

UNIVERSIDAD CATÓLICA BOLIVIANA
“SAN PABLO”

Unidad Académica Regional La Paz
Carrera de Derecho

REVISTA N° 1

OCTUBRE 2017

LA PAZ - BOLIVIA

ISSN 2523-1510

Aproximación al requisito de la culpa por incumplimiento de
obligación contractual en el Código Civil boliviano de 1975

*Approach to the requirement of fault for breach of a contractual obligation
in the Bolivian Civil Code of 1975*

Jorge M.F. Forgues

El Órgano Legislativo como resultado del debate racional
The Legislative Body as a Result of Rational Debate

Boris Wilson Arias López

Desafíos en la construcción de un proceso privado, celer y debido
Challenges to Building a Due and Fast Private-Interest-Process

Leonardo D. Villafuerte Philippsborn

El abuso de la libertad de expresión y sus responsabilidades
Abuse of Freedom of Expression and its Liabilities

Emma Nogales de Santivañez

REVISTA DE
DERECHO
DE LA U.C.B.

U. C. B. L A W R E V I E W



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

Revista N° 1, octubre de 2017, La Paz – Bolivia
ISSN 2523-1510 (en línea), ISSN 2521-8808 (impreso)

Revista de Derecho de la UCB

UCB Law Review

Jorge Herbas Balderrama O.F.M.
Gran Canciller

Marco Antonio Fernández Calderón
Rector Nacional

Alejandro F. Mercado Salazar
Vicerrector Académico Nacional

Marcela Nogales Garrón
Vicerrectora Administrativa Financiera Nacional

Marcelo Villafani Ibarnegaray
Rector de la Unidad Académica Regional La Paz

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

Editor responsable

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

Consejo editorial

Carlos Derpic Salazar, Secretario Nacional General, Universidad Católica Boliviana “San Pablo”
cderpic@ucb.edu.bo

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

Lectores académicos

Ciro Añez Núñez
Universidad Autónoma Gabriel René Moreno (Bolivia)

Georgina Alejandra Guardatti
Universidad de Mendoza (Argentina) - Centro Latinoamericano de Derechos Humanos

Guillermo Pedro Bernardo Tinti
Universidad Católica de Córdoba (Argentina)

Mónica Gabriela Sauma Zankys
Universidad Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca (Bolivia)

Revista de Derecho de la UCB - UCB Law Review Revista N° 1

Impresión: Imprenta Digital de la UCB

Diseño de tapa: Adriana Jiménez Olmos

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



La Paz - Bolivia
Octubre de 2017

Contenido

Presentación

Páginas 5-6

Artículos académicos

Revisados y aprobados por pares académicos

Páginas 7-105

Jorge M.F. Forgues

Aproximación al requisito de la culpa por incumplimiento de
obligación contractual en el Código Civil boliviano de 1975

*Approach to the requirement of fault for breach of a contractual
obligation in the Bolivian Civil Code of 1975*

Páginas 9-44

Boris Wilson Arias López

El Órgano Legislativo como resultado del debate racional

The Legislative Body as a Result of Rational Debate

Páginas 45-68

Leonardo D. Villafuerte Philippsborn

Desafíos en la construcción de un proceso privado, célere y debido

Challenges to Building a Due and Fast Private-Interest-Process

Páginas 69-105

Artículos de opinión

Sin revisión por pares académicos

Páginas 107-117

Emma Nogales de Santivañez

El abuso de la libertad de expresión y sus responsabilidades

Abuse of Freedom of Expression and its Liabilities

Páginas 109-117

La revista y sus normas de publicación

Páginas 119-132

Presentación

Con sumo agrado presento el primer número de la *Revista de Derecho de la UCB - UCB Law Review*, cumpliendo de esta manera un anhelado proyecto de nuestra comunidad docente universitaria.

El Papa Francisco en su mensaje a la Federación Universitaria Católica Italiana refería que “La investigación se interroga continuamente, se convierte en encuentro con el misterio y se abre a la fe: la investigación hace posible el encuentro entre fe, razón y ciencia, permite un diálogo armonioso entre ellas, un intercambio fecundo que, con la conciencia y la aceptación de los límites de la comprensión humana, permite efectuar una investigación científica según la libertad de conciencia” para concluir que “sólo a largo plazo se recogen los frutos de lo que se siembra en investigación”.

En el marco de las enseñanzas de la Iglesia, de los principios que conducen nuestras actividades como universidad, creemos que la investigación jurídica es el medio idóneo para una contribución en la mejora de nuestro sistema judicial, de nuestras normas y de la aplicación del derecho a las necesidades temporales de nuestra sociedad y comunidad toda, más aun en la época que nos toca vivir de constante cambio normativo y de crisis profunda en la vocación jurídica.

La revista pretende ser un espacio de diálogo y debate en relación a las temáticas jurídicas y deontológicas que nuestra sociedad plantea y que, como comunidad educativa, estamos llamados a responder de la mejor manera, con investigaciones serías, profundas y que se encuentren a la vanguardia del análisis jurídico.

Para finalizar, quiero alentar a los investigadores con aquellas palabras que Su Santidad San Juan Pablo II dirigiera a los docentes universitarios: “A vosotros os corresponde la misión de explorar las sendas por las que os seguirán mañana los otros. Que no os desalienten las dificultades; que no os distraigan las incompreensiones, que nos os detengan los fracasos”.

Editor responsable

Artículos académicos

Revisados y aprobados por pares académicos

Aproximación al requisito de la culpa por incumplimiento de obligación contractual en el Código Civil boliviano de 1975

Approach to the requirement of fault for breach of a contractual obligation in the Bolivian Civil Code of 1975

Jorge M.F. Forgues*

Recibido: 29.08.2016.

Aceptado: 18.03.2017

Resumen

La presente exploración constituye una aproximación al debate doctrinal entre posiciones subjetivas y objetivas clásicas, referidas a la responsabilidad civil del deudor que no cumple algún tipo de obligación contractual. Este debate se origina en el hecho de que, en el caso del sistema de imputación subjetivo, el deudor es liberado de responsabilidad cuando ha cumplido la diligencia que le es exigible por ley y este cumplimiento constituye a su vez causal de imposibilidad de cumplimiento no imputable a su voluntad. En contrapartida, en el sistema de imputación objetivo, el cumpli-

*Docente de la materia de Responsabilidad Civil por Daño, en la Universidad Católica Boliviana “San Pablo” – Unidad Regional La Paz. Contacto: forguesabogados@gmail.com

miento de las diligencias exigidas por ley, no constituye causa de imposibilidad de cumplimiento no imputable. El problema subyacente a dicho debate, surge de la interpretación del contenido y la relación de los artículos 302 (diligencia del deudor) y 339 (Responsabilidad del deudor que no cumple), del Código Civil boliviano de 1975 y de la confusión de las locuciones culpa-negligencia y culpa-incumplimiento. Como resultado, se ha formulado la hipótesis que sintéticamente afirma: es vana la discusión doctrinal entre las mencionadas posiciones, en razón a que ambos sistemas coexisten en el contenido del Art. 339 y que, la aplicación de una u otra, depende de la naturaleza de la obligación contractual incumplida. Con el corolario que el Art. 302 debe ser interpretado restrictivamente al ámbito de imputación subjetiva.

Palabras clave: imputación objetiva y subjetiva / culpa-negligencia / culpa-incumplimiento / deberes de conducta / cláusula general de la norma / especies de responsabilidad por incumplimiento contractual.

Abstract

The present exploration constitutes an approach to the doctrinal debate between classic subjective and objective positions, referring to the non-performance of contractual obligations that gives rise to a debtor's civil liability. The debate starts when, against the objective system, the subjective system frees the debtor of his liability in instances when he would fulfil his duty to observe due diligence –but not his contractual performance– and this compliance is considered a cause of impossibility of non-attributable compliance at his will. The underlying problem arises from the

interpretation of the content and relationship between articles 302 (debtor's diligence) and 339 (responsibility of the not complying debtor) of the Bolivian Civil Code of 1975 and the confusion emerging from the locutions fault-negligence and fault-performance. As a result, the author formulated a hypothesis: the doctrinal discussion is vain since both systems coexist in the content of Art. 339, hence its application only relies on the nature of breach of contract. With the corollary that Art. 302 must be understood restrictively over the subjective imputation system.

Keywords: objective and subjective imputation / fault-negligence and fault-performance / behavioral duties, general clause of the norm / species of responsibility for breach of contract.

1. Clasificación asistemática de la responsabilidad civil en contractual y extracontractual

De acuerdo al Código Civil napoleónico (1804), las fuentes de obligaciones son el contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito y la ley, elementos que fueron adoptados por el Código Civil (CC) boliviano de 1831 y que condujeron a que la doctrina de la época clasifique la responsabilidad civil en contractual y extracontractual, lo cual subsiste en gran medida hasta hoy en día. El criterio que posiblemente se tomó para tal clasificación, según supone Giovanna Visintini (1999), fue el de la mayor cantidad y frecuencia de casos que devenían, de la entonces llamada responsabilidad civil contractual, para dejar todas las demás fuentes en la especie responsabilidad extracontractual.

Posteriormente, se generó la discusión doctrinal sobre si el sistema de responsabilidad civil era uno solo, cualquiera sea la fuente, o era diferente el de la responsabilidad que surge del hecho ilícito,

por entonces subespecie de la responsabilidad extracontractual. Discusión ésta que aún se encuentra en la doctrina actual.

El CC boliviano de 1975 establece sistemática y tratamiento diferentes a las fuentes de las obligaciones. Ellas se encuentran identificadas y normadas en la parte segunda (de las fuentes de las obligaciones) de su libro tercero (de las obligaciones), las mismas que devienen en las especies: el contrato (título I), la promesa unilateral (título III), el enriquecimiento ilegítimo (título IV), el pago de lo indebido (título V), la gestión de negocios (título VI) y de los hechos ilícitos (título VII). Morales Guillén (1977), observa en esta clasificación la ausencia del abuso del derecho, regulado como fuente de obligaciones en muchas de las legislaciones modernas.

Por otra parte, la responsabilidad civil precontractual, como otra fuente de obligación, conlleva la necesaria determinación de su naturaleza jurídica. Por ahora, una corriente doctrinal la considera hecho ilícito y otra como una especie autónoma (Art. 465 culpa precontractual).

Asimismo, el Art. 294 (fuentes de las obligaciones) dispone que son fuentes de obligaciones las que derivan de los hechos y actos que conforme al ordenamiento jurídico son idóneos para producirlas. Disposición legal cuya justificación, pese a su criticada redacción, es incorporar formalmente en el sistema de fuentes de las obligaciones a otras especies aplicables, en razón del carácter supletorio del Código Civil. Se cita como ejemplos a aquellas obligaciones originadas en daños medioambientales o en daños al consumidor.

Vale la digresión de considerar el Art. 23 (inviolabilidad) de los derechos de la personalidad, cuyas transgresiones, si bien corres-

ponden a la especie de acto ilícito, tienen la virtud de disponer la resarcibilidad del daño moral, que se encuentra limitada a los casos expresamente previstos por ley según el parágrafo II, del Art. 994.

De lo expuesto se desprende que el criterio de clasificación de la responsabilidad civil atiende a la fuente de la obligación. Siguiendo este criterio, se infiere que el género responsabilidad civil tiene tantas especies como fuentes de obligaciones existan y, en consecuencia, se usará la locución *responsabilidad por incumplimiento de obligación contractual*.

Resultan ilustrativas las consideraciones que al respecto genera Visintini (1999), quien afirma que “la regulación sobre la responsabilidad precontractual del Código Civil italiano de 1942, ha dado lugar a un tertium genus, como fuente diversa de la responsabilidad contractual y de la extracontractual”. Con esta afirmación pareciera dar reconocimiento implícito a la clasificación de la responsabilidad en contractual y extracontractual y no es así, porque al referirse al Art. 1173 del CC italiano (1942), que corresponde al Art. 294 (Fuentes de las obligaciones) del CC boliviano, señala que “el área de la responsabilidad del deudor va más allá de la de los incumplimientos contractuales y que, al ser este último de casuística más rica, la doctrina usa la denominación impropia e inexistente en su código civil de ‘Responsabilidad Contractual’” (p. 234). Al respecto, cabe dejar sentado que no justifica su impropiedad el hecho que la normativa sobre responsabilidad civil no menciona a la responsabilidad contractual, ya que la regulación en esta materia, tanto en el CC italiano de 1942 como en el CC boliviano de 1975, es deficiente y confusa, como también rezagada, lo que dio lugar a que la jurisprudencia

supla estas deficiencias e incluso legisle sobre la materia, como afirma dicha tratadista. Sin embargo, se está de acuerdo con la calificación de impropiedad de las especies contractual y extracontractual y a la que algunos agregan la precontractual, por el uso limitado de diferencias específicas, dejando de lado a una cantidad importante de otras especies.

