó la Ley procesal penal⁶ (sic) que fue ampliamente criticada por incorporar la forma mixta de la ley francesa, pero extrayendo al jurado (Oblitas Poblete, 1956, p. 37). El 31 de marzo del mismo año se promulgó un decreto supremo destinado al juzgamiento de delitos contra la seguridad del Estado y el orden público, fundado en una necesidad apremiante, dado que –como señala el tenor literal del Decreto– “el orden material está amenazado por hechos sensibles, como la revelion (sic) de Melgarejo en Cochabamba, la conspiración denunciada en Sucre y los trabajos de revolución no descubiertos en esta ciudad”. El contenido central del decreto reconfigura el orden normativo para conducir a los sindicatos de delitos contra la seguridad interior del Estado y el orden público a procesos y medidas discrecionales y políticas cuyo examen se prohibió a la prensa. En suma, un regreso parcelado a un sistema ultra-inquisitivo para ciertos individuos.

Aunque, en términos generales se mantuvo la vigencia de la ley de Procedimiento Criminal de 1858, la versión adaptada del modelo francés, que excluía el uso de jurados, dio lugar a complejas lagunas que años más tarde intentaron superarse mediante la ley suplementaria de marzo de 1977. El año 1989 aconteció un hito rescatado en la literatura relativa a la historia normativa boliviana, el colegio de abogados, a quien se había encargado la labor de compilar y ordenar todas las normas procesales penales, cumplió su tarea y el texto fue promulgado por la ley de 6 de agosto del mismo año para empezar a regir desde el primer día del año siguiente. Esta norma fue la que se mantuvo vigente (Oblitas Poblete,

⁶ Resulta una imprecisión emergente del cotejo con la obra de Oblitas Poblete quien la denomina Ley procesal penal; sin embargo, el archivo encontrado en las publicaciones de la Gaceta Oficial de Bolivia le da el título de Ley de procedimiento criminal. Se descarta la posibilidad de una confusión entre dos normas promulgadas el mismo año en vista del contenido de la norma en cuestión.

1956, p. 37; Herrera Añez, 2009, p. 118) -salvo alteraciones menores- hasta la siguiente modificación estructural en 1972. Es oportuno señalar que, aunque la norma que promulgó la compilación se encuentra en los compilados de la Gaceta Oficial de Bolivia y en la plataforma digital del Sistema de Información Legal del Estado Plurinacional, el documento compilado como tal no ha podido encontrarse en ninguna otra base o archivo disponible en la ciudad de La Paz.

Al igual que lo sucedido con el Código Penal, el gobierno de Bánzer Suárez significó para el Código de Procedimiento una reforma estructural y profunda que también nació a la vida jurídica con el vicio de ser un Decreto-Ley. En todo caso, el nuevo código, promulgado en agosto de 1972, resultó de la hibridación entre el modelo inquisitivo y el acusatorio o, alternamente denominado como inquisitivo reformado (Yañez Cortés, 1999), carácter que en años posteriores sería motivación para una reforma. La vigencia de este código se mantuvo exenta de modificaciones hasta la promulgación de la ley de fianza juratoria en febrero de 1996 cuando se derogaron más de una decena de artículos y se modificaron otros tantos.

Años después los –así llamados– Códigos Bánzer debieron subsanar el vicio formal en su nacimiento jurídico, por consiguiente se estimó ineludible elevarlos a rango de ley. Esta necesidad se sumó a la reforma procesal advertida por las características procesales que ya habían empezado a gestarse a lo largo del continente a partir del influjo que tuvo el modelo procesal iberoamericano. De tal manera, el reformado Código Procesal fue promulgado el 31 de marzo y publicado el 31 de mayo de 1999. Exactamente un año después se pusieron en vigencia anticipada algunas salidas alternativas, el régimen de medidas cautelares y administración de bienes; dos años luego (31 de mayo de 2001) concluyó la *vacatio legis* y se puso el nuevo código en vigencia (Yañez Cortés, 2004).

Duró menos de una década la inalterabilidad de la norma adjetiva penal, ya que en marzo de 2010 empezó una ola de sucesivas reformas efectivizadas en los años 2012, 2013 y 2014 cuyo contenido, en suma, es verdaderamente extenso y realiza modificaciones transversales a todo el procedimiento, dando por resultado una reconfiguración general que, en definitiva, modela el proceso penal hasta el presente.

4. Resultados

Desarrollado el esquema referencial imprescindible, conviene únicamente presentar los resultados de cada objetivo específico, por lo tanto, de cada elemento constitutivo del DPE.

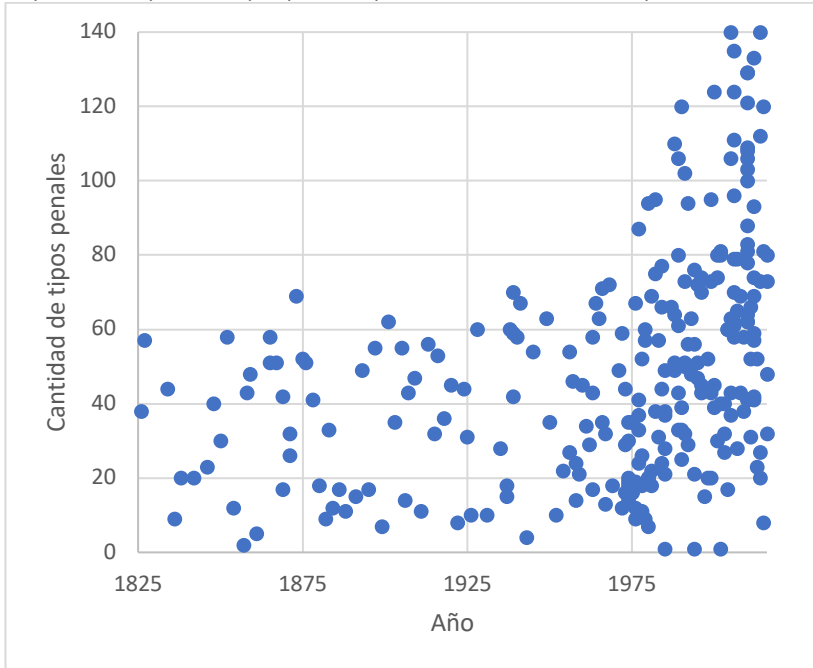
4.1. Primer indicador: adelantamiento en la punibilidad. En total se han obtenido doscientos ochenta y seis resultados, es decir, tipos penales que importan el adelantamiento en la punibilidad. La figura que a continuación se desarrolla detalla la densidad de los resultados de acuerdo con su ubicación temporal. Como puede evidenciarse del contenido de la figura 2, el adelantamiento de la barrera de punición en el derecho penal no es un fenómeno novedoso en la legislación boliviana; en verdad el fenómeno existe desde la ley penal más antigua que se ha podido encontrar, perteneciente al año 1826. Adicionalmente, pese a los conflictos normativos existentes en los primeros años después de la fundación (1826-1834) los resultados exponen que las conductas cuya punibilidad adelanta la lesión del bien jurídico se encuentran distribuidos durante toda la historia; empero es innegable que su incremento cuantitativo es un fenómeno contemporáneo.

Así pues, las primeras normas, externas a la sistemática del Código Penal en que el legislador da lugar a este fenómeno, corresponden a las leyes relativas a los *abusos de imprenta* de modo que los tipos penales corresponden a intentar inducir a la observancia de las leyes fundamentales del Estado. Otras leyes posteriores corresponden a lo que denomina la propia norma como *delincuencia política* en la que la punición

recae sobre la pertenencia a movimientos revolucionarios. Puede afirmarse de tal manera que, durante –al menos la primera centuria– el objeto de protección de las leyes que configuran este fenómeno corresponden al mantenimiento del orden público.

Figura 2

Dispersión temporal de tipos penales que adelantan la barrera de punición



Fuente: Elaboración propia.

Nota: La figura únicamente cumple una función ilustrativa sin el propósito de reflejar la distribución precisa.

Dentro del Código de 1834 el fenómeno tampoco pasa desapercibido; empero la mayor parte de las conductas que lo detonan están igualmente vinculadas con lo público: la protección de la vigencia y seguridad (interna y

externa) del Estado. En menor cuantía el bien jurídico de protección se constituye por la protección de la seguridad, la salud, la fe pública, la función pública y la administración de justicia. En contraposición, el fenómeno no se presenta con igual frecuencia en los *delitos contra particulares*, en cuya esfera recaen las conductas que históricamente han sido estudiadas por la dogmática jurídica como delitos de mera actividad y peligro: abandono de menores, injuria y calumnia.

En los años posteriores, las leyes especiales versan sobre la prohibición de doctrinas extremistas, es decir, comunismo, socialismo y anarquismo. Es un dato interesante que la primera ley penal que tiene como objeto de protección el medio ambiente (1928) constituye este fenómeno mediante la prohibición de exportación de chinchilla. En años posteriores se tipifican aquellas conductas relativas a la prohibición de especulación, tenencia de explosivos fuera de campamento minero, los delitos vinculados con la protección de la economía nacional y, por primera vez en el ordenamiento jurídico, estupefacientes.

La sistemática siguiente del código vigente entre 1972-1997 responde a una nueva estructuración y superación legislativa respecto de su antecesor; empero igualmente presenta tipos penales que cumplen con el indicador de prescindencia de lesión al bien jurídico. Al igual que el Código que antecede, mantiene como denominador común la protección del Estado, aunque en menor cuantía, e incluye los espacios públicos entendidos como tranquilidad, función, fe y seguridad públicas. En lo que compete a las leyes especiales, este es el periodo en que inicia la inflación penal y la tendencia empieza a elevarse como consecuencia de la implementación de normas relativas a sustancias peligrosas, estupefacientes o la ley 1333 de 1992 que incluyó delitos medio ambientales.

Luego, mediante la reforma de 1997 se introdujeron siete nuevos tipos penales que cumplen con el presupuesto de este objetivo específico. Sin embargo, son las leyes venideras aquellas que causarán verdadera conmoción en la sistemática del Código. Así, las leyes que en lo sucesivo se promulgan dan lugar a amplias modificaciones y nuevas inserciones.

Iniciando desde 1999 están el Código Tributario, la ley de protección a víctimas de delitos contra la libertad sexual; trata y tráfico (primero de menores y luego de personas); contra el enriquecimiento ilícito; protección de niño, niña y adolescentes; contra el racismo; contra el terrorismo y financiamiento del terrorismo y de control de armas.

Cuantitativamente el crecimiento de cada etapa respecto de la anterior se expresa en las siguientes proporciones. En el periodo que corresponde a los años 1825-1972, de todo el ordenamiento jurídico existente, son 90 tipos penales los que cumplen el presupuesto de este objetivo. Para el periodo siguiente de 1972-1997, el total significa un incremento a 120 tipos penales que corresponde a un crecimiento porcentual del 33.3% respecto del primero; y el tercer periodo de 1997-2016 se eleva en un 56.7% respecto del primero o en un 17.5% respecto del segundo.

4.2. Segundo indicador: penas desproporcionadas. Para la obtención de los resultados propuestos se ha trabajado sobre la base del anterior objetivo específico, esta situación da lugar a que la figura por medio de la cual son presentados se repita; no obstante, esta vez el punto de atención varía. De esta forma la figura que a continuación se desarrolla (ver figura 3) lleva la particularidad de ser formalmente idéntica a la anterior. En consecuencia, dentro de la universalidad ya acotada que significan los tipos penales que dan lugar al adelantamiento de la barrera de punición (los puntos en la figura 2) se presentan aquellos cuya pena es, además, desproporcionada (los puntos en la figura 3).

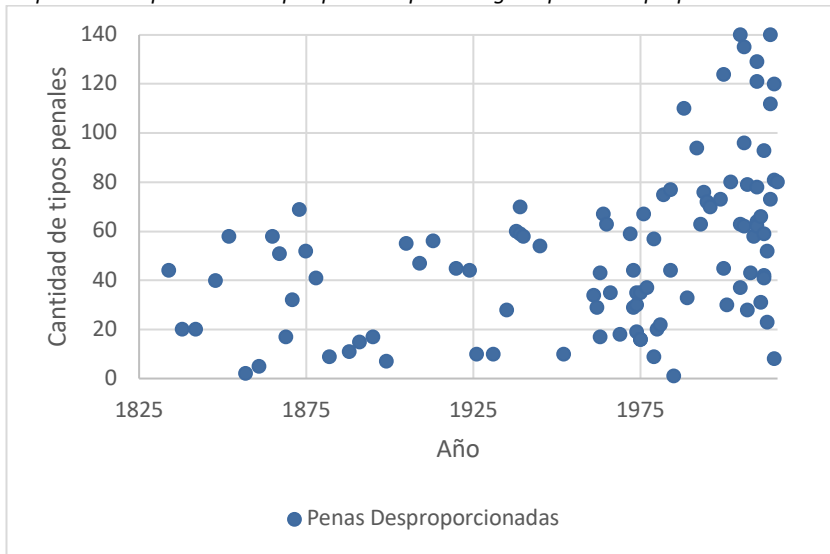
Como resultado se tiene que la desproporcionalidad en la pena es un fenómeno simultáneo al adelantamiento en la barrera de punición. Al igual que con el anterior objetivo, no existe un punto en la historia en que haya desaparecido el fenómeno; sin embargo, existen periodos en que puede verse que ha aparecido con mayor intensidad.

Los resultados revelan que, durante el primer periodo, buena cantidad de los tipos penales que consignaron penas desproporcionadas dieron

lugar a ello como resultado de ser penas cualitativamente desproporcionales: muerte, destierro o infamia. Sin hacer particular consideración en ello dentro de este apartado fundamentalmente descriptivo, estas penas recayeron, sobre todo, durante el primer periodo en lo que concierne la sistemática del código, sobre delitos vinculados a la protección del Estado, la fe y función pública. En las leyes especiales se repite la situación del anterior objetivo, dando lugar a normas sobre la libertad de imprenta, delincuencia política, la prohibición de doctrinas extremistas, prohibición de exportación de chinchilla, especulación, tenencia de explosivos y estupefacientes.

Figura 3

Dispersión temporal de los tipos penales que consignan penas desproporcionadas.



Fuente: Elaboración propia.

Nota: La figura únicamente cumple una función ilustrativa sin el propósito de reflejar la distribución precisa.

Durante el periodo siguiente la cantidad de penas desproporcionadas en el interior del código se reduce dramáticamente, pasando a recibir estas

penas solo los delitos contra la seguridad del Estado y la función pública. En las leyes especiales adicionales se mantiene la desproporción únicamente para los tipos vinculados con estupefacientes y medio ambiente.

Finalmente, el esquema posterior dentro del Código únicamente dio lugar a desproporción en los tipos pertenecientes al resguardo de la tranquilidad y función pública además de la ya acostumbrada seguridad del Estado, título dentro del cual se modificó la ya abolida pena de muerte por lo que pasó de ser cualitativamente desproporcional a cuantitativamente desproporcional. Por lo que refiere a las leyes especiales externas al Código, la desproporcionalidad es una constante que se replica a través de la Ley de protección a víctimas de delitos contra la libertad sexual, contra la trata y tráfico de niño, niña y adolescentes, lucha contra la corrupción, trata y tráfico de personas, prevención del VIH-SIDA, protección de niño niña adolescentes, terrorismo y su financiamiento y control de armas de fuego.

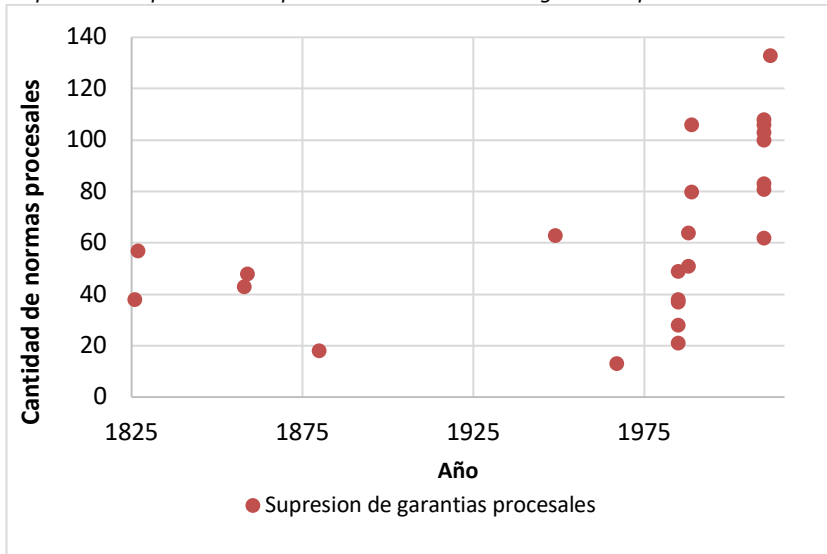
4.3. Tercer indicador: supresión o relativización de garantías procesales. Ya siendo familiar el contenido de la figura que a continuación se despliega (ver figura 4), la que se presenta en este acápite incluye los resultados para el tercer objetivo específico en relación con el primero y el segundo.

Tras ese breve excurso, del contenido de la figura se hace patente la afirmación que el indicador de este último objetivo específico es el verdadero cuello de botella para la configuración del fenómeno objeto de investigación. De tal forma, su presencia en el ordenamiento jurídico a lo largo del tiempo es verdaderamente mínima; y se sitúa en ubicaciones temporales espaciadas unas de otras. Así, la primera manifestación de este fenómeno tiene lugar en 1826 para el juzgamiento a cuadrilleros a quienes se podía condenar a muerte sin juicio previo o, de acontecer el juicio, era llevado a cabo por fuero militar. El mismo año la ley sobre abusos de imprenta impide al condenado el derecho a apelar. Luego, la ley de 1858 restringe la

publicidad del juicio además de separar de la jurisdicción ordinaria todos los delitos existentes en el título tercero del libro segundo del Código Penal. Años después, en 1880 un decreto supremo dispone que todo acto de trastorno al orden público será condenado por consejo de guerra verbal y luego condenado a pena de muerte; esta disposición solo duró algunos meses hasta que una ley dispuso que será el Poder Ejecutivo quien mande a extrañar al individuo que intente trastornar el orden público. Algunas otras leyes posteriores tienen por finalidad el procesamiento de hechos que hayan atentado contra el Estado.

Figura 4

Dispersión temporal de la supresión o relativización de garantías procesales



Fuente: Elaboración propia.

Nota: La figura únicamente cumple una función ilustrativa sin el propósito de reflejar la distribución precisa.

No obstante el ya exacerbado desarrollo relativo a leyes sobre estupeficientes, en 1985 el decreto 20811 inició la erosión de garantías procesales para este tipo de delitos, ya que entre sus disposiciones suprime el sumario

del proceso penal y posibilita el traslado de la causa si existen intereses del Estado. Pocos años después, la ley 1008 sólo incrementa el fenómeno ya que sus disposiciones tienen por efecto la relativización de no menos que tres garantías procesales. Sigue un periodo relativamente extenso que llega al 2010 cuando la promulgación de la ley 004 se tradujo en una verdadera afrenta para cualquier modelo que aspire al garantismo, ya que producto de sus disposiciones se laceraron un total de cuatro garantías procesales en más de una forma cada una. El espacio de estudio concluye dos años después tras la promulgación de las leyes 262 y 263 que igualmente tuvieron por resultado el debilitamiento de las garantías procesales mediante su supresión o relativización.

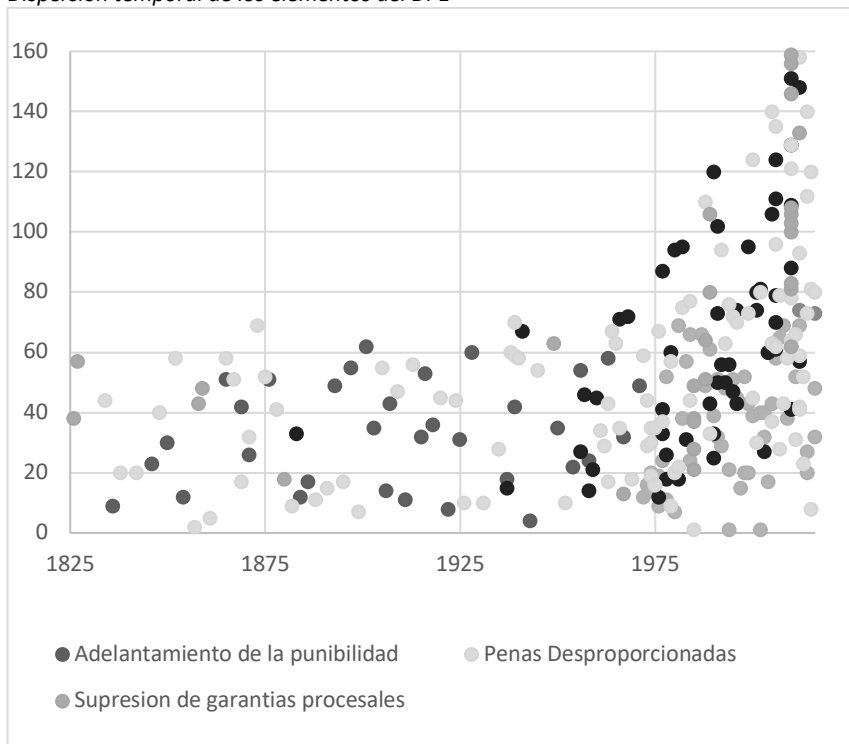
En lo que concierne al análisis cuantitativo a lo largo de la historia (ver figura 4), la configuración del indicador que da lugar al cumplimiento del objetivo ha tenido lugar en muy pocas ocasiones, quince normas en doce momentos diferentes, situación que, en general puede considerarse positiva desde una perspectiva con miras a la favorabilidad de las garantías procesales. Por otra parte, la emergencia doble del fenómeno en un mismo año produce extrañez.

4.4. Resultados definitivos

En una primera aproximación, la figura 5 expone cómo el sistema de filtros ha permitido visibilizar el resultado general y definitivo de la investigación. En ese entendido, las leyes que efectivamente permiten la configuración del DPE resultan ser tan solo un manojo en comparación con la ampulosa cantidad de resultados que se manejaron para los primeros dos resultados especiales.

De esta manera, puede preverse cómo el DPE se ha manifestado a lo largo de la historia en apariciones intermitentes; empero con un notorio incremento en la última treintena.

Figura 5
Dispersión temporal de los elementos del DPE



Fuente: Elaboración propia.

Nota: La figura únicamente cumple una función ilustrativa sin el propósito de reflejar la distribución precisa.

Así, de manera conclusiva y por orden cronológico, las normas mediante las cuales se ha materializado este fenómeno en la legislación penal boliviana son las siguientes:

- a) Ley sobre los abusos de imprenta de 7 de diciembre de 1826.
- b) Ley sobre el juzgamiento a cuadrilleros de 2 de agosto de 1826.
- c) Decreto supremo de 5 de septiembre de 1949.
- d) Ley 374 de 22 de diciembre de 1967.

e) Decreto supremo 20811 de 21 de mayo de 1985 de sustancias peligrosas.

f) Ley 1008 de 19 de julio de 1988 del régimen de la coca y sustancias controladas.

g) Ley 004 de 31 de marzo de 2010 de lucha contra la corrupción, enriquecimiento ilícito, e investigación de fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”.

h) Ley 263 de 2012 contra la trata y tráfico de personas.

5. Análisis

En todo caso, aunque la figura y el listado que preceden son adecuados para comprender la manifestación final del fenómeno, es un imperativo el análisis pormenorizado de los resultados, motivo por el cual, en los siguientes acápite se examinan la totalidad de resultados en torno a sus denominadores comunes.

5.1. La primera aparición del fenómeno. Sobre los resultados se tiene que la primera vez que se configuró el fenómeno, fue en contra de los abusos de imprenta y la delincuencia cuadrillera, así la punibilidad se fundamenta en evitar las alteraciones al orden público. Como afirma Villamor Lucía, durante sus primeros años el Estado boliviano estaba fundamentalmente ocupado en evitar golpes de estado (1977). En el caso de los medios de comunicación existentes en ese momento, el propósito pareció evitar que se menoscabe la vigencia de las noveles disposiciones normativas del recién nacido Estado independiente y soberano; esta situación se respalda con la norma que le es coetánea por cuyo efecto se pena a los delincuentes cuadrilleros a quienes se sancionaba con la muerte.

5.2. El enemigo: mineros y sindicales. Pasan ciento veintiún años hasta que el fenómeno vuelve a azorar el ordenamiento jurídico boliviano. En

ese momento la norma, un Decreto supremo, da lugar a configurar el DPE sobre un sujeto determinable: el minero. La conducta penada es la tenencia de dinamita fuera de campamento minero. Al respecto la norma da la impresión de establecer una presunción inamovible en torno a la relación explosivos-trifulcas políticas. El escenario histórico inclina a considerar esta situación como verdadera en vista de que el decreto data de 1949, apenas algunos años luego de fundada la Federación Sindical de Trabajadores Mineros de Bolivia y en un periodo marcado por violentos enfrentamientos (Mesa Gisbert et al, 2012, P. 479).

Menos de dos décadas después, en 1967, vuelve a presentarse el fenómeno en contra de la posibilidad de grupos que se armen con fines sediciosos, durante este periodo marcado por golpes de estado y gobiernos militares, el objeto de resguardo aparenta ser la vigencia del Estado mismo y, el ahora *enemigo*, son los grupos sindicales ya organizados a quienes, por el contenido de sus demandas podría catalogarse como grupos sediciosos a ojos de los gobiernos de corte militar-autoritario de la época.

5.3. Narcotráfico. En un siguiente momento de la historia existe un viraje en torno al espacio sobre el que recaerá el DPE, en el que ya no se antepone la vigencia del Estado o el resguardo del orden público en cumplimiento de la norma. Al contrario, tras varias normas sobre la misma temática terminan por manifestarse en dos del mismo género, la primera de 1985 respecto de sustancias peligrosas y la siguiente que la reemplaza en 1988 y continua vigente hasta el presente sobre el régimen de la coca y sustancias controladas. A pesar de ser la primera norma mucho más intensa y cruda que su sustituta, en ambos casos imponen penas notoriamente desproporcionales y ofrecen, a los individuos que procesa, un tratamiento rigurosamente distinto y lesivo de las garantías procesales vigentes. En cuanto a las conductas penadas, es evidente que el hecho punible se extiende a través de todas aquellas actividades que podrían ser consideradas relacionadas; empero no recayendo en la necesidad de una conducta lesiva. Respecto de la causa que da lugar a la aparición del fenómeno, más parece existir una motivación externa que nacional. Para el año en que termina de

modelarse la ley 1008, luego de varias normas previas, toma lugar en el escenario internacional la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, documento que resulta de una progresión de documentos anteriores previos, a decir un ejemplo, la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961.

5.4. Manifestaciones recientes. En los años siguientes no vuelve a manifestarse el DPE sino hasta 2010 en que se presenta para el juzgamiento y la represión de la corrupción, enriquecimiento ilícito y para investigación de fortunas. Al respecto de esta ampulosa ley, cuyo contenido incluye un amplio catálogo de conductas tipificadas como delitos y cuyas penas resultan aún más severas, el debilitamiento de garantías procesales se presenta desde varios flancos. Dispuso su aplicación de forma retroactiva y abrió la posibilidad de procesamiento en rebeldía del imputado dando lugar a la realización de actos investigativos que prescinden de formas establecidas para la seguridad de la parte sobre quien recae el proceso. Parece oportuno recordar que esta norma, que se promulgó en el seno de la administración de Evo Morales, se presentó como una herramienta para evitar la corrupción al interior de la administración gubernamental y, al mismo tiempo, desplegar la persecución de anteriores funcionarios públicos. Incluso fue manifestado que esta norma representaría un instrumento para la persecución política.⁷ En ese sentido, no resultaría siquiera como una manifestación del expansionismo penal sino como una herramienta de utilidad meramente política.

La siguiente norma, promulgada en 2012 para la prevención de la trata y tráfico de personas, presenta dentro de su estructura pocas disposiciones que resultan en la configuración del DPE. Sin embargo, se traduce como una norma que parte de un enfoque relativamente distinto, dado que da

⁷ Al respecto fue manifestado que “es una norma de persecución política contra los líderes, autoridades y ciudadanos que estén con opinión contraria al Gobierno del MAS” (Centro de Investigación y Apoyo Campesino, s.f.).

lugar a la configuración del fenómeno en sentido de un interés no vinculado con el Estado. La trata, perteneciente a los delitos que se cometen contra la dignidad de los seres humanos, no implica al Estado ningún interés propio como ha sido visible en la mayoría de los casos anteriores.

6. Discusión de resultados

6.1. Respecto al estado del arte. En Bolivia la investigación científica sobre el tema, aunque incipiente, no ha sido inexistente. Se tiene conocimiento de otros dos proyectos de investigación al respecto. Un proyecto de investigación de David Baptista titulado: *Aplicación camuflada del derecho penal del enemigo en Bolivia*, presentado ante la Universidad Andina Simón Bolívar y que infortunadamente no ha podido ser encontrada. Adicionalmente, la tesis de licenciatura de Alan Zarate Hinojosa ante la Universidad Mayor de San Andrés que desarrolló la misma problemática con un marco temporal limitado entre 2009-2011. Con posterioridad un resumen de su investigación se estampó en la publicación del libro *Derecho Penal del Enemigo en la legislación boliviana*.⁸

Al respecto, es oportuno cuestionar la investigación de Zarate en torno a la idoneidad del método y la forma de ejecución para la obtención de resultados. Al inicio de la investigación afirma la utilización del método Delphy (sic). Al respecto, este método supone la utilización de un procedimiento iterativo mediante una estructura comunicacional con reconocidos expertos para la obtención de resultados que, en una amplia mayoría de casos, tienen fines prospectivos. A diferencia de lo anterior, por cuanto es comprobable, la investigación de Zarate no empleó este método; al contrario, empleó encuestas de preguntas cerradas⁹ para que un total de treinta

⁸ Durante la realización de la investigación no se pudo tener acceso al informe de investigación; únicamente al libro. Por consiguiente, todas las referencias a este informe no se encuentran en el informe de investigación originalmente presentado.

⁹ Algunas de las preguntas fueron: ¿Cree usted que existen rasgos del derecho penal del enemigo en la legislación penal boliviana vigente? Sí/No; ¿Considera Ud., que

–denominados– *expertos penalistas* (no existe evidencia de protocolos para validar su experticia) respondan en consideración a su juicio. No solo hay un evidente distanciamiento entre su propuesta metodológica y aquella verdaderamente empleada, sino también en su deseo de fundar resultados objetivos en una investigación científica que, en cambio, se sustenta indebidamente en percepciones subjetivas.