Sin embargo, la clasificación de la responsabilidad civil por incumplimiento de obligaciones, hoy en día, constituye un constructo inacabado del derecho y la clasificación que se propone tiene el propósito de contribuir a tal constructo en el ámbito del derecho boliviano.

2. La culpa, su gradación y su recepción en los códigos civiles de 1831 y de 1975.

El CC boliviano de 1831 contempla, al igual que su fuente el CC napoleónico, el principio del derecho natural de no dañar, mediante normativa expresada en su capítulo II de los delitos y cuasidelitos, del título IV de las obligaciones que se contraen sin convenio, ambos del libro tercero de las diferentes maneras de adquirir la propiedad.

El Art. 967 dispone que no solo son responsables todos aquellos que causen daño sino también aquellos que lo hayan producido por su negligencia o imprudencia, consideradas como especies de la culpa en sentido estricto. Además, primaba y aun prima el principio de que en materia de responsabilidad por hecho ilícito se es responsable aun por la más mínima culpa que produzca daño. El CC de 1975 continúa esta tradición bajo su título VII *de los hechos*

ilícitos, de la parte segunda *de las fuentes de las obligaciones* de su libro tercero.

Ahora bien, considerando que el tema en exploración es el de la culpa como requisito de responsabilidad civil por incumplimiento de obligación contractual es necesario precisar que, de acuerdo a lo observado por Visintini (1999) respecto a esta materia, el sistema de culpa reconstruido con base al Derecho Romano por Robert J. Pothier, y propuesto para su inserción al CC napoleónico, no fue aceptado como se proponía para todo el sistema de incumplimiento de obligaciones, sino tan sólo para el deber de diligencia en la custodia de la cosa y exclusivamente en expresas especies de obligaciones, lo cual se mantuvo tanto en el CC italiano de 1865 como en el CC de 1975.

A continuación, se analiza el tránsito del régimen de las normas sobre incumplimiento de obligaciones del CC Santa Cruz de 1831 al actual de 1975, cuyo desarrollo guarda similitud con el tránsito entre los códigos italianos de 1865 al de 1942 y que trae consigo significativos cambios al sistema de la responsabilidad civil.

El CC de 1831 regula las obligaciones y los contratos en su libro tercero *de las diferentes maneras de adquirir la propiedad*, cuyo título III *de los contratos o de las obligaciones convencionales y generales*, regula los efectos al incumplimiento de obligaciones de forma dispersa. Tal es así que los encontramos insertos en la regulación de las obligaciones de dar (capítulo VIII), las de hacer y no hacer (capítulo IX) y la de daños e intereses por incumplimiento (capítulo X).

En cuanto a las *obligaciones de dar*, el Art. 728 dispone: “La obligación de dar trae consigo la de entregar la cosa y conservarla

hasta su entrega, bajo pena convencional, que se haya impuesto, y en defecto de esta la de satisfacer daños e intereses al acreedor, por autoridad judicial”. El Art. 729 a su vez dispone: “La obligación de velar en la conservación de la cosa, sea que la convención tenga por objeto la utilidad común no solo la de una de las partes, resta a la obligación de cuidar de la cosa con todo esmero de un buen padre de familia. Esta obligación es más o menos extensa relativamente a ciertos contratos, cuyos efectos a este respecto se explican en los títulos correspondientes”. El Art. 730 dispone la mora para el obligado incumplido, si se le ha requerido cumplimiento o cuando se haya pactado mora o por el solo transcurso del tiempo. A su vez, el Art. 731 remite, respecto a los efectos de la obligación de dar, a los títulos VI *de la venta* y al título XX *de los privilegios e hipotecas*. En el de la venta el Art. 1029 dispone ante la falta de entrega de la cosa vendida la facultad para el comprador de resolver el contrato o pedir la posesión. El Art. 1030, dispone la condena a daños e intereses al vendedor en cualquiera de las hipótesis anteriores. En el título XX no encontramos norma relativa a los efectos del incumplimiento de obligaciones.

En cuanto a las obligaciones de hacer y no hacer sus artículos 735 al 738 disponen que, a falta de cumplimiento, resultarán daños e intereses, que el acreedor tiene el derecho de solicitar la destrucción de lo hecho a cuenta del obligado más daños e intereses si ha lugar y, en cuanto a las obligaciones de no hacer, la facultad de cobrar daños e intereses.

En cuanto a los daños e intereses resultantes del incumplimiento sus artículos 739 al 747, reiteran la obligación del deudor a satisfacerlos ya sea que estos provengan de mora o de incumplimiento. Establecen a la causa ajena, al caso fortuito y a la fuerza mayor

como eximentes de responsabilidad. Señalan los límites de la cuantificación de los daños, circunscritos a los daños previstos o que han podido preverse si no hubo dolo del deudor, así como a los inmediatos y a los directos. Finalmente reconocen la aplicación de la cláusula penal y la posibilidad de capitalizar intereses si estos se debieran por más de un año.

Del análisis de los artículos transcritos y parafraseados, se deduce lo siguiente: el deber de custodia de la cosa está dispuesto solo para las obligaciones de dar, puesto que revisado el capítulo que le sigue y que corresponde a las restantes obligaciones de hacer y no hacer, no se encuentra exigencia de deber de diligencia alguna. Por otra parte, se observa que el deber de custodia junto al de entregar, son deberes accesorios a la obligación de dar y que los tipos de diligencia del buen padre de familia y guarda de las propias cosas, que corresponden a los grados culpa en abstracto y culpa en concreto, admiten moderación de mayor o menor rigor en su exigibilidad.

De la revisión de la normativa sobre contratos especiales del mismo CC de 1831, que cuentan con expresa regulación sobre el deber de custodia y el tipo de diligencia aplicable, encontramos que: el gestor de negocios, está obligado a la diligencia de tipo buen padre de familia y confiere al juez la facultad de moderar esta exigencia, tomando en cuenta los motivos que le impulsaron a tal gestión (Art. 958). En cuanto a los contratos de comodato, el comodatario está obligado a la guarda y conservación de la cosa como buen padre de familia, pero sin la facultad de moderación prevista en el artículo (Art. 1243), que, en cuanto al depósito considerado esencialmente gratuito (Art. 1277), dispone para el depositario la obligación de la guarda de la cosa depositada con los mis-

mos cuidados que emplea en la guarda de las suyas propias, guarda que corresponde a la culpa leve en concreto y, a continuación, dispone que en la diligencia de guarda de la cosa depositada, se exigirá mayor rigor en los cuatro supuestos de hecho que prevé y que equivalen, de alguna manera, al depósito oneroso (Art.1287). Por otra parte, el acreedor prendario debe custodiar la prenda del mismo modo que si fuese cosa propia (Art. 1422). Así mismo, llama la atención que no haya tipificación de diligencia alguna para el mandato.

Del análisis de lo expuesto, se infiere que el CC de 1831 reguló el requisito de la culpa-negligencia para el deber de custodia, en el ámbito de los contratos especiales, y solo para algunos de ellos. Omitió el requisito de la diligencia en cualquiera de sus grados para las obligaciones y contratos en general.

Algo similar ocurrió con el CC napoleónico, sin embargo y de contrario, siguiendo a Visintini (1999), la doctrina dominante de la época de su promulgación y durante buena parte del siglo XIX, a partir del principio de que no hay responsabilidad sin culpa, de influencia canonista, sostuvo que la responsabilidad por incumplimiento contractual, cualquiera que sea este, requería del requisito de la culpa-negligencia, con el agregado de que la culpa en sentido estricto se presumía por el solo incumplimiento de la obligación contractual y que el dolo debía ser probado por el acreedor. A esto se suma que, a principios del siglo XX, se dio una nueva clasificación de las obligaciones, atribuida por la doctrina francesa a Demogue, que las distinguía en obligaciones de medios y de resultados. Ello trajo como una de sus consecuencias, que la presunción de culpa del deudor por su solo incumplimiento admita excepción en algunas de las obligaciones de medios y en las que,

para la atribución de responsabilidad del deudor, el acreedor debía probar la culpa-negligencia, la culpa-imprudencia, la culpa-impericia y/o la culpa *in re ipsa*.

El CC de 1975, mantiene en términos generales los tipos de gradación de la culpa y la sistemática del CC de 1831. Esto es, los ubica en el apartado que corresponde a los contratos en particular y solo para casos en los que los supuestos de hecho de la norma prevén el deber de diligencia en la custodia, con algunos cambios, como el de incorporar la culpa leve en abstracto para el depósito oneroso en vez de la aplicación de un mayor rigor de la culpa en concreto. Incluye el deber de diligencia del tipo buen padre de familia como conducta obligatoria del mandatario, pero, inexplicablemente, sin la facultad de moderación que se cree necesaria. Al respecto, tómesese en cuenta por ejemplo los criterios de la gratuitad u onerosidad del mandato y la de la mayor o menor experticia del apoderado. Criterios estos, que se dan en los hechos y que por simple lógica inducen a la necesaria facultad de ponderación.

A pesar de lo expresado y al igual que el CC italiano de 1942, el CC de 1975, hace una muy importante innovación, que llama significativamente la atención y ahonda el debate de las posturas doctrinales subjetiva y objetiva del sistema de imputación de responsabilidad por incumplimiento de obligación contractual. Se trata del Art. 302 (Diligencia del Deudor), ubicado en el Título I del efecto de las Obligaciones, Parte Primera de las Obligaciones en general, del Libro Tercero de las Obligaciones. Por la ubicación de este artículo, situado entre los principios generales de las obligaciones, se infiere que, en toda obligación, cualquiera sea su fuente y cualquiera sea su especie o contenido, el deudor debe emplear la diligencia del tipo *buen padre de familia*. Por otra par-

te, además de tal extensión, omite otorgar al juzgador la facultad de moderación de la diligencia exigida.

Con ello se abre la interrogante de si el Art. 302 (Diligencia del deudor) del CC de 1975 viene a constituir una causal de inimputabilidad por incumplimiento de obligación, debido al cumplimiento de la diligencia exigible.

En conclusión, podría afirmarse que el CC de 1975, asume a la culpa, su gradación y su función, en términos generales al igual que el CC de 1831, continuando la tradición que deviene del CC napoleónico de 1804, salvo por la importante y conflictiva innovación descrita.

3. Los deberes de conducta de los sujetos de la relación obligatoria

La tercera norma del Libro Tercero de las obligaciones en general, bajo el Título I del efecto de las obligaciones, Capítulo - I Disposiciones generales, el Art. 293 (Relaciones entre acreedor y deudor) del CC de 1975, dispone que las relaciones entre acreedor y deudor, en cuanto al ejercicio de sus derechos y garantías, se rigen por lo dispuesto en el Libro Quinto del ejercicio, Protección y Extinción de los Derechos). La ubicación de esta norma corresponde a la de los principios generales para todo el régimen de las obligaciones.

Por su parte, el primer artículo del Libro Quinto dispone en su Art. 1279 (Principio), que los derechos se ejercen y los deberes se cumplen conforme a su naturaleza y contenido específico, que se deducen por las disposiciones del ordenamiento jurídico, las

reglas de la buena fe y el destino económico-social de esos derechos y deberes.

En este acápite se fija la atención en la locución *las reglas de la buena fe*, de la cual deviene *el principio general y supremo de la buena fe* y, a través de este, *los deberes de conducta*, a observarse en toda relación jurídica y, en específico en las relaciones que devienen de la obligación, y a las que la doctrina ha denominado deberes de conducta, tanto del acreedor como del deudor.

A continuación, se analizará el principio de la buena fe y en el apartado siguiente el tema de su aplicación, que requieren la conceptualización de la denominada *clausula general de la norma*.