A pesar de la crítica anterior, es debido afirmar la existencia convergencia parcial de resultados en el marco temporal enfocado por Zarate. En sus resultados afirma que en el ordenamiento jurídico vigente se ha configurado el DPE sobre “el corrupto y el terrorista” (2014, p. 181). Sobre este punto los resultados coinciden parcialmente en lo que toca al funcionario público procesado por delitos de corrupción mediante la Ley 004. Debe coincidir con Zarate al afirmar que, en el contenido de esta norma, efectivamente se cumplen los tres caracteres que dan lugar a la configuración del fenómeno.

A diferencia del resultado anterior, Zarate concluye que respecto de “el terrorista”, pues, “se adelanta la punición a los actos preparatorios, e incluso a la esfera del pensamiento y se confunde la complicidad con la autoría” (p. 181). Efectivamente como apunta Zarate, se cumple con el adelantamiento de la barrera de punición; no obstante, no da prueba del cumplimiento con los otros dos caracteres y, al contrario, incluye como elemento constitutivo del fenómeno el quebrantamiento al principio de incomunicabilidad de la responsabilidad penal, aspecto que, aunque interesante para el análisis, no es parte de los caracteres propios del DPE propuesto por Jakobs.

existen disposiciones legales vigentes que contravienen principios del derecho penal y del derecho procesal penal? Sí/No; ¿Es correcto despojar de derechos que le asisten a la criminalidad en general a sectores específicos como es la corrupción en un estado de derecho? Sí/No/ N.S./N.R.

En todo caso, es oportuno corroborar que, los resultados respecto al primer y segundo indicador son positivos; empero no así con el tercero. Esto se debe a que el decreto supremo 138 de 20 de mayo de 2009, aunque genera una relativización en la garantía del juez natural, no recae específicamente para el procesado por aplicación de la ley 170 de 9 de septiembre de 2011 (la norma vinculada con el terrorismo en cuestión); al contrario, para el procesado *in abstracto* por cualquier delito que afecte la vigencia del Estado. Por tanto, considerar este resquebrajamiento daría lugar a la obtención de falsos-positivos en vista de que aquello que recae sobre la generalidad de los ciudadanos no puede ser propio del DPE. En virtud de lo anterior parece inadecuado coincidir con Zarate en este resultado.

6.2. Resultado excluido: de ciudadano a enemigo. En el acápite anterior se refutó la relativización de una garantía procesal por considerarse generalizada a la población total, al ciudadano. Esto obliga a considerar si es posible ampliar la cantidad de resultados por efecto de ciertas consideraciones procesales. Como se ha evidenciado en los anteriores resultados, es cuantiosa la cantidad de tipos penales que cumplen con el primer indicador: la punición en el estadio previo a la lesión. Tras una reducción considerable, aun es grande la cantidad de tipos penales que además consignan penas desproporcionadas de acuerdo con el segundo indicador. El verdadero cuello de botella para la obtención de resultados afirmativos se encuentra en las garantías procesales. Efectivamente es una irregularidad encontrar en el ordenamiento jurídico boliviano una norma que permita la supresión o relativización y además recaiga este menoscabo sobre un sujeto determinado por el hecho delictivo particular.

Del otro lado, existen normas procesales que permiten lacerar garantías procesales en contra del procesado y cabe considerar si su aplicación constituye una forma de configuración del fenómeno excluida de los resultados. El ejemplo más claro para ilustrar esta posibilidad se contiene en el mismo Código de Procedimiento Penal cuyo artículo 234

(peligro de fuga) ejemplifica la totalidad del concepto de prognosis positiva. En sus diversos numerales contiene vulneraciones a la garantía de inocencia (y a la prohibición de doble juzgamiento) que, de manera resuelta, dan lugar a la detención preventiva. Con particularidad los numerales sexto y séptimo estiman esto por haber sido imputado previamente por otro hecho delictivo en el pasado, haber sido condenado en primera instancia o por habersele aplicado una salida alternativa en proceso previo. Este instituto jurídico, directamente vinculado con la criminalidad consuetudinaria y fundado en política criminal, va restando la calidad de ciudadano al procesado para convertirlo en enemigo. Si se suma la reincidencia a cualquiera de los resultados obtenidos en el segundo objetivo específico, se tiene la configuración plena del fenómeno *derecho penal del ciudadano*, entonces, puede comprometerse al desfigurado DPE.

Esto resulta coherente a contenidos tratados previamente, en los que Jakobs afirma que es enemigo quien ha decidido apartarse de manera duradera del ordenamiento jurídico. En este sentido, la prognosis positiva por reincidencia que, a todas luces es una afrenta a un sistema jurídico que pretenda ser un Estado constitucional de derecho, constituye una posibilidad de configuración del fenómeno que recae sobre tipos indeterminados que cumplen con los dos primeros caracteres y se determinan únicamente sobre el individuo mismo que, producto de su propia criminalidad reiterada, pierde el trato de ciudadano para convertirse en enemigo. La interacción del individuo y la normativa es nuevamente comunicacional, el derecho penal, ante la criminalidad reiterada no solo reafirma su vigencia, sino que comunica al procesado que la contradicción reiterada de su conducta frente la norma le restará el estatus de ciudadano. El mensaje ya no es a la generalidad de personas; al contrario, es exclusivo al ahora enemigo haciéndole saber que la defraudación a la norma acarrea la progresiva pérdida de seguridad cognitiva y luego la pérdida del ser considerado persona.

Esta posible inclusión, coherente con la estructura del DPE es; sin embargo, un resultado irresoluble dado que es un falso-positivo si se entra en la consideración del autor en que afirma que, aunque ambos derechos (del ciudadano y enemigo) subyacen en un mismo ordenamiento no llegan a aplicarse de forma equivocada, dado que la pena solo tiene sentido si se aplica al ciudadano, en cambio al enemigo se le aplica con el afán de permitir la exclusión. En las palabras de Jakobs: “el autor penal no resulta excluido, es más, la pena sólo tiene un significado porque él es persona” (Jakobs, 2004, p. 56). A la vez, resulta un falso-negativo, dado que acaban por configurarse los tres elementos que determinan el DPE.

7. Conclusiones

7.1. Comunes denominadores respecto a los resultados. En el contenido relativo al marco teórico se extrajo de Jakobs la afirmación en que señala desconocer el momento de aparición del fenómeno; empero afirma la posibilidad de su incremento en el tiempo como consecuencia de la organización social y el establecimiento de identidades al margen del derecho (Jakobs, 2004, p. 45), dado que el DPE sería una consecuencia de lo que en suma es la sociedad post-industrial o, de manera muy próxima, equivalente a la sociedad del riesgo de Beck (Beck, 1998, p. 115).

Sobre esta afirmación, en lo que respecta a Bolivia y su ordenamiento jurídico como objeto de estudio, el momento de aparición del DPE data de inicios de la República. Apenas a un año de su fundación el fenómeno se manifiesta dos veces. Por consiguiente, como se previó en la problemática desarrollada en la introducción, da la impresión de ser una rémora irresuelta del sistema político que, además, es intrínseca a la manifestación del poder político.¹⁰ El Estado, para la configuración

¹⁰ En torno a esta afirmación es posible encontrar amplio sustento en la obra de Carl Schmitt. A pesar de existir un paralelismo que linda en la problemática, las consideraciones de Schmitt se abocan más adecuadamente al campo de la Ciencia Política. En

del DPE, obra como sujeto individual, como entequeia, pues los delitos que configuran el fenómeno son, en su franca mayoría, delitos que, de ocurrir, perjudicarían directamente su vigencia. En este sentido no existe DPE para las conductas que atentan contra las personas consideradas individualmente. Los delitos que se cometen entre personas y contra personas son los delitos en que el Estado no muestra particular interés por lo que no llegan a dar lugar al fenómeno; en cambio, los delitos que atañen al Estado sí resultan en este especial interés. Como una ramificación de lo anterior el DPE resulta del Derecho penal subjetivo, de la propia potestad penal, dando la posibilidad a la confusión entre Estado y gobierno. Ocurrida esta confusión el gobierno se ve en la posibilidad de hacer uso del poder punitivo para el resguardo de quienes detentan el poder político. El ejemplo más idóneo de esta situación tiene lugar en 2010 con la ley 004 de Lucha contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas.

Tampoco corresponde a un efecto de las sociedades postindustriales pues ello supondría la inexistencia de resultados previos a este punto histórico, la evidencia en el caso boliviano es categórica demostración. Pese a ello, no puede reputarse de equívoca la afirmación del jurista alemán dado que la construcción de una identidad al margen del derecho no es necesariamente efecto exclusivo de las sociedades postindustriales. La misma construcción puede tener lugar en la condición de un Estado cuya organización social ha permitido la pervivencia de paralelismos anacrónicos al margen del proyecto político del Estado, es decir, en los términos de Zavaleta Mercado: una nación abigarrada (Antezana, 2009, p. 131). Sustituyendo esta variable a la sociedad postindustrial, es igualmente viable la formación de una identidad al margen del derecho. Con

tal consideración no es oportuno desarrollarlas aquí por constituir un excursus al interés. De cualquier manera, se invita a la revisión de la obra del autor referido.

mucho mayor rigor, esta situación no sería una consecuencia sino un elemento preexistente y coadyuvante con el abigarramiento.

Bajo la misma lógica, es completamente plausible la aparición del DPE en 1948 encarnando como sujeto pasivo a los movimientos mineros. Esto debido a que su formación y lo que significa la acumulación en el seno de la clase a lo largo de la historia de la minería en Bolivia ha dado lugar a una auto identificación fuerte y a una propia identidad que no condice con el proyecto político del Estado boliviano.

En lo que refiere las leyes sobre estupefacientes, puede aceptarse que el estímulo para la configuración del fenómeno sea exógeno al Estado y quede reatado al escenario internacional. En este sentido, el DPE puede comprenderse como una consecuencia de la aparición de organizaciones supraestatales y sus intereses materializados sobre el ordenamiento jurídico estatal. Esta explicación resulta igualmente aplicable en el contexto del resultado obtenido para el año 2012 respecto de la trata y tráfico de personas.

7.2. Etiología del fenómeno. Respecto a lo que se ha tratado como la etiología del fenómeno, se resuelve que el DPE tiene lugar por efecto de cuatro causas: primero, por interés propio del Estado de mantener su vigencia y estabilidad (interés permanente); segundo, el interés del gobierno manifestado a través del Estado (interés transitorio); tercero, por efecto de la construcción identitaria marginal al derecho; cuarto, por voluntad incidente exógena de organizaciones supraestatales.

La primera causa es el interés permanente. Esta vía significa el auténtico medio de configuración del DPE, así el Estado pervive mediante la exclusión de quienes siempre han resultado ser sus enemigos y hacen peligrar su vigencia. Esta situación, lejos de ser nueva, constituye el asidero filosófico sobre el que se funda el Estado que se describe, como mejor lo haría Hobbes mediante el Leviatán, devenido en entelequia que precautela sus propios intereses siendo estos, por extensión, los de

todos; y dando lugar, al menos en lo que significa una cara del fenómeno, al funcionalismo penal.

Las normas, cuya vigencia es consecuencia del interés transitorio, materializan un uso caprichoso del poder punitivo; en tanto que, respecto del funcionalismo penal, dan lugar a la situación paradójica que se resuelve en mantener la vigencia y estabilización de normas incoherentes con la identidad normativa de la sociedad. En el caso boliviano, estas normas son la ley 004 y el decreto supremo de 1949 cuyo grupo objetivo eran mineros; y, más tarde, la ley de 1967 con objetivo a sindicales. En estos dos casos también conflagra la conformación de identidades marginales. Es oportuno notar que este tipo de normas es producto, al menos en dos de sus casos, de gobiernos de corte autoritario.

La tercera causal es la construcción identitaria marginal al derecho. Como se mencionó, no resulta necesariamente de un esquema de sociedad postindustrial, sino que, aplicada en consideración al caso boliviano, el concepto de nación abigarrada de Zavaleta Mercado es, con precisión, útil para permitir describir este fenómeno previo y conducente a la configuración del DPE. La normativa de 1949 y 1967, que tiene por objetivo a la población minera y sindical, ejemplifica la posibilidad de construir una identidad marginal al ordenamiento jurídico. Al advertir esta identidad, la reacción inmediata es el desencadenamiento de los medios de represión para dar lugar a la exclusión perdurable del derecho.

La última causa, representa la voluntad incidente exógena de organizaciones supraestatales. En este sentido, los documentos internacionales y su fuerza vinculante constituyen una herramienta para que intereses ajenos a una sociedad se materialicen en normas penales que configuren el fenómeno estudiado. Luego, por la paradoja de la coerción funcional sumada al mantenimiento de esta supra estatalidad, las normas se mantienen vigentes en el ordenamiento jurídico.

7.3. Conclusión accesoria. La aporía del funcionalismo: estabilización aparente. Como se ha sentado en los párrafos anteriores, se antepone la posibilidad de cuatro causales etiológicas. De ellas atañe una: el interés transitorio del Estado o interés gubernamental. Se afirmó que, al ser éste un uso caprichoso del poder punitivo, se configura el fenómeno; sin embargo la norma, por su naturaleza propia, tiene una tendencia natural a mantenerse en el tiempo. Aquí la proyección político criminal del DPE, que resulta en su inclusión en la estructura jurídica, termina en un efecto potencialmente perverso para el sistema. Se ha dicho, en honor al funcionalismo penal, que todo cuanto existe en el ordenamiento jurídico es un reflejo de la sociedad por corresponder a su identidad. Esta afirmación, que es el presupuesto funcionalismo, no toma en consideración la posibilidad de una norma que, habiéndose introducido por un error en el sistema, se auto estabilice por la coacción penal presente en todo el ordenamiento.

Esto se debe a que existirá, tras su promulgación, un periodo de profunda oposición en vista de que, al haber sido aprobada por una norma por un interés puramente gubernamental, esta no generaría identidad normativa con la sociedad. Sin embargo, las conductas que den lugar al empleo de esta norma serían igualmente sancionadas en vista de que debe ratificarse su vigencia mediante la reacción penal. Esto supone una paradoja en la propuesta funcionalista de Jakobs, ya que una norma que no genera identidad con la sociedad puede mantenerse vigente por su ratificación mediante la propia coerción penal y ser parte de un sistema autopoiético, en vista de que el único requerimiento es la formalidad sistémica. En ese sentido, el postulado entero cae en una paradoja verdaderamente compleja de auto estabilización normativa por la coerción de la ley penal y no por la identidad normativa.

Esta aporía, debe afirmarse, solo puede existir en el funcionalismo radical de Jakobs, mas no así en el funcionalismo moderado de Roxin. Esto porque Roxin establece la funcionalidad a partir de los principios de la sociedad; Jakobs permanece en la mera forma. La forma, ausente

de cualquier contenido, permanece por sí y se auto estabiliza siempre; en contraposición, no podría configurarse tal situación en el funcionalismo moderado dado que, al reflejar la norma los contenidos valorativos de la sociedad, cualquier norma cuyo contenido sea disidente resultaría imposible de estabilizar.

7. Referencias

- Antezana, L. H. (2009). Dos conceptos en la obra de René Zavaleta Mercado: formación abigarrada y democracia como autodeterminación. En E. Sader (Ed.), *Pluralismo Epistemológico* (pp. 117-142). La Paz, Bolivia: Muela del Diablo : CIDES-UMSA. Recuperado el 30 de Diciembre de 2016, de <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/coedicion/olive/olive.pdf>
- Arias Eibe, M. J. (2006). *Funcionalismo penal moderado o teleológico-valorativo versus funcionalismo normativo o radical*. *Doxa*, (29), 439-453. doi:10.14198/DOXA-2006.29.24
- Beck, U. (1998). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. (J. Navarro, D. Jiménez , & M. Borrás, Trads.) Barcelona, España: Paidós Ibérica.
- Cancio Meliá, M. (2003). ¿"Derecho penal" del enemigo? En G. Jakobs, & M. Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo* (Primera ed., pp. 57-102). Madrid, España: Civitas.
- Centro de Investigación y Apoyo Campesino (CIAC) (s.f.). *Ley Anticorrupción vulnera la CPE y convenios externos - IFRAMCO*. [online] Ciac-idr.com. Disponible en: <http://www.ciac-idr.com/index.php?p=3365>
- Galvéz Murcientes, Á., & Verástegui Palao, P. (2010). *Panorama de la reforma del sistema de justicia penal en Bolivia* (Primera edición). La Paz, Bolivia: Plural.
- Gilbert, J., & Correa, B. (2001). La Teoría de la autopoiesis y su aplicación en las ciencias sociales. El caso de la interaccion social. *Cinta moebio*, (12), 175-193. Recuperado el 25 de abril de 2017, de <http://www.revistas-uchile.cl/index.php/CDM/article/-viewFile/26292/27592>

- Herrera Añez, W. (2009). Aspectos históricos del Ministerio Público. *Revista boliviana de derecho*, (7), 106-132.
- Hobbes, T. (2007). *Leviatán* (Primera ed., Vol. I). (A. Escototado, Trad.) Buenos Aires Argentina: Losada.
- Jakobs, G. (1996). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional* (Primera ed.). (M. Cancio Meliá, & B. Feijóo Sanchez, Trads.) Madrid, España: Civitas.
- Jakobs, G. (2004). *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid, España: Civitas.
- Jakobs, G. (2004). *La pena: significado y finalidad*. (M. Cancio Meliá, & B. Feijoo Sánchez, Trads.) Navarra, España: Aranzadi S.A.
- Jakobs, G. (2008). *Fundamentos del derecho penal*. (M. Cancio Meliá, & E. Peñaranda Ramos, Trads.) La Paz, Bolivia: Academia boliviana de ciencias jurídico penales.
- Jakobs, G. (2011). Sobre el concepto de persona en Derecho. En G. Jakobs, & M. Polaino-Orts, *Persona y enemigo. Teoría y práctica del derecho penal del enemigo* (M. Polaino-Orts, Trad., Primera ed., pp. 17-29). Lima, Perú: ARA.
- Jakobs, G., & Cancio Meliá, M. (2003). *Derecho penal del enemigo* (Primera ed.). (M. Cancio Meliá, Trad.) Madrid, España: Civitas.
- Kant, I. (2007). *Hacia la paz perpetua. Un proyecto filosófico* (Primera ed.). (M. Marey, & J. Udi, Trads.) Buenos Aires, Argentina: Prometeo Libros.
- Kelsen, H. (1995). *Teoría pura del derecho* (Octava ed.). (R. Vernengo, Trad.) México D.F., México: Porrúa.

- Mesa Gisbert, C., De Mesa, J., & Gisbert, T. (2012). *Historia de Bolivia* (Octava actualizada y aumentada ed.). La Paz, Bolivia: Gisbert y Cia.
- Oblitas Poblete, E. (1956). *Lecciones de procedimiento penal*. La Paz, Bolivia: Juventud.
- Rousseau, J.J. (2005). *El contrato social*. Buenos Aires, Argentina: Centro Editor de Cultura.
- Roxin, C. (1993). Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad. En C. Roxin, & et al, *Determinación judicial de la pena* (pp. 15-49). Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.
- Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.
- Roxin, C. (2002). *Política criminal y sistema del derecho penal* (Segunda ed.). (F. Muñoz Conde, Trad.). Buenos Aires: Hammurabi SRL.
- Villamor Lucía, F. (1977). *La Codificación penal en Bolivia*. La Paz, Bolivia: Popular.
- Yañez Cortés, A. (8, 15 y 29 de marzo de 1999). Los sistemas procesales penales y la importancia del sistema acusatorio oral. *Correos del Sur*. Recuperado el 24 de abril de 2017, de Arturo Yañez Cortés: <http://www.arturoyanezcortes.com/pdf/artper011.pdf>
- Yañez Cortés, A. (4 de junio de 2004). La liquidación de las causas penales del antiguo sistema y la fecha de vigencia de la Ley N°1970. *La Gaceta Jurídica*. Recuperado el 27 de abril de 2017, de <http://www.arturoyanezcortes.com/pdf/artper010.pdf>
- Zarate Hinojosa, A. M. (2014). *derecho penal del enemigo en la legislación boliviana*. La Paz, Bolivia: El Original - San José.

Analysis of the Procedure for the Recognition and Execution of Foreign Arbitral Awards in MERCOSUR

Análisis del procedimiento para el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral extranjero en el MERCOSUR

NATALIA A. DALENZ LORIETO*

Recibido: 18 de agosto de 2018

Aceptado: 5 de febrero de 2020

Abstract

This research considers the current situation for the settlement of investment disputes in MERCOSUR member states. To achieve greater results, the current international legislation has established principles and a broad range of procedures that must be implemented on the trade bloc member states regarding the recognition and execution of foreign arbitral awards. This study applies a descriptive qualitative method. The findings of this study show that there are still some obstacles for the development of investment arbitration, despite its recognition in the current legislations. In this sense this work recommends harmonizing the legal procedures for the institution of arbitration and implementing a Supranational Arbitration Court inside MERCOSUR to increase and make effective the institution of international commerce in the region.

* Licenciada en Derecho de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo” - La Paz (Bolivia). Máster en Derecho Empresarial Internacional en la Università degli Studi di Padova – Padova (Italia). Investigadora independiente. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7957-1460>

Contacto: natalia.dalenz@gmail.com

Revista de Derecho de la UCB – *UCB Law Review*, Vol. 4 N° 6, abril 2020, pp. 55-86 ISSN 2523-1510 (en línea), ISSN 2521-8808 (impresa).

Keywords: settlement of investment disputes / MERCOSUR / recognition and execution / foreign arbitral awards / legal procedures / Supranational Arbitration Court.

Resumen

Esta investigación contempla la situación actual del arbitraje de inversiones en los estados miembros del MERCOSUR. Con el propósito de alcanzar mejores resultados, la legislación internacional actual ha establecido principios y un amplio abanico de procedimientos que deben ser implementados en el bloque comercial de los estados miembros en materia de reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros. Este estudio aplica el método cualitativo descriptivo. Los hallazgos de este trabajo evidencian que aún subsisten obstáculos para el desarrollo del arbitraje, a pesar de su reconocimiento en la legislación actual. En este sentido, el presente trabajo recomienda armonizar el procedimiento legal de la institución del arbitraje y propone implementar una Corte de Arbitraje Supranacional dentro del MERCOSUR, para incrementar y hacer efectiva la institución del comercio internacional en la región.

Palabras clave: arbitraje de inversiones / MERCOSUR / reconocimiento y ejecución / laudos arbitrales extranjeros / procedimiento legal / Corte de Arbitraje Supranacional.

1. Introduction

Within the Latin American context, the international arbitration scene lately has been subject to various changes. In principle, the Latin American countries protected themselves from receiving foreign investments and did not regulate or even include normative provisions on arbitration and this has led to a negative impact on the practice of international arbitration. This is the case with the inclusion of the Calvo

doctrine, regarding investments, as a clause within the Latin American civil law codes.

The Calvo doctrine, according to García Mora (1950, p. 206), established that foreign investors had to settle their disputes following the national rules of the state where the investment took place and based on its dispute resolution mechanisms. Through the insertion of this clause, the Latin American countries tried to avoid the excesses caused by diplomatic protection from developed countries.

With the globalization of the markets and the massive injection of foreign capital during the last half of the twentieth century, Latin America saw itself forced to introduce the practice of international arbitration as an alternative mechanism for resolving disputes. Therefore, the recognition of arbitral awards in the region was initially obtained with the regulation of this institution within its constitutional norms, the adhesion to various international instruments and the creation of specific norms on the subject. Despite the legislative recognition achieved in the field of international commercial arbitration, barriers still exist for the development of this institution in Latin America.

In the case of the South American trade bloc, Mercado Común del Sur (MERCOSUR), it is necessary to refer the applicability of its rules of arbitration. One of the peculiarities that directly affect the procedure for the recognition and execution of foreign arbitral awards is the absence of a supranational character on MERCOSUR legislation.

While Bolivia, Brazil, Paraguay and Uruguay give priority to their national legislation, Argentina grants precedence to the international treaties. These divergences are evidence of the weakness of MERCOSUR to realize its objectives. Despite the lack of homogeneity on the internal rules of arbitration of the member states, the need to produce a uniform regulation within MERCOSUR is acknowledged, with the aim that its rules get vested with obligations and do not remain as mere theory. The main objective of this study is to provide a detailed ruling description of

the procedure for the recognition and execution of foreign arbitral awards in the MERCOSUR member states.

This thesis will be divided into three main chapters, as well as an introduction and a conclusion. The first chapter will deal with the process for the recognition and execution of the foreign arbitral awards in MERCOSUR, with a review on the internal regulations of each member state. The second chapter will refer to the conditions and limits for the recognition and execution of the foreign arbitral awards in MERCOSUR. Finally, the last chapter will provide an overview of the obstacles and challenges regarding the recognition and execution of the foreign arbitral awards in the trade bloc.

We must take into consideration that the conventions and national legislations on arbitration adopted by MERCOSUR member states include some ambiguous and incomplete provisions, for which it is necessary to analyze the merits of the dispute to suggest the best way to follow for the recognition and execution of foreign arbitral awards, creating in some cases new jurisprudence in case of lack of legislation.

2. The procedure for the recognition and the execution of the foreign arbitral awards in MERCOSUR

2.1. International legislation on the subject

The process for the recognition and execution of the foreign arbitral awards in MERCOSUR member states presents a complex system composed of both national and international laws. Braghetta states that “treaties and model laws envisage that the international community shall treat the arbitration award in a similar way” (2010, p.1).

MERCOSUR member states are bonded with the following international instruments regarding the recognition and execution of foreign arbitral awards: the New York Convention of 1958, the Inter-American Convention on International Commercial Arbitration of 1975 (also

known as the Panama Convention -CIDIP I-), the Washington Convention on the settlement of investment disputes of 1965 (ICSID) and the UNCITRAL Model Law of 1985.

It is important to point out that the Inter-American Convention on the General Principles of Private International Law (CIDIP II), applies in a complementary way to supplement what CIDIP I establish. Thus, CIDIP II and the MERCOSUR Agreement on the recognition and execution of foreign awards will not be analyzed in this work, since both refer to the requirements for the recognition and execution of foreign arbitral awards established by CIDIP I. The international arbitration legislation on the Member States of MERCOSUR can be summarized in the following table:

| Member State | Adoption of the UNCITRAL Model Law | Accession to the Panama Convention (CIDIP I) | Accession to the New York Convention | Accession to ICSID Convention |
|---|---|---|---|--------------------------------------|
| Argentina | Adopted 2018 | Mar.1983 | Mar.1989 | Oct. 1994 |
| Brazil | No, but new law in 1996 | Aug.1995 | July 2002 | ---- |
| Paraguay | Adopted 2002 | Dec.1976 | Oct 1997 | Feb.1983 |
| Uruguay | Adopted 2018 | Mar.1977 | Mar.1983 | Sept.2000 |
| Bolivia (Country in process of being incorporated) | Adopted 1997 | Jan. 1989 | Apr.1995 | -Adoption 1995 -Withdrew 2007. |

Source: Own elaboration.

a) The New York Convention of 1958

The New York Convention of 1958 had a slow process of adoption by the Latin American countries. Moreover, only one of the member states of MERCOSUR (Argentina) adopted it during the first year it was concluded. The rest of the members adopted it several years later.

The procedure for obtaining the recognition of the awards is indicated in Art. III of such convention, which states that each contracting state will recognize the authority of a judgement and will grant it in accordance with the procedural rules observed in the territory where the decision is invoked.

With regard to the proof for obtaining the recognition and due enforcement of the award, Art. IV of the New York Convention of 1958 provides that the requesting party must provide at the time of the request: a) the original sentence, duly authenticated, or a copy of the original that meets the conditions required for authenticity; b) the original of the agreement referred to in Art. II, or a copy that satisfies the conditions required for authenticity.

Article IV of the Convention continues by stating that:

where the award or agreement is not made in an official language of the country where the sentence is invoked, the party requesting the recognition and enforcement of the sentence must submit a translation of these documents into that language. The translation must be certified by an official or sworn translator, or by a diplomatic or consular agent.

The previous three requirements seek to simplify the process of proving the existence of an award. In this context, it can be inferred that there is a presumptive obligation to recognize the foreign arbitral awards, based on the *pre-enforcement* approach of this instrument.

Even though during the last period the *culture of arbitration* has been promoted thanks to increasing investments that have been carried out inside MERCOSUR, still the member states avoid neglecting the state's fundamental interests to achieve effective implementation of the awards. However, to arrive into an effective pre-enforcement approach, the jurisdictional control must have a minimum intervention. Generally, inside developing countries where the administration of justice is weak, the courts oppose arbitration due to a lack of effectiveness and intern corruption inside Latin-American Courts of Justice.

b) Washington Convention of 1965

The convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states (ICSID) has been adopted by MERCOSUR members, apart from Brazil and Bolivia (the latter renounced the convention on May 2007). The resistance that some states presented to adopting ICSID may be due to the following reasons.

In the specific case of Brazil, the resistance to adopting international arbitration on investments stands on the fact that

it is the state itself or some of its entities that are involved. On the other hand, it is argued that if the direct recourse to an international instance is given to a foreign investor, this would be granted as privileged treatment with respect to nationals, who must resort in any case to the national courts in case of conflict (Brill & Nijhoff, 2016, p.114).

Additionally, in the matter of investments, the countries of MERCOSUR have often raised the issue of the conflict with human rights. The author Polanco (2016, p.1) discusses that the relationship between international investments and human rights represents a problematic issue for all of the Latin American states, which must balance the fulfillment of their international obligations under human rights instruments, with the protection of investors' interests guaranteed by international investment instruments.

For example, in the 2016 Philip Morris v. Uruguay case, it occurred that the new Uruguayan legislation, called Single Presentation Regulation (SPR), required textual and graphical anti-smoking warnings to be printed on the lower half of cigarette packs and prohibited the use of variants of any brand. In this situation, Philip Morris company had to remove from their packages *Light*, *Blue* and *Fresh Mint*, keeping *Marlboro Red* only. This case

brought to centre-stage the right to health in investment arbitration in the context of the examination as to whether tobacco-control measures introduced by Uruguay in compliance with international agreements amounted to expropriation under a Bilateral Investment Treaty ('BIT') (Feria-Tinta, 2017, p. 614).

After all, with its new packaging legislation, Uruguay was not only complying with its national law and its international legal obligations in the matter of public health but also was acting in good faith. Therefore there could not be indirect expropriation for the investment of trademarks in this case.

Another notorious case in the international arena regarding human rights, took place in the future MERCOSUR member state, Bolivia. Its city of Cochabamba has long lacked an adequate water system; almost half of its population still did not have running water by the year 2000. This is how Bolivia entered negotiations with the Bechtel Corporation, after forming a consortium, resulting in a forty-year agreement for the exclusive provision of water services to the city of Cochabamba.