La locución buena fe es de fácil entendimiento en el lenguaje común y lo es aún en la multiplicidad de sus aplicaciones; sin embargo, no lo es al momento de otorgarle contenido técnico jurídico, porque presenta alta complejidad, que de acuerdo a lo mencionado por Solarte (2004), cuenta con altos niveles de abstracción y complejidad.

A decir de Fueyo (1997), la buena fe, es una expresión ética cuyo fin es asegurar las relaciones emergentes de la convivencia social. El concepto se construye a partir de la conciencia social del hombre, quien a su vez la reconoce y la asume elevándola a la categoría jurídica, a través de normas positivas.

Dentro de la diversidad de estudios que ha motivado la buena fe, se encuentra la concepción clásica, que diferencia la buena fe entre subjetiva y objetiva. De Los Mozos citado por Solarte (2004), afirma que la diferencia entre estas reside en que:

una aplica una regla de conducta y la otra facilita una legitimación o configura una titularidad, con base en aquella conducta (valorando la intención del sujeto, o su creencia o error), con lo que su función es distinta, a pesar de su unidad de origen y, por tanto, difieren también en la forma de su instrumentación, presentando aspectos diferentes que se compaginan con las dos formas que tienen de presentarse en el derecho: como normativa y como facultad (p. 287).

Emilio Betti (1969), además de situarse en la corriente de la división de la buena fe en subjetiva y objetiva, otorga conceptos y subespecies a cada una de ellas:

La buena fe subjetiva, consiste en una actitud o estado de conciencia de la persona y que la lleva a actuar bajo *ignorancia* o bajo *error*. Bajo ignorancia, cuando lesiona intereses ajenos que pueden ser validados por la ley, habida cuenta del cumplimiento de otros requisitos que le acompañan en los supuestos de hecho de la norma, como en el caso de la usucapión. Bajo estado de error, cuando la persona se encuentra erróneamente convencida en la aparente legitimación ajena o, dicho de otra manera, consiste en el error de considerar como titular de un derecho a quien no lo es, así como asumir carga a la que no está obligada, como en el caso del acreedor aparente.

La buena fe objetiva, según Betti (1969), consiste en un criterio de conducta, entendido como comportamiento exigible y traducido, entre otros, en deberes anexos al deber de prestación. Deberes estos, que los clasifica en tres subespecies: la primera, de *lealtad* y *probidad* a observarse en las etapas: precontractual, de formación del contrato, en su ejecución y, aun después de cumplido respecto

de sus efectos. La segunda, como *criterio de conducta*, que consiste en la activa cooperación de los sujetos activo y pasivo de la relación obligacional y comprende, entre otros posibles, los deberes de información, seguridad y protección. La tercera, como *criterio hermenéutico de interpretación del contrato*, por la que se integran deberes que pudieran no ser explícitos, como ser los deberes de protección y seguridad.

Otra sub clasificación, atribuida por Visintini (1999) a la doctrina italiana, sobre el principio general de la buena fe como deberes de conducta, otorga las subespecies de: *deberes de aviso o comunicación, deberes de custodia y conservación, deberes de salvamento y deberes de seguridad*.

José María Gastaldi (2004), propone otra clasificación basada, según él, en el contenido técnico jurídico. De ella resulta que: una especie denominada *buena fe*, cuya función es la de integrar de forma expresa los supuestos de hecho de la norma positiva y la otra especie, denominada *principio general de la buena fe*, destinada a regular los deberes de conducta en toda relación jurídica. Textualmente dice:

la buena fe ‘a secas’, que es un concepto técnico-jurídico que se inserta en una multiplicidad de normas jurídicas para describir o delimitar un supuesto de hecho, del ‘principio general de la buena fe’, que engendra una norma jurídica completa, que se eleva a la categoría de ‘principio general del derecho’, por lo que se concluye que todos los integrantes de una comunidad jurídica tienen el deber de comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones, es decir, que deben adoptar un comportamiento leal tanto en la formación como en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, pro-

yectándose desde dos direcciones: los derechos, que deben ejercerse de buena fe, y las obligaciones que tienen que cumplirse de la misma forma. Se la califica así como un ‘estándar ético’. (p. 303)

Se observa que las especies de buena fe propuestas por Gastaldi, no difieren en contenido y solo difieren en la nomenclatura, respecto de las denominadas por la doctrina como subjetiva y objetiva. Sin embargo, se adoptan las del mencionado tratadista, en razón a que la especie denominada principio general de la buena fe ha progresado en uso, generalización y jerarquía, al extremo de habersele agregado el adjetivo *supremo* por lo que hoy recibe la denominación de principio general y supremo de la buena fe.

Lo expresado hasta aquí, requiere de una precisión importante, cual es la de afirmar que la clasificación de la buena fe, ya sea en subjetiva y objetiva como en buena fe *a secas* o como principio general de la buena fe, cuentan con validez lógica, doctrinal y jurisprudencial. En cambio, las sub clasificaciones transcritas de los *deberes de conducta* que devienen del principio general de la buena fe, solo tienen función de orientación, debido a que las mismas son de muy variada índole como lo son las relaciones obligatorias y sus respectivos contenidos y, por otra parte, las transgresiones a dichos deberes, también son de lo más variadas tal como lo es la inventiva humana en sus inconductas.

Respecto de la vigencia y aplicación de mencionado principio general, y habida cuenta de que son muchos los países del derecho continental que no cuentan con norma expresa que lo consagre, se consideran importantes las opiniones siguientes: “La propia noción del derecho, los órdenes jurídicos generales, y aún más, la moral,

inducen a considerar involucrada la buena fe en los Códigos civiles como principio general de Derecho” (Fueyo, 1997, p. 145). Por su parte, Larenz, citado por Gil y Gil (1994), afirma que:

Es inadmisibles todo ejercicio de un derecho que infrinja en el caso concreto las ‘buenas costumbres’ o las consideraciones que dentro de la relación obligatoria o de otra especial vinculación jurídica está obligada a adoptar cada parte respecto a la otra, según la buena fe (p. 98).

Es así que la jurisprudencia de muchos países acude a los razonamientos transcritos u otros para aplicar el principio general de la buena fe. Otros lo hacen vía interpretación extensiva, como por ejemplo Italia, que en el Art. 1175 (Comportamiento conforme a la corrección) de su CC de 1942, lo usa mediante interpretación extensiva al propósito enunciado. Por su parte, Argentina lo ha incorporado recientemente en su nuevo CC de 2015.

El cuanto a una de las funciones adicionales del principio, que se considera de relevancia significativa, Franz Wieacker, citado por Solarte (2004), afirma que:

El principio general de la buena fe ha contribuido a enfrentar los excesos del positivismo jurídico, pues mediante su aplicación, como ‘cláusula general’ o como ‘válvula’, se permite al juez realizar una labor jurídica creativa, cercana a las necesidades de la vida cotidiana, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de un momento y un lugar determinado (p. 290).

A manera de conclusiones de este apartado, se puede afirmar que: los deberes de conducta que devienen de la buena fe, en su faz objetiva y denominada principio general y supremo de la buena fe,

incluyen subespecies que están constituidas por los *deberes de lealtad y probidad*, aplicables desde la etapa precontractual hasta la post contractual; el de *activa cooperación*, que comprende los deberes de información, seguridad y protección; el de *salvamento* y el de *seguridad*, muestran por sí solas un sistema mucho más completo y útil que el sistema de la culpa y su gradación. Y, por otra parte, que la violación a dichos deberes de conducta, por su condición de elementos accesorios e instrumentales a las obligaciones, da lugar a responsabilidad civil y, en ocasiones, aún por la sola transgresión a dichos deberes, con prescindencia del cumplimiento o incumplimiento de la prestación debida.

4. El principio general de la buena fe como cláusula general de norma.

El principio general de la buena fe, contenido en el Art. 1279 del CC de 1975, además de regir los deberes de conducta, como elemento accesorio e instrumental del deber de prestación de las obligaciones, constituye también cláusula general.

Se entiende por cláusula general, a la norma o a parte de ella, por la que el legislador faculta al juez, ya sea a tipificar o a completar supuestos de hecho, en el caso concreto sometido a su juzgamiento, debido a la imposibilidad del mismo legislador de normar una casuística muy amplia e inagotable.

Una de estas cláusulas generales está constituida por el *principio general de la buena fe*, como deberes de conducta y es aplicable a todo ejercicio de derechos y a todo cumplimiento de deberes. En el caso de los deberes de conducta, como elemento instrumental de las obligaciones, opera en su faz negativa, ya que corresponde al

juez del caso concreto tipificar las transgresiones a los deberes de conducta de las partes, vinculadas por la relación jurídica obligacional, para atribuir responsabilidad al transgresor.

Gil y Gil (1994), hace una precisión en el concepto de cláusula general, al señalar que ésta es una técnica legislativa que permite dotar de consecuencia jurídica a una diversidad de supuestos de hecho concretos y no tipificados. Dice que al desempeñarse en forma de supuesto de hecho de descripción general y sin la precisión requerida por la técnica jurídica, permite que el juez del caso concreto la precise. Además, señala que

en la actividad normativa, el recurso a las cláusulas generales se resuelve en una renuncia parcial a legislar y, más en concreto, en una renuncia a dictar reglas minuciosas y taxativas, y en la determinación, por el contrario, de una tabla de valores para el uso de quienes han de aplicar las normas así previstas; ello comporta una ampliación de los poderes del intérprete y, de modo particular, del juez (p. 92).

Desde luego que, la facultad concedida al juez de tipificar la transgresión a deberes de conducta, permite moderar tal tipificación a través de la cuantificación del daño. Tal es el caso de la transgresión a cualquier deber de conducta que impide el cumplimiento del mandato y cuyo mandatario, en un caso, se obligó gratuitamente y con falta de experticia en la materia, extremo que era de conocimiento del mandante y, otro caso, en que el mandatario es profesional en la materia y cobra por su servicio.

Se estima que este sistema de deberes de conducta, previsto en el Código Civil de 1975, en lo que concierne a la relación obligatoria es mejor que el del sistema de la culpa y que bien podría re-

emplazarla al menos en el ámbito contractual. Se insiste una vez más, que la gradación de la culpa fue diseñada para la función de declarar al agente culpable o no culpable, según haya o no empleado la diligencia exigible en el deber de custodia, y luego ampliada más allá de dicho deber de diligencia, dando lugar a las culpas por imprudencia, impericia e in re ipsa, que se aplican en algunas obligaciones de medios. Dichas funciones están vigentes en el CC de 1975 pero, como sucede en los hechos, no son suficientes para cubrir el colectivo de transgresiones al principio general de la buena fe. En cambio, el sistema de deberes de conducta sí logra tal magnitud.

Comparando los sistemas de culpa-negligencia con el de los deberes de conducta, considérese el caso del deudor que otorga cumplimiento exacto de la prestación debida, esto es, atendiendo a los principios de identidad, integridad, localización y temporalidad del objeto de la obligación y que, sin embargo, resulte condenado al resarcimiento civil de daños, en razón a que su cumplimiento es calificado de violatorio a deberes de conducta que devienen del principio general de la buena fe. Tal el caso del deudor que dejó en la puerta de la industria incendiada materia prima perecible, siendo que sabía con antelación a su pretendido cumplimiento, del incendio ocurrido en dicha fábrica y además de que contaba con posibilidades ciertas de conservar dicha materia prima y colocarla entre sus clientes. También se tiene el caso de violación del deber de conducta por parte del acreedor. Tal el suceso por el cual el deudor, que por equívoco entrega objeto diferente al convenido y oportunamente, esto es en el mismo día, pretende rectificar su equívoco y tropieza con el hecho de que el acreedor no se lo permite y luego éste le inicia acción de resolución contractual por

incumplimiento, pidiendo, además, resarcimiento de daños. Casos como estos, encuentran correcta solución a la luz del sistema de los deberes de conducta basados el principio general de la buena fe, en los que no sería posible aplicar el sistema de la culpa.

5. Imputaciones subjetiva y objetiva de responsabilidad civil por incumplimiento de obligación contractual

La diferencia entre los sistemas de imputación subjetiva y objetiva de responsabilidad por incumplimiento de obligación contractual, radica en el hecho de que el sistema subjetivo exige el requisito de la culpa y el objetivo prescinde de ella.