Immediately upon the signing of the concession agreement, water tariffs increased by more than 100% and the Bolivian government wanted to expropriate the drinking water and sanitation facilities constructed by the Bechtel Corporation. The author De Gramont (2006, p.3) states that the case was presented before the ICSID by the Bechtel Corporation; Bechtel and its co-investor, Abengoa, finally agreed to abandon

the case for a token payment equal to thirty cents due to the social pressure that the Bolivian people presented with the so-called *Water War*.

In this case, water rates increased dramatically in between, but there was also a desire for profit that created the conditions for a large-scale social conflict that affected not only the users of water, but also the whole Bolivian population when a military intervention occurred. The fact of speculating on the right to water carries out a violation of other human rights at the same time, which is inadmissible.

Almost all the MERCOSUR member states (except Uruguay, which is well-known for offering quality services) are rich with natural resources, but for different political, social and economic reasons, these are distributed unequally. The magnitude of income generated by the exploitation of Latin American natural resources often leads to corruption cases by foreign investors, provoking the violation of human rights. Therefore, arbitration is the best way to resolve conflicts between parties if human rights are involved.

By the way, in the matter of human rights, the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs) from 2011 can be used as a guideline in the field of business and human rights as business enterprises are under increased pressure to ensure that human rights are respected throughout their operations. It is also possible to find legislation on the matter in MERCOSUR member state's constitutional texts, as they protect the State's interests and all its international conventions.

Additionally, in relation to the recognition and execution of foreign arbitral awards, the Washington Convention Art. 53 states:

The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this convention. Each party shall abide by and comply with the terms of the award except to the extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provisions of this convention. (Article 53, Washington Convention, 1965).

Sommer (2011, p. 6) has pointed out that an arbitration award issued by the ICSID provides a title comparable to a local final judgment. Therefore, it does not become reviewable or appealable by national laws, even if it is subject to restrictions that may exist in the matter of forced execution of judicial sentences against the state (Art. 55, ICSID).

It is important to note that the binding nature established by Art. 53 of the Washington Convention only refers to pecuniary obligations and not to any other kind of obligation. This differentiation is based on the idea that other types of obligations may not exist in every country but, pecuniary obligations are present in every state.

c) The Panama Convention of 1975

The Panama Convention has unified the main provisions from the American continent regarding international commercial arbitration, such as the Montevideo treaties and the Bustamante Code. Its ratification is open to all members of the Organization of American States and has been ratified by more than half of the American countries, including the MERCOSUR member states.

This Panama convention matches with the New York Convention by pursuing the recognition and execution of arbitral awards, as emphasized in its Art. IV:

Its execution or recognition may be ordered in the same manner as that of decisions handed down by national or foreign ordinary courts, in accordance with the procedural laws of the country where it is to be executed and the provisions of international treaties.

Unlike the New York Convention of 1958, which in article IV indicates the requirements that must be fulfilled by the party that requests the recognition and execution of the arbitral award, the Panama Convention of 1975 does not state any specific requirement for this procedure. In fact, such regulation remains subject to the national laws where the recognition of the award is required. Although

the Panama Convention has lagged behind in its implementation, given the constant and growing universalization that the New York Convention has had, by counting the latter with a vast doctrinal development and a significant collection of judicial failures that will serve the judges of the region of valuable antecedents for when they have to apply it (Cantuarias, p. 25, 2007),

the Panama Convention has certain characteristics that distinguish it from the New York Convention that will be reviewed below.

The fact that the Panama Convention is specific in commercial matters and meets the necessary parameters to harmonize the procedure for the recognition and execution of foreign arbitral awards in the Americas according to this region's requirements, makes it useful inside the MERCOSUR region.

d) MERCOSUR International Commercial Arbitration Agreement of 1998

By means of a legislative decree in the year 2000, the Argentinean National Congress approved the text of the Agreement on International Commercial Arbitration of Mercosur, concluded in Buenos Aires, on July 23rd of the year 1998 (Mercosur Arbitration Agreement or AAM).

The mentioned agreement has been signed by the four-member states that were part of MERCOSUR by the year 1998 (Argentina, Brazil, Paraguay and Uruguay). This instrument does not establish a supranational institution to govern the arbitration. Furthermore, it refers to the Panama Convention of 1975 to cover all the legal gaps in matters of procedure, appointment, challenge, replacement of arbitrators, as well as execution and recognition of the foreign arbitral awards.

e) UNCITRAL Model Laws

UNCITRAL Model laws are meant to offer an ideal pattern or standards that represents an important model in contemporary arbitration practice. The objective of these rules, as stated by Born (2012, p.29),

was to create a predictable procedural framework for international arbitration that was acceptable to common law, civil law and other legal systems, as well as to capital-importing and exporting interests.

Thus, in 1985, the wave of new arbitration laws in Latin America was based on the publication of the UNCITRAL Model Law on international arbitration. In the specific cases of Bolivia, Brazil and Paraguay, these countries have mixed some of the provision of the Model Law with concepts and existing practices in their respective systems. Recently, Argentina and Uruguay have published new legislation on arbitration.

However, there are still some obstacles for two member states of the MERCOSUR regarding the implementation of the Model Law. The so-called *Acción de Amparo Constitucional* (writ of security) in Bolivia, by which parties can effectively bring a constitutional mechanism as a means of immediate interlocutory appeal in arbitration matters and interfere with the execution of the foreign arbitral award. Meanwhile, as stated by Arentsen (2014), in Brazil, the related action of the so-called “*Mandado de Segurança*” (writ of security) has also been effectively used against arbitral awards.

In any case, there continue to be significant issues about the future impact of Latin American constitutional law on international commercial arbitration, specifically on the issues of scope of arbitrability, the enforceability of choice-of-law clauses, and limitations of appeals.

2.2. Legislative regulations of the subject in National Laws

MERCOSUR is composed of four sovereign member states: Argentina, Brazil, Paraguay and Uruguay. The Protocol of Accession of Bolivia to MERCOSUR was signed by all of the States Parties in 2015 and is currently in the process of being incorporated by the congresses of the States Parties. Venezuela was a member until it was suspended in December 2016 due to the political crisis that faces the country.

Therefore, the following legislations will be reviewed: Argentina, Bolivia, Brazil, Paraguay, and Uruguay.

a) Argentina

Argentina is one of the Latin American States in which most international arbitration procedures have been filed. This country has recently regulated the institute with the International Arbitration Law 27.449 from July 4th 2018. In the past, numerous drafts have been presented to its Congress (*Congreso de la Nación*) and arbitration has been regulated within Provincial Civil Codes of Procedure, jurisprudence and by adopting international arbitration treaties.

The procedure for the recognition of arbitral awards in Argentina begins with the exequatur that is regulated by the rules of the applicable Provincial Civil Code of Procedure. Instead, if the recognition and execution are requested by the federal courts of the country or in the city of Buenos Aires, the rules of the Civil-Commercial Procedural Code of the Nation (CPCCN) will be applicable.

Once the judicial sentence granted by the exequatur has been obtained, the requesting party must initiate the procedure of execution of the said judgment before the Argentinean Court (*Corte Suprema de Justicia de la Nación*), otherwise, they cannot have legal effect or acknowledgment in Argentina.

To obtain the execution of the sentence is necessary to comply with a series of requirements established in Articles 102 and 103 of the Arbitration Law 27.449 (the original sentence or its copy duly authenticated and translated if it is not in Spanish). By means of the aforementioned article, the award should: have the status of *res judicata*, emanate from a competent arbitral tribunal, follow the due process principle, and fulfill the principles of public order of Argentinean law. All these requirements will be analyzed in detail in the next chapter.

b) Bolivia

Bolivia adopted Law 1770 on Arbitration and Conciliation for the first time in 1997, following the guidelines of the UNCITRAL Model Law. Thus, the Supreme Court of Justice of the Nation will receive the request to recognize and enforce foreign arbitral awards presented by the interested parties.

In 2015, Bolivia introduced the new Law 708 on Conciliation and Arbitration, which guarantees foreign, national or mixed investments made in Bolivia. If there are any disputes or controversies arising from any investment, Bolivian national laws will be applied. Conciliation and arbitration will be based in the Bolivian territory; however, hearings and other proceedings may be held abroad.

Meanwhile, Aguirre (2010, p. 99) refers that the Political Constitution of the State (2009) regulates implicitly and expressly in favor and against arbitration in Bolivia. Article 366 of the Bolivian Constitution establishes the prohibition of applying for international arbitration in the matter of hydrocarbons, even if it does not prohibit the arbitration institution. This legal provision has a political background linked with the privatization of public companies that came into force under the government of Evo Morales.

Together with the privatization of the companies in Bolivia, an investment law came into force. The new regulation declared that Bolivian investments would have priority over foreign investments. This provision leads to the revision of bilateral investment treaties that grant foreign investments the so-called *national treatment*. Even if Bolivia has signed twenty-four bilateral investment treaties and the Constitutional text recognizes a new economic policy, Article 320 II of its text represents an economic regression by implementing the Calvo Doctrine for the institution of arbitration.

As a result, transnational companies dedicated to hydrocarbons activity in Bolivia are forced to submit their conflicts to the Bolivian arbitration

system without the chance to act before foreign arbitral tribunals, according to this constitutional provision, the Law 516 for Investments Promotion and the Law 708 on Conciliation and Arbitration.

To sum up, the exacerbated nationalist approach of the Bolivian Constitution will place the country in a difficult situation in the international arena, mainly because a state cannot invoke a rule of its domestic law or its constitutional text to justify the non-compliance of its own international instruments on arbitration.

c) Brazil

During the twentieth century, Brazil was known as the *black sheep* of Latin America as it lagged the rest of the region concerning international arbitration regulations. The author Braghetta (2010) refers that many Latin-American countries instead of adhering to global treaties on the several themes of International Law, some years ago preferred to treat them regionally. The reason for such a position was the understanding that the cultural, political, social and economic differences justify a segregated analysis (Braghetta, 2010, p. 4). Indeed, Brazil's institutional hostility towards international arbitration was not completely overcome until 2002, when it finally adopted the New York Convention.

In Brazil, the regulation on arbitration is included in its Law 9307 concerning national and international arbitrations. On this matter, Article 35 of this law indicates that:

In order to be recognized and enforced in Brazil, the foreign arbitral award must be validated by the Superior Court of Justice (Superior Tribunal de Justiça), which is the higher court of justice dealing with matters of federal law. (Camargo, 2010, p. 172).

Such an effect is accomplished with the *exequatur* procedure. This procedure has been maintained in the new Civil Procedure Code Law 13.105 of 2015, specifically in its articles 960 to 963.

After the arbitral award is recognized by the Superior Court of Justice, the foreign arbitral award must be executed under Law 9307, which

expressly provides that the procedure for validation of international arbitration awards must follow the rules of the Code of Civil Procedure. The code of Civil Procedure submits the validation of arbitral awards to the same procedure as that for the validation of foreign judgements. (Camargo, 2010, p.173).

However, in matters of investments, conforming to Fontoura (2015, p. 877), Brazil continues to be a non-signatory country of the ICSID. Private investors put money in only to obtain profit and not for any other purpose. They are prepared to take greater risks for business, which is interesting for the establishment of new companies. However, with the magnitude of investments, it is also expected that, after paying the fees, investors will be able to maintain them. If they acquire the property of the goods they have bought, they expect to be entitled to them. It is the feeling of insecurity about these aspects that was the cause of bitter experiences in the past.

d) Paraguay

Paraguay adopted the UNCITRAL Model Law within its Law 1879 (2002), in order to make its rules understandable and acceptable to people from different cultures and legal traditions but also to serve both national and international arbitration. This law makes a differentiation between national and international arbitration, not only setting the Republic of Paraguay as an attractive seat to carry out international dispute settlements, but also to draw interests of foreign investors.

The execution of foreign arbitral awards in Paraguay are subject to Article 45 of its arbitration law. An arbitral award, according to this article, regardless of the state in which it has been issued, will be recognized as binding and will be executed upon the presentation of a written request to the competent judicial authority.

International commercial arbitration in Paraguay is also mentioned in Law 117 of 1991 regarding investments, recognizing in its Article 9 that national and international arbitrations will be developed “in accordance with relevant national and international legal standards.” Moreover, Law 194 of 1993, concerning international agency contracts, representation and international distribution, also allows for arbitration in Articles 7 and 10.

e) Uruguay

International arbitration was first recognized in Uruguay 120 years ago, when in 1889 the Treaty of International Procedural Law (CIDIP I) was approved in the city of Montevideo during the first South American Congress on International Private Law.

In 1988, the General Code of the Process was approved in Uruguay by Law 15.982, making specific reference to the execution of foreign arbitral awards in its article 502. This provision indicates that the awards issued by foreign arbitral tribunals may be executed in Uruguay in accordance with the provisions of the treaties or laws regarding enforcement of foreign judgments, as applicable.

Although Uruguay is very advanced in recognition of international conventions and highly respects the arbitration institute, it did not have a regulation on arbitration until 2018, a key year for the development of Arbitration in Uruguay. The new Law 19.636 on arbitration is a modified version of the UNCITRAL Model Law. The new regulation distinguishes between commercial and investment arbitration. According to Articles 40 and 41 of Law 19.636 an arbitral award will be recognized as binding and will be executed upon the presentation of a written request to the competent judicial authority after the presentation of the original sentence or copy duly authenticated and a translation in case they are not written in Spanish.

3. Conditions and limits for the recognition and execution of foreign arbitral awards in MERCOSUR

In order to recognize the arbitral award, is necessary to comply with the following requirements, based on the international instruments recognized by the MERCOSUR state members: (a) a valid arbitration agreement, (b) the fulfillment of due process, (c) the arbitrability of the issue, and (d) the validity of the arbitral award.

3.1. The single conditions for the recognition and execution of the foreign arbitral awards in MERCOSUR

a) The validity of the arbitral agreement

The New York Convention of 1958 establishes in its Article II that:

Each Contracting State shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration.

Therefore, the written agreement of arbitration for the MERCOSUR member states (and all the states that have signed the New York Convention), based on the expert on International Arbitration, Gary G. Born, should complete a series of requirements to be valid, these are:

- Agreement to binding arbitration as a subjective element

International commercial arbitration is consensual: unless the parties have validly agreed to arbitrate a dispute, the tribunal has no authority to resolve that dispute. This principle is embodied in the convention and the laws of all developed states. A corollary of the consensual nature of arbitration is the un-

enforceability of awards that are unsupported by a valid arbitration agreement. (Born, 2012, p. 384).

Thus, it is necessary to have a voluntary agreement of the parties in which they bind themselves in advance to observe the terms of the award. Moreover, no matter the results of the arbitral decision, its effect is a calculated risk which the parties have seen fit to assume.

- Scope of the arbitration agreement

Special attention should be given to the terms describing the scope of the disputes to be arbitrated. If the parties intend to arbitrate all disputes, including legal relationships deriving from the main contract, the arbitration clause should specify this in its text. The scope of the arbitration agreement can be drafted into an extensive or restricted form.

On this point, it is wise to draft international arbitration clauses as broadly as possible to catch all disputes having any connection with the parties' dealings. It is usually better to avoid –except in fairly compelling circumstances– efforts to exclude particular types of disputes from arbitration. (Born, 2013, p.40).

- Selection of an arbitral seat

Traditionally, the seat of arbitration is regarded as crucial in international arbitration. Selection of one seat over another might have significant consequences for the parties in the arbitration process, such as an impact on the applicable arbitral procedure and the outcome of the process due to different laws applied in the relevant proceedings (Lindsey, 2016, p. 99).

The arbitral decision shall be rendered according to the procedural laws that govern in the seat of arbitration. Often, the seat is in the city where the hearings take place, or it could also be the same legal jurisdiction from the governing law of the contract.

- Use of an arbitral institution and its rules

“If institutional arbitration is desired, the parties must choose an arbitral institution and refer to it in their arbitration clause” (Aguirre, 2010, p. 99). Institutional arbitration is characterized by entrusting the arbitration administration to a specialized institution by agreement of the parties. Numerous consequences derive from the selection of the arbitral seat, which could include the selection of the procedural law and the selection of national courts. For arbitration, the most requested institution is the International Chamber of Commerce.

For its part, in an ad hoc arbitration, the arbitrators are appointed by the parties, that will establish the rules so that the arbitration can be carried out properly. MERCOSUR member states need to constitute an arbitral institution that is internationally renowned, to attract foreign investors and increase business.

- Appointment, number, and qualifications of the arbitrators

Article 11 of the UNCITRAL Model Law refers to the appointment of arbitrators by saying that:

The parties are free to agree on a procedure of appointing the arbitrator or arbitrators (...) Failing such agreement, (a) in an arbitration with three arbitrators, each party shall appoint one arbitrator, and the two arbitrators thus appointed shall appoint the third arbitrator.

The selection of the arbitrators is known to be one of the most critical issues in any arbitration. As can be inferred, the parties are free to agree to the appointment of arbitrators, and the arbitration shall consist of three arbitrators. What is more, an appointing authority may keep a register of arbitrators and mediators, which may be accessed by the public.

The same article continues “(b) in an arbitration with a sole arbitrator, if the parties are unable to agree on the arbitrator, he shall be appointed, upon the request of a party, by the court or other authority specified in

article 6.” Furthermore, the possibility of choosing an arbitrator is a key element of party autonomy in arbitration. It differentiates arbitration from litigation, where the parties cannot choose the judge.

Language of the arbitration

Article IV (2) of the New York Convention says that:

If the said award or agreement is not made in an official language of the country in which the award is relied upon, the party applying for recognition and enforcement of the award shall produce a translation of these documents into such a language. The translation shall be certified by an official or sworn translator or by a diplomatic or consular agent.

In this matter, it is important to clarify that the arbitration agreement generally specifies the language with which the arbitration procedure shall be carried out. In the absence of this, the institutional rules authorize the arbitral tribunal to choose the language in which the process will take place.

- Formalities, capacity and validity

The New York Convention establishes a presumptive obligation to recognize international arbitration awards. Consequently, the convention intends to facilitate the recognition of the arbitral awards and does not demand extensive requirements. The New York Convention makes express reference to the legislation of the single countries.

As previously discussed, the requirements for the recognition of the arbitration awards are practically the same in the different member states (the original sentence duly authenticated, or its copy, the original of the agreement referred, or a copy that satisfies the conditions required for authenticity, and the translation of the arbitral award if it is not in the official language of the country where the recognition is requested).

The capacity of the parties, according to McLaughlin (1986, p. 250), is to conclude a valid international arbitration agreement by which they

will be governed. Therefore, the requirements seek to simplify the process of proving the existence of arbitral awards, always based on the *pre-enforcement* approach of the convention.

- Choice of law clause

The law chosen by the parties may govern the arbitration agreement. The international business contracts do not necessarily contain a specific choice of law clauses for the arbitration agreements because this agreement is a separate contract that generally establishes its own law.

The author Gary Born (2001, p. 2) expresses it this way:

The freedom of parties to choose the law governing their relations is reflected in a wide range of international conventions. In some cases, one or more of these international agreements will be directly applicable and will supply the rule of decision for the arbitral tribunal.

b) The fulfillment of the due process

The due process, also considered as the mandatory rules of the judicial process, serves to determine the recognition and enforcement of the foreign arbitral awards. Sometimes, the violation of law also infringes on the international public policy and not just the laws of the place or country where the violation occurred.

Therefore, the due process implies the stipulation of procedures, which will have as a final aim, the development of a set of guarantees that seek to protect the citizen and ensure a correct and fair administration of justice. Due process in MERCOSUR strives to ensure that the member states have proper conditions within the process and the rights of both parties are equally respected where it is necessary to arrive at a solution.

The Court of Justice of the state, where the arbitral award should be recognized, must administrate justice in a reasonable time according to the type of process and the legislation of the country.

c) The arbitrability of the issue

The notion of arbitrability, according to Pike and Lustig (2016), refers

to whether an issue must be litigated in court or can be arbitrated instead. This issue comes up when an arbitration agreement requires that two parties arbitrate an issue and one of the parties does not want to be forced to arbitrate. This is often very important for commercial issues and corporate litigation issues.

Thus, when signing a contract with an arbitration agreement, the parties shall consent to arbitrate instead of going to litigate in court. The national laws set (with different formulations) the limits of the subject matter to arbitration, excluding those matters that are not subject to the availability of the parties. This means that arbitration matters do not have unavailable rights as its object. Consequently, the wider the contractual autonomy recognized by the legislator, the wider the arbitrability of the issue in dispute.

d) The validity of the arbitral award

There is an alleged validity of the arbitral award established in Article 34 (2) of the UNCITRAL Model Law, whilst Articles 35 and 36 of the Model Law state that the awards should be recognized, except for where specified exceptions apply. This validity is presumed for the recognition and confirmation of the international arbitral awards.

Furthermore, the recognition and execution of foreign arbitral awards may be refused if the requirements of the arbitration agreement are lacking. Some of the conditions for the validity of the arbitral awards refer to the arbitrability of disputes, the capacity of the parties, and the definition of the object of arbitration.

3.2. Limits for the recognition and execution of foreign arbitral awards in MERCOSUR. The notion of public order.

The notion of public order is clearly expressed in each legal system reflecting the essential values of a society in a specific time. Therefore, it can be interpreted as a mechanism by which the state represses individual interests that may attempt to go against the general essential interests. It is necessary to differentiate between internal public order and international public order, in fact, socioeconomic or cultural elements can interfere in the internal public order that is different in the international public order.

There are still divergences with the doctrine of the public order in the international context besides the terminological problem and the various expressions of it. This situation constitutes a threat to international relations in the field of conflict of laws. Thus, while in democratic countries public opinion will prevail, in dictatorial regimes the will of the dictator will succeed.

On certain occasions, public order was considered as limiting the will of the parties. However, this principle is one of the most important in private international law. In most cases, the internal public order of the Latin American countries transgresses international public order. This situation arises in cases such as *Rusoro Mining Ltd vs. the Bolivarian Republic of Venezuela* (Case No. ARB(AF)/12/5), when Venezuela approved a decree providing for the state control of the property and the mining rights of all gold producing companies, affecting the company's investments in the state.

Another example of the transgressions of international public order in MERCOSUR member states occurred in Argentina with the case of *El Paso Energy International Company vs. República Argentina* (Case No. ARB(AF)//03/15). In this case, the Argentine government went through a crisis with the devaluation of the currency that affected the

contracts with the American company, changing the terms of the contract and causing the loss of large amounts of money.

These examples show in general terms the situation of MERCOSUR member states in relation to the effective recognition and enforcement of arbitral awards in the Southern Cone. Statistics demonstrate the active role that the institution of international arbitration has achieved in the Latin American continent, however, they also reveal the large number of pending cases in the region. To achieve a real change in the matter of regional trade, it is important to homogenize MERCOSUR legislation, argument that will be analyzed in the following paragraph.

4. Current obstacles and challenges for the future

a) The necessity of legislative harmonization in the matter of arbitration on the trade bloc

The circumstances of international arbitration in the MERCOSUR trade bloc have changed dramatically during the last quarter of the century. However, even if the countries are commercially joined together, a legislative harmonization is still necessary to achieve the normal functioning and development of the member states policies, aimed at strengthening international relation agreements between the member states with the purpose of expanding integration policies.

Many commentators, therefore, have seen the necessity for creating a series of instruments to facilitate the formulation and adoption of measures for member states to achieve the purpose harmonization in accordance with Article 1 of the Treaty of Asunción.

The compromise assumed, in terms of legislative harmonization in Article 1 of the Treaty of Asunción, must be led by the cultural identity and the people that make up the integrated MERCOSUR space to achieve a balance between the need to solve the legislative disparities

in matters of arbitration without altering the essence of the social features that constitute MERCOSUR member states.

On the other hand, within the concept of legislative harmonization, it is possible to distinguish between different processes for the unification of the rules. The first process comes with the sanction of various conventions, treaties and specific agreements that regulate the matter on a substantial form and that make part of International Private Law. With the other process, it is possible to find the issues regarding International Private Law, regulated and resolved by the internal law of each member state party, as indicated by the respective conflict of law rules.

Homogeneous legislation on arbitration in the MERCOSUR bloc is not an impossible mission and is a useful tool for strengthening the integration on the bloc.

b) Constitution of a Supranational Arbitration Court in MERCOSUR

The MERCOSUR trade bloc has not implemented an international or supranational court like the European Court of Justice. MERCOSUR urgently needs a reform of its institutions to handle disputes and the insertion of a Supranational Arbitration Court inside the trade bloc to increase and make effective the institution of international commerce in the region. The characteristic of a supranational jurisdictional body is that of being independent in the exercise of its competences concerning the member states of the MERCOSUR bloc, creating them through the framework treaty or a constitutive treaty.

This independence, states the author Ruiz (1999, pp. 31-32), is fundamental in any jurisdictional body, national or supranational, which refers to the individuals who represent the organ, its members or magistrates, needing to be away from any power or strange force that tries to influence this organ's decision.

5. Conclusions

Considering what has been stated above, one of the main reasons for the backwardness of the Latin American countries on arbitration is the slow development of the economy in this continent in comparison with developed countries. Therefore, exporters and investors from North America or Europe are in a better position to impose the terms of contracts than the corporations of Latin America.

Moreover, Europe and North America have well-organized institutions to administer arbitration and none like these exist in Latin America. As a result, all disputes regarding MERCOSUR member countries are resolved abroad since the region still did not implement a supranational arbitration court, because there is still not a real political and economic union. The implementation of this institution on arbitration would increase the experience and the number of conflict resolutions in international trade within the region.

Currently, MERCOSUR is going through a difficult socio-economic crisis that slows down the main objectives of the trade bloc. The suspension of Venezuela from the bloc is evidence of the permanent instability that MERCOSUR faces since its birth, due to the political changes in the Southern Cone. Born as an economic integration project between Brazil and Argentina, MERCOSUR has become a union for development under the terms of the Treaty of Asunción since 1991.

To improve international commercial relations and achieve MERCOSUR as a joint project, each country member should first solve its own domestic problems. There is currently a confusion caused by the numerous arbitral conventions in the same subject matter (the New York Convention, the Montevideo Convention, the Panama Convention and the Las Leñas Protocol). Not only this, but also the lack of provisions that differentiate the preference in the applicability of these arbitral conventions regarding the recognition and execution of arbitral awards, are a problem for the bloc. The Las Leñas Protocol (which

seeks to establish its own supremacy) and the Montevideo Convention do not cover international commercial arbitration.

In the case of MERCOSUR, the bloc is at a stage of having its identity, in which it must decide what type of regional organization expects to be. On the one hand, it must decide if its purpose is to achieve an integration of states that have not fully harmonized their legislations (in this specific case the mechanisms for the settlement of dispute resolution), on the other hand, if it should rather aim to an organization that, at least as far as the interpretation of law is concerned, is capable of doing so in a common and imperative way for all the member states.

The integration process can only have a real consistency, above all stability and duration, if it will be given a sufficiently solid institutional and legal framework. The challenge consists in the creation of stable structures, with enough aptitude to resist the assault of the crises and the erosion of time.

The picture in the case of international disputes in this trade bloc tends to be always administered in foreign countries outside MERCOSUR. Even if MERCOSUR legal rules were framed according to the model of legal rules in UNCITRAL, the resemblance is, in many cases, merely formal. In communities with a different traditions, social structures, economies and ways of life, the requirements of good faith are not weighed nor appreciated as they may be in industrialized countries where commerce and industry are held in high consideration.

The challenge for developing countries that constitute MERCOSUR trade bloc is to welcome arbitration under such conditions considering these countries have a different development, group interest and vision of the world. Experience, furthermore, is conclusive: when a dispute arises between two litigants, one from South America and one from a developed country, the arbitrators, in most cases, make their decision in favor of developed countries. This is because Latin American countries involved in international trade are expected to conform to the

usages of the trade, although the commercial practice is based on principles and values of the western world.

In fact, the repeated exceptions of jurisdiction and some negative precedents in relevant countries such as Brazil and Argentina, have had a rather negative impact on the international arbitration community. To the point that it was recommended to avoid choosing cities in Latin America as the place of arbitration in contracts with Latin American public or state entities.

Currently, judicial intervention persists in the institution of arbitration. It is necessary to take judicial measures, such as the so-called anti-suit injunctions for MERCOSUR member states, to limit the judicial intervention and to prioritize the unavailability of the public interest. For sure, in response to the deficiencies of the system a need for adaptation of the methods of resolving conflicts to a more equitable mechanism and representative of different interests is required in the region.

6. References

- Arentsen N., Weber M. (2014). *UNCITRAL Model Law: Still a Model or Second Best*. Accessible at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/07/01/uncitral-model-law-still-a-model-or-second-best/>
- Braghetta, A. (2010). *Poligamy of Treaties in Arbitration – A Latin American and MERCOSUL Perspective* en Liber Amicorum Bernardo Cremades, M.A. Fernández- Ballesteros and D. Arias eds., La Ley, Madrid.
- Born, G. (2012). *International Arbitration: Law and Practice*, (Wolters Kluwer, Second Edition).
- Camargo, A. (2010). *Enforcement of International Arbitration Awards in Brazil*, (Wolters Kluwer).
- Aguirre C, Aguirre F. (2010). “El Arbitraje Comercial Internacional en Bolivia”. En M. Castillo. (Palestra Editores). *Arbitraje Comercial Internacional en Latinoamérica. Primera Parte*, p. 99, para. 4. Accessible at: <https://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol11.pdf>
- De Gramont, A. (2006). *After the Water War: The Battle for Jurisdiction in Aguas del Tunari, S.A. v. República de Bolivia*.
- Feria-Tinta M. (2017). *Like Oil and Water? Human Rights in Investment Arbitration in the Wake of Philip Morris v. Uruguay*. *Journal of International Arbitration* 34, no.4.
- Sommer G. (2011). *Recognition and Enforcement to ICSID award: Direct Enforcement or Exequatur?* *Revista Electrónica Cordobesa de Derecho Internacional Público* 1, No.1.
- García-Mora, M. (1950). *The Calvo Clause in Latin American Constitutions and International Law*.

- McLaughlin J. (1986). *Enforcement of Arbitral Awards Under the New York Convention-Practice in U.S. Courts*, (Berkeley Journal of International Law, Volume 3 – Article 2), p. 250, para 3.
- Pike M, Lustig D. (2016). *Understanding Arbitrability*, para. 2. Accessible at <https://www.turnpikelaw.com/understanding-arbitrability>.
- Polanco, R. (2016). *Arbitraje de inversiones y casos de derechos humanos en América Latina*. Tanzi A, Asteriti A, Polanco R, Turrini P., (eds.), *International Investment Law in Latin America* (Brill & Nijhoff, 2016).
- Ruiz, R. (1999). *Mercosur, necesidad de un tribunal de carácter supranacional*. Universidad Nacional de Asunción. pp. 31-32, par 8.