Promulgado el CC italiano de 1942, cuyo Art. 1176 dispuso como exigible la conducta del tipo buen padre de familia en el cumplimiento de todas las obligaciones, produjo para gran parte de su doctrina (y no tanto así para su jurisprudencia), la consagración del principio de no haber responsabilidad sin culpa en el incumplimiento de toda obligación contractual, con ello, se generó dificultad interpretativa del Art. 1218 (Responsabilidad del deudor que no cumple) del mismo código, que dispone la responsabilidad del deudor que no cumple, a menos que pruebe su imposibilidad de cumplimiento sea por causa no imputable a él. Este mismo problema se presenta entre los artículos. 302 y 339 de nuestro CC de 1975, razón por la cual recurrimos a la doctrina italiana sobre este particular.

6. Doctrina subjetiva

Doménico Barbero (1967), consciente de la existencia de la doctrina objetiva sobre el tema en análisis, sostiene que la exigencia de un determinado tipo de diligencia en aplicación del Art. 1176

del CC italiano del 1942, trae consigo la inferencia de que el deudor que empleó la diligencia exigida por ley, no es imputable de responsabilidad y que tal consecuencia es la base de la doctrina de la culpa contractual. Agrega que, quienes con base al Art. 1218 del mismo código, niegan que el uso de la diligencia debida sea causa de eximente de responsabilidad y se basan solo en la imposibilidad de la prestación, generan contradicción irreductible entre ambas normas y que, de ser así, habría que eliminar tal contradicción, aun a costa de eliminar una de las normas vía interpretación abrogatoria. Ante esta situación, propone encontrar la conciliación entre las mismas, aunque, para ello, haya que desecher posturas doctrinales tradicionales.

Tal conciliación, parte de la afirmación de que el deudor se obliga a lo que debe y se puede dar como fundamento irrefutable, y que una correcta interpretación del Art. 1218 (Responsabilidad del deudor que no cumple), debe contener el presupuesto de que el deudor que no cumple lo que debe y puede será responsable del daño, poniendo énfasis en el puede. Con este presupuesto deviene la conciliación entre ambas normas: el deudor que puede emplear y que sí emplea la diligencia que le es exigida por ley, ya no está obligado a una mayor diligencia y es esta circunstancia, la que da inicio a la imposibilidad de cumplir y su subsecuente liberación de responsabilidad.

Previendo críticas a su opinión, afirma que puede ser tildado con la proposición de que, expulsada la culpa por la puerta, se la pretenda meter por la ventana, extremo que no admite. Para él, una de las causas de imposibilidad no imputable es la de haber cumplido con la diligencia exigible.

Se observa que la liberación del deudor que no cumple, depende de una causa que determine su *imposibilidad* de cumplir. En cambio, con la argumentación de Barbero (1967), puede darse el caso de que la obligación sea posible de cumplimiento, pero con una diligencia mayor a la exigida por ley y que el deudor quede liberado. No se estima que fuese así, por la simple irreductibilidad del vocablo *imposibilidad*. Además, se califica de peligroso el argumento criticado, por el riesgo de abrir las eximentes de responsabilidad que se encuentran circunscritas a escasas y específicas situaciones, como ya se vio.

Francesco Messineo (1971), admite el deber de diligencia del tipo buen padre de familia dispuesto por el Art. 1176 del CC italiano de 1942, correspondiente al Art. 302 del CC boliviano (Deber de diligencia), sin observación ni cuestionamiento alguno y agregando a manera de aclaración que el deudor debe usar los cuidados y las cautelas necesarias a la naturaleza de la relación obligatoria concreta, es decir, ponerse en condición de poder cumplir.

Al abordar el tema del incumplimiento voluntario, ya de comienzo, afirma la existencia de dos elementos contenidos en el Art. 1218 del CC italiano, fuente del Art. 339 del CC boliviano (Responsabilidad del deudor que no cumple), uno objetivo que consiste en el incumplimiento mismo y el otro, subjetivo, consistente en el comportamiento del deudor, en el hecho de ponerse en posición de cumplir.

En este segundo elemento, polariza las situaciones posibles, con la afirmación de que si hay incumplimiento es porque el deudor no ha podido o bien porque no ha querido cumplir con la diligencia exigida. Afirma también, que el concepto de culpa contractual no se comprende sino solo como violación al deber de dili-

gencia. Para él y de forma casi textual, el incumplimiento está adscrito por ley al comportamiento culposo del deudor.

Se estima que Messineo pretende conciliar las disposiciones legales en análisis al incorporar al Art. 1218 los elementos objetivo y subjetivo y lo hace con afirmación positiva universal. Sin embargo, en las consideraciones que hace sobre las especies de incumplimiento contractual al respecto, no se ha encontrado reafirmación de su propuesta y, por el contrario, analiza casos en los que sí es de aplicación el elemento subjetivo, por compartir todos ellos el carácter de excepción a la presunción de culpa del deudor que incumple, como establece el propio sistema de imputación de responsabilidad subjetiva. Expone casos de liberación de responsabilidad previstos para el cumplimiento del deber de custodia de su código civil, los mismos que, como se tiene afirmado, son determinados por ley, son escasos y no provocan ni provocaron discusión doctrinal mayor. Cita como ejemplos, entre otros, al depósito común y al comodato, en los que sí se da liberación del deudor por cumplimiento de la diligencia exigible. Por otra parte, se reitera la observación de confundir culpa negligencia con la culpa contractual.

7. Doctrina objetiva

Sergio Urrejola Santa María (2011), eminente profesor y publicista chileno, propugna la responsabilidad objetiva por incumplimiento contractual, admitiendo excepción menor. Parte de la concepción clásica de la culpa contractual, compuesta por dos elementos “uno *objetivo*, que prescinde de la valoración de la conducta desplegada por el deudor, y otro *subjetivo*, que necesita valorar negativamente su conducta para constatar la culpa”. Afirma la necesi-

dad de un nuevo enfoque al que tradicionalmente se ha venido ejerciendo, el mismo que produciría dos importantes cambios:

Señala que el primer cambio de enfoque se da respecto de los párrafos 1 y 3 del Art. 1447 del CC chileno, mismo que consiste en observar que carecen de aplicación general y están dispuestos solo para algunas obligaciones de medios. Los párrafos aludidos disponen: el primero que el deudor es responsable solo de culpa lata (grave) cuando el contrato es útil solo para el acreedor, de culpa leve cuando beneficia a ambas partes y de culpa levísima si beneficia solo al deudor. El tercero que la prueba de la diligencia corresponde a quien debía emplearla y la prueba del caso fortuito a quien la alega.

El segundo, según este tratadista, está referido al concepto o definición esencial del vocablo *incumplimiento contractual* que no admite entre sus elementos a la reprochabilidad, por la misma razón que la expuesta para el primer cambio de enfoque, ya que el elemento subjetivo, como valoración negativa de la conducta, se puede aplicar sólo en el evento de inejecución de ciertas obligaciones de hacer.

Afirma que los requisitos para imputar responsabilidad del deudor por incumplimiento contractual varían dependiendo de si el incumplimiento se da en obligaciones de dar y no hacer, y en algunas de hacer. Con base en ello, afirma que al estar ausente el elemento subjetivo en la mayoría de las especies de obligaciones contractuales, el sistema de imputación de responsabilidad civil por incumplimiento contractual es objetivo con dos salvedades: la primera, ya reiterada y constituida por algunos casos de obligaciones de hacer, y la segunda, que se califica de muy importante, compuesta por las demandas de incumplimiento contractual dolo-

so. En respaldo de sus conclusiones, este tratadista presenta los siguientes razonamientos:

En las *obligaciones de entregar*, que devienen como prestación de los contratos con efectos reales, es decir, transferir o constituir derechos reales, donde la constitución o las transferencias de derechos reales tienen lugar por el solo consentimiento, no es posible eximir de la entrega del bien al transferente o constituyente bajo el argumento de haber empleado la diligencia exigible, bajo pena de caer en el absurdo. Cosa distinta es que el obligado a entregar, haya cumplido con la diligencia exigible en la conservación de la cosa y ésta haya perecido por causa no imputable a él, caso en el que sí quedará liberado de la entrega. Pero, no debe confundirse la prestación de entregar con la sub prestación de conservar. Por otra parte, se pregunta, sobre si el deudor que incumple una obligación dineraria podría encontrar liberación de responsabilidad demostrando haber empleado la diligencia exigible. Al respecto, cabe la digresión de señalar que el CC de 1975 cuenta con amplia normativa por la que incorpora la teoría del riesgo, de forma específica y única para esta especie de obligaciones, además de legislar sobre el perecimiento total o parcial, incumplimiento temporal y otros.

En las *obligaciones de no hacer*, el análisis es más simple. Si el obligado a la abstención incumple su obligación, lo que equivaldría a haber hecho lo que no tenía que hacer y lo hace, viola su deber de cumplimiento y, de consiguiente, no podrá buscar liberación de responsabilidad con el argumento de haber empleado la diligencia exigible, porque simple y llanamente la abstención no requiere de diligencia alguna.

En las *obligaciones de hacer*, el análisis es algo más complejo. Comienza por diferenciar sus subespecies: las de *obra* y las de *servicios*. En la primera sub especie al igual que en la prestación de entregar, no es posible la liberación del deudor por cumplimiento de la diligencia exigible. Considérese contratos de construcción de edificios, instalación de fábrica llave en mano, limpieza de vidrios de ventanas, elaboración de un retrato u otros, en los que no cabe tal liberación. Claro está que, en algunos de estos contratos de obra, puede darse liberación por cumplimiento de la diligencia debida, pero, solo respecto del deber de custodia y nunca sobre el deber de cumplimiento de la prestación principal. Así, por ejemplo, la del constructor cuyos insumos los recibe el comitente y, entre tanto los utilice, está obligado a su custodia. En la subespecie *servicios*, algunas de las prestaciones, podrían dar lugar a la liberación del deudor que incumple la prestación principal pero no en todas ellas. Propone considerar casos como el del servicio de transporte de bienes que requieren permanecer refrigerados hasta su destino, el transportista cuyo sistema de enfriamiento falló en algún momento o que no usó la temperatura adecuada y conveniente, no podrá evitar su responsabilidad con base a demostrar la diligencia exigible, y, así como este caso de servicio, en muchos otros casos de la misma subespecie. Por otra parte, y dentro de esta misma subespecie, se tiene a las obligaciones de medios, cuyas prestaciones no comprometen la obtención de un resultado, sino la de emplear ciencia, técnica, diligencia y prudencia en procura del resultado, casos en los que la parte insatisfecha tendrá que estarlo sobre los medios empleados y no sobre el resultado y, además, para lograr resarcimiento de daños tendrá que probar la negligencia o imprudencia o impericia y/o la culpa *in re ipsa* del obligado. Sin embargo, estos casos requieren de dos considera-

ciones. La primera referida a que, en la propia doctrina tradicional, estos casos constituyen excepción al principio de presunción de culpa por el solo incumplimiento; la segunda y por obra de la jurisprudencia, vienen reduciéndose los ámbitos de su aplicación. Así se tiene que, en algunos servicios médicos, como por ejemplo la cirugía estética y, con ella, muchas que son frecuentes y de antigua práctica como la histerectomía y la apendicetomía, comprenden obligaciones de resultados y no de medios. Lo mismo viene sucediendo con las prestaciones de servicios profesionales debidos, en muchos casos, al avance de la ciencia y la técnica.

Por su parte, Visintini (1996), realiza un amplio análisis doctrinal y jurisprudencial sobre el incumplimiento del deudor y su responsabilidad. Quizá, la mejor síntesis de su posición sea la calificación peyorativa que le otorga al Art. 1176 del CC italiano de 1942 que corresponde al Art. 302 (Diligencia del deudor) del CC de 1975.

Comienza refiriendo que en la cultura doctrinal italiana se tiene conciencia de que el Art. 1218 del CC de 1942 (Art. 339 del CC de 1975) “representa un intento del legislador de resumir en una normatividad uniforme, una casuística muy variada a causa justamente, de la diversa naturaleza de las obligaciones contractuales y no contractuales y a los diversos modos de incumplimiento” (pp. 91-92). Afirma que:

el complejo problema de los límites y de los criterios de responsabilidad del deudor se resuelven con las expresiones muy generales ‘imposibilidad’ y ‘causa no imputable’ a las que se agrega normas diseminadas en el código civil, unas

veces parafraseándolas, otras integrándolas y otras proveyendo excepciones (p. 92).

Refiere, además, a la serie de reglas dispuestas en el apartado dedicado a los contratos en particular, que prevén la incolumidad física de la persona contratante, las referidas a la violación del deber de conservación de bienes en las que se encuentran expresiones similares a *causa no imputable* tales como caso fortuito, fuerza mayor o a acontecimientos que se sustraen al control del deudor y resultan en impedimentos que no le son imputables.

Describe el doble uso de las locuciones *culpa-negligencia* y *culpa-incumplimiento*, origen de malos entendidos cuando se hace referencia a la equívoca expresión de *culpa contractual*. Con esto, hace la precisión de que en el contexto del Art. 1218, lo que cuenta es el *incumplimiento* como hecho antijurídico fuente de responsabilidad. Agrega consideraciones sobre que la violación a los deberes de conducta por parte del deudor constituye también incumplimiento por su carácter de accesorio e instrumental, criterio respaldado por amplia doctrina que, contribuyó a que los jueces abandonen su desconfianza a los deberes de conducta y hoy sean fuente jurisprudencial de responsabilidad.

En cuanto a la imposibilidad de cumplir, esta tratadista, sostiene que el Art. 1218, literalmente dispone que “el deudor debe cumplir hasta los límites de la posibilidad física y jurídica” y, por otra parte, que la “imposibilidad sobreviniente está regulada por el Art. 1256” (artículos 379 al 383, bajo el capítulo dedicado a la imposibilidad sobreviniente por causa no imputable al deudor del CC de 1975) y a los que agrega con base doctrinal y jurisprudencial como causas de imposibilidad a los hechos de autoridad pública; los impedimentos inherentes a la provisión de obligaciones gené-

ricas; los eventos naturales; el hecho de tercero; el hecho del acreedor; la naturaleza y vicio de la cosa; e impedimentos personales del deudor.

Visintini (1996), trata en apartados separados los temas referidos a los deberes de diligencia previstos en la parte de los contratos en especial y a las obligaciones de medios creada por la doctrina y receptada por la jurisprudencia. Casos estos que señala que, conforme a doctrina, tienen la condición de excepciones a la regla y que en verdad se aprecia mejor como subsistema basado en la culpa en sentido estricto, con sus ya mencionadas subespecies: negligencia, imprudencia, impericia e *in re ipsa*.

Respecto de la *causa no imputable*, Visintini (1999) sostiene que si bien la teoría de Ostti, quien fuera miembro de la comisión codificadora, insistía en la necesidad de agregar al vocablo imposibilidad los términos *objetiva* y *absoluta*, lo cual no fue acogido por los legisladores y no cabe duda que es ese el rigor de la regla. En su análisis de la jurisprudencia italiana, dice que ésta sí agrega al requisito de la imposibilidad el carácter de ser *absoluta* para contrarrestar a las meras dificultades de cumplimiento y que reserva el uso del adjetivo *objetiva* para las hipótesis de eventos ajenos a la esfera del deudor y de *subjetiva* para aquellos que se originan o tienen lugar tanto en el propio deudor, como en los de la esfera bajo su control.

Respecto de la *diligencia del deudor*, afirma no haber explicación alguna de la extensión del criterio de diligencia a todas las obligaciones, por no existir ningún testimonio en los trabajos preparatorios y, que tal ausencia junto a la falta de reacción de los primeros comentaristas, debió deberse a que, tanto para la doctrina como

para la jurisprudencia de la época, no constituía una novedad, porque el tema era más de derecho aplicado que legislado y, en cuya aplicación, la jurisprudencia no le dio tal extensión, al considerar que la responsabilidad del deudor está fundada en el hecho objetivo del incumplimiento y que, por otro lado, el CC italiano no ha pretendido afirmar la irrelevancia de la culpa-negligencia en el campo de las obligaciones de medios ni en el deber de custodia.

Del análisis de las posiciones doctrinales expuestas, se observa que los sistemas de imputación objetiva y subjetiva de responsabilidad por incumplimiento de obligación contractual, refieren cada uno de ellos dos subclases o subgrupos de obligaciones contractuales. El sistema subjetivo establece estos subgrupos utilizando como diferencia específica a la *carga de la prueba de la culpa*. En uno, se *presume* la culpa del deudor que ha incumplido y, en el otro, *corresponde al acreedor dicha probanza*. A su vez, el sistema objetivo los establece con base a los criterios de *general y de excepción*. Así, toda responsabilidad por incumplimiento de obligación contractual es de imputación objetiva, excepto en los que la ley dispone expresamente un deber de diligencia para determinados tipos de contratos y para algunas de las prestaciones que pertenecen a la especie de obligaciones de medios.

Por otra parte, ambos sistemas incorporan en sus respectivas subclases, colectivos de los mismos tipos de obligaciones, pero con criterio o nomenclatura diferente. De donde se infiere, que la subclase cuya diferencia específica es la *presunción de culpa*, corresponde exactamente a la subclase denominada *principio*, al igual que las dos restantes subclases: *carga de la prueba para el acreedor y excepción*.

Finalmente, se observa también, que los tratadistas consultados omiten referirse al incumplimiento contractual doloso, salvo el profesor Sergio Urréjola Santa María (2011), que advierte que tal incumplimiento doloso es una excepción al principio, es decir que corresponde al sistema de atribución subjetivo.

Por lo expuesto, y salvando la postura del profesor Doménico Barbero (1967), que se descarta por la observación ya propuesta, se concluye que desde la óptica de la responsabilidad civil hay dos especies de incumplimientos contractuales. La primera, que agrupa a los casos de incumplimiento de *deberes de diligencia* expresamente legislados en tipos de contratos específicos, a las obligaciones de medios cuyos incumplimientos requieren del *elemento culpa* para generar responsabilidad civil y a todos los incumplimientos *dolosos* de obligaciones contractuales. La segunda, determinada por exclusión, y constituida por todos los incumplimientos de obligaciones contractuales que no pertenezcan al primer grupo. Por tanto, se estima que dichas especies bien podrían denominarse respectivamente: *responsabilidad subjetiva por incumplimiento de obligación contractual* y *responsabilidad objetiva por incumplimiento contractual*. La justificación a lo propuesto, encuentra razón en las siguientes afirmaciones emergentes del análisis en curso:

La *diferencia* de contenido de las locuciones *culpa-negligencia*, como falta al deber de diligencia (Art.- 302), y *culpa-contractual*, como falta al deber de cumplimiento (Art.- 291), no tomada en cuenta por una buena parte de la doctrina tradicional constituye una de las causas de confusión y origen de la contraposición de las doctrinas objetiva y subjetiva de atribución de responsabilidad.

De origen, ni el CC napoleónico ni el CC de 1831 establecieron como requisito general de la responsabilidad por incumplimiento contractual al elemento *culpa-negligencia*, sino solo para los deberes de custodia previstos para algunos tipos contractuales.

La irreductibilidad del vocablo *imposibilidad*, contenido en el Art. 339 del CC de 1975, no permite la inimputabilidad del deudor por cumplimiento del deber de diligencia, esta inimputabilidad deviene solo para determinados casos de específica regulación normativa y para otros que devienen de la jurisprudencia, entendidos no como excepciones sino como subsistema.

La liberación de responsabilidad del deudor que no cumple, está constreñida a su *imposibilidad absoluta y objetiva*, así como a su *inimputabilidad* no solo personal sino extensiva a todo el ámbito de su competencia. Tales requisitos traen la consecuencia de que el mencionado Art. 339 pone en cabeza del deudor el riesgo del incumplimiento debido a causas que, si bien pueden no ser atribuibles estrictamente a él, no cumplan con los mencionados requisitos.

La responsabilidad por *culpa-negligencia*, es acogida por el CC de 1975 conforme a la tradición que deviene del CC napoleónico, salvo por el Art. 302, cuya ubicación lleva indebidamente a la conclusión que dicha diligencia es exigible en todos los contratos y que su cumplimiento es causa de inimputabilidad. El sistema de deberes accesorios de conducta, que devienen del principio general y supremo de la buena fe, constituyen un sistema más completo y útil que el de la culpa y su gradación.

8. Conclusiones

Como conclusión principal a esta aproximación al requisito de la culpa en el incumplimiento contractual se propone la hipótesis siguiente:

Es vana la discusión doctrinal entre las posiciones doctrinales objetiva y subjetiva de imputación de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones contractuales, en razón a que ambos sistemas coexisten en el contenido del Art. 339 y que, la aplicación de una u otra depende de la naturaleza de la obligación contractual incumplida, dando lugar a las subespecies de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones contractuales objetiva y subjetiva.

De contar con aceptación la hipótesis propuesta, el corolario será que: el Art. 302 debe ser interpretado restrictivamente como requisito de la responsabilidad por incumplimiento contractual subjetivo.

9. Referencias

- Barbero, Doménico (1967). *Sistema del derecho privado*. (Traducido por Santiago Sentis Melendo). Buenos Aires, Argentina. Ediciones Jurídicas Europa – América.
- Betti, Emilio (1969). *Teoría general de las obligaciones*. Madrid, España. Editorial Revista de Derecho Privado.
- Congreso Argentino. (7 de octubre de 2014). Código Civil y Comercial de la Nación (Ley N° 26.994 de 2014). Buenos Aires, Argentina. Infojus. Recuperado de http://www.saij.gov.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf
- Gastaldi, José María (1994). La buena fe en el derecho de los contratos. Su consagración desde el Código Civil de Vélez Sarsfield. En Córdoba, Marcos (dir.); Kluger, Viviana (coord.) y Garrido, Lidia (coord.) (1994): *Tratado de la buena fe en el derecho*. Tomo X (p. 303). Buenos Aires, Argentina. Fondo Editorial de Derecho y Economía (FEDYE).
- Gil y Gil, José (2003): *Autotutela y poder disciplinario en la empresa*, Madrid, España. Editora Centro de Publicaciones del Ministerio de justicia. Recuperado de https://books.google.com.bo/books?id=ppe_NL-xZNYC&pg=PA98&lpg=PA98&dq=%E2%80%9CEs
- Messineo, Francesco (1971). *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Jurídicas Europa – América.

- Morales, Carlos (1977). *Código Civil concordado y anotado: con arreglo a la edición oficial*. La Paz, Bolivia. Primera Edición. La Paz, Bolivia. Editorial Los Amigos del Libro.
- Mosset Iturraspe, Jorge (2001). *Responsabilidad por daños* Buenos Aires, Argentina. Rubinzal – Culzoni Editores.
- Presidencia de la República de Bolivia (6 de agosto de 1975). Código Civil, Código de Procedimiento Civil. (Decreto Ley N° 12760 de 1975). Gaceta Oficial de Bolivia N° 800 del 15 de agosto de 1975.
- Presidencia de la República de Francia. (21 de marzo de 1804). Código Civil Francés. (Actualizado por Ley N° 2013-404 de 17 de mayo de 2013). (Traducido al español); Diario Oficial de la República de Francia. Recuperado https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code_41.pdf
- Solarte, Arturo (2004). *La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta*. Vniversitas, 282-315. Pontificia Universidad Javeriana, recibido en fecha 12 de noviembre de 2004. Recuperado en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/108/cnt/cnt7.pdf>
- Urrejola, Sergio (2011). *El hecho generador del incumplimiento contractual y el artículo 1547 del Código Civil*. Santiago de Chile, Chile. Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri N° 17.
- Visintini, Giovanna (1999). *Tratado de responsabilidad civil; Tomo uno: La culpa como criterio de imputación de la responsabilidad*. (Traducido por Kemelmajer, A.). Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea.

El Órgano Legislativo como resultado del debate racional

The Legislative Body as a Result of Rational Debate

Boris Wilson Arias López*

Recibido: 05.08.2016

Aceptado: 30.01.2017

Resumen

El presente trabajo pretende develar deficiencias en el debate parlamentario y denotar la necesidad de mejorar el procedimiento legislativo boliviano, pasando así de una democracia representativa a una democracia participativa.

Palabras clave: democracia / representación / procedimiento legislativo

*Abogado, magíster en Derecho Constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar (2008), docente de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo”. Contacto: borisito55@hotmail.com

Abstract

This work shows deficiencies in the parliamentary debate and shows the need to improve the Bolivian legislative procedure, thus passing from representative democracy to participatory democracy.