Table of legislation, conventions and treaties

- New York Convention *viz.* Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (1958).
- ICSID Convention *viz.* Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (1966).
- CIDIP I Convention *viz.* International Convention on Private International Law I (1975).
- CIDIP II Convention *viz.* International Convention on Private International Law II (1975).
- UNCITRAL Arbitration Rules (1979).
- United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (2011).
- Law 27.449 on International Commercial Arbitration, Argentina (2018).
- Law 1770 on Arbitration and Conciliation, Bolivia (1997) abrogated by Law No. 708 on Conciliation and Arbitration (2015).
- Law 9307 on Arbitration (1996), Brazil.

Law 13105 Code of the Civil Process, Brazil (2015).

Law 1879 on Arbitration and Mediation, Paraguay (2002).

Law 15982 General Code of the Process, Uruguay (1998).

Law 19636 on International Arbitration, Uruguay (2018).

Table of cases

Agua del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3

Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7.

Rusoro Mining Ltd. v. the Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5.

El Paso Energy International Company v. Argentina Republic, ICSID Case No. ARB/03/15.

La parajurisdicción del Valle de Silicio

The Silicon Valley para-jurisdiction

FABIAN ESPINOZA VALENCIA*

Recibido: 1 de abril de 2019

Aceptado: 19 de marzo de 2020

Resumen

Hay un lugar en el que la justicia funciona más allá de la ley: el Valle de Silicio; un espacio que supera lo físico, en el que otro lenguaje impera y se antepone a aquella: el código. Conviven allí, en todos lados y en ninguno, actores que esgrimen neologismos sin precedentes que delatan una parajurisdicción que funciona sin permiso. En el cometido de conciliar lo jurídico con lo informático, se exponen situaciones e ideas contrapuestas que abren todo un nuevo ecosistema. Hay allí una curiosa disociación entre quienes legislan y quienes son legislados, con desapercibidos atisbos de una nueva injusticia que, en un impulso de autocomposición, adopta soluciones por cuenta propia desde una lógica informática, satirizando casi con resabios de desprecio a la ley y a la justicia.

* Abogado (Universidad Católica Boliviana). Máster en derecho digital y ciberseguridad (Universidad de Barcelona). Diplomado en derecho procesal civil y educación superior (UMSA). Docente de derecho informático (UCB). Miembro asociado Internet Society (ISOC) Bolivia. Miembro del Consejo de TIC del Estado (CTIC-EPB). Becario en el Simposio de ciberseguridad de la OEA. Miembro de LACRALO-ICANN, Instituto de derecho e inteligencia artificial, Brasil y asociado de la Federación Iberoamericana de Derecho Informático (FIADI). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7682-2102>

Contacto: legal@fabianespinoza.pro

Revista de Derecho de la UCB – *UCB Law Review*, Vol. 4 N° 6, abril 2020, pp. 87-100, ISSN 2523-1510 (en línea), ISSN 2521-8808 (impresa).

Palabras clave: parajurisdicción / valle / código / justicia / autopoiesis / cloud / cibernética.

Abstract

There is a place where justice works beyond the law: Silicon Valley. It is a space that surpasses the physical, in which another language reigns and this one precedes the aforementioned law: the code. There live together, everywhere and nowhere, actors who use unprecedented neologisms that reveal a para-jurisdiction that works without permission. In the task of reconciling the legal with computer science, situations and opposing ideas that open up a whole new ecosystem are exposed. There is a curious dissociation between those who legislate and those who are subjects of the legislation, with undetected glimpses of a new injustice that, in an impulse of self-composition, adopts solutions on its own from a computer logic, satirizing law and justice almost with remnants of contempt.

Keywords: para-jurisdiction / valley / code / justice / autopoiesis / cloud / cybernetics.

1. Introducción

El aporte del presente artículo es aproximar a lectores y académicos de todas las áreas al fenómeno jurídico desde un enfoque literario con reseñas doctrinales que pretende a su vez cohesionar la cibernética y la ley desde el derecho informático materializado en el arquetipo Kafkiano. Esto sucede a partir de un relato que se desarrolla en un espacio determinado llamado *el valle del Silicio*, inspirado en la bahía de San Francisco en el estado de California en los Estados Unidos de América, en el que se gesta una *parajurisdicción* referida a una jurisdicción paralela a la ordinaria ejercida por el poder judicial del Estado

desde una familia de élite denominada los *Ers*, siguiendo la literatura de la obra *La ley* en la que los personajes llevan de nombre, letras.

También incluye la introducción de institutos jurídicos específicos que se ajustan a la trama, con relación a comprender la revolución digital desde la informática jurídica y otras ramas del derecho (v.gr. derecho administrativo), concluyendo con un planteamiento reflexivo referido a las ciencias jurídicas como fenómeno social que alcanza, además, al ciberespacio.

El artículo está basado en el método descriptivo correlacional entre la cibernética y el derecho. Con una narración de orden literario en el que, desde el arquetipo Kafkiano, se redacta un relato cronológico con una problemática específica del fenómeno jurídico como ciencia social; entre la jurisdicción ordinaria y otra paralela en el que se introducen nuevos institutos jurídicos y conceptos con un alcance interpretativo que se adecúa a la narrativa propuesta.

2. El código

El código no miente. En su redacción no encuentra reglas que eludan la verdad. Por ello puede prescindir, o al menos eso se creía, de esa caprichosa e incomprensible concepción dispersa de justicia. Los asuntos funcionaban con un criterio tan distinto como complejo.

Un impulso inusitado es rellenar los precipicios de las falencias sociales con leyes, en el sentido taxativo del término. El filósofo Tácito afirmaba, no sin razón, que cuanto más corrupto es el Estado más leyes tiene. Igualmente escurridiza, la ley supera a la justicia ordinaria. El mencionado valle tenía sus propias leyes, como buenas prácticas imprescindibles en la interacción particular, en la que vale el código extremo que Lawrence Lessig, en su obra *Código 2.0*, reza y sentencia: “el código es ley” –pero ¿cuál? –. Ni siquiera los habitantes del valle lo tenían claro, pues quien suscitaba ese esclarecimiento es el código.

En aquel valle reinaba un nihilismo solventado por la revolución digital. Era innegable que existían divergencias, pero éstas eran de un orden incompatible con la desfachatez de lo legal, siempre tarde, siempre lento. Aquella justicia parecía un vagabundo con traje cuando realizaba sus visitas rutinarias en las instalaciones de los Ers.

3. Los Ers

Los Ers¹ creían que la justicia ordinaria no tenía efecto alguno sobre ellos, por creer, y con más acciones que motivos, que lo legal es solo así porque lo dice un grupo de juristas que le dan la vuelta a todo y complican hasta lo más simple. Por eso ellos tomaron cartas en el asunto y su baluarte es la autorregulación, que surge, claro, con un trasfondo algo más científico: la autopoiesis.

Las disputas eran precedidas por procedimientos secretos y tribunales confidenciales. Lo poco que se sabía es que interactuaban con otro lenguaje, con un criterio binario: los humanos y las máquinas se entienden entre ellos con dos dígitos únicamente; entre unos y ceros se elucubra otro ecosistema en el que emerge, desde el Derecho preventivo, el fenómeno de la autorregulación.

No se sabía exactamente cómo es que los Ers habían llegado a ser prácticamente los dueños de su zona, casi como en los cárteles, pero sin armas; o quizás con ellas, pero no mortales. La estructura era familiar, pero no en términos de parentesco, sino para mostrar una organización que no admitía fracturas. Desdeñaban avatares propios de la red en su infraestructura e interoperatividad; sin embargo, los *procedimentalismos* eran superados por sesgos impuestos por la red. Esto hacía que, de manera inevitable, surgiesen disputas que superaban a ese *clan* que aparentaba una armonía sin grietas. Los Ers eran prácticamente

¹ Ers es una abreviación referencial de la terminación del anglicismo de *misters*.

inaccesibles, porque se comunicaban a través de textos –en fondo negro y sin titubear–, a gritos, sin lugar a esos formalismos que en ciertos momentos son necesarios para recordarle a uno que es más humano que la máquina. No habían tenido conflicto que no pudieran resolver; no obstante, fuera del valle se gestaba un movimiento revolucionario promovido por la justicia, aquella que les había jurado implantar su ley.

4. Autorregulación

Como fundamento de socialización, surge la necesidad de una auto-composición ajena a la heterocomposición impuesta por el Estado de derecho. La autorregulación² es la respuesta pragmática a la violenta ralentización del aparato judicial.

Intentar comprender el estado de la cuestión de una realidad jurídico-social altamente cambiante supone siempre la revisión del aparato conceptual mediante el que dicha realidad ha venido siendo descrita. El uso de determinadas clasificaciones que se manejan habitualmente en la literatura jurídica, procedentes de distintos ámbitos del conocimiento, deja de ser apropiado cuando ya no pueden cumplir su función, esto es, cuando no consiguen dar cuenta adecuadamente de la realidad que pretendían clasificar (Darnaculleta, 2003, p.1)

como respuesta ante la ausencia de parámetros jurisdiccionales que emergen del principio de ubicuidad en un panorama transfronterizo (Hurtado Pozo Eddili, 1987).

² En el ámbito jurídico doctrinal surge un fenómeno no menos curioso que sitúa a la figura de la autorregulación dentro del derecho administrativo, denominado por Darnaculleta como *autorregulación regulada* (Darnaculleta, 2003).

El Valle, en muchas circunstancias, parecía estar en todos los lugares y en ninguno, llevando a cabo un marco regulatorio que funcionaba por sí mismo con, si acaso, asistencia de humanos.

5. Autopoiesis

Debe concebirse un reconocimiento de la red como patrón general de la vida, que Maturana y Varela denominaron *autopoiesis*. El primero explica esto con el ejemplo de “un reloj a cuerda [que] deja de ser reloj (pierde su organización reloj) si uno de sus cambios estructurales es la ruptura de su cuerda” por eso se dice que “lo vivo de un ser vivo está determinado en él, no fuera de él” (Maturana, 2004, p. 24). Es decir, a pesar de las influencias externas causales de la pérdida de vida, la consecuencia es independiente del hecho de que esa pérdida se produce al interior del ser vivo, no fuera de él. No hay que confundir la causa con el hecho de dejar de vivir (Maturana y Varela, 1990).

Esta desbaratada justicia debe concebirse como un sistema autopoietico de la sociedad global (Teubner, 1997). En el Valle calaba perfectamente este sistema en una imperfecta armonía, con la arquitectura de redes tan meticulosamente instaurada. De todas maneras, todas aquellas innovaciones que germinaban en los rincones inadvertidos del Valle no debían (ni a ellas les correspondía) responder ante una jurisdicción confundida con vigilancia.

6. El Valle

Allí donde la ley no permite defensa, solo la tolera –allí, en donde hay una jerarquía estructural infinita en la que ni los jueces conocen las sentencias–. Un fantasma errante de la imprenta, como hija predilecta de la revolución industrial, se instala en los escritorios: la impresora, que instauro el equilibrio entre el ciberespacio y el mundo físico

documental. Eran aquellos accidentales creadores, William y David³, quienes, desde un garaje casero en el que exploraban la creación de un oscilador de sonido, dejaban un rastro de un simbolismo apátrida en el Valle del Silicio. Es el *hardware* en el sentido más purista; es un movimiento, una generación, en una relación romántica con el *software* con el cual conviven en una amalgama necesaria y no menos idílica. Para alguien que rondaba por sus aceras por primera vez, hasta parecía una ciudadela común y corriente entre las otras comunidades que rodean al Valle; una que otra antena al avizorar tímidas brisas y muchos letreros de emprendimientos que no se delataban como famosos. Eso sí, era irrefutable tener una sensación fantasmagórica de un hipercontrol en línea y fuera de ella; la justicia se hacía sentir aun en su ausencia. La parajurisdicción gritaba “¡*presente!*” en silencio.

7. La nube

Un atavismo antiguo es aquel que nombraban los longevos: “parece que vives en las nubes”, casi como si se tratase de un enamoramiento. Se gesta, desde el Valle y en el resto del mundo, un transhumanismo que vive literalmente *en las nubes* (en la *cloud*⁴). Este transhumanismo

³ La historia de las impresoras Hewlett Packard (HP) es una historia de ensueño para cualquier emprendedor. La empresa fue fundada el 1 de enero de 1939 por dos ingenieros de la Universidad de Stanford, Bill Hewlett y David Packard, en un garaje ubicado en el 367 de la avenida Addison, en Palo Alto, California, que pertenecía a la viuda Spencer. Ella le alquiló la planta baja de su casa a una joven pareja (David Packard, de 26 años, y su esposa, Lucile), un cobertizo a otro joven (William Hewlett, de 25 años) y el garaje a ambos socios para que trabajaran. Se los considera como los pioneros de lo que ahora se conoce como *Silicon Valley* (Cárdenas, 2008).

⁴ El *cloud computing* se caracteriza por la abstracción del usuario final respecto a las infraestructuras TIC de que dispone, de forma que la tecnología de *hardware* o de *software* es ofrecida por el proveedor como un servicio de red. Bajo este modelo se satisface cualquier necesidad de capacidad y rendimiento de forma totalmente escalable y modulable, flexibilizando el coste en función del uso que se haga de dichos servicios. De otra forma, algunos analistas de mercado, como por ejemplo Gartner, la definen como “un estilo de informática en el que unos recursos escalables y flexibles,

“ha permeado con rapidez los *mass media*, la literatura científica de divulgación y hasta los criterios con los que se deciden los apoyos económicos a proyectos de investigación en materia de Biología molecular, Bioingeniería, Ingeniería genética y otras disciplinas afines” (Velázquez Fernández, 2009, p. 41).

Nelson (2013) profesor de arte digital y escritura de la Universidad Griffith, en la generación del Silicio de La Vanguardia (2017) sugiere que “la poesía digital se crea a partir de animaciones, sonidos, movimientos, interfaces, codificación, videos, interactividad, imágenes y, por supuesto, palabras. Cada uno de estos elementos se convierte en un componente literario” (Nelson, 2013). Ya en su acepción más burda, los servicios de la *nube* son “[u]n modelo comercial de servicio de migración o externalización de las actividades informáticas de una empresa, y del procesamiento almacenado de la información de esta, en computadoras interconectadas mediante la Internet, provistas por el prestador del servicio” (Barnitzke, Corrales y Forgó, 2011).

Los *millennials* deambulan por los cielos con los pies en la tierra, aunque los servicios *cloud* en realidad están más en tierra que los vecinos del Valle que venían de la Universidad de California, en Berkeley, quienes analizaron la verdadera importancia de saber si en el Valle realmente importaba dónde se suscitaban físicamente aquellos procesos. Habían replanteado el paradigma del ánimo agnóstico que prevalecía, con razón, en el Valle: ¿quién era realmente responsable de esa *nube* en la tierra?; Quizá los Ers lo sabían, pero reinaba un silencio cómplice entre pequeños zumbidos de las máquinas de silicio.

relacionados con las tecnologías de información (TI), se ofrecen como servicios al consumidor mediante tecnologías de Internet” (Camps y Oriol, 2012).

8. Racter

Una peculiar columna del periódico español *La Vanguardia* hace referencia al programa informático Racter como

uno de los primeros en crear prosa. En 1984, Racter dio a luz el volumen *La barba del policía está medio construida*, un texto que en su época se definió como “extravagante, sabio y a veces divertido”, y que bien podría ser el texto fundador de esta generación del silicio.

‘Más que hierro, más que plomo, más que oro, necesito electricidad.

La necesito más de lo que necesito cordero o cerdo o lechuga o pepino.

La necesito para mis sueños’

(García, 2017, pt. El origen de la generación del silicio).

En Racter yace una revolución silenciosa de la eclosión digital de aquella pequeña zona del Valle, que proveía de refugio a quienes se sumían en odas disociadas de reglas y normas que carcomen lo más profundo de la convicción de los Ers.

El Sr. R se dedicaba, en una carpa en campo abierto, a redactar para los tribunales de la parajurisdicción valluna; colegiaba perfectamente con esa ambigüedad que caracterizaba a la justicia que tan reñida estaba con la ley. La zona del Sr. R era a la única que los Ers no se atrevían a invadir, si acaso con alguna red electromagnética. Estos funcionarios escurridizos que casi todo el tiempo andaban con la *extensión de sus manos*: un dispositivo rectangular sin botones que había dado lugar al *síndrome del cuello roto*.⁵

⁵ El *síndrome del cuello roto* hace referencia a un dolor de espalda cada vez más extendido entre las personas jóvenes y que los expertos no dudan en relacionar con el uso

9. Cibernética

La cibernética introduce la idea de circularidad a través del concepto de retroalimentación o *feedback*. Es un mecanismo que conduce a la regulación de un sistema. La regulación se produce siempre tras la ruptura del equilibrio, equilibrio que estaba en vilo en razón de las prácticas de los Ers —o de otros a los que la parajurisdicción comprendía, o al menos así lo aparentaba— sobre ese fenómeno incorpóreo mediante el cual se intercambiaban contenidos informacionales que, de manera voluntaria o no tanto, transgredían su ley, es decir, cuando el estado ideal del sistema no coincidía con su estado actual. En este caso, el sistema reaccionaba, produciéndose una nueva búsqueda de equilibrio (Wiener, 1969). En el Valle había abundancia en tanto no prevalecía el equilibrio, la comunidad sometida a la entropía de ese ambiente imperado por el silicio, entre conectores y redes que ni la ley lograba someter, aun cuando la parajurisdicción montaba todo un movimiento inusitado de conspiración con el que nada iba a ser como antes.

La información es poder y el Sr. R la tenía en sincronía con la teoría cibernética, en la que este activo es un elemento fundamental para la organización del sistema. Ya se había encargado a los organizadores de la sistematización valluna que, a partir de un enlace circular de los componentes, retroalimenta no sólo materia y energía, sino que hay allí un proceso informacional y organizacional. Determinar el significado del término *información*, a pesar de su clara importancia, sigue siendo muy problemático. “No podemos decir casi nada acerca de ella, pero tampoco podemos prescindir de ella” (Morin, 1994, p.47). Confusa, la justicia creía, lejana a la verosimilitud, que se hablaba de ella. Los Ers se habían encargado ya de menoscabar aquella ley que no permite defensa, que solo la tolera. Wiener enfatizó también el hecho de que el mensaje codificado es esencialmente un patrón organizador y,

continuado del teléfono móvil y, más concretamente, con la posición de nuestra cabeza y de nuestro cuello al ejercerlo (Surgical Technology International, 2017).

esbozando la analogía entre tales patrones de comunicación y las pautas de organización en los organismos, sentó las bases de la visión de los organismos vivos en términos de patrones (Wiener, 1998, p.83).

Así, casi inadvertida, transitaba la justicia ordinaria ante una jurisdicción en la que la corrupción es campante y resonante, en la que las absoluciones eran dadas casi en ubicuidad, en todos los lugares y en ninguno (ciberespacio).

10. Aquí y ahora

Las máquinas siempre estarán sujetas al caos nato del ser humano. Esta condición hace que exista una brecha entre el legislador y el legislado en este ecosistema complejo, puesto que los tribunales eran confidenciales y prácticamente funcionaban por sí solos, al punto de concluir que las sentencias no se pronunciaban de una vez. El procedimiento se iba convirtiendo lentamente en sentencia, bit a bit, en un intercambio de datos sustentado por toda una maquinaria de metal. Al respecto, se debe dejar por sentado que, por lo general, el espíritu de la ley –su teleología– es certero, pacifista y conciliador, mas no en el Valle del Silicio.

Los representantes del Congreso del Valle (parajurisdiccionales) no redactan las leyes personalmente. Uno de sus asesores era el Sr. R y toda aquella secta que había instaurado. En la justicia ordinaria, quienes elaboran esas reglas pantanosas son técnicos colegiados (en salud, tributos, educación, transporte, comercio, telecomunicaciones –la Internet–, entre otras instancias) con una formación cualificada y un rigor netamente científico-jurídico conservador y no otro, con un torpe desconocimiento de la parajurisdicción que abraza a una justicia sin ley, dejando a los políticos realizar el correspondiente debate posterior con todos los avatares que no hace falta imaginar. Esa mixtura hace que haya leyes imperfectas, o bien, perfectibles.

Ni siquiera quienes hacían las leyes del Valle del Silicio las conocían en su totalidad; han crecido en un mundo sin Internet, no lo comprenden (o muy poco); no tienen vestigios de la disrupción y la resiliencia que la cibernética ha provocado y sus bien o mal intencionados intentos por implantar un ordenamiento jurídico al respecto. Están inexorablemente acompañados de falencias y concepciones que, desde los Ers hasta las más tímidas órdenes que dictaba *de facto* la parajurisdicción a partir de su código, estaban cuando menos entorpecidas. Era un fiasco. En el Valle del Silicio, la justicia y la ley disociadas hacen siempre el trabajo sucio.

11. Referencias

- Barnitzke, B. Corrales, M. y Forgó, N. (2011). Aspectos legales de la computación en la nube: protección de datos y marco general sobre propiedad intelectual en la legislación europea. Buenos Aires, Argentina: Albremática.
- Camps Sinisterra, C., y Oriol Allende, A. (21 de julio de 2012). La nube: oportunidades y retos para los integrantes de la cadena de valor. Management Solutions. Recuperado de <https://www.managementsolutions.com>
- Cárdenas, L. A. (septiembre de 2008). Historia de Hewlett Packard (HP). Septiembre de 2008. Trissa Strategy Consulting. Recuperado de <http://trissa.com.mx>
- Darnaculleta i Gardella, M. (2003). Derecho administrativo y autorregulación: La autorregulación regulada. Girona, España: Universitat de Girona, Departamento de Derecho público.
- García, D. (30 de marzo de 2017). La generación del silicio. La Vanguardia. Recuperado de <https://www.lavanguardia.com>
- Hurtado Pozo Eddili, J. Segunda edición, Lima (1987). Manual de Derecho penal.
- Lessig, L. (2009). Code 2.0, Nueva York, U.S.: Basic books.
- Maturana, H. R. (2004). *Transformación en la convivencia*. Chile: J. C. Sáez Editor.
- Maturana, H. y Varela, F. (1984). El árbol del conocimiento: Las bases ideológicas del entendimiento humano. Santiago de Chile: Universitaria S.A.
- Morin, E. (1993). El Método: Naturaleza de la naturaleza. Madrid, España: Cátedra.

- Nelson, J. (2013). Nada de lo que has hecho merece tanto elogio - Un ejemplo de literatura electrónica. Baltimore, U.S. La Generación del Silicio. La Vanguardia. p.1. Recuperado de <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20170430/422118987995/generacionsilicio.html>
- Surgical Technology International (17 de octubre de 2017) Síndrome del cuello roto: el dolor “smartphone”. Web Consultas. Recuperado de <https://www.webconsultas.com>
- Teubner, G. (1997). Autopoietic Law - A New Approach to Law and Society. European University Institute Serie A. Florencia, Italia.
- Velázquez Fernández, H. (2009) Revista de Filosofía N° 41: Transhumanismo, libertad e identidad humana. Ciudad de México, México: Thémata.
- Wiener, N. (1969). Cibernética y sociedad. Ciudad de México, México: Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.
- Wiener, N. (1998), Cibernética o el control y comunicación en animales y máquinas, Barcelona, Tusquets.

Responsabilidad del deudor por el retraso en el cumplimiento de obligaciones pecuniarias

Debtor liability for the delay in performance of pecuniary obligations

GERARDO RUIZ CASTELLANOS*

Recibido: 18 de enero de 2019

Aceptado: 30 de marzo de 2020

Resumen

Este trabajo aborda una cuestión importante del Derecho Civil, como es la responsabilidad del deudor por el retraso en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias, entendidas como aquellas que tienen por objeto el pago de una suma de dinero. Las obligaciones pecuniarias

* Profesor de Derecho de la Empresa, Derecho Comercial, Contratos Comerciales, Derecho de las Obligaciones y Teoría General del Contrato 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 General de la firma de Abogados “Castellanos & Ruiz Castellanos”. Abogado graduado por excelencia con la valoración distinguido con honor por la Universidad Católica Boliviana “San Pablo”. Magíster en Derecho Empresario Económico por la Universidad Católica Argentina “Nuestra Señora de los Buenos Aires”. Estudios de postgrado en Derecho del Petróleo y Gas Natural y Comparative Corporate Law and Governance en la Universidad de Buenos Aires y Université Paris I Panthéon Sorbonne. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4101-2943>

Contacto: gruizcastellanos@gmail.com

Revista de Derecho de la UCB – *UCB Law Review*, Vol. 4 N° 6, abril 2020, pp. 101-130 ISSN 2523-1510 (en línea), ISSN 2521-8808 (impresa).

son las más difundidas en la experiencia jurídica y merecieron singular atención por parte de nuestro legislador, quien dictó normas especiales para su regulación en el Código Civil boliviano vigente desde 1976. Con el objetivo de precisar el sentido y alcance de los preceptos que regulan la reparación del daño sufrido por el acreedor a causa del retraso en el cumplimiento de la prestación pecuniaria, desentrañaremos el origen del dinero, el principio nominalista, los intereses, la mora del deudor, el daño patrimonial automático y otras cuestiones centrales del derecho de daños, aventurándonos en un apasionante recorrido.

Palabras clave: Bolivia / derecho civil / responsabilidad / deudor / retraso / cumplimiento obligaciones pecuniarias / dinero / principio nominalista / intereses / mora / daño emergente / lucro cesante / acreedor / perjuicios / resarcimiento.

Abstract

This work addresses a Civil Law topic, the debtor liability for the delay in performance of the pecuniary obligations, understood as those that has as its object the payment of a sum of money. The pecuniary obligations are the most spread in the legal experience and they deserved singular attention from our legislator, who issued special rules for its regulation in the Bolivian Civil Code in force since 1976. With the aim of specifying the meaning and scope of the rules that regulate the repair of the damage suffered by the creditor due to the delay in performance of the pecuniary obligation, we will unravel the origin of the money, the nominalist principle, the interests, debtor's default, the automatic patrimonial damage and other central questions of the Law of Damages, venturing on an exciting journey.

Keywords: Bolivia / civil law / liability / debtor / delay / performance / pecuniary obligations / money / nominalist principle / interests / default / damages / lost profit / creditor / compensation.

1. Introducción

El cofundador de Apple Steve Jobs decía: “Mis cosas favoritas en la vida no cuestan dinero. Está realmente claro que el recurso máspreciado que tenemos es el tiempo”. Considero que tal afirmación es verdadera, pero no es menos cierto que, hoy en día, existen cada vez menos cosas que el dinero no puede comprar (Sandel, 2012), siendo innegable la relevancia que este recurso tiene en nuestras vidas, sobre todo a partir de la finalización de la Guerra Fría.

Las obligaciones pecuniarias, justamente, son aquellas que tienen por objeto el pago de una cierta suma de dinero y se trata de la categoría más difundida en la realidad jurídica. Tienen un puesto de particular importancia en el universo de los derechos de crédito, a tal punto que merecieron singular atención de nuestro legislador, quien, siguiendo el modelo italiano, dictó *normas especiales* para su regulación en el Código Civil boliviano, vigente desde 1976.

En materia de obligaciones, el deudor tiene el deber jurídico de cumplir exactamente con la prestación debida y, en la práctica, la gran mayoría se ejecuta voluntariamente. No obstante, cuando el deudor infringe este deber jurídico, genera un hecho conflictivo que los juristas estamos llamados a resolver. Por el artículo 339 de nuestro Código Civil, el deudor que no cumple exactamente la prestación debida está obligado al resarcimiento del daño.

En las obligaciones pecuniarias, el incumplimiento asume la forma de retraso en el pago de la cantidad de dinero debida. Pero, ¿existen normas especiales sobre la responsabilidad del deudor pecuniario o, simplemente, aplican las reglas generales dictadas para todas las obligaciones? ¿cuál es el verdadero sentido y alcance de los preceptos que regulan la reparación del daño sufrido por el acreedor a causa del retraso en el cumplimiento de la prestación pecuniaria?

La presente investigación busca responder estas interrogantes a través del método jurídico dogmático, por el cual abordaremos el problema a la luz de las fuentes normativas e históricas del Derecho, con la ayuda de la interpretación sistemática de los preceptos legislativos y doctrina del más alto nivel, que nos permitirá desentrañar el origen del dinero, el principio nominalista, los intereses, la mora del deudor, el daño patrimonial automático y otras cuestiones centrales del Derecho Civil; aventurándonos en un apasionante recorrido que, en palabras de Benjamin Franklin, nos recuerda que “una inversión en conocimiento paga el mejor interés”.

2. El dinero

El dinero tiene un origen muy antiguo, enlazado con la necesidad de superar las dificultades derivadas del trueque. Desde la perspectiva económica, en los albores de la civilización no existía el dinero, los intercambios entre grupos humanos se practicaban a través del trueque, entendido como la entrega directa de una cosa para recibir otra a cambio. La desventaja de esta forma de intercambio radica en la diversidad de necesidades de las personas y los valores dispares de las cosas que, muchas veces, impiden alcanzar un acuerdo.

Entonces, con la finalidad de facilitar los intercambios, se empieza a utilizar variados objetos como *medios de pago*: conchas de moluscos, granos de cacao, sal y otros. Sin embargo, fueron los metales preciosos los instrumentos más aceptados, por ello, en palabras de Galbraith (1976), “[l]a asociación histórica entre el dinero y el metal es más que estrecha; en la práctica, la mayor parte del tiempo, el dinero ha sido siempre un metal más o menos precioso” (p. 17). El metal en bruto era inconveniente para valorizar y aceptar; por esta razón, el metal se convirtió en monedas de un peso predeterminado. Usualmente, se atribuye esta innovación al reino de Lidia, ubicado en lo que hoy es Turquía, donde se cree que se acuñaron las primeras monedas de oro

alrededor del año 550 antes de Cristo. Luego, la acuñación de monedas se extendió a las ciudades griegas y sus colonias, alcanzando un desarrollo notable. A partir de Alejandro Magno inició la costumbre de representar la efigie del soberano en las monedas, menos como garantía del peso y la pureza del metal que como un atento gesto personal del monarca hacia sí mismo.

En el Medioevo, las monedas de diversos lugares convergían en las ciudades de mayor movimiento comercial; empero, su gran peso dificultaba su transporte y, además, no pocas circulaban falsificadas, limadas o en malas condiciones, convirtiéndose en un problema. Así, quedaba abierto el camino para la aparición del *papel moneda*, que tuvo su origen en China, donde el Emperador comenzó a guardar el dinero de sus súbditos entregándoles *billetes* que, contra su presentación, conferían derecho a retirar las monedas depositadas. Sin embargo, no fue sino hasta el siglo XIII que los billetes empezaron a sustituir a la *moneda metálica*, gracias al explorador veneciano Marco Polo quien, en los relatos de sus viajes, describió el papel moneda que observó en China.