Keywords: democracy / representation / Legislative procedure

1. Introducción

La democracia puede entenderse en lo adjetivo como un mecanismo de negociación, cuyo objeto es el de conciliar intereses y equilibrar el poder. En este sentido permite la coordinación de sectores en conflicto, por tanto, puede sostenerse que los desacuerdos hacen a la democracia.

Ahora bien, si la democracia implica la competencia de partidos, intereses, ideas, poder, moralidades, etc., de forma que se permita a los ciudadanos elegir, entonces se requiere espacios físicos o virtuales de discusión donde la democracia pueda realizarse.

Uno de los principales espacios de realización de la democracia debería estar en el Órgano Legislativo, donde mediante el procedimiento legislativo se busca integrar intereses de sectores sociales, económicos, culturales, etc., enfrentados entre sí, entonces el reto y principalmente la función de la ley es en esencia la de armonizar intereses contrapuestos.

Por otra parte, respecto a las decisiones legislativas, J. Rousseau sostenía que lo que integra a la nación a través de la ley no es el voto sino el interés que se revela a través del voto. De ahí que en su teoría democrática no se haga énfasis a la deliberación sino a

la toma de la decisión¹. Al parecer bajo el mismo criterio en Bolivia, muchas normas se aprobaron en cuestión de horas; es decir, para los legisladores parece que era tan evidente el contenido de la referida norma que resultaba innecesario un debate legislativo sobre su contenido, lo que debería llevar a preguntarse si realmente se puede prescindir en el procedimiento legislativo de una etapa de deliberación.

Lamentablemente la tradición jurídica heredada desde H. Kelsen en Bolivia descuidó el estudio del legislador, porque en su criterio la labor que desempeñaba al crear derecho era un tema político que pertenecía a las ciencias del ser y no así jurídico que hace referencia al deber ser; es decir, la ciencia del derecho se agotaba en la descripción del derecho vigente, quedando la creación del derecho y, más precisamente, la libertad configuradora del Órgano Legislativo fuera del ordenamiento jurídico, por tanto esta área del derecho continúa hoy día muy descuidada y reflexiones como la anterior se dejan para politólogos o historiadores, pero no para abogados.

En este contexto, el presente trabajo defiende la idea de que la naturaleza legislativa de la Asamblea Legislativa Plurinacional depende de la calidad del debate anterior a la aprobación legislativa; para demostrar aquello, se sostiene que el trabajo de un órgano legislativo se fundamenta en la ficción de que es el pueblo soberano quien expresa su voluntad mediante sus representantes, cuando en los hechos, los diputados y senadores muchas veces ni siquiera se representan a sí mismos pues, incluso sean abogados, desconocen sobre áreas como la economía, la política, el control gubernamental.

¹ Lo referido se llamó la soberanía del número es decir de la mayoría.

mental, etc., materias en las cuales terminan confiando en sus asesores, de tal manera que para que la representación cumpla su función y se realice, se concluye en la necesidad de una amplia participación y debate legislativo, lo que permite que las leyes no se adopten a espaldas del pueblo.

2. La representación imposible

Si el sistema político busca permitir que todos tengan el mismo poder para influir en las decisiones públicas que afectan a todos, entonces se entiende que *todos* deben ser iguales en la participación legislativa, pero ello no puede suceder por obvias limitaciones temporales, económicas y materiales.

En este contexto, la representación legislativa parte de la noción de que la gente al elegir representantes elige a alguien que se le parece y por tanto defiende sus mismos intereses, ello porque el elector no tiene tiempo o suficiente interés en representarse; sin embargo, el problema es que nuestros intereses emergen de nuestras vivencias. Un representante que comparta la misma visión política que una de sus representadas no la podrá entender en su condición de mujer, a saber, una mujer puede ser al mismo tiempo republicana, de la clase media, etc.; es decir, que esa ciudadana puede sostener incluso creencias contradictorias, lo que impide pueda tener representación plena, pues nadie puede pensar exactamente como ella.

En realidad, contrariamente a lo que se piensa, la función representativa más que representar busca eliminar o reducir la pluralidad, pues diversos ciudadanos con creencias, valores e intereses diferentes, eligen representantes que en algún aspecto consideren relevante para ejercer su representación pero que lógicamente no

piensa, ni puede pensar en todo igual a sus representados por tanto no puede representarlos del todo.

Pero además debe recordarse que casi siempre los partidos políticos creen que deben ser el partido único², y que en ese contexto pueden ver al procedimiento legislativo como una mera formalidad en la cual la mayoría aplasta a la minoría, pero en realidad son *partidos*³; es decir, son sólo parte de la sociedad, por tanto, el propósito del procedimiento de debate y reflexión debe ser la de cambiar las preferencias de los que hacen el procedimiento legislativo.

Si se espera que los representantes actúen democráticamente en el órgano legislativo se debe esperar que, de forma anterior a ser elegidos, lo hayan hecho al interior de sus partidos políticos, agrupaciones ciudadanas y en sus pueblos indígenas, para lo cual es necesario asegurarse que los partidos políticos se organicen sobre un programa claro y no sean un séquito estrictamente personal, lo que se producirá mediante la realización de primarias que denoten candidatos alternativos y visiones diferentes en competición respecto a los medios a utilizar para el logro de los objetivos partidistas; sin embargo, ello no sucede en Bolivia lo que en los hechos menoscaba la representación legislativa.

² Como sucedió con la Ley Acerbo de Mussolini en 1924 que hacía que el partido ganador automáticamente tenga mayoría y las elecciones de Hitler con partido único en 1933, 36 y 38 cuando anexó Austria, de ahí la necesidad de que exista alternancia.

³ Para Bluntschli “un partido (parte) es siempre una fracción de un todo. No representa más que el sentimiento de una parte de la nación y no debe jamás identificarse con el estado”.

Cabe recordar que J. Elster diferencia entre tres diferentes categorías a saber: la discusión, la negociación y la votación. La discusión se traduce en cruce de ideas y argumentos, la negociación es la armonización de intereses, y la votación es un acto de manifestación de voluntad sin debate. La votación y negociación dependen de la capacidad de afectar intereses⁴, así sostiene que puede haber una discusión y votación sin negociación, por ejemplo, en concurso de cátedras, o puede haber combinación de discusión y negociación sin votación como sucede en convenios colectivos laborales.

La falta de discusión en el procedimiento legislativo impide identificar por ejemplo a tráfugas, los cuales nunca dialogan sobre principios sino negocian de acuerdo a sus intereses coyunturales⁵. Se debe recordar que en una sociedad hay muchos intereses para negociar y que los otros dialogantes pretenden que se haga lo que ellos quieren, entonces incluso se debería desconfiar de los argumentos adversos, lo que permite el debate público, que a su vez asegura al menos pensar que nuestros representantes al tomar la decisión dejaron de pensar en sí mismos o en su partido y muestran en el debate consideración al bien colectivo.

Un voto parlamentario sin previa discusión y negociación pública, en lugar de fomentar el dialogo lo reprime, pues pretende terminar una discusión sin haberla iniciado, y en esa medida niega la repre-

⁴ Por ejemplo, por el temor de ser dañado por el otro dialogante.

⁵ En la sentencia C-1147 de 2003 de la Corte Constitucional de Colombia, se observó que ciertos diputados que rechazaban un proyecto de ley de pronto cambiaron de opinión y luego sin debate ni explicación, cambiaron su criterio, lo que a juicio del referido órgano de control de constitucionalidad resultaba oscuro y lesionaba el debate democrático y la función del poder legislativo.

sentación. Como se dijo para Elster la discusión y la negociación son actos de comunicación, pero la votación no lo es, de ahí que el voto se constituye en el límite a la democracia deliberativa. La única forma de controlar el ejercicio de la representación es a través del debate democrático parlamentario, donde se ve públicamente la formación de la voluntad general, es decir cuando se obliga a justificar una decisión legislativa no puede hacerse con el argumento de que le conviene a alguien o a un partido. El debate obliga a los intervinientes a buscar argumentos imparciales⁶.

Así en la SCP 1663/2013, dentro de una acción concreta de inconstitucionalidad contra el art. 2 de la Ley 037 que establecía detención preventiva automática de personas acusadas de cometer el delito de contrabando en flagrancia y les impedía recuperar su libertad pese a no existir riesgos procesales, se sostuvo por parte del órgano de control de constitucionalidad que, si bien la norma no tuvo debate legislativo, se tenía que de los informes presentados por las autoridades legislativas se extraía que el verdadero propósito de la norma impugnada era la de utilizar la detención preventiva con fines de prevención general, convirtiendo la detención preventiva en pena anticipada⁷.

⁶ Por ejemplo, no podría sostenerse en la reelección presidencial por parte del presidente que se requiere la reforma constitucional porque le conviene él y/o a su partido sin que los mismos deban buscar argumentos que sean, o al menos aparenten ser, imparciales.

⁷ Se sostuvo por el Tribunal Constitucional Plurinacional para determinar dicho aspecto que: “respecto a la finalidad buscada con el art. 2 de la Ley 037, que modifica el Código Tributario Boliviano y la Ley General de Aduanas, en relación al art. 148.III del CTB, que ahora refiere: ‘En materia de contrabando no se admiten las medidas sustitutivas a la detención preventiva’, el informe legal DGAJ-UA 094/10 de 30 de junio de 2010, de la Dirección General de Asuntos Jurídicos de Víctor Gerardo Machicao García como Analista legal -

El Tribunal entendió que es:

inconstitucional las consideraciones referidas al uso de la detención preventiva para la realización de finalidades estructurales y políticas extrapenales a cumplirse con la medida analizada que provoca la afectación a la dignidad personal entendida como: ‘...la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana...’ (SC 1714/2004-R de 25 de octubre) y que en definitiva ‘...tiene toda persona por su sola condición de 'humano', para que se la respete y reconozca como un ser dotado de un fin propio, y no como un medio para la consecución de fines ex-

Unidad de análisis dirigido a Yolanda Mercedes Vidaurre Negrón, Directora General Interina de Asuntos Jurídicos, determina: ‘El párrafo III y IV del artículo 148, del proyecto de ley, dispone que los delitos tributario aduaneros son considerados como delitos colectivos de múltiples víctimas y se tomará en cuenta la pena principal más las agravantes, como base de la sanción penal, asimismo en los casos de contrabando no se admite medidas sustitutivas como la detención preventiva, en ese sentido son importantes las respectivas modificaciones, porque los delitos tributarios atentan contra la calidad de vida y el vivir bien de todas las bolivianas y los bolivianos establecido en la Constitución Política del Estado’ (sic); es decir, devela que la fundamentación no recae sobre la medida cautelar sino sobre el delito de contrabando mientras que la exposición de motivos de la Ley 037, al respecto indica: ‘...en coincidencia con las reformas introducidas al sistema penal, se busca introducir en la reforma de ilícitos, procedimientos y sanciones aduaneras y tributarias, mecanismos que revaloricen la credibilidad de la población en una justicia oportuna que garantice el bienestar social’, para finalmente sostenerse en el informe del Vicepresidente del Estado Plurinacional de Bolivia, quien tras destacar que el contrabando provoca un daño significativo al Estado, señala la vez que la medida: ‘...además de asegurar que el imputado por el delito de contrabando participe de la sustanciación del proceso penal y cumpla con la sanción emergente del ilícito, se busca incentivar aun mayor cumplimiento de las cargas tributarias por parte de los contribuyentes y el cumplimiento del principio de capacidad recaudatoria’”.

traños, o ajenos a su realización personal. La dignidad es la percepción de la propia condición humana, y de las prerrogativas que de ella derivan' (SC 0338/2003-R de 19 de marzo); es decir, desde una consideración constitucional no es admisible utilizar la detención preventiva como una respuesta al delito, al no resultar ello acorde con la dignidad humana que impide que las y los imputados sobre quienes recae la garantía de presunción de inocencia se utilicen para el logro de una finalidad diferente a las que busca el proceso penal encontrándose más bien este Tribunal de acuerdo con lo informado por el Vicepresidente del Estado Plurinacional de Bolivia, cuando sostuvo: '...se debe tomar en cuenta que la detención preventiva es una medida cautelar de carácter personal, que no tiene por finalidad el aislar a un individuo durante el proceso o vulnerar sus derechos o garantías, sino el de asegurar la presencia del imputado para el proceso y la averiguación de la verdad', pero no respecto a las otras consideraciones referidas a aspectos extra-procesales conforme lo señalado ut supra.