El paso de la moneda metálica al papel moneda, une la historia del dinero con la historia de la banca moderna, que tuvo su génesis en la Italia renacentista, siendo el banco fundado por Juan de Medici el más famoso de aquella época. En este sentido, Galbraith (1976) ilustra que

con el arribo del Renacimiento, la banca revivió cuando el comercio resurgió y los escrúpulos religiosos cedieron de una manera normal a las ventajas pecuniarias. En tanto es posible adjudicar alguna asociación étnica a alguna forma de negocio, el de la banca les corresponde a los italianos (p. 28).

Así, el término *dinero*, que deriva de la antigua moneda romana de plata *denarius*, hoy en día, puede ser entendido como un *medio de pago* comúnmente aceptado en el intercambio de bienes y servicios, cuyo valor está respaldado o avalado por su entidad emisora, que forma parte de un determinado gobierno.

Desde la perspectiva jurídica, tradicionalmente se considera que el dinero es un *bien fungible*. Esto significa que es un *objeto de derechos*, en el sentido del artículo 74 del Código Civil, que pertenece a un mismo género, dentro del cual, se trata como homogéneo y equivalente; razón por la que es perfectamente sustituible entre sí (Díez-Picazo y Gullón, 2005), ya que un billete es canjeable con otro del mismo importe u otros, con tal que alcancen igual valor.

Sin embargo, acertadamente, se observa que el dinero no es completamente asimilable a las *cosas*, pues, en realidad, no tiene cualidades físicas o materiales, resultando inconcebible el incumplimiento de una obligación pecuniaria en razón de un vicio de la cosa entregada (Inzitari, 2009). En este sentido, en palabras del profesor Breccia (1991), “la moneda es considerada por la economía y por el derecho, en la edad moderna, no tanto como una entidad material sino, sobre todo, con respecto a su aspecto instrumental” (p. 266).

En éste contexto, cada ordenamiento jurídico determina la unidad monetaria que considera aceptable como medio de pago, siendo ésta la *moneda de curso legal*. En 1987, entró en circulación el Boliviano (Bs) como moneda de curso legal en Bolivia, siendo el Banco Central de Bolivia el organismo responsable de su emisión.

3. Las obligaciones pecuniarias

Las obligaciones pecuniarias son aquellas que tienen por objeto el pago de una determinada cantidad de dinero, cualquiera sea el procedimiento utilizado. La variedad de instrumentos que pueden usarse plantea el problema de saber en qué momento tiene lugar el pago. No hay dificultad en el caso de un pago en efectivo, ya que la propiedad del dinero se transfiere al acreedor en el momento de la entrega. Pero, en la hipótesis de un pago con cheque, no ocurre lo mismo:

en este caso, está conforme con el interés del acreedor pensar que el pago se efectúa, no en el momento en que el deudor entrega el cheque, sino en el momento en que el acreedor lo cobra, lo cual tiene por objeto proteger a éste contra el riesgo de no obtener lo que se le debe, especialmente en el caso de no haber fondos suficientes (Larroumet, 1999, Vol. I, p. 47).

En la concepción tradicional, las prestaciones pecuniarias se categorizan como obligaciones de dar cosas de género. Sin embargo, actualmente, la expresión material del dinero (monedas o billetes) es solamente uno de sus modos de ser, en rápido declive. A partir de la *desmaterialización del dinero*, las obligaciones pecuniarias no hacen referencia a una cantidad de cosas genéricas ha ser entregadas, sino que hacen alusión a la “transferencia contable de unidades monetarias ideales” (Iudica y Zatti, 2019, p. 260).

Como advierte Breccia (1991), las obligaciones pecuniarias “prevalecen notoriamente en la experiencia económica de nuestro tiempo” (p. 266). Esta razón económica y la dificultad de encuadrar a las prestaciones pecuniarias dentro de una categoría jurídica más general, debido a la imposibilidad de equiparar plenamente el dinero a otras cosas, permiten comprender el fundamento por el cual las obligaciones pecuniarias han merecido especial atención por parte de nuestro legislador, quien, siguiendo el modelo italiano, dispuso *normas específicas* a través de los artículos 404 al 415 del Código Civil boliviano, vigente desde 1976.

4. El principio nominalista

El artículo 404 del Código Civil dispone que “las deudas pecuniarias se pagan en moneda nacional y por el valor nominal de ella”, consagrando el denominado *principio nominalista*.

En atención a éste principio, como enseñan Chiné, Frantini y Zoppini (2019), “al vencimiento del plazo de cumplimiento, el deudor se libera pagando el importe originalmente debido al tiempo en el que nació la obligación” (p. 842), sin tomar en cuenta la fluctuación del poder adquisitivo del dinero con el transcurso del tiempo: éste se reduce por la *inflación* o aumenta en razón a la *deflación*.

Para ejemplificar, en mérito al principio nominalista, si María recibió 1.000 bolivianos en el 2017, en concepto de mutuo, la deuda pecuniaria se extinguirá por cumplimiento con el pago de idéntica suma numérica de 1.000 bolivianos, por más que el vencimiento de la obligación sea lejano en el tiempo y este importe, en términos reales, resulte superior o inferior en relación a su poder adquisitivo.

El nominalismo es un principio referido al problema de la extensión de las obligaciones pecuniarias, que permite una mayor seguridad y facilidad en el comercio jurídico, mientras que la solución inversa es muy difícil de aplicar en la práctica, ya que exigiría un constante recalcular de todas las cantidades adeudadas, generándose una grave inseguridad y mayores costos de transacción. No obstante, según Villegas y Villegas (2001)

no hay duda también de que este principio requiere como condición, para su plena vigencia, de una situación económica financiera que otorgue estabilidad al valor de la moneda. Y que, si ésta condición no existe, y una elevada inflación deprecia constantemente la moneda, resulta insostenible mantenerlo, dadas las situaciones de evidente injusticia (p. 372).

Ciertamente, los casos de deflación han sido muy pocos desde el siglo XX, donde se registran escasos ejemplos como la Gran Depresión norteamericana iniciada en 1929. Inversamente, es mucho más frecuente que la moneda pierda valor con el transcurso del tiempo; por ello, el principio nominalista representa un riesgo mayor para el acreedor pecuniario.

Para esta razón, es posible *derogar* el principio nominalista por acuerdo de partes y distribuir el riesgo de pérdida del valor del dinero de una manera diferente a la prevista por la ley (Breccia, 1991; Diez-Picazo y Gullón, 2005; Galgano, 2011; Chiné, Frantini y Zoppini, 2019). En virtud del principio de libertad contractual, consagrado por el artículo 454 del Código Civil, las partes pueden introducir mecanismos convencionales de revaluación monetaria por los que se salvaguarda al acreedor de las consecuencias negativas derivadas de las alteraciones del valor del dinero. Se trata de las *cláusulas de estabilización monetaria*, que toman como referencia un *valor* que goza de mayor estabilidad económica y ajusta los pagos al vencimiento de la obligación pecuniaria, conservando así el poder adquisitivo de la suma inicialmente debida. Por ejemplo, se puede estipular una *cláusula dólar americano* o indexar el importe debido al *índice de precios al consumidor*, que valora el precio de la canasta familiar.

5. Los intereses

En las sociedades modernas, se concibe el dinero como un bien *naturalmente fecundo* que produce aquellos frutos civiles que son los intereses (Galgano, 2011). En este sentido, se llama intereses al incremento periódico que experimentan las obligaciones pecuniarias, sea como compensación por el uso del dinero o como indemnización por la mora del deudor. La *periodicidad* es la frecuencia temporal con la que se devengan los intereses sobre el capital.

El entendimiento del dinero como un *bien productivo* es relativamente reciente. Durante largo tiempo, diversas sociedades equipararon el cobro de cualquier interés con la *usura*, resultando paradigmática la prohibición efectuada por la Iglesia Católica, que tuvo vigencia en la Europa medieval. Sin embargo, actualmente, el cobro de intereses es un hecho lícito y la usura solamente es “el cobro de intereses en tasa

superior a la máxima legalmente permitida, así como de intereses capitalizados”, tal como prevé el artículo 413 del Código Civil.

Desde el punto de vista jurídico, los intereses son *frutos civiles* que “se adquieren día por día, proporcionalmente a la duración del derecho”, como dispone el artículo 84 del Código Civil, debiendo aclararse que “mientras los frutos naturales son cosas corporales, los frutos civiles no lo son y constituyen objeto de un derecho de crédito” (Gambaro, 2017, p. 30).

Además, los intereses son una *obligación accesoría* que tiene vida sólo por la existencia de la deuda por capital, respecto de la cual está subordinada y sigue su suerte (Santoro-Passarelli, 2012). Pero, en éste punto, debe establecerse una distinción: la obligación de intereses por devengarse a futuro es completamente accesoría, no puede nacer sin la deuda por capital y de ahí que la extinción de esta última hace cesar el curso de los intereses; sin embargo, la obligación de intereses ya devengados, una vez nacida, tiene sustantividad propia (Albaladejo, 2011).

Existen diversos tipos de intereses que se clasifican según variados puntos de vista. De acuerdo a su *origen*, los intereses se dividen en convencionales o legales. Citando a Torrente y Schlesinger (2015), es posible apuntar que los intereses convencionales “son debidos en virtud de un acuerdo entre el deudor y el acreedor, sin importar que sea coetáneo o sucesivo al nacimiento del crédito” (p. 402). En Bolivia, el interés convencional debe ser estipulado por escrito y no puede exceder del tres por ciento mensual, reduciéndose automáticamente a dicha tasa si se conviene en cantidad superior, como prevén los artículos 409 y 411 del Código Civil.

Por su parte, los intereses legales son aquellos donde “el deber de pagarlos procede de la ley, que lo establece ante ciertos hechos” (Albaladejo, 2011, T. II, p. 73), “con independencia de los que puedan pactar las partes” (Villegas, 2007, p. 19). Al respecto, el artículo 414

del Código Civil, prevé que “El interés legal es del seis por ciento anual. Rige a falta del convencional desde el día de la mora”.

Según su *función económica*, los intereses pueden ser compensatorios o moratorios. Los primeros son aquellos que cumplen la función de remunerar al acreedor por diferir el uso de su capital, teniendo en cuenta la “natural aptitud del dinero como valor fructífero, idóneo para la inversión y la producción de un incremento patrimonial” (Caringella y Buffoni, 2018, p. 580).

Los intereses moratorios son los que tienen el propósito de resarcir al acreedor por la mora del deudor respecto del cumplimiento de la prestación a su cargo. Esta categoría de intereses se devenga aún en los casos en que la obligación es exigible pero no líquida, como en el supuesto del resarcimiento del daño derivado de un hecho ilícito. Pero, los intereses moratorios no son automáticos, pues, requieren que el deudor este constituido en mora (Breccia, 1991), según las reglas contenidas en los artículos 340 y 341 del Código Civil.

6. El retraso en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias

En el cumplimiento de las obligaciones, el *principio de puntualidad* se concreta en la exigencia de 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 tal caso, se habla de retraso en el cumplimiento, también conocido como incumplimiento temporal.

En palabras de Umberto 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*.

Ante el incumplimiento de la obligación, surge la responsabilidad civil del deudor que, tal como prevé el artículo 339 del Código Civil, consiste en el deber de *resarcir* el daño causado al acreedor. Por este principio, el deudor está obligado a pagar al acreedor

una suma de dinero que sea el equivalente monetario del daño que el incumplimiento o el retraso en la ejecución de la prestación le ha causado: esto es, una suma correspondiente a la diferencia entre el valor que el patrimonio del acreedor tendría si la obligación hubiera sido cumplida y su valor actual (Galgano, 2011, p. 92).

El cumplimiento de la obligación es un hecho útil no sólo para el acreedor, sino también para el sistema económico en su conjunto, ya que cumplir con las prestaciones significa ampliar la producción y circulación de bienes y servicios, es decir, contribuir a la creación de riqueza. 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, T. I, p. 175). Entonces, sólo en casos excepcionales el deudor puede liberarse de la responsabilidad de resarcir el daño causado probando que su incumplimiento o retraso en el cumplimiento es “atribuible imposibilidad de ejecutar la prestación por una causa que no le es imputable”, tal como prevé el artículo 339 del Código Civil.

Ahora bien, en el caso de las obligaciones pecuniarias, el deudor *siempre* será responsable del incumplimiento y deberá resarcir el daño ocasionado, ya que nunca podrá alegar, para liberarse, la imposibilidad de ejecutar la prestación. La imposibilidad debe entenderse en sentido objetivo y absoluto; por tanto, considerando que el dinero es un bien fungible, la prestación jamás será inejecutable por cualquier deudor, pudiendo siempre vencerse el impedimento. La dificultad que el deudor concreto pueda tener para cumplir con la prestación es irrelevante, pues, si incurre en impotencia financiera, el cumplimiento será subjetivamente irrealizable, pero no objetivamente imposible,

porque el dinero, como género, es siempre posible de conseguir, aunque sea mediante un préstamo si no se cuenta con recursos propios (Visintini, 1999; Galgano, 2011; Ruiz Castellanos, 2018). En éste entendido, a las obligaciones pecuniarias resulta aplicable el aforismo *genus numquam perit*.

7. La mora del deudor

Etimológicamente, la palabra *mora* significa tardanza, demora, retraso (Soligo Schuler, 2004). En ese sentido, la mora del deudor tiene relación con el retraso en el cumplimiento de la obligación; pero, en rigor, para que el deudor quede constituido en mora, se requiere la concurrencia de otros requisitos adicionales al *retraso*. Inversamente, la mora no es presupuesto del incumplimiento, por tanto, el deudor que no ejecuta la prestación en el tiempo debido, incumple con su obligación, aunque no esté constituido en mora (Cian y Trabucchi, 2018).

En este contexto, la *mora del deudor* es el retraso en el cumplimiento de la obligación, jurídicamente calificado por la concurrencia de otros requisitos, que produce determinados efectos conservatorios del crédito y, en ciertos casos, también efectos resarcitorios.

Actualmente en la doctrina no hay duda que el *retraso simple* en el cumplimiento es un hecho que tiene relevancia jurídica por sí mismo, pues es evidente que su sola presencia produce varios efectos sin necesidad de configurarse el estado de mora (Alterini y López Cabana, 1999). Sin embargo, existe discusión sobre si es necesario o no que el deudor esté constituido en mora para que nazca el deber de resarcir el daño causado por el retraso en el cumplimiento. Sobre este tema, siendo fieles al texto del artículo 339 del Código Civil y citando a la profesora Visintini (1999), diremos que “cabe destacar que el deber de resarcimiento del daño por retardo no depende de la normativa de constitución en mora” (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.

Así, la mora está asociada al *incumplimiento relativo*, ya que, si bien el deudor no ejecuta la prestación en tiempo oportuno, puede todavía cumplir tardíamente con la obligación. Cuando la prestación ya no puede ser cumplida, la mora cesa y el deudor incurre en *incumplimiento definitivo*, agravando su responsabilidad si le es imputable (Bustamante Alsina, 1997).

Los presupuestos para que el deudor quede legítimamente constituido en mora son:

- a) La exigibilidad de la obligación.
- b) El retraso del deudor en el cumplimiento de la prestación.
- c) La imputabilidad del retraso al deudor.

Respecto del primer presupuesto, la obligación es *exigible* cuando no está sujeta a plazo ni condición pendientes. El artículo 314 del Código Civil prevé que “[e]l acreedor no puede exigir el cumplimiento antes de vencerse el término”; mientras que la condición suspensiva pendiente es aquella que difiere la eficacia del contrato a la verificación de un acontecimiento futuro e incierto (Bianca, 2007). Además, en los contratos bilaterales, que imponen obligaciones recíprocas para ambas partes, el acreedor deberá cumplir primero con la obligación de exigibilidad anterior u ofrecer cumplir al mismo tiempo la prestación de exigibilidad simultánea (Landoni Sosa, 2012), a efectos de evitar la procedencia de la *excepción de incumplimiento* prevista en el artículo 573 del Código Civil.

Sobre este punto, es importante precisar que el antiguo principio *in illiquidis non fit mora*, por el cual cuando la obligación es ilíquida (indeterminada en su entidad), la prestación no es exigible y el deudor

no puede ser constituido en mora, ha sido abandonado en nuestro ordenamiento jurídico y, por ello, no es aplicable. Basta mencionar, como ejemplo, las obligaciones nacidas de los hechos ilícitos, donde el deudor queda automáticamente constituido en mora por disposición del artículo 341 del Código Civil, aunque, claramente, la obligación de resarcir el daño es ilíquida (Boeri, 2009).

En relación al segundo presupuesto, el *retraso* del deudor en el cumplimiento de la obligación, como ya vimos, se refiere a la inejecución de la prestación en tiempo oportuno, en infracción del *principio de puntualidad* que rige el cumplimiento de las obligaciones.

Finalmente, el retraso debe ser *imputable* al deudor; es decir, en el lenguaje del artículo 339 del Código Civil, el incumplimiento no debe ser atribuible a imposibilidad de ejecutar la prestación por una causa no imputable al deudor. Esta norma, siguiendo el modelo italiano, reemplazó con la expresión *causa no imputable*, la locución *causa extraña, fuerza superior y caso fortuito* de los artículos 740 y 741 del Código Civil abrogado. Por *causa no imputable* se entiende 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. Además, para que el deudor se libere de responsabilidad, el *hecho* debe causar *imposibilidad* de ejecutar la prestación, que debe venir calificada por los adjetivos de objetiva y absoluta, conforme la tesis del célebre jurista Giuseppe Osti, acogida, derivativamente, por el Código Civil vigente.

Es importante precisar que, en nuestro sistema, la *culpa* no tiene ninguna relevancia en cuanto a la *imputabilidad* del retraso en el cumplimiento. En Bolivia, la responsabilidad del deudor por incumplimiento de las obligaciones es predominantemente objetiva. La culpa juega un papel muy limitado, ya que el deudor no se libera del deber de resarcir el daño demostrando que actuó diligentemente, sino probando los dos hechos objetivos dispuestos por el artículo 339 del Código Civil *in fine*. La culpa tiene relevancia solamente en las

obligaciones de hacer cuya prestación es de medios, donde el incumplimiento se determina por la inobservancia de la diligencia de un buen padre de familia, requerida por el artículo 302 del Código Civil (Galvano, 2011; Ruiz Castellanos, 2018).

Cumplidos los tres presupuestos comentados, el deudor puede ser legítimamente constituido en mora y, para ello, el artículo 340 del Código Civil prevé que “[e]l deudor queda constituido en mora mediante intimación o requerimiento judicial u otro acto equivalente del acreedor”. Así, en principio, no basta el retraso en el cumplimiento de la obligación para que el deudor se constituya en mora, pues, además, se requiere una *interpelación*. Al respecto, Galvano (2011) precisa que

la sobrevivencia de la constitución en mora es, en verdad, la herencia del antiguo *favor debitoris*: el retraso del deudor en la ejecución de la prestación debida, se presume tolerado por el acreedor, a quien le incumbe la carga, para vencer la presunción, de requerir al deudor formalmente la prestación (p. 86).

Se trata del sistema de *mora por interpelación* que, ante el retraso en el cumplimiento de la obligación, requiere de un *acto recepticio* para que el deudor quede constituido en mora. Este es el sentido del artículo 340 del Código Civil, cuando se refiere a intimación, requerimiento u otro acto equivalente. Así, la *interpelación* es el acto por el cual el acreedor comunica a su deudor, inequívocamente, su voluntad de obtener, sin mayores dilaciones, el cumplimiento de la obligación, quedando excluida la posibilidad de tolerar mayor retraso en la ejecución de la prestación. El acto de constitución en mora no exige fórmula sacramental alguna, sino, simplemente, que sea evidente la voluntad del acreedor de exigir el pago adeudado.

Conforme la letra del artículo 340 del Código Civil, la *interpelación* puede ser judicial o extrajudicial. La judicial resulta de la *comunicación procesal* al deudor de un acto que refleje la voluntad del

acreedor de ejecutar forzosamente la obligación incumplida. En este sentido, podría tratarse de la citación con la demanda, reconvención o sentencia inicial, así como la notificación de un embargo preventivo u otra intimación o requerimiento de pago transmitidos al deudor como consecuencia del proceso. Pero, también, la interpelación puede ser extrajudicial, pues a eso se refiere el citado artículo cuando prevé “u otro acto equivalente del acreedor”. La forma habitual, en nuestro medio, es la *carta notarial*, por la cual el notario de fe pública certifica la fecha de emisión y recepción de la misiva. Pero, también podrían considerarse válidos otro tipo de documentos como una carta postal certificada, un telegrama colacionado u otro acto equivalente. Al respecto, la jurisprudencia italiana ha estimado idóneas para constituir en mora al deudor las más variadas tipologías de actos: desde actos judiciales hasta facturas profesionales o comerciales, siendo, siempre, el presupuesto que funda las decisiones judiciales: la manifiesta voluntad del acreedor de exigir el cumplimiento (Boeri, 2009).

Respecto del sistema de mora por interpelación, Borda (1998) formulaba una acertada crítica que es válida, también, para nuestro Código Civil:

El sistema que requiere que el acreedor interpele al deudor cuando la obligación tiene plazo, es francamente inconveniente. Al fijarse la fecha de pago, se ha indicado con toda claridad en qué momento debe hacer efectiva su obligación el deudor; supeditar el nacimiento de la obligación a un nuevo recaudo puramente formal, complica inútilmente las relaciones entre las partes. El deudor conoce exactamente el momento en que debe cumplir; por consiguiente, resulta inútil y superflua la exigencia de la interpelación, que la mayor parte de los profanos ignoran, perjudicándose indebidamente sus intereses. Además, en las relaciones surgidas del trato corriente entre deudor y acreedor, no resulta simpático un requerimiento formal; cumplido el plazo, el deudor suele encontrar excusas para su demora, que el acreedor tolera para no llevar las cosas al extremo de una reclamación legal. Es injusto que esa tolerancia y

buena voluntad lo perjudique, privándolo de percibir intereses o de beneficiarse con cualquiera de las restantes consecuencias de la mora (Borda, 1998, T. I, p. 56-57).

Por otra parte, el artículo 341 del Código Civil, prevé el sistema de *mora automática* para los casos especialmente allí determinados, donde la constitución en mora del deudor tiene efecto sin necesidad de intimación, es decir, por sí sola con la verificación del presupuesto legal establecido. En estos casos, se dispensa al acreedor de la carga de la interpelación por especiales razones tomadas en cuenta por el legislador. Por ejemplo, cuando el deudor declara por escrito que no quiere cumplir la obligación, no es lógico esperar una ejecución tardía de la prestación; o cuando la deuda proviene de hecho ilícito, el deudor es indigno, no merece, el *favor debitoris* (Galgano, 2011). La mora automática, en principio, produce los efectos típicos de la constitución en mora; empero, no es idónea para interrumpir el cómputo del plazo de la prescripción del derecho, requiriéndose, para tal efecto, la *interpelación* al deudor (Boeri, 2009).

Constituida legítimamente la *mora del deudor*, se producen efectos de orden conservatorio y resarcitorio en virtud de los artículos 342, 347, 414 y 1503 del Código Civil:

a) Opera la transmisión del riesgo del acreedor al deudor, conocida como *res perit debitori*. En caso de que, después de la mora, la prestación se torne imposible por una causa no imputable al deudor, la obligación no se extingue, sino se transmuta en el deber de resarcir el daño, operando la *perpetuatio obligationis*. 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).

b) Se interrumpe el plazo de prescripción de la obligación y, en consecuencia, se inicia un nuevo cómputo, quedando sin efecto el tiempo transcurrido anteriormente.

c) En las obligaciones pecuniarias, comienzan a devengarse los *intereses legales moratorios* a favor del acreedor, inclusive si la deuda es ilíquida. Esta regla rige aún no se hubieran debido intereses anteriormente y el acreedor no justifique haber sufrido algún daño.

Por otra parte, debemos considerar que las *obligaciones negativas* no admiten retraso, cualquier hecho que las contravenga importa incumplimiento definitivo de la prestación y, por ello, son inaplicables las disposiciones sobre la mora, tal como dispone el artículo 343 del Código Civil.

Finalmente, diremos que

la mora del deudor cesa por cumplimiento de la obligación, por haberse hecho imposible el cumplimiento de la obligación y por renuncia del acreedor de los beneficios y efectos de la mora. El principio general es que la cesación de la mora no deja sin efecto las consecuencias que ella había ya producido y que sólo impide que éstas se sigan produciendo en el futuro” (Borda, 1998, T. I, p. 75).

No obstante, se debe aclarar que la tolerancia del retraso posterior a la mora, no autoriza a atribuirle el significado de una renuncia tácita.

8. El daño patrimonial automático en las obligaciones pecuniarias

El daño constituye el fundamento de toda responsabilidad civil, tanto así que no hay acción posible si no existe perjuicio. Además, el daño es la medida del resarcimiento: “todo el daño, pero nada más que el daño” (le Tourneau, 2004, p. 68), es la máxima que gobierna la reparación integral.

En su raíz romana, la idea que origina la noción de daño se agota en la rotura física de un bien. Para indicar el resarcimiento del daño, se utilizaba el verbo *sarcire*, que significa, literalmente, poner las piezas juntas de nuevo. Así, se aprecia cómo, en su génesis, estaba en juego el problema de la rotura y eventual reposición física de la propiedad y no el tema del resarcimiento económico. Ya con la Ley de las XII Tablas, con relación al *furtum*, se constata el uso de *damnum* como pena procesal que debía pagarse para evitar la destrucción física del culpable. Esta evolución muestra cómo, ya en esta época, *damnum* expresa no sólo la violación de la integridad del objeto, sino, además, la entidad económica sustitutiva de la rotura física (Scognamiglio, 2009).

De los precedentes romanos deriva la *concepción real del daño*. Según esta línea de pensamiento, daño es la disminución de valor que sufre un bien a causa del incumplimiento contractual o del ilícito civil. En el caso de un hecho de tránsito, por ejemplo, el daño se traduciría en el menoscabo de valor que padece el automóvil. Conforme esta concepción, el límite del daño resarcible es el valor del bien, por ello, si el costo de reparación del automóvil supera la tasación del bien al momento del siniestro, tal costo no podría ser resarcido más allá del límite señalado.

Esta visión se explica por la centralidad que tuvo el *derecho de propiedad* en la fase preindustrial. En este periodo, caracterizado por una economía de base agrícola, la función de la responsabilidad civil fue, esencialmente, tutelar y controlar la propiedad. Esta circunstancia ayuda a comprender la razón por la cual el resarcimiento estaba circunscrito a la categoría de los derechos subjetivos absolutos. La revisión de este modelo es paralela a la pérdida de protagonismo del esquema propietario tradicional, derivado del advenimiento de la sociedad industrial, que requería tutela contra la actividad dañosa de terceros para proteger a la empresa en su nueva configuración: ya no en su base material propietaria, sino en el conjunto de relaciones jurídicas que la componen (Rodotà, 1984).

La concepción real asocia el daño a las consecuencias económicas sufridas por el bien y, por tanto, no considera que dicho bien está ligado a la totalidad del patrimonio de la persona, es decir, no tiene en cuenta la propagación del perjuicio. Entonces, siguiendo el ejemplo citado, sufriría el mismo daño tanto la persona que utiliza el automóvil como instrumento de trabajo como el sujeto que se sirve del bien a título de recreación, ya que esta perspectiva toma en cuenta sólo el daño patrimonial emergente, sin considerar la pérdida de ganancias (Caringella y Buffoni, 2018).

A partir de la pérdida de centralidad de la propiedad, la evolución del derecho privado llevó a preferir una *concepción patrimonial del daño*, que tiene en cuenta el valor que presentaba el interés lesionado, estimado no aisladamente, sino en relación al patrimonio del acreedor como universalidad jurídica.

Este entendimiento tiene su origen en la teoría llamada *Differenzhypothese*, cuya autoría se atribuye al jurista alemán Friedrich Mommsen; basada en un juicio hipotético que toma en consideración el patrimonio del acreedor antes y después del evento lesivo, afirmando que el daño es equivalente a la diferencia entre el valor del patrimonio del acreedor antes del hecho dañoso y el valor de éste después de acontecido el perjuicio. En este sentido, al resarcimiento se asigna la función de eliminar los *efectos económicos negativos* sufridos por el acreedor, requiriendo tomar en cuenta, además del daño emergente, la reintegración de las ganancias perdidas.

El daño entendido como efecto económico negativo, es decir, como sufrimiento patrimonial en cabeza del acreedor, recibió gran atención en diversos países y es el fundamento normativo de los artículos 344 y 994 de nuestro Código Civil, que acogen esta teoría con algunos correctivos orientados a limitar el daño resarcible a las consecuencias inmediatas y directas del incumplimiento o del ilícito. En este entendido, nuestras normas civiles vigentes consideran el valor que tiene el interés protegido para el sujeto en particular, o sea, una noción

subjetiva del daño, que requiere una cuantificación del perjuicio en el plano subjetivo, es decir, estimando no sólo el valor objetivo de mercado del bien o derecho lesionado, sino, además, el valor que los mismos revisten para el concreto acreedor. Así, retomando el ejemplo utilizado, la persona que se sirve del automóvil como instrumento de trabajo, recibirá una mayor indemnización que el sujeto que se sirve del bien a título de recreación.

En esta línea, el *daño resarcible* está conformado por dos elementos, señalados en las previsiones de los ya citados artículos 344 y 994 de nuestro Código Civil. Por una parte, el llamado *daño emergente*, que es la pérdida sufrida por el acreedor, esto es, la disminución patrimonial causada por el hecho ilícito o el incumplimiento de la obligación y; por otra parte, el denominado *lucro cesante*, entendido como la falta de ganancia sufrida por el acreedor, es decir, la desaparición de una esperanza legítima de obtener beneficios a causa del evento lesivo. Para mayor claridad, se ha dicho que la diferencia entre estos dos elementos del daño está en el hecho de que la pérdida sufrida corresponde a la lesión o detrimento de un valor que ya existía en el patrimonio del damnificado, mientras que el lucro cesante corresponde a ganancias futuras que el acreedor habría, presumiblemente, conseguido si no hubiera ocurrido el hecho ilícito o el incumplimiento de la obligación (Visintini, 1999; Bianca, 2012). En todo caso, no es inusual que un mismo evento lesivo ocasione, al mismo tiempo, daño emergente y lucro cesante (le Tourneau, 2004); así como que el lucro cesante pueda superar el valor de cambio de la cosa objeto del contrato incumplido, teniendo en cuenta su valor de uso (Galgano, 2011).

Ciertamente, a partir de la industrialización, donde se multiplicó la cantidad de daños, la concepción del perjuicio se fue ampliando hasta desbordar los confines meramente patrimoniales. Con frecuencia, no se trata de perjuicios materiales, sino de lesiones a intereses nuevos, frente a los cuales la autoridad judicial reacciona en tutela de la

renovada escala de valores acreditada por la sociedad de nuestros tiempos. En la actualidad, el daño ya no es un simple detrimento patrimonial, sino la *lesión de un interés protegido*, que puede causar o no consecuencias económicas. Por ejemplo, considérese los sufrimientos psíquicos de la víctima por la postración de su cuerpo a causa de un hecho de tránsito, que no comportan, necesariamente, un menoscabo patrimonial. De tal forma, la concepción del daño, para cierta parte de la doctrina contemporánea, se amplía y desmaterializa (Alpa, 2006).

Ahora bien, el artículo 347 del Código Civil, en atención a la particular naturaleza del dinero, obliga al deudor a resarcir el daño causado por el retraso en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias, aun cuando “el acreedor no justifique haber sufrido algún daño”. Se trata de una “modalidad resarcitoria que prescinde, totalmente, de la prueba del daño y que atribuye al acreedor el derecho a pretender los intereses moratorios, incluso en las hipótesis donde fuera incontrovertido que el acreedor no sufrió ningún daño” (Inzitari, 2009, p. 271).

Esta norma especial evidencia que nuestro legislador, siguiendo el modelo italiano, advirtió, acertadamente, que el retraso en el cumplimiento de las obligaciones que tienen por objeto una suma de dinero, genera un *daño automático* al patrimonio del acreedor. Esto se debe a que

la tendencia en todo el mundo, en éstos últimos años (...) ha sido la misma, los precios tienden a subir y el poder de adquisición de la moneda a declinar a un ritmo errático e incierto. Nada es perdurable; nada, excepto la inflación (Galbraith, 1976, p. 12).

Además, siendo que el dinero es un *bien fructífero*, la privación temporal de su disponibilidad ocasiona al acreedor pecuniario una falta de ganancia, representada por la ausencia de los frutos civiles que se debían producir.

9. El resarcimiento en las obligaciones pecuniarias

Se dice que “una persona es civilmente responsable cuando está obligada a reparar un daño sufrido por otro” (Mazeaud y Chabas, 1997, T. I, p. 463). En éste sentido, el artículo 339 del Código Civil prevé que “el deudor que no cumple exactamente la prestación debida está obligado al resarcimiento del daño”. Así, la norma acoge uno de los principios fundamentales de la llamada *responsabilidad contractual* que, en realidad, al estar ubicada en la parte general de las obligaciones, es aplicable ante el incumplimiento de *cualquier* prestación y no solamente aquellas de fuente contractual (Galgano, 2011).

Si el acreedor no contara con esta tutela jurídica, los acuerdos entre las partes se dificultarían por el temor que inspiraría el incumplimiento de la obligación, en desmedro de todo el sistema económico. Por tanto, “la responsabilidad contractual tiene la función de crear la atmósfera de confianza que es el presupuesto necesario para la estipulación de los contratos” (Trimarchi, 2010, p. 85). Sólo de esta manera, el acreedor puede programar y organizar el flujo de bienes y servicios, en modo eficiente, para la producción o la satisfacción de sus necesidades.

El artículo 344 del Código Civil dispone que “el resarcimiento del daño, en razón del incumplimiento o del retraso, comprende la pérdida sufrida por el acreedor y la ganancia de que ha sido privado”; consagrando así el denominado *principio de reparación integral*. Por este principio, el “acreedor debe ser resarcido de todos los perjuicios sufridos, para ser colocado en la misma situación en que se encontraría si la contraparte hubiera cumplido exactamente con su prestación” (Marella, 2009, p. 30).

En nuestro sistema de responsabilidad civil, el resarcimiento se realiza mediante el pago de una suma *equivalente* al daño sufrido o, cuando sea posible, el perjudicado puede pedir se efectúe en *especie*, es decir, a través de la restauración material de la situación anterior al evento dañoso.

Ahora bien, el artículo 347 del Código Civil es una *norma especial* que contiene reglas propias sobre como resarcir el incumplimiento de las obligaciones pecuniarias. El precepto central dispone que “el resarcimiento por el retraso en el cumplimiento sólo consiste en el pago de los intereses legales desde el día de la mora”. Como se expresó, en virtud del artículo 414 del Código Civil, el interés legal es del seis por ciento anual y se devenga *de pleno derecho* desde que el deudor queda constituido en mora. Estos intereses moratorios, que aplican como resarcimiento por el retraso, son siempre debidos, rigen aun cuando el acreedor no pruebe haber sufrido algún daño, pues, “siendo el dinero un bien que, por su naturaleza, produce intereses, su falta de pago genera, en consecuencia, un daño automático al acreedor” (Galgano, 2011, p. 100). En virtud del artículo citado, los intereses moratorios se pagan “aun cuando anteriormente no se hubieran debido” y “si antes de la mora se debían intereses en medida superior a la legal, se deberán los intereses moratorios en la misma medida, siempre que se encuentren en los límites permitidos”.

El artículo bajo análisis, en otras palabras, establece que el deudor pecuniario que incumple, adeuda a su acreedor, además de la suma originaria de dinero, también, un monto adicional en concepto de intereses, que se cuantifica por el tiempo transcurrido desde el día de la mora hasta la fecha en que se produce el cumplimiento tardío, con total prescindencia de la prueba del daño.

Citando al profesor Trimarchi (2010), finalmente, diremos que esta

regla está inspirada en una exigencia de simplificación y fundada en la consideración obvia de que la disponibilidad retrasada de una suma de dinero implica, normalmente, un daño, y está dirigida a favorecer, en caso de duda, al acreedor, en lugar de al deudor que incumple (p. 153).

10. Conclusiones

Sobre la base de los desarrollos precedentes, llegamos a las siguientes conclusiones:

- a) El capítulo III del libro tercero del Código Civil contiene normas generales y comunes para todas las obligaciones, relativas a la responsabilidad del deudor y la mora, mientras diferencia la disciplina concerniente al resarcimiento del daño en las obligaciones pecuniarias a través del artículo 347 del Código Civil.
- b) En las obligaciones pecuniarias, en caso de retraso en el cumplimiento, el resarcimiento sólo consiste en el pago de los intereses legales desde el día de la mora.
- c) Estos intereses moratorios son siempre debidos, devengan aun cuando anteriormente no se hubieran previsto y el acreedor no pruebe haber sufrido algún daño, porque nuestro legislador entendió que el retraso en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias genera un daño automático al patrimonio del acreedor.
- d) El interés legal es del seis por ciento anual y se devenga de pleno derecho desde que el deudor queda constituido en mora.
- e) Si antes de la mora se debían intereses en medida superior a la legal, se deberán los intereses moratorios en la misma medida, siempre que se encuentren en los límites permitidos.

11. Referencias

- Albaladejo Manuel (2011), *Derecho Civil*, T. II, Madrid, Edisofer S.L.
- Alpa Guido (2006), *Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil* (Leysser L. León Trad.), Lima, Jurista Editores (Obra original publicada en 1999).
- Alterini Atilio Anibal y López Cabana Roberto M. (1999), *Temas de Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Ciudad Argentina.
- Bianca Cesare Massimo (2007), *Derecho Civil. El Contrato* (Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés Trad.), Colombia, Universidad Externado de Colombia.
- Bianca Cesare Massimo (2012), “Diritto Civile. La Responsabilita” [Derecho Civil. La Responsabilidad], T. V, Milano, Giuffrè Francis Lefevre.
- Boeri Elisa (2009), “La responsabilità per ritardo e la mora del debitore” [“La responsabilidad por retraso y la mora del deudor”], en Visintini Giovanna (Dir.), *Trattato della Responsabilità Contrattuale* [Tratado de la Responsabilidad Contractual], Volume Terzo, Milano, CEDAM.
- Borda Guillermo Antonio (1998), *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, T. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- Breccia Umberto (1991), *Le Obbligazioni* [La Obligación], Milano, Guiffrè.
- Bustamante Alsina Jorge (1997), *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- Caringella Francesco y Buffoni Luca (2018), *Manuale di Diritto Civile* [Manual de Derecho Civil], Roma, DIKE Giuridica Editrice.
- Chiné Giuseppe, Frantini Marco y Zoppini Andrea (2019), *Manuale di Diritto Civile* [Manual de Derecho Civil], Lavis, Nel Diritto Editore.

- Cian Giorgio y Trabucchi Alberto (2018), *Commentario Breve al Codice Civile* [Comentario Breve al Código Civil], Milano, Wolters Kluwer CEDAM.
- Díez-Picazo Luis y Gullón Antonio (2005), *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, Madrid, Tecnos.
- Galbraith John Keneth (1976), *Dinero, de dónde viene ... adónde va*, México, Editorial Diana.
- Galgano Francesco (2011), *Le obbligazioni in generale* [La obligación en general], Milano, CEDAM.
- Gambaro Antonio (2017), *La proprietà. Beni, proprietà e possesso* [La propiedad. Bienes, propiedad y posesión], Milano, Giuffrè Editore.
- Inzitari Bruno (2009), “Le Obbligazioni Pecuniarie: Inflazione e Maggior Danno” [“Las Obligaciones Pecuniarias: Inflación y Mayor Daño”], en Visintini Giovanna (Dir.), *Trattato della Responsabilità Contrattuale* [Tratado de la Responsabilidad Contractual], Volume Primo, Milano, CEDAM.
- Iudica Giovanni y Zatti Paolo (2019), *Linguaggio e Regole del Diritto Privato* [Lenguaje y Reglas del Derecho Privado], Milano, Wolters Kluwer CEDAM.
- Landoni Sosa Ángel (2012), *Código General del Proceso. Comentado, anotado, con jurisprudencia*, Volumen 3B, Buenos Aires-Montevideo, Editorial B de F.
- Larroumet Cristian (1999), *Teoría General del Contrato* (Jorge Guerrero R. Trad.), Volumen I, Bogotá, Temis.
- Le Tourneau Philippe (2004), *La responsabilidad civil* (Javier Tamayo Jaramillo Trad.), Bogotá, LEGIS (Obra original publicada en 1972).
- Marella Maria Rosaria (2009), “Il risarcimento per equivalente e il principio della riparazione integrale” [“El resarcimiento por

equivalente y el principio de la reparación integral”], en Visintini Giovanna (Dir.), *Trattato della Responsabilità Contrattuale* [Tratado de la Responsabilidad Contractual], Volume Terzo, Milano, CEDAM.

Mazeaud Henry, Mazeaud Jean, Mazeaud León y Chabas François (1999), *Derecho Civil. Obligaciones* (Luis Andorno Trad.), T. I, Buenos Aires, Zavalía.

Rodotà Stefano (1984), “Modelli e funzioni della responsabilità civile” [“Modelos y funciones de la responsabilidad civil”], en Alpa Guido y Marella Maria Rosaria (Comp.), *Critica del diritto privato. Editoriali e saggi de la Rivista Critica del Diritto Privato* [Crítica del derecho privado. Editoriales y ensayos de la Revista Crítica del Derecho Privado], Napoli, Jovene Editore.

Ruiz Castellanos Gerardo (2018), “El incumplimiento de la obligación atribuible a imposibilidad de ejecutar la prestación por causa no imputable al deudor, en el sistema de responsabilidad del Código Civil boliviano, vigente desde 1976”, *Revista de Derecho de la UCB – UCB Law Review*, Revista 3, 2018, pp. 45-80, ISSN 2523-1510 (en línea), ISSN 2521-8808 (impresa).

Sandel Michael (2012), *What money can't buy: the moral limits of markets* [Lo que el dinero no puede comprar: los límites morales de los mercados], New York, Farrar, Straus and Giroux.

Santoro-Passarelli Francesco (2012), “Dottrine Generali del Diritto Civile” [Doctrinas Generales del Derecho Civil], Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene.

Scognamiglio Claudio (2009), “Il sistema italiano in materia di risarcimento del danno contrattuale” [“El sistema italiano en materia de resarcimiento del daño contractual”], en Visintini Giovanna

- (Dir.), *Trattato della Responsabilità Contrattuale* [Tratado de la Responsabilidad Contractual], Volume Terzo, Milano, CEDAM.
- Soligo Schuler Nicolás A. (2004), *Etimologías de Derecho Civil*, Buenos Aires, Ad-Hoc.
- Torrente Andrea y Schlesinger Piero (2015), *Manuale di Diritto Privato* [Manual de Derecho Privado], Milano, Giuffré Editore.
- Trimarchi Pietro (2010), “Il contratto: inadempimento e remedi” [El contrato: incumplimiento y remedios], Milano, Giuffré Editore.
- Villegas Carlos Gilberto (2007), *Las Garantías del Crédito*, T. I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.
- Villegas Carlos Marcelo y Villegas Carlos Gilberto (2001), *Aspectos Legales de las Finanzas Corporativas*, Madrid, Dykinson.
- Visintini Giovanna (1999), *Tratado de la Responsabilidad Civil* (Aida Kemelmajer de Carlucci Trad.), T. I y II, Buenos Aires, Editorial Astrea (Obra original publicada en 1996).

Artículo de opinión sin revisión por pares académicos

Opinion article without academic peer review

¿Modificaciones al Código Civil Boliviano?

Reforms to the Bolivian Civil Code?

MARIO CORDERO MIRANDA*

Primera parte Introducción

1. Antecedentes del Código Civil de 1975

El comentario que nos provoca el desarrollo de este tema, tiene su origen en una nota del Ministerio de Justicia en respuesta a otra igual de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas por la que se solicitaba conocer el grado de avance de la redacción de un nuevo Código Civil. En su respuesta, el titular de dicho Portafolio de Estado se limitó a hacer conocer que la Gaceta Oficial el año 2018 ya había publicado oficialmente el texto del Código Civil, del que se suponía tratarse de un nuevo código, toda vez que el Ministerio de Justicia había conformado para tal efecto una comisión redactora, y que, por el hermetismo que rodeó su cometido, poco o nada se conoció de su avance. Empero, grande fue la sorpresa porque una vez conocida la Gaceta que publicó el texto del Código del mes de julio del pasado

* Académico Fundador y Past Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas, Académico Correspondiente de la Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Políticas, Past Presidente de la Confederación Nacional de Profesionales, ex Catedrático de Derecho Civil en Universidades Nacionales. ORCID <https://orcid.org/0000-0003-3617-4224>

Contacto: mariocorderomiranda@gmail.com

Revista de Derecho de la UCB – *UCB Law Review*, Vol. 4 N° 6, abril 2020, pp. 133-162 (artículo de opinión) ISSN 2523-1510 (en línea), ISSN 2521-8808 (impresa).

año 2018, se pudo evidenciar que se trataba del mismo Código Civil promulgado el 6 de agosto de 1975 con el Decreto Ley 12760 durante la presidencia de Hugo Bánzer Suárez.

En contrapartida, por la mencionada publicación oficial del Código también se pudo conocer que mediante Ley 1071 de 18 de junio del pasado año 2018, promulgada por José Alberto Gonzales Samaniego cuando se desempeñaba como Presidente en Ejercicio del Estado Plurinacional, se elevó a rango de ley de la república el Código Civil de 1975. Esta medida era reclamada constantemente por la comunidad jurídica, teniendo en cuenta que éste es el código rector del ordenamiento jurídico civil, cuya importancia lo sitúa en el orden normativo interno inmediatamente después de la Constitución Política, entendida como la norma suprema del ordenamiento jurídico nacional.

El Código Civil publicado por la Gaceta Oficial el pasado año 2018, como se pudo conocer, mantiene y respeta *in totum* el contenido normativo del Código Civil promulgado durante el gobierno de Banzer, pues no existe nada nuevo en el mismo, menos se encuentra ningún aporte de la comisión redactora antes citada. Por el contrario, el prolijo estudio y revisión de su texto demuestra que por leyes y decretos promulgados y dictados en forma posterior a 1975, solo se derogaron y *modificaron*, según el término utilizado en cada caso, diecisiete artículos pero sin variar sustancialmente su sentido normativo, además de agregar nuevos numerales a tres artículos, que es lo único novedoso.

A 44 años de vigencia del Código Civil promulgado en 1975, se puede afirmar de modo categórico que las pocas modificaciones introducidas en su texto, no constituyen ninguna modificación y menos algún aporte que pueda suponer la actualización del cuerpo preceptivo del Código; en suma, no se trata de un nuevo Código Civil.

Con estas aclaraciones y considerando la jerarquía normativa del Código Civil, ahora elevado a ley, es del caso analizar de manera previa

y somera sus antecedentes históricos, así como los principios y líneas fundamentales que orientaron la elaboración tanto del primer Código como del actualmente vigente, como obligado reconocimiento a la personalidad de sus ilustres redactores.

En relación al primer Código Civil, el panorama histórico muestra que, proclamada la independencia de la república el 6 de agosto de 1825, seguían vigentes en el país las leyes castellanas. Posteriormente, durante la presidencia del Mariscal Andrés de Santa Cruz, se constituyó la Comisión redactora del Código Civil integrada por los Drs. Manuel María Urcullu, Casimiro Olañeta, Manuel José de Antequera y José María de la Lloza. No se conoce el plan de trabajo de la Comisión codificadora por cuanto no existe ningún archivo de sus documentos. Si bien es cierto que el Mariscal de Santa Cruz fue un firme impulsor de esta obra, empero no participó en su redacción y discusión, como sostienen algunos autores nacionales. Cuando la obra estuvo concluida, mediante nota del 11 de diciembre de 1830 suscrita por Manuel María Urcullu dirigida al Secretario General de la Presidencia, se pidió que el flamante Código sea elevado a consideración de S.E. el Jefe Supremo de la República, como así entonces se lo llamaba, la que fue respondida indicando que el Presidente no pudo “hacer un concepto cabal de la obra”, pero que concurriría personalmente a las “deliberaciones” que demanden su estudio. Sin embargo, como se sostiene en el *Informe sobre el Código Civil Boliviano* publicado por el Dr. Pastor Ortiz Mattos “[p]arece que, en realidad, el Presidente se reunió con los miembros de la Comisión sólo una vez, para informarse sobre el estado del trabajo”.

Las fuentes de este Código fueron el Código Civil Napoleón de 1804 y el Derecho Castellano, principalmente las Siete Partidas de Alfonso el Sabio, la Novísima Recopilación de 1805 así como las Leyes de Toro y las de Estilo, de cuya suerte y fusión legislativa nació un Código Civil con un cuerpo normativo que mostraba muchas contradicciones. Se omitieron muchos artículos del Código Napoleón, ocasionando vacíos

normativos, y en repetidos casos, por la mala traducción del original francés, varios artículos fueron redactados con soluciones contrarias a las previstas en el Código Napoleón.

La experiencia emergente de la aplicación del Código de 1831 de a poco fue generando voces que reclamaban la necesidad de su reforma, lo que dio lugar a muchas iniciativas que en algunos casos se pudieron concretar, como ocurrió con el Código Civil Ballivián de 1845 y que en otros casos no dejaron de ser meros proyectos. Durante la presidencia del nombrado Gral. José Ballivián y Segurola se promulgó un nuevo Código Civil, que entró en vigencia el 18 de noviembre de 1845 con motivo del aniversario de la Batalla de Ingavi, pero que tuvo una corta vigencia porque fue abrogado por la ley de 11 de noviembre del siguiente año 1846 que puso nuevamente en vigencia el Código Civil Santa Cruz.

El Código Civil de 1831 tuvo una larga vigencia, siendo de destacar que durante su dilatada vida se conocieron varios proyectos para su sustitución, como el Código de 1856 proyectado por los Dres. Casimiro Olañeta, Tomás Frías, Evaristo Valle, Manuel Sánchez de Velasco, Manuel Buitrago y Dionisio Barrientos, que también se encontraba inspirado en el Código Napoleón.

No podemos dejar de mencionar el Proyecto de Código Civil elaborado por el Dr. Demetrio Toro en diciembre de 1919, que no obstante estar basado en las legislaciones más avanzadas de la época, como los Códigos civiles de Alemania y Suiza y haber sido publicado para su estudio, nadie se ocupó del mismo.

Otro importante aporte es el Anteproyecto de Código Civil elaborado por el ilustre juriconsulto español Angel Ossorio y Gallardo en 1941, quién, por encargo del Gobierno presidido por el Gral. Enrique Peñaranda, cumplió su cometido desde la ciudad de Buenos Aires donde se encontraba residiendo. Como quiera que Ossorio nunca conoció nuestro país, la obra fue elaborada a distancia y por lo mismo

resultó ajena al pensar y a las necesidades normativas que respondan a nuestra realidad social. Este anteproyecto fue editado en 1943 y, no obstante tratarse de un proyecto que recogió lo mejor del pensamiento jurídico plasmado en los Códigos Alemán y Suizo, nadie se ocupó de estudiarlo y menos el Parlamento que era el llamado a hacerlo, por lo que pronto cayó en el olvido.

Por su importancia, entre los aspectos más relevantes de este Anteproyecto se pueden citar los siguientes. A modo de presentación, el proyectista comienza aclarando que

no faltaran gentes que juzguen este trabajo con prevención, reputándolo un tanto revolucionario. Ello sería un bien legítimo pues no menos que una revolución total es lo que el mundo atraviesa, más no dejaría de resultar extraño siendo el autor de la obra de un temperamento conservador.

Aunque la obra carece de exposición de motivos, al pie de cada artículo acompaña notas explicativas como técnica normativa que suple la ausencia anotada. La revalorización de la moral es un propósito fundamental del anteproyecto en su contenido normativo. Como justificación de su posición Ossorio dice:

no se tolerarán excesos de poder pero los reconocidos estarán enérgicamente salvaguardados. Con ese mismo sentido acorto la distancia clásica entre la Moral y el Derecho, procurando que en la moral se apoyen todas las obligaciones y, aún mejor dicho, todos los institutos de la rama civil,

agregando este autor que si el juez se encontrare en conflicto de conciencia con los textos de la ley, debe abstenerse de sentenciar.

Por la orientación que sigue este anteproyecto, se ha dicho que se debate entre la realidad y la utopía. No obstante, consideramos que en el fondo es un excelente texto normativo actualizado a la altura de su época.

2. Bases y plan general del Código Civil

Con estos referentes históricos, corresponde analizar el Código Civil en actual vigencia. Durante la presidencia del gobierno militar del Gral. Hugo Bánzer Suárez, acogiendo el clamor de la comunidad jurídica, por decreto supremo (DS) de 23 de marzo de 1962 se dispuso la reforma integral de los códigos de la república, entre ellos del Código Civil. Este decreto posteriormente se complementó con el DS 10575 de 10 de noviembre de 1972 por el que se conformó la Comisión Redactora de un Proyecto para el Código Civil y otro para el Código de Procedimiento Civil. La comisión del Código Civil estuvo integrada por los más esclarecidos estudiosos de la época y quedó constituida de la siguiente manera: el Dr. Hugo Sandoval Saavedra como Presidente y como Vocales los Dres. Pastor Ortiz Mattos, Raúl Romero Linares y Oscar Frerking Salas, quienes en forma previa y en el mes de abril del siguiente año de 1973 hicieron conocer como tema preliminar, las líneas generales del nuevo código en el documento denominado *Bases y Plan General para la Reforma del Código*.

Después de dos años de arduo trabajo, el año 1975, la Comisión Redactora entregó el texto del nuevo Código Civil, en el que volcaron toda su sabiduría y reconocida capacidad, fruto de sus brillantes trayectorias en el desempeño de la cátedra y de la magistratura. Por decreto ley 12760 del 6 de agosto del mismo año, el gobierno del Gral. Bánzer promulgó el Código Civil como ley de la república, constituyéndose por sus bien logradas disposiciones normativas en un código de avanzada que, por tales razones, sigue vigente hasta el presente.

No se puede ignorar las bases doctrinales que orientaron la redacción de este Código, que se sustentan en dos principios fundamentales: a) el principio de libertad traducido en la libertad de propiedad, libertad contractual y libertad de testar, y b) el principio de igualdad formal ante la ley.

Principio de libertad. Se entiende en sentido que la libertad debe tener un contenido social que no es absoluto, sino que la libertad debe

reconocer razonables limitaciones que se encuentren en armonía con el interés de la comunidad y la seguridad del Estado, evitando los excesos que la desvirtúen y dotando al principio de igualdad de un contenido humano que vitalice su concepto formal.

Considerando que la Constitución Política es la base y fundamento del sistema jurídico, por este principio se sostiene que la orientación, los fundamentos y los institutos regulados por el nuevo Código deben sustentarse en las líneas fundamentales trazadas por el ordenamiento constitucional, tales como el valor y dignidad del ser humano o el respeto a los derechos y deberes fundamentales proclamados por la Constitución.

Principio de igualdad ante la ley. Este principio tiene como finalidad vitalizar el respeto al valor y dignidad del ser humano sustentados en la observancia de los derechos y deberes fundamentales, la democracia, la igualdad, el orden y la seguridad jurídica, para de tal manera posibilitar la justicia social.

De este importante principio se desprenden estos otros:

a) Principio de personalidad humana. Conforme a este principio, el ser humano por razón de su dignidad está dotado de libertad y autonomía para el ejercicio de sus derechos, sin distinción de sexo, nacionalidad, raza, credo político o religioso, cuyo irrestricto ejercicio se reconoce tanto en favor de las personas individuales como de las personas colectivas.

Este principio se organiza partiendo de la elemental distinción entre personas individuales y colectivas. En el caso de las personas individuales, los derechos se formulan buscando como objetivo fundamental su protección física y ética en el seno de la comunidad social. En el caso de las personas colectivas, sus derechos se formulan a través de un régimen general previsto para las asociaciones y fundaciones.

b) Principio de propiedad privada. Por este principio se reconoce a las personas la plena facultad de adquirir la propiedad, tanto en su condición de personas particulares así como de miembros de la familia.

En el sistema del Código Civil en armonía con la Constitución Política, la propiedad se regula como un poder jurídico que permite usar, gozar y disponer de una cosa en forma compatible con el interés colectivo, observando las limitaciones que previene el ordenamiento jurídico, resaltando que la propiedad debe cumplir una función social, de la misma manera que el propietario no puede ejercer su derecho en forma contraria al fin económico o social en vista al cual se le ha conferido el derecho.

Si bien la propiedad ha sido regulada como un derecho que faculta al titular a ejercer un derecho pleno de manera exclusiva sobre la cosa sujeta a su dominio, se ha cuidado que el libre arbitrio del propietario se encuentre limitado por el ordenamiento jurídico y sin que tales limitaciones afecten al derecho mismo de propiedad. Las limitaciones son inmanentes a la propiedad en cuanto determinan su contenido normal, es decir, la propiedad no concede facultades absolutas al titular sino dentro de los límites fijados *a priori* por el ordenamiento jurídico, cuya inobservancia determina la expropiación, en la que su procedencia está condicionada a una justa y previa indemnización.

De esta manera, el Código Civil regula a la propiedad como un derecho absoluto e inviolable al servicio de su titular, que si bien está garantizada por el ordenamiento jurídico del cual recibe protección y amparo, pero no de una manera incondicionada, sino siempre que su ejercicio se armonice con la obligada observancia del interés colectivo.

En suma, no se puede negar que el Código Civil, siguiendo las huellas de su principal modelo, el Código Francés de 1804, reguló la propiedad y los derechos reales sobre la cosa ajena con un fuerte criterio individualista.

c) Principio de libertad o autonomía negocial. Consiste en la amplia facultad que tiene la persona para regular, por su soberana voluntad, sus intereses y para la celebración de contratos y negocios jurídicos

dentro del marco permitido por ley. Este principio es la máxima expresión de la libertad contractual que faculta a las partes a determinar libremente el contenido de los contratos así como acordar otros diferentes a los previstos por el Código, con obligada observancia de las limitaciones previstas por la ley para la realización de intereses dignos de protección jurídica.

Sin embargo, se debe considerar que en la realidad negocial este principio choca contra las desigualdades sociales y económicas que niegan la igualdad formal de las partes, de cuya consecuencia el más débil queda sujeto al dominio del más fuerte que impone las condiciones contractuales. El paso de los tiempos desde la vigencia del Código hasta los actuales, se ha encargado de demostrar la necesidad de encontrar un mecanismo que garantice la plena igualdad contractual de las partes, a través de limitaciones razonables que garanticen su equilibrio real como expresión cierta de la justicia contractual, mediante la adecuada protección al contratante más débil, buscando que el contrato no se convierta en un instrumento de opresión, lo que abre cauces al nacimiento de un nuevo derecho contractual de contenido social.

La regulación de los actos jurídicos en el contenido normativo del Código ha seguido una metodología conforme a la cual se ha hecho una necesaria reordenación, ocupándose primero de las obligaciones deslindándola de los contratos, aunque es de lamentar que no se haya introducido un capítulo especial que se ocupe de la figura del negocio jurídico como una *subespecie* del acto jurídico, que en los tiempos que corren ha alcanzado gran importancia y que, en armonía con la etapa del esclarecimiento terminológico, permita diferenciarlo del acto jurídico, en el que el agente ha querido realizar el acto, pero que se desentiende de si el agente quiso o no sus efectos, mientras que en el negocio jurídico el autor quiso determinar de manera antelada los efectos jurídicos del acto que la ley los tiene especialmente en cuenta.

Para los autores alineados con la doctrina tradicional, la distinción entre acto y negocio jurídico simplemente es una cuestión de *sinonimia*

conceptual. De nuestra parte, intentando una distinción, podemos decir que tanto el acto como el negocio jurídico son *especies* del hecho jurídico; a su vez, el negocio jurídico es una *subespecie* del acto jurídico.

No es tema de este estudio detenernos en establecer las diferencias entre acto y negocio jurídico, sino específicamente señalar que, tomando en cuenta la exclusión del negocio jurídico, el Código en su primera parte se ocupa de las obligaciones en general, regulando sus efectos para luego ocuparse de su cumplimiento o extinción, incluyendo las reglas del pago, su incumplimiento, su extinción y su transmisión tanto desde el punto de vista del activo como del pasivo, desarrollando además de manera particular algunos tipos de obligación, como las obligaciones de sumas de dinero, alternativas, mancomunadas y solidarias, divisibles e indivisibles, con excepción de las obligaciones sujetas a condición y a plazo, que se regulan como modalidades del acto jurídico.

Posteriormente, en su parte general, el Código se ocupa del contrato, sus efectos e interpretación, así como de la cesión del contrato, las arras y la cláusula penal, la promesa por tercero y el contrato a favor de tercero, la rescisión de contratos concluidos en estado de peligro o por efecto de la lesión, la resolución de los contratos por incumplimiento, por imposibilidad sobreviniente y por excesiva onerosidad.