Dicho razonamiento no habría podido confluir a una inconstitucionalidad de la norma impugnada si no hubiesen existido informes respecto a los propósitos verdaderos del Órgano Legislativo, pese a ello se observa que el procedimiento legislativo debió ser suficientemente idóneo para develar los mismos, aspecto que no sucedió.

3. La calidad de debate democrático y la legislación

La importancia que ejerce la forma sobre el contenido en la labor legislativa puede observarse en el hecho de que, sin la adecuada organización del debate, el mismo no puede ser racional; es de-

cir, el diálogo se constituye de reglas tales como levantar la mano, no interrumpir a los otros, un tiempo de participación, etc., lo que no sucede cuando se llega tarde, se grita e insulta, pues dichas actitudes pueden dirigirse al público, pero en el fondo no buscan el diálogo⁸.

Entonces, si la representación provoca unidad uniendo lo heterogéneo en la ley, es menester el diálogo democrático público para ponderar efectivamente los diferentes intereses en juego, disminuyendo y distribuyendo de un grupo a otro el riesgo en decisiones complejas, por ejemplo, evitar que sólo se considere los beneficios de construir un reactor nuclear pero no los riesgos secundarios, o la ley que permita alimentos manipulados que puede solucionar el hambre pero al mismo tiempo provocar más cáncer⁹, de ahí la necesidad de que el procedimiento legislativo sea lo más participativo posible¹⁰.

Sin embargo y pese a que en Bolivia, en razón a la Constitución del año 2009, se está en un periodo legislativo intenso, no existe el suficiente orden deliberativo, ello porque:

⁸ El gritar, no escuchar, llegar tarde. entre otros no permite el diálogo lo que lamentablemente sucedió cuando se aprobó la Constitución del año 2009.

⁹ O por ejemplo la decisión legislativa de construir una carretera puede beneficiar en lo económico a una región o al país pero puede destruir el ecosistema para futuras generaciones como probablemente sucedió con el TIPNIS.

¹⁰ A decir de Carlos Nino: "...la mejor forma de ir superando los condicionamientos que afectan la libertad, la igualdad, la racionalidad, la debida información, etc. de los participantes en el proceso democrático es mediante la propia participación en ese proceso democrático. Como sugiere Habermas, la falsa conciencia y los condicionamientos sociales de diferente índole sólo se superan mediante la cooperación colectiva en un proceso de interacción comunicativa" (Nino, 2013, p. 210).

La propia Constitución en su art. 162.II establece: “La ley y los reglamentos de cada Cámara desarrollarán los procedimientos y requisitos para ejercer la facultad de iniciativa legislativa” presentada por ciudadanos, pero después de ocho años la misma no se reguló, lo que muestra desinterés en el tema.

La democracia implica que deben participar en una decisión todos los que se vean afectados por ésta, en este caso legislativa, sin embargo, el problema está en que ¿Quién define quien es interesado? Ello resulta importante porque la elección de la población a la cual consultar previo a ejercer la función legislativa puede producir resultados diferentes.

Mediante Ley 180 de 24 de octubre de 2011 se determinó la construcción de una carretera que atravesaba el TIPNIS, el cual es al mismo tiempo reserva forestal y territorio indígena, dichas obras se dispusieron sin consulta previa, en este sentido recordar que la consulta previa es una parte estructural de la norma jurídica, al respecto la Corte Constitucional de Colombia en su momento sostuvo: “La omisión del deber de consulta previa es un vicio de inconstitucionalidad que concurre con anterioridad al trámite legislativo y que se proyecta sobre el contenido material de la norma objeto de examen”¹¹, aspecto no observado por el Tribunal Constitucional de Bolivia que a través de la SCP 300/2012, a pesar de determinar la omisión de la consulta previa, declaró constitucional la referida ley¹².

¹¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-175/09.

¹² El Tribunal Constitucional sostuvo: “la consulta prevista en la Ley 222, no tiene carácter previo, sino que es absolutamente posterior a varios actos y hechos administrativos y legislativos efectuados por el gobierno sin consulta

El debate democrático busca superar la influencia del poder y la riqueza que tienen ciertos grupos económicos, políticos o culturales, uno de los mecanismos de potenciar dicha participación se da mediante la consulta previa, por la cual una minoría como la indígena puede llegar a tener el poder para vetar y negociar decisiones mayoritarias. En el referido caso del TIPNIS se pretendió subsanar la omisión de la consulta previa mediante la Ley 222 de 10 de febrero de 2012¹³, disponiendo la realización de una consulta, pero la misma se practicó en los hechos incluyendo a colonos a quienes los indígenas consideraban invasores y que a su vez eran mayoría poblacional.

Pero además la Constitución diferencia: 1. La consulta previa a realizarse a los pueblos indígenas y 2. La consulta medio ambiental referida en el art. 343 que establece: “La población tiene derecho a la participación en la gestión ambiental, a ser consultado e informado previamente sobre decisiones que pudieran afectar a la calidad del medio ambiente”.

En el caso referido, no solo se ignoró la consulta previa al sancionarse la Ley 180 por el Órgano Legislativo, y la corrección desvirtuó la consulta previa al aplicarse la Ley 222, sino que

alguna a los pueblos indígenas” manifestando de forma casi inmediatamente posterior lo siguiente: “se concluye que el hecho que la Ley 222, no tenga en sí carácter previo, no es un fundamento para declarar la inconstitucionalidad de dicha Ley, pues, como se ha explicado reiteradamente, la consulta, aun no sea previa, da efectividad a un derecho de carácter colectivo de las naciones y pueblos indígena originario campesino”.

¹³ La referida ley no solo convocó a una consulta, sino que definió el término para efectuar la misma y la forma de realizarse la consulta todo ello paradójicamente sin una consulta previa que regule dichos aspectos.

además se dejó de realizar la consulta por perturbación al medio ambiente de la población afectada, lo que cercenó el debate entre mayoría y minorías culturales y medio ambientales en el procedimiento legislativo.

Otro riesgo que existe es la posibilidad de que el partido mayoritario en el Órgano Legislativo pueda determinar el temario de lo que se debatirá pudiendo hacer que por ejemplo se discuta sobre cosas irrelevantes que dejen de lado los problemas de fondo como cuando se debate el aumento de penas, pero no las causas de los delitos, que pueden estar en nuestras políticas sociales o económicas¹⁴, entonces lo que se debate debe resultar claramente delimitado¹⁵. Sin embargo, ello no sucede, pensemos en las Leyes de Aprobación del Presupuesto General del Estado, las cuales no se limitan a temas presupuestarios, sino que establecen la clausura de negocios por contravenciones tributarias¹⁶, exploración y explotación hidrocarburiífera¹⁷, tipifican conductas penales¹⁸, entre otros.

¹⁴ Pero además en la formulación de políticas y legislación muchas veces se tiende a sustituir debates significativos sobre principios como libertad frente a la solidaridad con palabras imprecisas como plurinacionalidad, vivir bien, que en realidad no resuelven problemas concretos.

¹⁵ Para Gerry Mackie: “Siempre es posible el engaño en los asuntos humanos. Pero las ciencias políticas no prueban que la democracia sea inexacta y carente de sentido. No sufrimos el engaño como consecuencia de la democracia. Aspiramos, más bien, a la democracia como la mejor manera de controlar el engaño” (Mackie, 2000).

¹⁶ En la Sentencia Constitucional Plurinacional 0100/2014 se analizó la Ley del Presupuesto General del Estado de la Gestión 2013.

¹⁷ En la Sentencia Constitucional Plurinacional 2056/2012 se analizó la Ley del Presupuesto General del Estado para la gestión fiscal 2012.

¹⁸ Como sucedió en el análisis de la Sentencia Constitucional Plurinacional 0100/2014 referente a la Ley del Presupuesto General del Estado gestión 2013.

Al respecto la Corte Constitucional de Colombia extrajo del procedimiento legislativo el principio de unidad de materia, en el que se confronta el contenido de una norma con la temática general de la norma, y no la tramitación formal de la ley, en este sentido sostuvo:

En lo referente al proceso de elaboración de la ley, la Corte ha reconocido como manifestaciones del principio de unidad de materia, i) la atribución conferida a los presidentes de las comisiones legislativas de rechazar los proyectos de ley que no se refieran a una sola materia, y ii) concretar el principio democrático en el proceso legislativo al propender porque la iniciativa, los debates y la aprobación de las leyes se atengan a unas materias predefinidas desde el surgimiento mismo de la propuesta y que en esa dirección se canalicen las discusiones y los aportes previos a la promulgación de la ley. *Así se evita la aprobación de normas sobre materias que no hacen parte o no se relacionan con aquella que fue debatida y se impide el acceso de grupos interesados en lograr normas no visibles en el proceso legislativo*¹⁹ [las cursivas pertenecen al autor].

Es decir que cuando una ley abarca diversas temáticas, el debate legislativo puede dispersarse y evitar que se discuta con seriedad aspectos que son de interés colectivo.

En este marco la SCP 2056/2012 estableció la Inconstitucionalidad de la Disposición Adicional Séptima en su parágrafo I de la Ley

¹⁹ En la Sentencia C-486/09 de la Corte Constitucional de Colombia estableció que la relación entre temas, artículos y materias contenidas en la ley puede ser de tipo causal, temático, sistemático o teleológico.

211 de 23 de diciembre de 2011, Ley del Presupuesto General del Estado para la gestión fiscal 2012 que condicionaba la consulta previa de la siguiente manera: “no se admitirá la discusión de otros temas que no sean de competencia de la Autoridad Competente y otros no relacionados a la implementación de la actividad hidro-carburífera y de otros sectores”, al respecto se sostuvo:

De lo anotado se infiere que la Ley General del Presupuesto del Estado tiene una naturaleza propia de regular la actividad financiera del sector público estatal exclusivamente y no otros aspectos que no correspondan a la materia y que la misma rige para la gestión designada, no pudiendo extenderse a otras gestiones.

Lo que implica la inobservancia del principio de unidad de materia legislativa y el principio de temporalidad.

En efecto el art. 159.I.11 de la Constitución Boliviana establece respecto al Órgano Legislativo la competencia de:

Aprobar el Presupuesto General del Estado presentado por el Órgano Ejecutivo. Recibido el proyecto de ley, éste deberá ser considerado en la Asamblea Legislativa Plurinacional dentro del término de sesenta días. *En caso de no ser aprobado en ese plazo, el proyecto se dará por aprobado* [las cursivas pertenecen al autor].

Entonces, al incluir temáticas diferentes a las de una Ley General del Presupuesto del Estado que exceden la temporalidad anual, no sólo se desobedece la norma suprema, sino que se impide el debate democrático; sin embargo, hoy día no es común la inconstitucionalidad de leyes semejantes por parte del órgano de control de constitucionalidad por infracción al debate democrático.

Los beneficios del debate racional en el procedimiento legislativo son evidentes, pues al menos permite (Elster, 2000, p. 1) el intercambio de información, 2) obliga a revelar información, 3) impide manipulación información, 4) detectar errores lógicos y falacias, 5) controla lo irracional o emocional pues obliga a las partes a justificar su posición, 6) permite el consenso²⁰. Si nunca podemos ser representados del todo, nuestros representantes nacionales para ejercer representación, no solo tienen la obligación de votar sino de debatir públicamente, de forma que se note que su labor legislativa está orientada a la búsqueda de consenso que legitime las decisiones, elimine y prevenga a largo plazo los conflictos²¹, para ello es menester actuar conforme a las reglas del debate legislativo.

En la SC 0009/2003 dentro de un recurso directo de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la Ley

²⁰ Para Gerardo Durango: “el Congreso como órgano representativo, está llamado a la elaboración de normas imparciales producto del debate público, sustentado en argumentos y en el respeto a normas universales -legitimidad-, producto de procedimientos transparentes, deliberativos e igualitarios – legitimación-. Así, respecto a la legitimidad en la producción de normas por parte del parlamento, es clave el planteamiento de J. Bohman cuando menciona que: ‘Si no hay demandas públicas ni control público, estas mismas instituciones organizativas se vuelven dependientes de formas de poder no democráticas. Este tipo de intercambio entre las instituciones y el público es tan importante para la democracia deliberativa como lo es la calidad de las discusiones y los debates públicos entre los ciudadanos y el parlamento, pues los debates públicos no sólo permiten innovación y cambio democrático; también hacen que las instituciones que organizan la deliberación sean más sensibles y eficaces’” (Durango, 2006).