En la parte segunda se han regulado los contratos en particular, como la venta, permuta, donación, arrendamiento, sociedades, mandato, depósito, secuestro, albergue, préstamo o comodato.

En la parte tercera, el Código tiene el acierto de establecer la voluntad unilateral como fuente de las obligaciones, ocupándose sucesivamente del enriquecimiento ilegítimo, el pago de lo indebido y la gestión de negocios, para culminar ocupándose del delito y el cuasidelito que se mantienen como fuentes de las obligaciones bajo la denominación genérica de hechos ilícitos.

d) Principio de transmisión patrimonial por causa de muerte. Este principio se justifica como un reconocimiento de la ley a la prolongación de la autonomía privada más allá de la vida, traducida en la voluntad del testador que se expresa en la sucesión testamentaria y en la voluntad presunta en el caso de la *ab-intestato*.

La transmisión patrimonial se caracteriza porque:

- a) Se orienta a la conservación de la sucesión intestada como también de la testada o testamentaria como formas de transmisión patrimonial, destacando la primera por ser la más común en nuestra realidad.
- b) Se mantiene el sistema legitimario, es decir, la determinación de la legítima de los descendientes, de los ascendientes y del cónyuge o conviviente supérstite.
- c) En el orden sucesorio legal, la herencia se defiere a los descendientes, a los ascendientes, al cónyuge o conviviente, a los parientes colaterales y al Estado.

3. El Anteproyecto de Código Civil Boliviano Reformado de 1997

Pasado el tiempo, 22 años después de la vigencia del Código de 1975, cuando se desempeñaba como Ministra de Justicia y Derechos Humanos la Dra. Ana María Cortés de Soriano, confrontando el constante avance del pensamiento jurídico y en particular del derecho civil, mediante resolución ministerial de fecha 30 de octubre de 1997, en ejercicio de sus competencias para promover la sistematización y actualización del ordenamiento jurídico nacional y de las atribuciones que le confería el Art. 99 de la Constitución Política del Estado de ese entonces, conformó una comisión encargada de la revisión y actualización del Código Civil, la misma que quedó integrada por los Dres. Pastor Ortiz Mattos, Oscar Frerking Salas, Enrique Díaz Romero y el suscrito, Mario Cordero Miranda.

Es necesario destacar que para esta designación se tuvo el acierto de lograr el inapreciable concurso de los Dres. Pastor Ortiz Mattos y Oscar Frerking Salas, quienes en 1975, como se tiene dicho, formaron parte de la comisión redactora del Código Civil en actual vigencia, habiendo sido un privilegio para el suscrito compartir inquietudes de estudio y trabajo con los más esclarecidos civilistas del país. El invalorable concurso de tan notables personalidades que, con su sabiduría y al mismo tiempo ponderable humildad, aportaron con sus profundos conocimientos para la modernización del Código, alternados con los avances del pensamiento jurídico en materia civil sustentados por quienes éramos los otros miembros de la comisión, permitieron que finalmente en octubre de 1999 se entregue el fruto de un profundo y medular trabajo con el *nomen* de *Código Civil Boliviano Reformado*.

Los miembros de la comisión para encarar la elevada responsabilidad del trabajo encomendado, optamos por distribuir el contenido preceptivo del Código entre todos los comisionados para que en forma individual se desarrolle la parte que a cada uno nos fue asignada, para posteriormente reunirnos en forma periódica en la ciudad de Sucre con el objeto de coordinar los avances del trabajo, donde en reuniones plenarias se aprobaron las correcciones, mejoras y nuevos contenidos normativos, todo dentro del marco de conservar la misma estructura jurídica del Código, pero también con la facultad de crear nuevos párrafos, incorporando las soluciones jurídicas correspondientes que así lo exigía la modernización de la reforma. De esta manera el trabajo encomendado fue cumplido en dos niveles de actividad jurídica:

- a) En el fondo, introduciendo nuevas soluciones jurídicas al contenido normativo del Código basadas en el estudio de la legislación comparada y en la experiencia y crítica nacionales.
- b) En la forma, con la incorporación de aclaraciones o complementaciones necesarias, con el objeto final que el Código sea impecable en todo concepto.

Definido el plan de trabajo, los profesores comisionados para la revisión y actualización del Código optamos por una reforma integral respetando los principios, ideas y valorizaciones de tipo social ocurridos en el país después de la Guerra del Chaco que se plasmaron en las Constituciones de 1938, 1945, 1947, 1961, 1967 y 1994.

Las reformas al Código mantuvieron en lo sustancial los institutos de la personalidad humana, propiedad privada, libertad negocial y transmisión patrimonial por causa de muerte, trabajo que estimado en cifras porcentuales permite señalar que el Código Civil fue reformado en el 68% de su cuerpo normativo, o sea que se modificaron 1071 artículos, en tanto que 497 equivalentes al 31.8% no fueron modificados.

Este importante proyecto de Código Civil se encuentra precedido de una *exposición de motivos* fechada en septiembre de 1999, cuya Parte I se ocupa de *La reforma del Código Civil Boliviano*, en la que se deja constancia de haberse tomado en consideración los principales códigos extranjeros, como la legislación sajona con los Códigos Alemán y Suizo, y especialmente los últimos del orbe latino conocidos en esa época, como son los códigos civiles entonces vigentes del Perú, Paraguay y Uruguay y los Anteproyectos del Brasil y de la Argentina. La comisión redactora, teniendo presente en todo momento que se nos encomendó un trabajo de *reforma* y no el de proponer un nuevo Código, como cuestión de ordenamiento de su labor acordó mantener la misma distribución de libros y orden numeral de sus artículos, además de incorporar cuando el caso lo ameritaba nuevos párrafos a su contenido, y en el caso especial del libro tercero que se ocupa de las obligaciones, se lo dividió en cuatro partes que se ocupan de: 1°) de las obligaciones en general, 2°) de los contratos en general, 3°) de los contratos en particular y 4°) de las obligaciones contractuales, en lugar de las dos partes actuales que se ocupan de las obligaciones en general y de las fuentes de las obligaciones.

La Parte II se refiere a la *Justificación de las reformas*, con una sistemática que responde a la fundamentación jurídica y doctrinal de

cada uno de los artículos reformados. Tratándose de un vasto tema que comprende la totalidad de los artículos modificados que alcanzan a 1071, nos privamos de referirnos a cada uno de los mismos, porque además este tema no constituye el objeto del presente trabajo.

La Parte III, por su innegable importancia, determinó la necesidad de transcribir *in extenso* las *Bases y plan general para la redacción del Proyecto de Código Civil Boliviano* de abril de 1975.

La Parte IV reproduce las *Palabras Finales* del entonces Ministro de Justicia y Derechos Humanos.

El *Anteproyecto del Código Civil Boliviano Reformado*, que fuera elevado al Congreso de la república para su correspondiente estudio y posterior aprobación, lamentablemente cayó en el olvido al chocar con el muro de la indiferencia o acaso negligencia de los legisladores de esa época, truncándose de esta manera la necesidad de contar con un código actualizado al avance del derecho civil de su época.

Segunda parte

Las modificaciones al código civil

Comenzamos manifestando nuestra complacencia y reconocimiento como un acierto legislativo el haberse elevado el Código Civil a la categoría de ley, lo que ha determinado que el Código, por imperio del Art. 410.II de la Constitución Política que fija los grados de primacía y de aplicación preferente de la Constitución, de los tratados internacionales y de las leyes y disposiciones legales enunciadas por el numeral 3 de este precepto, desde un estricto punto de vista jurídico, como ley del Estado, sea conceptualmente entendido, como un Código fundamental, del cual se han ido desprendiendo las restantes ramas del derecho privado y conservando en su seno lo que es fundamental del derecho privado, o sea el derecho que rige a las personas como tales, reglando sus relaciones con sus semejantes y con el Estado cuando éste

actúa en su condición de persona jurídica. De consiguiente, el derecho civil se ocupa del sujeto de derecho, o sea de la persona humana natural y de la jurídica; del objeto de los derechos, o sea de los bienes y de las cosas; de los actos y negocios jurídicos; de los derechos patrimoniales y, en particular, de la propiedad y de las sucesiones.

En este punto, es del caso anotar que no obstante que el Código a partir de la ley 1071 de 18 de junio del pasado año 2018 tiene la categoría de ley, sin embargo, como una curiosidad jurídica se puede anotar que por el decreto ley 12760 de 6 de agosto de 1975, dictado por el Gobierno de hecho del Gral. Hugo Bánzer, el Código ya fue promulgado en esa época como “Ley de la República” junto con el Código de Procedimiento Civil, como dice su artículo primero.

El estudio analítico de las disposiciones legales por las que se *modifica* (término que la Ley 1071 emplea en cada caso) el Código Civil, muestra que las llamadas *modificaciones* no han logrado, *strictu sensu*, *modificar* en absoluto el sentido jurídico de su cuerpo normativo, determinando en el mejor de los casos una suerte de nueva redacción de sus pocos artículos adecuada a las leyes modificatorias del Código, pero manteniendo inalterable el sentido jurídico de la correspondiente norma, por lo que podemos declarar de manera categórica que el Código Civil no fue modificado, según el mejor sentido de la palabra.

Con estas consideraciones preliminares, corresponde analizar cada una de las impropriamente llamadas *modificaciones* introducidas a su contexto.

4. La mayoría de edad

Como es de conocimiento general, la mayoría de edad se encuentra directamente vinculada con la persona a la que en función del transcurso del tiempo se le atribuye la condición de menor o mayor de edad.

En cuanto a la mayoría de edad, conforme disponía el Art. 4.I del Código Civil de 1975, ella se adquiría a los veintiún años cumplidos;

edad que, como se dice al pie de este artículo en la versión oficial del Código publicado el año 2018, fue modificada por la ley 2089 de 5 de mayo del 2000, que dispone que la mayoría de edad se adquiere a los dieciocho años cumplidos.

Empero, como dato curioso, se debe aclarar que por la ley 1615 de 6 de febrero de 1995 de *Adecuaciones y Concordancias de la Constitución Política* que introdujo las reformas constitucionales previstas por la ley 1585 de 12 de agosto de 1994, el Art. 41 de la Constitución Política del Estado modificó la edad para que las personas sean consideradas ciudadanas al cumplir 18 años. Sin embargo, como no se modificó la edad prevista en el Código Civil para adquirir la mayoría de edad, esta omisión dio lugar a que las personas para el ejercicio de sus derechos civiles sigan siendo menores de edad, o lo que es lo mismo decir, sean incapaces de obrar, gozando en cambio de plena capacidad para el ejercicio de sus derechos políticos.

La modificación para alcanzar la mayoría de edad se justifica plenamente y responde a las nuevas concepciones jurídicas sobre la mayoría de edad, que como inmediato efecto determina el cese de la patria potestad o de la tutela a que pudiera estar sujeta la persona, puesto que la mayoría de edad trae como inmediata consecuencia la capacidad de obrar que legitima al sujeto de derecho para realizar por sí mismo todos los actos de la vida civil. No obstante, existen limitaciones establecidas por el Código de cuya consecuencia la persona que goza de la capacidad de obrar, sin embargo no puede ejercitar ciertos derechos, como se presenta en el caso de los insanos mentales mayores de edad no declarados interdictos, los ciegos, los sordomudos y en suma los que por cualquier razón se encuentren privados de querer o entender, situación ésta que justifica se hubiera agregado como frase final del parágrafo II del Art. 4 modificado por la Ley 2089 la frase que dice: “salvo las excepciones establecidas por la ley”.

Con esta modificación, el nuevo texto del citado artículo dice:

Artículo 4.- (Mayoría de edad y capacidad de obrar).

I. La mayoría de edad se adquiere a los dieciocho años cumplidos.

II. El mayor de edad tiene capacidad para realizar por sí mismo todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas por la Ley. [Resaltado por el autor].

Las anteriores consideraciones habrían sido suficientes para destacar que la modificación a la mayoría de edad ha sido consecuencia directa de la citada ley 2089 de 5 de mayo del 2000. Empero, como el tema versa sobre la capacidad de las personas, resulta pertinente su análisis en el caso de la persona considerada como titular de derechos y obligaciones. Esto obligaba a los legisladores, que se ocuparon de la edad para alcanzar la mayoría, detenerse también en la consideración de los alcances del artículo primero del Código que, con el nomen “[c]omienzo de la personalidad”, se ocupa de la persona desde el momento de su concepción hasta su nacimiento, con una concepción normativa superada por el progreso de la ciencia jurídica.

El tema de la *persona* inicialmente parece resolverse concibiéndola como sujeto de derechos y obligaciones, lo que no es de tan simple solución porque las discusiones sobre el particular han dado lugar a diferentes planteamientos doctrinarios a partir de que la noción conceptual de persona no ha sido definitivamente resuelta. El origen etimológico de la palabra *persona* ha dado lugar a que algunos autores sostengan que la palabra *persona* es de origen griego que deriva de la voz *prosopon*, en tanto que para otros deriva del etrusco *phersu*, a lo que una otra posición sostiene que deriva de dos voces latinas *per* (a través) y *sonare* (sonar), en alusión a la máscara que utilizaban los actores de teatro, teorías todas estas que fueron rechazadas por muy simplistas para sostener que resulta más importante detenerse en el concepto de persona, entendido como sujeto centro de imputación normativa y por consiguiente titular de derechos y obligaciones.

Nuestro Código Civil, sin detenerse en estas consideraciones sobre la persona, en su artículo primero se ocupa directamente de la personalidad como atributo del que goza toda persona, sosteniendo en su párrafo I que “el nacimiento señala el comienzo de la personalidad”, para luego en el párrafo II agregar “[a] que está por nacer se lo considera nacido para todo lo que pudiera favorecerle, y para ser tenido como persona basta nacer con vida.” Este dispositivo, como se aprecia, se refiere a los conceptos de *persona* y *personalidad*, aludiendo el primero al sujeto como titular de derechos y obligaciones y el segundo a la personalidad como cualidad o aptitud legal para ser titular de derechos y obligaciones.

La distinción entre persona y personalidad no es tan simple, puesto que las nuevas concepciones doctrinales apuntan a sostener que existe un derecho general de la personalidad denominado derecho fuente, del que se desprenden los derechos especiales de las personas, o sea que la personalidad en sí misma es considerada como el soporte de los derechos subjetivos orientados a la conservación, inviolabilidad, dignidad y libre desenvolvimiento del individuo; en suma, que la personalidad es el soporte de los derechos subjetivos. A su vez, el concepto de persona se refiere a la aptitud para ser titular de derechos subjetivos que conforman los atributos de la persona, como la vida, la igualdad, la libertad, etc. Sobre este tema, Joaquín Díez-Díaz en su obra *Los derechos físicos de la personalidad* (Ediciones Santillana, Madrid, 1966) propone la siguiente clasificación de los derechos de las personas:

- Derechos que pertenecen al *sector corporal de las personas*, entre los que se tienen: derecho a la vida, a la integridad física, a la disposición del cuerpo y del cadáver.
- Derechos que pertenecen al *sector incorporal de la personalidad*, entre los que se tienen: derecho a la propia individualidad, a la imagen, a la intimidad, al honor, a las libertades en general, a la igualdad ante la ley y al nombre propio.

El análisis del artículo primero del Código nos remite a la necesidad de ocuparnos previamente de la norma contenida en el parágrafo II que sostiene: “[a] que está por nacer se lo considera nacido para todo lo que pudiera favorecerle, y *para ser tenido como persona basta nacer con vida*” [resaltado del autor]. Con el progreso del derecho, la solución que plantea el segundo período de este parágrafo estrictamente no corresponde, porque de hecho se está afirmando que la persona existe solo a partir del nacimiento con vida y correlativamente niega la condición de persona al concebido; esto es, al ser que se encuentra en el vientre materno, planteando que la protección jurídica únicamente se otorga en favor del ser nacido con vida.

No se puede afirmar que las personas por nacer no sean personas futuras, puesto que éstas ya existen en el vientre materno desde el momento de su concepción, como así se desprende de las nuevas concepciones doctrinales plasmadas en normas jurídicas, como se expide el art. 22 del Código Civil de Austria que dice: “Los hijos que aún no han nacido, tienen derecho a la protección de las leyes, *desde el momento de su concepción*” [resaltado del autor]. Si tuviera que admitirse que solo se considera persona al nacido y no al concebido, resultaría todo un contrasentido jurídico que las normas penales sancionen el aborto premeditado. El Código Civil Alemán, desentendiéndose del enredo jurídico del tema, de manera directa dice en su artículo primero “[l]a capacidad jurídica de la persona comienza con la consumación del nacimiento”; de manera similar el Código Civil Italiano en su artículo primero dice: “[l]a capacidad jurídica se adquiere desde el momento del nacimiento”. Como se puede apreciar, en ambos textos normativos se sostiene que la capacidad jurídica se adquiere desde el nacimiento y que los hijos no nacidos, o sea los concebidos, gozan de protección jurídica. Coincidentemente, en ambos códigos, la referencia a la muerte, como momento extintivo de la capacidad, fue eliminada porque los codificadores italianos decían que era una mención *puramente didáctica*.

A la luz del avance de la ciencia jurídica, y siendo incontestable que la persona existe desde el momento de su concepción, los miembros de la comisión encargada de la reforma del actual Código, optamos por reformular la redacción del párrafo II del artículo primero, sustentada en el adagio latino *infans conceptus pro natus habetur, quoties de commodis ejus quaeritur* que eleva a norma jurídica el principio de que al concebido se lo tiene por nacido, lo que es diferente a la actual disposición que se refiere únicamente al nacido, desentendiéndose de la protección jurídica para el concebido. De esta manera, el párrafo II de nueva redacción, dice: “[a]l concebido se lo considera como nacido para la protección de sus derechos y de todo aquello que pudiera favorecerle”.

Esta nueva fórmula que considera como nacido al concebido para el resguardo de sus derechos, permite además que exista coherencia con el párrafo I que dispone que el nacimiento determina el comienzo de la personalidad. Con esta nueva redacción resulta muy clara la distinción de que el ser humano es persona desde el momento de la concepción y de que el nacimiento determina el comienzo de la personalidad jurídica.

5. El juego y la apuesta

En observancia de las disposiciones abrogatorias y derogatorias de la ley 060 de 25 de noviembre de 2010, se derogaron los Arts. 909 al 915 del Código Civil referidos al juego y la apuesta.

No se conocen los fundamentos que justifiquen la derogación de los citados artículos; sin embargo, es importante dejar establecido que todos los juegos de azar, envite o suerte ya se encontraban prohibidos en forma total y absoluta por el Art. 909 del Código Civil promulgado en 1975, que de manera imperativa decía:

(Prohibición de juegos de azar) *Se prohíbe todo juego de envite, suerte o azar* y se permiten los que comúnmente se denominan juegos de carteo y los que por su naturaleza contribuyen a la destreza y ejercicio del cuerpo o de la mente. [Resaltado del autor].

Como se puede apreciar, la prohibición de los juegos de azar dispuesta por el derogado Art. 909 es absoluta, de cuya consecuencia la ley no concedía acción para reclamar el pago de una deuda proveniente de un juego prohibido (Art. 910) como tampoco la concedía para repetir lo pagado voluntariamente en un juego prohibido (Art. 911), se encontraban prohibidas las apuestas provenientes de juegos prohibidos (Art. 912) y, de la misma manera, eran nulos los contratos o documentos que implicaban reconocimiento de deudas de juego (Art. 913).

De esta somera relación del sentido y alcance de los artículos citados, se concluye que las derogaciones de los Arts. 909 al 915 del Código dispuestas por la ley de 25 de noviembre de 2010, a contrario de su finalidad, han dejado abierta la posibilidad de la subsistencia fáctica de los juegos de azar, envite o suerte y sus consecuencias.

Sobre el particular, es necesario analizar el trabajo de quienes integramos la Comisión Revisora del Código Civil constituida en 1997, que en referencia a los juegos de azar regulados por el abrogado Art. 909, habíamos aclarado que este artículo, para su mejor comprensión y aplicación sea redactado en tres párrafos, de los que el párrafo primero establecía la prohibición de los juegos de azar, envite o suerte; el segundo permitía, en vía de excepción, los juegos que contribuyen a la destreza corporal o mental y el tercero facultaba a los jueces a rechazar las demandas que pretendan el cobro de una postura excesiva.

Al margen de lo dicho, es importante detenerse en la derogación del Art. 915 que, con el *nomen* de *loterías, rifas y sorteos*, decía:

I. Las loterías son permitidas sólo cuando están autorizadas por la ley.

II. Las rifas y sorteos se sujetan a las disposiciones administrativas pertinentes.

La derogación de este dispositivo ocasionó un vacío respecto de la Lotería Nacional creada por ley de 23 de abril de 1828, cuya finalidad es arbitrar recursos para el sostenimiento de las instituciones de beneficencia y atender las necesidades sanitarias de la república, aspecto que fue observado por los miembros de la Comisión Redactora del Proyecto del Código Civil conformada por los doctores Pastor Ortiz Mattos, Oscar Frerking Salas (redactores originarios del Código Civil), Enrique Díaz Romero y el suscrito, que luego de un detenido y profundo análisis del tema, propusimos en nuestro proyecto como norma sustitutiva del art. 915, un nuevo texto para el párrafo II que dice:

I. Las loterías son permitidas sólo cuando están autorizadas por ley.

II. Los premios de la lotería serán pagados dentro del plazo de sesenta días contados desde la fecha de realización del sorteo. *Pasado el mismo, prescribe el derecho a su cobro y el importe de los premios no pagados será revertido a la lotería.* Las rifas y sorteos se sujetan a las disposiciones administrativas pertinentes”. [Resaltado del autor].

El plazo de sesenta días para el cobro de los premios computable a partir de la fecha del sorteo, se sustenta en lo dispuesto por el artículo 12 del decreto supremo 24446 de 20 de diciembre de 1996.

6. Suspensión de la prescripción

El instituto de la prescripción, como es sabido, se caracteriza por su efecto extintivo de los derechos cuando su titular no los ejerce durante el tiempo previsto por ley, como dispone el Art. 1492 del Código. A este efecto se suman los casos en que la prescripción se suspende por

vía de excepción, impidiendo que la prescripción corra en contra de alguien y determinando que no se compute todo el tiempo que transcurre mientras dure la suspensión, sino únicamente el tiempo anterior que se adicionará al que vuelva a correr cuando cese la causa de la suspensión.

El Art. 39 de la ley 004 de 31 de marzo de 2010 ha incorporado un nuevo caso de suspensión de prescripción como numeral 6 del Art. 1502 del Código:

Artículo 1502. (Excepciones). La prescripción no corre:

- 1) Contra quien reside o se encuentra fuera del territorio nacional en servicio del Estado, hasta treinta días después de haber cesado en sus funciones.
- 2) Contra el acreedor de una obligación sujeta a condición o día fijo, hasta que la condición se cumpla o el día llegue.
- 3) Contra el heredero con beneficio de inventario, respecto a los créditos que tenga contra la sucesión.
- 4) Entre cónyuges.
- 5) Respecto a una acción de garantía, hasta que tenga lugar la evicción.
- 6) *En cuanto a las deudas por daños económicos causados al Estado.*
- 7) En los demás casos establecidos por la ley.

Esta incorporación no es, precisamente, un acierto normativo porque no ha tomado en cuenta criterios jurídicos estrictos en relación a la regla general de las causas que suspenden la prescripción y a sus específicas excepciones.

Por una parte, este nuevo numeral 6) se encuentra reñido con la Constitución Política que, de manera puntual en su título II de la

primera parte referida a los *Derechos fundamentales y garantías de las personas*, señala que su finalidad y naturaleza es la protección de las condiciones existenciales de las personas permitiendo la plena manifestación de la dignidad humana conforme al principio sustentado por la ley 045 de que todas las personas son iguales ante la ley. Si todas las personas son iguales ante la ley como esencia de los derechos fundamentales, la proposición de normas que ignoren esta igualdad jurídica poniendo al Estado, persona jurídica, por encima de las personas naturales, en cuanto al ejercicio de sus derechos, no parece ser la mejor solución. La imprescriptibilidad de las “deudas por daños económicos causados al Estado” vulnera el principio de igualdad de las personas ante la ley, de cuya consecuencia se llega a la inevitable conclusión que el numeral 6) del Art. 1502 de nueva redacción es contrario al espíritu de la Ley Fundamental.

Por otra parte, siempre en referencia a la modificación del artículo 1502 del Código, se ha pasado por alto otros temas de mera redacción del contenido normativo que también merecían la acuciosidad del legislador. El Art. 1502 comienza diciendo: “[l]a prescripción no corre”. La voz *corre* técnicamente no corresponde, porque precisamente los casos de excepción previstos por este artículo son los únicos en que la prescripción se *suspende*; por lo que la voz *suspende* es la apropiada y no la de *corre*. Además de esta observación, con la corrección anotada resultaba obligado en el caso del numeral 1) cambiar la palabra *contra* por la frase *a favor de*, con lo que se hubiera aclarado y comprendido mejor el alcance de esta disposición, referida a quienes residen o cumplen funciones oficiales en el extranjero hasta treinta días después de haber cesado en sus funciones. Con estas correcciones la redacción del Art. 1502 hubiera sido:

Artículo 1502.- (Excepciones). La prescripción *se suspende*: 1) *A favor de* quien reside o se encuentra fuera del territorio nacional, hasta treinta días después de haber cesado en sus funciones.

Continuando con el análisis de este artículo, igualmente hubiera sido necesario que el legislador en el caso del numeral 2) cambie la frase *día fijo* por la palabra *plazo*, pues es la pertinente. Igualmente correspondía respecto de *el día llegue* por *el plazo se venza*. Como resultado, si se hubieran incluido estas observaciones, el texto del numeral 2) del Art. 1502 con mayor propiedad hubiera podido decir:

La prescripción *se suspende* (...) 2) Contra el acreedor de una obligación sujeta a condición o *plazo* fijo, hasta que la condición se cumpla o *el plazo se venza*.

7. Los registros públicos

Los registros públicos del *estado civil de las personas* y de los *derechos reales*, hasta antes de la ley 1071 (que eleva a rango de ley el Código Civil), se encontraban centralizados en la Dirección General de Registros dependiente de la antigua Corte Suprema de Justicia, como disponía el Art. 1521.

En el caso del Registro de las Personas, por el artículo primero de la Ley 1367 de 9 de noviembre de 1992, en lo concerniente a la Dirección y Administración del Servicio Nacional del Registro Civil, se ha dispuesto sea transferido “temporalmente a la jurisdicción y competencia de las Cortes Nacional y Departamentales”, aunque con la grave omisión de no aclarar a qué Cortes se refiere la transferencia, de cuya consecuencia, salvando esta omisión, quedó como dependiente de la Corte Suprema únicamente el Registro de Derechos Reales. Esta omisión fue posteriormente subsanada con la aclaración que hace el Art. 3 de esta misma ley, que dispone que la transferencia se realiza a favor de la ex Corte Nacional Electoral.

En lo puntualmente referido a la *modificación* de los Arts. 1521 y 1522 del Código, el Art. 8 de la citada ley 1367 en su segundo párrafo dice:

Derogatorias y modificaciones: (...) se modifican en parte los artículos 1521 y 1522 del Código Civil, solo en referencia a la dependencia de la Dirección General del Registro Civil de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, subsistiendo las disposiciones referidas a los registros de los Derechos Reales y el Decreto Supremo 22773 (sic),

de lo que resulta que en el caso del Art. 1521 del Código sólo subsiste el Registro de Derechos Reales como órgano dependiente de la antigua Corte Suprema, en tanto que el Registro del Estado Civil pasaba a depender de la anteriormente denominada Corte Nacional Electoral.

Es necesario aclarar que, no obstante la previsión contenida en el Art. 1521, en los hechos nunca se llegó a concretar la dependencia y centralización de los registros como órganos de la Corte Suprema, porque el Registro Civil desde su origen se encontraba bajo la dependencia del entonces llamado Ministerio de Gobierno y Justicia y luego de la Corte Nacional Electoral.

8. Modificaciones, rectificaciones y adiciones de los registros

El Código en su Art. 1537 consagra el principio fundamental que dice: “[e]s absolutamente prohibido modificar, rectificar o adicionar una partida asentada en los registros”, y que las modificaciones, rectificaciones o adiciones solo pueden hacerse en virtud de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, regla ésta última que rige para la reposición de una partida extraviada o destruida.

Este artículo 1537 fue derogado por la disposición final única de la ley 018 de 16 de junio de 2010. Esta medida se justificó plenamente, en razón a que el Registro Civil de las Personas, como se tiene antes mencionado, ha dejado de ser un órgano dependiente de la entonces Corte Suprema.

9. Anotación preventiva en el registro

En sujeción a lo dispuesto por el Art. 39 de la ley 004 de 31 de marzo de 2010, se agrega un nuevo numeral signado como 6) al párrafo I de Art. 1552 que enumera a quienes se encuentran legitimados para pedir anotación preventiva en el Registro de Derechos Reales. Este nuevo numeral faculta a la Procuraduría General del Estado y al Ministerio de Transparencia para que puedan pedir anotación preventiva. Así dice:

Artículo 1552.- (Anotación preventiva en el Registro). Podrán pedir a la autoridad jurisdiccional la anotación preventiva de sus derechos en el registro público (...)

6) La Procuraduría General del Estado y el Ministerio de Transparencia Institucional y Lucha contra la Corrupción, para efectos de protección del Patrimonio del Estado.

Esta inclusión es pertinente y por tanto no merece ningún comentario de fondo, a lo sumo unas correcciones meramente formales. Por una parte, en el *nomen* del artículo que dice: “[a]notación preventiva en el registro”. Hubiera sido conveniente suprimir las palabras *en el registro*, de manera que el nombre del artículo fuese *anotación preventiva*. Por otra, en el numeral 2 del párrafo I que dice: “[q]uien obtiene a su favor *providencia* de secuestro o mandamiento de embargo ejecutado sobre bienes inmuebles del deudor” [resaltado por el autor], se observa que emplea la palabra *providencia* en relación a quienes en resguardo de sus derechos pueden pedir se ordene un *secuestro*. En este caso, el legislador podía haber mejorado la redacción suprimiendo la palabra *providencia* y manteniendo solo la voz *mandamiento*, que es más apropiada y que además permite ser empleada de manera genérica tanto en el caso de secuestro como también en el de embargo a ejecutarse sobre los bienes del deudor. Con estas correcciones el artículo comentado podría haber quedado mejor redactado de la siguiente manera:

Artículo 1552.- (Anotación preventiva). Podrán pedir a la autoridad jurisdiccional la anotación preventiva de sus derechos en el registro público (...)

2) Quien obtiene a su favor *mandamiento* de secuestro o mandamiento de embargo ejecutado sobre bienes inmuebles del deudor.

10. Término de la anotación preventiva

El Art. 1553 que regula el término de la anotación preventiva en dos años si no es convertida en inscripción, ha sido complementado por el Art. 39 de la ley 004 de 31 de marzo de 2010 citada en el punto precedente, agregando a los dos párrafos previstos por dicho artículo un párrafo de nueva redacción signado como III que dice:

III. La anotación preventiva a favor del Estado caducará a los cuatro años, prorrogables a dos más, si no es convertida en inscripción definitiva.

Este Art. 1553 referido al término de la anotación preventiva, muestra dos situaciones diferentes porque el párrafo I en su párrafo inicial se ocupa de la caducidad por ministerio de la ley si al vencimiento del plazo legal de dos años la anotación preventiva no es convertida en anotación definitiva, en tanto que el segundo párrafo de este mismo párrafo se refiere a la caducidad *ex lege* de la anotación preventiva.

A estos dos párrafos se agrega el nuevo párrafo III que de hecho crea un privilegio a favor del Estado, porque en el caso de las personas particulares la anotación preventiva caduca a los dos años si no es convertida en inscripción, en tanto que la anotación preventiva a favor del Estado caduca a los cuatro años si no se convierte en inscripción, solución jurídica que resulta inadmisibles porque al igual que en el caso del Art. 1502 numeral 6) ya comentado, se rompe el principio

constitucional de igualdad de las personas ante la ley, creando una suerte de repudiable privilegio en favor del Estado.

Para finalizar, en este punto resulta necesario considerar que los sistemas de registros en libros al presente resultan obsoletos, porque ellos han sido superados por los nuevos sistemas registrales de naturaleza informática, aspecto que la ley de 18 de junio de 2018, que eleva el Código Civil a la categoría de ley de la república, sensiblemente no ha considerado.

--o0o--

Así analizadas de manera puntual las *modificaciones* introducidas en el Código Civil de 1975, resulta incuestionable que ellas no han modificado en forma alguna su contenido normativo, toda vez que el vocablo *modificar* de manera genérica se emplea en los casos de reducir las cosas a sus justos términos. En el caso específico de las *modificaciones* a las que reiteradamente hace referencia la ley 1071 del año 2018, nada se ha modificado porque todo el cuerpo normativo del Código mantiene su puntual redacción original, traducida en soluciones jurídicas vigentes en la época de su proposición.

En conclusión, las llamadas *modificaciones* se han limitado a cuestiones meramente formales, sin alterar en absoluto el contenido preceptivo de los siguientes artículos:

Art. 4, que modifica la edad para alcanzar la mayoría de edad.

Arts. 909 al 915, derogados.

Art. 1502, que dice se *modifica* los casos en que la prescripción no corre, propiamente se *complementa* con un nuevo numeral signado como 6.

Arts.1521 y 1522, modificados en parte.

Art.1537, derogado.

Art. 1552, que dice *modificado*, pero propiamente se *complementa* con un nuevo numeral signado como 6.

Art. 1553, que dice se *modifica*, pero propiamente complementa con un nuevo párrafo signado como III.

En conclusión, no se puede desconocer que el universo jurídico así como el derecho normativizado desde la puesta en vigencia del actual Código Civil de 1975 ha experimentado importantes cambios y transformaciones que reclaman la obligada necesidad de un nuevo Código Civil.

El constante progreso del pensamiento jurídico acorde a los requerimientos de los nuevos tiempos determina el nacimiento de nuevos institutos jurídicos que a su vez son precursores de normas actualizadas, por cuyas razones planteamos la inaplazable necesidad de convocar a los mejores cerebros del país para que asuman la responsabilidad de encarar la formulación de un nuevo Código Civil a la altura del progreso jurídico. Abrigamos el convencimiento que un nuevo Código Civil formulado en armonía con el avance del pensamiento jurídico, será la base de una verdadera justicia, lo que resulta inaplazable más aún si se considera que nuestro país ha sido el primero en el continente latinoamericano en contar con un Código Civil.

Para el mejor cometido de esta propuesta resulta necesario que el Estado asuma ésta tarea como de prioritaria importancia, proponiendo de nuestra parte se constituya un órgano permanente de investigación jurídica del máximo nivel intelectual conformado por reconocidos estudiosos de la materia, para la investigación, estudio y proposición de un nuevo Código Civil Boliviano acorde con el constante progreso de la ciencia jurídica en la materia, así como de otros códigos que reclaman su actualización.

La Paz, mayo de 2019

Políticas editoriales y declaración de Ética

Editorial Policy and Statement of Ethics

Revista de Derecho de la UCB
UCB Law Review

Políticas editoriales y declaración de ética
Editorial Policy and Statement of Ethics

SOBRE LA REVISTA

1. 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.
2. La revista tiene por misión la difusión de investigaciones jurídicas, científicas y originales, con el objetivo de contribuir al conocimiento del Derecho, al desarrollo, al diálogo plural y la generación de buenas prácticas jurídicas en el marco del respeto a los derechos humanos. Está dirigida a académicos, estudiantes y practicantes del Derecho, así como a hacedores de políticas públicas. Las publicaciones de la revista tienen primordialmente naturaleza teórica, deóntica, práctica y aplicada en relación con el análisis jurídico local, regional y global.
3. Las principales líneas de investigación de la revista son: 1. Derecho social. Trabajo, familia, niñez y adolescencia. 2. Filosofía, historia, ética y moral. 3. Derechos humanos, pluralismo, tutela jurídica, justicia y cultura de paz. 4. Derecho patrimonial civil y comercial. 5. Medio ambiente, recursos naturales y energías. 6. Institucionalidad, administración, derecho sancionatorio, relaciones internacionales y soberanía.
4. La revista se publica de forma impresa (ISSN 2521-8808) y digital en lawreview.ucb.edu.bo (ISSN 2523-1510) semestralmente los meses de abril y octubre, aunque también puede publicar

ABOUT THE JOURNAL

1. UCB Law Review begins its first issue in October 2007 under the aegis of the Faculty of Law of the Universidad Católica Boliviana “San Pablo” (UCB) - La Paz.
2. The journal’s mission is to disseminate legal, scientific and original research to contribute to the knowledge of Law, development, plural dialogue and the generation of good legal practices within the framework of human rights. It is aimed at academics, students and legal professionals, as well as public policymakers. The journal’s publications are primarily theoretical, deontic, practical, and applied concerning local, regional, and global legal analysis.
3. The main lines of research of the magazine are 1. Social law. Labor, childhood and family. 2. Philosophy, history, ethics and morals. 3. Human rights, pluralism, legal protection, justice and culture of peace. 4. Civil and commercial law. 5. Environment, natural resources and energy. 6. Institutionalality, administration, penal law, international relations and sovereignty.
4. The journal is published in print (ISSN 2521-8808) and online at lawreview.ucb.edu.bo (ISSN 2523-1510) every six months in April and October, although it can also publish special non-

números especiales no periódicos. La revista está incluida en Google Scholar.

CONSIDERACIONES GENERALES

5. Se entiende por manuscrito el texto original que se propone para su publicación en la revista.

6. El envío del manuscrito para consideración de la revista comprende la autorización de su eventual publicación y difusión en formato impreso y digital, 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.

7. El contenido y los conceptos emitidos en los manuscritos son de exclusiva responsabilidad de quienes tienen su autoría y no necesariamente reflejan la posición de la UCB, de los editores o de la revista.

8. El contenido de la revista se publica bajo licencia *Creative Commons* en la licencia reconocimiento – no comercial – compartir igual (BY-NC-SA): no se permite un uso comercial de la obra original ni de las posibles obras derivadas, la distribución de las cuales se debe hacer con una licencia igual a la que regula la obra original.

9. Las investigaciones deben respetar los estándares aceptados de ética académica, ser razonablemente originales y pertenecer en su autoría a quienes están referidos en el manuscrito. Asimismo, los manuscritos no deben haber sido publicados con anterioridad o haber sido sometidos previamente a consideración de publicación en otro medio, salvo las excepciones manifestadas luego.

10. Quienes ejercen autoría del manuscrito deberán identificarse e indicar su afiliación institucional y de no tenerla deberán expresar ser investigadores independientes. Adicionalmente, deberán

periodic issues. The magazine is included in Google Scholar.

GENERAL CONSIDERATIONS

5. The manuscript is the original text submitted for publication in the journal.

6. The submission of a manuscript to the journal implies that the authors accept the UCB and journal regulations and that the authors agree that, in case their document is accepted for publication, the UCB will have the copyright to distribute it in both printed and electronic format.

7. The content and concepts issued in the manuscripts are the sole responsibility of the authors and do not necessarily reflect the position of the UCB, the publisher or the magazine.

8. The content of the journal is published under a Creative Commons license in the attribution – non-commercial - share alike license (BY-NC-SA): commercial use of the original work or of possible derived works is not allowed, the distribution of which must be done with a license equal to that which regulates the original work.

9. The research must respect accepted standards of academic ethics, be reasonably original, and belong in its authorship to those referred to in the manuscript. Likewise, the manuscripts must not have been previously published or previously submitted for publication, with the exceptions stated later.

10. Those who are authors of the manuscript must identify themselves and indicate their institutional affiliation, and if they do not have it, they must state that they are independent researchers.

expresar su número de registro ORCID. El registro en esta base de datos puede ser realizado en <https://orcid.org>

11. 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.

12. La revista publicará principalmente investigaciones que hayan sido evaluadas anónima y favorablemente en su mérito formal, material y metodológico por pares académicos. La revista referirá en sus publicaciones las fechas de presentación y aprobación de las investigaciones.

13. Las comunicaciones entre la revista, quienes tengan la autoría y las instancias evaluadoras serán realizadas mediante correo electrónico.

14. La recepción de los manuscritos es continua. La revista se reserva la prerrogativa de establecer el orden y tiempo de publicación de los manuscritos recibidos y aprobados por los pares evaluadores en consideración al tiempo natural que demande su proceso de observación-corrección-aprobación, así como la disponibilidad, disposición u ordenación de cada número en razón al criterio que libremente decida la revista.

15. La revista está íntegramente financiada por la UCB. El envío, revisión y publicación de manuscritos es gratuito.

PRESENTACIÓN Y ESTILO DEL MANUSCRITO

16. Los manuscritos serán 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* para efectos de edición.

17. Los manuscritos deberán adecuarse al estilo de la Asociación Americana de Psicología (APA por sus siglas en

Additionally, they must express their ORCID registration number. Registration in this database can be done at <https://orcid.org>

11. The official languages of publication of the journal are Spanish and English; however, the UCB Law Review reserves the right to publish in other languages.

12. The journal will publish mainly research that has been evaluated anonymously and favorably in its formal, material and methodological merit by academic peers. The journal will refer to the publication dates and approval of the research in its publications.

13. Communications between the journal, the authors and the evaluation bodies will be made by email.

14. The reception of the manuscripts is continuous. The journal reserves the prerogative to establish the order of publication of the manuscripts received and approved by peer reviewers, in consideration of the natural time required by their observation-correction-approval process, as well as the availability or arrangement of each issue, based on the criteria that the journal freely decides.

15. UCB entirely funds the journal. The submission, review and publication of manuscripts is free.

MANUSCRIPT SUBMISSION AND STYLE

16. Manuscripts should be sent to the email law.review@ucb.edu.bo in *Microsoft Word* digital format. If there are graphics, they must also be presented in *Microsoft Excel* format for editing purposes.

17. Manuscripts must conform to the style of the American Psychological Association (APA) corresponding to its 6th

inglés) correspondiente a su 6ª edición en inglés o su 3ª edición en español, salvo en los siguientes aspectos:

a) No será necesario encabezado.

b) Los subtítulos deberán ser enumerados (1., 2., 3.).

c) La primera página debe contener: título en español e inglés, resumen en español y *abstract* en inglés, cada uno con un máximo de 200 palabras, palabras clave en español e inglés; asimismo, el nombre de quienes ejercen autoría del manuscrito con un asterisco de llamada a pie de página que contenga su información profesional, afiliación institucional (cargo e institución), dirección de contacto (correo electrónico) e identificación ORCID. Las fuentes de financiamiento de la investigación, así como su pertenencia a un proyecto más amplio (si es el caso) deberán ser especificadas en un pie de página.

d) 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.

e) Las citas de normas legales comprenderán la siguiente información: artículo, tipo de norma, número o nombre y año: (Art. 1279, Código Civil, Decreto Ley 12760, 1975) o (Art. 17, Ley 439, 2013). El ámbito de origen de la norma deberá ser aclarado en la redacción en los casos que corresponda.

f) Las citas de jurisprudencia comprenderán tribunal, denominación de la resolución respectiva, número y año: (TCP, Sentencia Constitucional Plurinacional, 1620, 2014). El ámbito de origen de la jurisprudencia deberá ser aclarado en la redacción en los casos que corresponda.

edition in English or its 3rd edition in Spanish, except as follows:

a) No heading will be necessary.

b) The subtitles must be numbered (1., 2., 3.).

c) The first page must contain: title in Spanish and English, abstract in Spanish and abstract in English, each with a maximum of 200 words, keywords in Spanish and English; likewise, the name of the authors in a footnote containing their professional information, institutional affiliation (position and institution), contact address (email) and ORCID identification. Conflicts of interest, sources of research funding, as well as the membership of the research in a larger project (if applicable), should be specified in a footnote.

d) References must be organized alphabetically in hanging indentation. It is not allowed to include sources not directly used, except those that have influenced the determination of the nature of the research that is reported in the manuscript.

e) Quotations of legal norms will include the following information: article, type of norm, number or name and year: (Art. 1279, Civil Code, Decree-Law 12760, 1975) or (Art. 17, Law 439, 2013). The place of origin of the norms must be expressed.

f) The citations of cases will include the court, name of the respective resolution, number and year: (TCP, Plurinational Constitutional Judgment, 1620, 2014). The place of origin of the cases must be expressed.

18. La extensión del manuscrito no podrá ser superior a las 12000 palabras.

19. El compromiso de buenas prácticas de la revista deberá ser llenado, firmado y enviado junto con el manuscrito.

PROCESO DE EVALUACIÓN

20. El manuscrito será evaluado por el consejo editorial, que podrá aceptarlo o rechazarlo de acuerdo a sus méritos y al perfil de la revista. El consejo editorial podrá ejercer esta potestad en cualquier momento hasta antes de la publicación del manuscrito y no necesita motivar o justificar su decisión. En caso de aceptación, el manuscrito será editado y remitido a dos pares académicos o árbitros.

21. Para emitir sus evaluaciones, quienes sean pares académicos contarán con un plazo razonable, en el marco de la complejidad y extensión de la investigación.

22. Las observaciones que se comuniquen a quienes tiene la autoría deberán ser subsanadas en un plazo prudente a establecerse por los editores.

23. La revista otorgará criterios para la revisión de pares académicos respecto a la claridad, coherencia (entre lo propuesto, analizado y concluido), estructura lógica y ordenada, relevancia y pertinencia, metodología y rigor científico, sustento, fuentes adecuadas, discusión académica sobre hallazgos, conclusiones respaldadas y originalidad (aporte y novedad) de la investigación.

24. El dictamen sobre la investigación por parte de los pares académicos debe ser motivado. Las posibles decisiones del dictamen sobre el manuscrito son las de: a) aceptación para publicación, b) publicable con correcciones menores, c) publicable luego de una revisión substancial y d) rechazo de publicación.

18. The length of the manuscript cannot exceed 12000 words.

19. The journal's good practice commitment must be completed, signed and sent together with the manuscript.

REVIEW AND DECISION PROCESS

20. The editorial board will evaluate the manuscript and may accept or reject it according to its merits and the profile of the journal. The editorial board may exercise this power at any time until before the publication of the manuscript and does not need to give reasons for its decision. In case of acceptance, the manuscript will be edited and sent to two academic peers or arbitrators.

21. To issue their evaluations, the arbitrators will have a reasonable period according to the complexity and length of the manuscript.

22. The observations communicated to the authors must be corrected within a reasonable time to be established by the editor.

23. The journal will grant criteria for the academic peer review regarding clarity, coherence (between what is proposed, analyzed and concluded), logical and ordered structure, relevance and pertinence, methodology and scientific rigor, sustenance, adequate sources, academic discussion on findings, supported conclusions and originality (contribution and novelty) of the research.

24. The opinion on the research by academic peers must be motivated. The possible decisions of the opinion on the manuscript are a) acceptance for publication, b) publishable with minor corrections, c) publishable after substantial revision, and d) rejection of publication.

25. Los editores comunicarán la aceptación o rechazo del manuscrito a quien lo hubiese sometido a la revista para su revisión y publicación, pudiendo mantener en reserva la motivación del dictamen.

25. The editor will communicate the acceptance or rejection of the manuscript to whoever submitted it to the journal for review and publication and may keep the motivation of the opinion confidential.

STATEMENT OF ETHICS¹

RESPECTO DE LOS EDITORES:

26. 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.

27. 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. Los editores tienen 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.

28. Los editores y el personal editorial no divulgarán ninguna información sobre el manuscrito enviado y hasta su publicación, salvo a quienes tienen su autoría, los revisores, otros asesores editoriales y los editores, según corresponda.

29. 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 quienes tienen su autoría. La información privilegiada o las ideas obtenidas

FOR THE EDITOR AND EDITORIAL BOARD:

26. The evaluation of the submitted manuscripts will happen exclusively concerning their academic merit (importance, originality, the validity of the study, clarity and coherence) and their relevance to the scope of the journal. Race, sexual orientation, religion, ethnic origin, political philosophy, or institutional affiliation will not be considered.

27. Decisions to edit and publish are not determined by the policies of governments or any other institution outside of the journal itself. The editor has full authority over the editorial content of the journal in keeping with its mission and objective, as well as the time of publication of said content.

28. Editors and editorial staff will not disclose any information about the submitted manuscript and until its publication, except to authors, reviewers, other editorial advisers and the publisher, as appropriate.

29. Editors and editorial board members will not use the unpublished and revealed information in the submitted manuscript for their research purposes without the explicit consent of the authors. Insider information or ideas obtained by editors as a result of research

¹ The statement of ethics is adopted and adapted voluntarily and as a guideline from the Committee on Publication Ethics (COPE). It is clarified that neither the journal nor its editors belong to this Committee. These guides can be reviewed in their original and complete version on the site <http://publicationethics.org>

por los editores como resultado del manejo de la investigación se mantendrán confidenciales y no se utilizarán para su ventaja personal.

30. Los editores se recusarán respecto de las investigaciones en las que tengan conflictos de intereses resultantes de relaciones competitivas, colaborativas u otras con quienquiera tenga autoría del manuscrito así como empresas o instituciones relacionadas. En este caso, pedirán a otro miembro del consejo editorial que realice las actividades correspondientes con la investigación.

31. 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 con experticia en el campo. Los editores decidirán cuáles de las investigaciones enviadas a la revista serán publicadas, basados 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. Los editores pueden consultar con otros editores o revisores para tomar esta decisión.

32. Los editores investigarán todo acto que atente contra la ética y que les sea denunciado. En caso de encontrar suficientemente fundados tales actos, se publicará una corrección, una retractación, una expresión de preocupación u otra que corresponda. Esta actuación sucederá independientemente del tiempo que haya transcurrido desde la publicación que se discuta.

RESPECTO DE LOS PARES ACADÉMICOS:

33. La revisión por pares ayuda a los editores a tomar decisiones editoriales y, a través de las comunicaciones

management will be kept confidential and will not be used for personal gain.

30. Editors will recuse themselves regarding research in which they have conflicts of interest resulting from competitive, collaborative or other relationships with the authors of the manuscript as well as related companies or institutions. In this case, they will ask another member of the editorial board to carry out the activities with the manuscript.

31. The editors will ensure that all submitted manuscripts being considered for publication are reviewed by at least two experts in the field. The publisher will decide which manuscripts will be published, based on the validation of the work in question, its importance to researchers and readers, the comments of the reviewers and the current legal requirements regarding defamation, copyright infringement and plagiarism. The publisher may consult with other editors or reviewers to make this decision.

32. The editors will investigate any activity that violates ethics and that is denounced to them. If such acts are found to be sufficiently founded, a correction, a retraction, an expression of concern or another that corresponds will be published. This action will happen regardless of the time that has elapsed since the publication in question.

REGARDING ACADEMIC PEERS:

33. Peer review helps editors make editorial decisions and, through editorial communications with authors of the

editoriales con quienes tienen autoría sobre el manuscrito, 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.

34. 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.

35. 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 los editores en casos absolutamente excepcionales y específicos. Este criterio también se aplica a los revisores invitados que rechacen la invitación de revisión.

36. El examen del manuscrito debe realizarse objetivamente. Las observaciones se formularán con claridad y argumentos de apoyo para que quienes tengan autoría puedan usarlos para mejorar su investigación. La crítica personal es inapropiada.

37. Quienes sean revisores deben identificar los trabajos publicados relevantes que no hayan sido citados en el manuscrito. Cualquier observación, derivación o argumentación que se sustente en publicaciones anteriores debe ir acompañada de la citación pertinente. Quien revise 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.

manuscript, can help them improve their research. Peer review is an essential component of formal academic communication and is at the heart of the scientific effort. Academics who wish to contribute to the scientific process need to act also, and to a large extent, in review processes.

34. Any invited arbitrator who feels incompetent to review the manuscript or knows that its prompt revision will be impossible for them, must immediately notify the editors and reject the invitation, in order that other reviewers may be contacted.

35. Manuscripts received for review are confidential documents and should be treated as such. They should not be shown or discussed with others, except if they are authorized by the editor in absolutely exceptional and specific cases. This criterion also applies to invited reviewers who reject the review invitation.

36. The examination of the manuscript must be carried out objectively. The comments will be clearly formulated and supporting arguments so that those who are authors can use them to improve their research. Personal criticism is inappropriate.

37. Reviewers should identify relevant published papers that have not been cited in the manuscript. The citation of the relevant sources must accompany any observation, derivation or argument that is sustained in previous publications. The reviewer must also notify the editors of any substantial similarity or overlap between the research under review and any other (published or unpublished) of which they have personal knowledge.

38. Quienquiera que sea invitado a revisar y que tenga conflictos de intereses resultantes de relaciones competitivas, colaborativas u otras con quien tenga autoría o con instituciones relacionadas con la investigación debe notificar inmediatamente a los editores para declarar sus conflictos de interés y declinar la invitación.

39. El material no publicado revelado en un manuscrito no debe ser utilizado en la investigación de quien realice la revisión sin el consentimiento expreso por escrito de quienes tengan su autoría. La información privilegiada o las ideas obtenidas a través de la revisión por pares deben mantenerse confidenciales y no ser utilizadas para ventaja personal. Esto también se aplica a los pares que rechazan la invitación de revisión.

RESPECTO DE QUIENES TIENEN AUTORÍA DEL MANUSCRITO:

40. En los marcos de la ciencia e investigación jurídica, quienes tienen autoría de la investigación original deben presentar una descripción exacta del trabajo realizado y los resultados, seguidos de una discusión objetiva de la importancia del trabajo. La investigación debe contener suficiente detalle y referencias para permitir a otros replicar el trabajo, si corresponde. 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.

41. Se puede pedir a quienes tengan autoría que proporcionen los datos brutos de su investigación, tanto para su revisión editorial como para ponerlos a disposición del público. En cualquier caso, quienes tengan la autoría deben garantizar la accesibilidad de

38. Guest academic peers who have conflicts of interest resulting from competitive, collaborative, or other relationships with authors or research-related institutions must immediately notify the editors to declare their conflicts of interest and decline the invitation.

39. Unpublished material revealed in a manuscript should not be used in the research of the reviewer without the express written consent of the authors. Insider information or insights gained through peer review should be kept confidential and not used for personal gain. This also applies to peers who reject the review invitation.

FOR THE AUTHORS:

40. For the sake of science and research, the authors of the original research must present an accurate description of the work done and the results, followed by an objective discussion of the importance of the work. The research should contain enough detail and references to allow others to replicate the work, if applicable. Review articles should be accurate, objective, and complete, while opinions or editorial perspective pieces should be clearly identified as such. Fraudulent or imprecise statements are unethical behavior and are unacceptable.

41. Authors may be asked to provide the raw data from their research, both for editorial review and to make them available to the public. In any case, the authors must guarantee the accessibility of said data to other competent

dichos datos a otros profesionales competentes durante al menos diez 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.

42. Quienes tengan autoría deben asegurarse que han escrito y presentado trabajos totalmente originales, así como verificar que han citado adecuadamente las fuentes (trabajos y palabras) utilizadas. 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 o investigación ajeno 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.

43. Quienes tengan autoría 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. Quienes tengan autoría 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 sus titulares.

44. Los trabajos que describan esencialmente la misma investigación no deben publicarse en más de una revista o publicación primaria. Por lo tanto, quienes tengan autoría no deben someter a consideración un manuscrito que ya ha sido

publicados por al menos diez años después de la publicación (preferiblemente a través de un repositorio de datos institucional o cualquier otro centro de datos), siempre que se puedan proteger la confidencialidad de los participantes y los derechos legales vinculados a estos datos.

42. Authors must ensure that they have written and presented totally original works, as well as verify that they have adequately cited the sources (works and words) used. Publications that have influenced the determination of the nature of the work reported in the investigation should also be cited. Plagiarism takes many forms: passing the academic article or research of others as their own, copying or paraphrasing substantial parts of the investigations of others without attribution of authorship, claiming results of investigations carried out by others, among others. Plagiarism, in all its forms, constitutes unethical publishing behavior and is unacceptable.

43. The authors must ensure that they have adequately recognized the information obtained in private (from a conversation, correspondence or discussion with third parties), and that it cannot be used or reported without the explicit written permission of the source. Authors should not use information obtained in the course of providing confidential services, such as manuscript arbitration or grant applications unless they have obtained explicit written permission from their holders.

44. Papers that describe essentially the same research should not be published in more than one journal or primary publication. Therefore, authors should not submit for consideration a manuscript that has already been published

publicado 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: quienes tengan autoría y quienes sean 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.

45. Solamente las personas que cumplan con estos criterios de autoría deben ser listadas en un manuscrito como tales, ya que deben ser capaces de asumir la responsabilidad pública por el contenido: (a) contribuciones significativas a la concepción, diseño, ejecución, adquisición de datos o análisis o interpretación del estudio; (b) quien redactó el manuscrito o lo revisó críticamente con contenido intelectual importante; c) 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 tales sino que deben ser referidas en *reconocimientos* (esta sección es admisible si se cuenta con el permiso escrito de quienes colaboraron). Quien someta el manuscrito a la revista debe asegurarse que estén referidas todas las personas que tengan coautoría, verificar que ellas hayan visto y aprobado la versión final del manuscrito y aceptado su publicación para publicación.

in another journal. Submission of a manuscript simultaneously to more than one journal is unethical and unacceptable publication behavior. Exceptionally, the publication of some types of articles (such as translations or protocols) in more than one journal can be justified, provided that the following conditions are met: the authors and editors of the interested journals must accept the secondary publication, it must reflect the same data and interpretation of the primary document and the primary reference must be cited in the secondary publication.

45. Only people who meet these authorship criteria should be listed in a manuscript as authors, as they must be able to assume public responsibility for the content: (a) significant contributions to the conception, design, execution, acquisition of data, or analysis or interpretation of the study; (b) who wrote the manuscript or critically revised it with important intellectual content; c) who saw and approved the final version of the document accepting its presentation for publication. All persons who made substantial contributions to the work reported in the manuscript (such as technical assistance, editing and editing assistance, general support) but who do not meet the stated authorship criteria should not be listed as such, but they must be referred in acknowledgments (this section is admissible if you have the written permission of those who collaborated). Whoever submits the manuscript to the journal must make sure that all the people who have co-authorship are referred, verify that they have seen and approved the final version of the manuscript and accepted its publication for publication.

46. Quienes tengan autoría 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.

47. Si la investigación involucra el uso de animales o participantes humanos, quienes tengan autoría 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. Quienes tengan autoría 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.

48. Quienes tiene autoría tienen la obligación de 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 *correcciones o revisiones*, quienes tengan la autoría deben responder a los

46. Authors should, at the earliest possible stage (usually by submitting a written statement at the time of submission of the manuscript, as well as by including a statement in the manuscript itself), express any conflicts of interest that may influence research results or interpretation (for example, and not limited to, funding disputes such as fees, educational grants or other funds, membership participation, employment, consulting, stock ownership, license agreements; as well as not financial, such as personal or professional relationships, affiliations, knowledge or beliefs on the subject or materials discussed in the manuscript). All sources of financial support for the job must be disclosed.

47. If the research involves the use of animals or human participants, the authors should ensure that all procedures have been carried out following the relevant and current regulations. The manuscript must contain a statement to this effect. Authors should also include a statement in the manuscript that informed consent was obtained for experimentation with human participants. The privacy rights of human participants must always be observed.

48. Authors must participate in the peer-review process and to cooperate fully, responding promptly to publishers' requests for raw data, ethical clarifications and evidence, informed consents, and intellectual property permits. In the case of a first *correction or revision decision*, the authors should respond to the reviewers' comments systematically, point by point and in a timely manner,

comentarios de los revisores sistemáticamente, punto por punto y de manera oportuna, revisando y reenviando su manuscrito a la revista en el plazo indicado.

49. Cuando quienes tienen la autoría descubren errores significativos o inexactitudes en su propio trabajo publicado, tienen la obligación de notificar con prontitud a los 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 quienes tienen autoría corregir o retirar rápidamente el documento o proporcionar evidencia a los editores de la revista de la corrección del documento.

RESPECTO DE LA EDITORIAL:

50. 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. En ningún caso se fomentará dicha mala conducta o permitirá conscientemente que dicha conducta se produzca.

51. El editor responsable se compromete a la permanente disponibilidad y preservación de la investigación académica, asegurando su accesibilidad.

reviewing and forwarding their manuscript to the journal within the indicated period.

49. When authors discover significant errors or inaccuracies in their published work, they must promptly notify the editors of the journal and cooperate with them to correct their manuscript by typo or retraction. If the editors know through third parties that a published manuscript contains significant errors or inaccuracies, then the authors will be required to quickly correct or withdraw the document or provide evidence to the editors of the journal of the correctness of the document.

REGARDING THE EDITORIAL:

50. In cases of alleged scientific misconduct, fraudulent publication or plagiarism, the editors will take all appropriate measures to clarify the situation and modify the article in question. This includes the prompt publication of an erratum, clarification or, in the most severe case, the retraction of the affected work. Besides, they will take reasonable steps to identify and prevent the publication of documents where investigative misconduct has occurred. In no case will such misconduct be encouraged or consciously allow such conduct to occur.

51. The responsible editor is committed to the permanent availability and preservation of academic research, ensuring its accessibility.



UNIVERSIDAD
CATÓLICA
BOLIVIANA
LA PAZ

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