²¹ El dialogo permite el consenso, que es aceptar las reglas de juego y ponerse la misma camiseta. En este sentido el consenso provoca un sentimiento de identidad.

de Responsabilidades a Altos Dignatarios de Estado porque la Constitución abrogada preveía dos formas de legislatura a saber la ordinaria y la extraordinaria referida a sesiones realizadas en período de receso respecto a la cual se establecía expresamente por la constitución que la misma sólo se “ocupará de negocios consignados en convocatoria”, norma que se observó cómo quebrantada en el referido caso.

En su razonamiento el órgano de control de constitucionalidad reiteró la SC 082/2000 que establece:

conforme lo ha precisado la doctrina constitucional una disposición legal puede ser impugnada de inconstitucional por su origen o por su contenido. En el primer caso, cuando en su elaboración y aprobación no se han cumplido ni respetado los procedimientos establecidos por el texto constitucional para tal efecto o se las ha elaborado y aprobado en una instancia o por autoridad no establecida por la Constitución para tal efecto. En el segundo caso, cuando la disposición legal, a pesar de haber sido elaborada y aprobada conforme a los procedimientos y formas establecidos por el texto constitucional contiene normas que son incompatibles con los principios y normas de la Constitución Política del Estado.

Pese a ello la jurisprudencia en la materia es excesivamente escasa y lo que muestra que este no es un tema atendido por la justicia constitucional.

4. La cultura del diálogo

Rememoremos el papel que desarrolló la existencia de una sola cámara legislativa en Francia para la concentración de poder en la

mayoría²², y luego si observamos los debates de los constituyentes en los Estados Unidos de América la representación buscaba en ese país proteger a minorías residentes en los estados federados²³ frente a la mayoría, de donde surge el bicameralismo.

La idea del bicameralismo es la de compartir el poder; es decir, una cámara de origen y una cámara de reflexión, pero para que esta última no sea la mera continuación de la primera debe representar intereses contrapuestos, así el senado en los Estados Unidos de América representa a los Estados Federados, mientras que la cámara de los Lores en el derecho inglés representa la aristocracia²⁴ frente a la otra cámara que representa la mayoría poblacional.

Sin embargo, en Bolivia la existencia de dos cámaras, una la de diputados elegida poblacionalmente, y la otra del senado que representa a los departamentos, no tiene significación verdadera, porque por una parte nuestra tradición en materia de descentralización es casi nula²⁵, pero además cuando un sólo partido se impone en ambas cámaras -como sucede hoy día- el bicameralismo deja de tener sentido.

²² Cuando Montesquieu planteó dos cámaras el senado representaba a los nobles.

²³ En Estados Unidos de América se manejaba la teoría de la doble nacionalidad que declinó significativamente tras la guerra de la secesión.

²⁴ Una cámara de reflexión implica en los hechos el reconocimiento de un derecho de veto de la minoría que obligue a la negociación a la mayoría.

²⁵ Bolivia se caracteriza históricamente por su propensión al centralismo así no sólo se adoptó un régimen de gobierno presidencialista sino que se lo adoptó en el marco de un estado unitario lo que acentúa más dicho régimen.

En efecto, se debe observar la tendencia histórica en Bolivia de organizar partidos políticos en torno a un candidato y no en base a creencias, en esos casos el partido se vuelve casi una secta religiosa y las decisiones legislativas importantes en dogmas, lo que impide cualquier tipo de debate a tiempo de la votación²⁶, pues en ese caso es probable que los representantes, teniendo que decidir dónde ubicarse respecto a un problema de importancia pública, no utilicen la opinión propia o la de su electorado para votar sino la lealtad política, lo que menoscaba la representación política de la nación que incluye a aquellos que no pertenecen al mismo partido político²⁷. La formación de la voluntad popular y más precisamente los actos legislativos deberían tomarse al interior de la Asamblea Legislativa y no tras cuatro paredes al interior de la sede de un partido político.

La historia nos muestra que una teoría de la representación como es la del bicameralismo, exitosa en el constitucionalismo norteamericano, no puede importarse a un país como el boliviano cuya cultura sigue siendo en gran medida autoritaria, clientelar y partidaria; es decir, puede importarse una institución como el bicameralismo, pero no el contexto que hace que en los hechos funcione. Un país puede establecer dos cámaras legislativas y en los hechos,

²⁶ El debate de la reelección del presidente es muy significativo en la materia pues el mismo pareció un debate entre *sordos*.

²⁷ Las lealtades sociales pueden generar encrucijadas por ejemplo una persona puede dudar votar por un partido porque su padre lo apoya y respecto a otro partido donde uno de sus amigos postula.

en atención a su cultura y realidad, funcionar cual si solo tuviese una sola cámara legislativa de carácter mayoritario²⁸.

En todo esto es menester recordar que la cultura del diálogo permite escuchar y al mismo tiempo ser escuchados, pero cuando un representante no solo pretende ser escuchado sin escuchar, sino que además pretende ser escuchado en representación de los demás, estamos entonces ante una cultura autoritaria, pues impone sus criterios tratando al resto de ciudadanos como niños.

El debate hace mejores ciudadanos, pues los hace tolerantes; sin embargo, incluso existan correcciones y mecanismos de apertura legislativa en cuanto a la participación como los referidos en el punto anterior, tampoco se asegura que mejore el debate si los ciudadanos son indiferentes a problemáticas sociales como niños en las calles, falta de educación, contaminación, libertad de expresión, entre otros, y prefieren ver programas de competición, el fútbol o novelas, ello sin duda alguna inviabiliza la democracia y la representación. Las leyes nazis se redactaron y aprobaron en un ambiente de indiferencia ciudadana.

En experiencia del autor, cuando en el desarrollo de una clase algún alumno efectúa alguna pregunta que para el resto del aula resulta obvia -mostrando su molestia y su burla-, no solo se provoca baja autoestima en el cursante, sino que se ahoga el debate, generando una cultura autoritaria de la mayoría sobre la minoría; sin embargo, sucede que los alumnos, quienes pese a la censura continúan cuestionando o interrogándose sobre el conocimiento

²⁸ Los soviéticos con un solo partido eliminaron el pluralismo y en los hechos también eliminaron por tanto al órgano legislativo.

adquirido, a lo largo del tiempo entienden con mayor profundidad las temáticas avanzadas.

En el mismo sentido, cuando un partido político o sector social en el congreso decide con mero dogmatismo, se tiene que está tan seguro de sus actos como un profesor en el aula seguro de sus respuestas, que considera que no requiere escuchar al otro, pues de lo contrario dudaría de sus respuestas, provoca que se vea el debate en el procedimiento legislativo como pérdida de tiempo. Siempre en la práctica es más fácil pedir ser escuchados que escuchar.

5. A modo de conclusión

De lo referido se puede concluir en lo siguiente:

La democracia implica participar en los diversos órganos de poder, si hacemos referencia al Órgano Judicial en el derecho comparado se tiene como expresiones de participación entre otros: el ser juez ciudadano²⁹, la facultad de todo ciudadano de interponer una demanda de inconstitucionalidad o una acción popular, pese a ello muchos profesores, fundamentalmente los que hacen al movimiento denominado *constitucionalismo popular*, acusan al Órgano Judicial de ser poco participativo y apuestan por entregar las decisiones importantes al Órgano Legislativo por su representatividad.

²⁹ Lamentablemente la *Ley de descongestión y efectivización del Sistema Procesal Penal*, de fecha 30 de octubre de 2014, modificó el Art. 60 del Código de Procedimiento Penal eliminando en Bolivia a los jueces ciudadanos, así establece: “Los Tribunales de Sentencia estarán integrados por tres (3) jueces técnicos, quienes serán competentes para conocer la sustanciación y resolución del juicio en todos los delitos de acción pública, con las excepciones señaladas en el Artículo 53 del Código de Procedimiento Penal”.

Sin embargo, la ciencia del derecho ha descuidado el estudio respecto a si existe participación suficiente del electorado en la principal función del Órgano Legislativo; es decir, el procedimiento para elaborar normas, pues no tendría sentido quitar la decisión final al Órgano Judicial sobre la interpretación y ponderación de los derechos y entregarlo al Órgano Legislativo si éste no es suficientemente democrático.

Que el Órgano Legislativo se considere un poder mayoritario también es cuestionable, pues en estados como el boliviano un diputado o senador no necesariamente representa los intereses de los electores, sino de partidos políticos, entonces una democracia participativa como aquella a la que se aspira llegar, la votación de una norma, no debería estar precedida de negociación sino por la discusión pública, de ahí que cuando hay voto secreto o falta el debate se decide a espaldas de los ciudadanos.

El debate legislativo toma tiempo y puede ser que algún grupo que tenga mayoría en el Órgano Legislativo a veces pueda verlo como una pérdida del tiempo invertido; sin embargo, el diseño del procedimiento legislativo establece plazos de reflexión, por ello mismo un proyecto de ley rechazado requiere esperar para volver a presentarse en una nueva gestión³⁰ y se exige debate público previo a la votación. En este marco una crítica al funcionamiento del Órgano Legislativo que mejore su trabajo es necesaria y saludable para la democracia, porque “la democracia es la única forma de

³⁰ La reforma de la Constitución es diferente al procedimiento legislativo ordinario pues prevé un debate más largo y amplio de ahí que al existir mayor reflexión se entiende que al mismo tiempo es más imparcial.

gobierno que se fortalece con las críticas que recibe” (Centro de Estudios Constitucionales, 2012).

Para algunos como K. Marx no existe la posibilidad de diálogo entre opuestos, como son los oprimidos y los opresores, es decir en la democracia no importa el diálogo, sino que un sector siempre busca imponerse a los adversarios, en ese caso el tema ahora desarrollado resulta irrelevante, en este sentido el presente trabajo es para aquellos que consideran que es posible convivir respetuosamente con otros utilizando la democracia.

6. Referencias

- Santiago Nino, C. (2013). *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Mackie, G. (2000). III. *En la democracia deliberativa* (95-128). España: GEDISA.
- Elster. (2000). *La democracia deliberativa*. España: GEDISA.
- Durango Álvarez, G. (2006). *Línea jurisprudencial sobre la democracia deliberativa en la Corte Constitucional Colombiana*. Medellín: Temis.
- Centro de Estudios Constitucionales (2012). *Democracia – Behemot y contrapoder*. La Paz- Bolivia: Tribunal Electoral.

Desafíos en la construcción de un proceso privado, célere y debido

Challenges to Building a Due and Fast Private-Interest-Process

Leonardo D. Villafuerte Philippsborn*

Recibido: 01.08.2016

Aceptado: 26.01.2017

Resumen

En el ámbito teórico y cualitativo se plantea el desafío que representa construir un proceso de interés privado que sea a la vez célere y debido, connotando el significado de la celeridad procesal con el diseño normativo de plazos, la aplicación real de este proceso, la eficiencia del uso de recursos durante su tramitación y haciendo mención de la importancia y posibilidades que brinda la autonomía preceptiva privada para buscar posibles soluciones. La principal conclusión obtenida radica en el desafío que representa la lentitud que tiene el sistema legislativo para innovar,

*Abogado, magíster en Derecho Civil de la Universidad Andina Simón Bolívar (2013), docente de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo”. Contacto: Ld.villafuerte@acad.ucb.edu.bo

corregir y adecuar soluciones procedimentales a la aplicación de su propio diseño legislativo.

Palabras clave: celeridad procesal / diseño normativo del proceso.

Abstract

This paper approaches the challenge to build, in the theoretical and qualitative field, a private stakeholder feedback mechanism that is both due and quick, connoting the meaning of the procedural design speed with the regulatory and mandatory deadlines, as well as its real application, the efficiency of resources used during processing and, finally, mentioning the importance and potential benefits of the private autonomy to find possible solutions in such matter. The main conclusion reached by the author is that the legal system has a slow response to developing procedural innovations, solutions and adjustments to its own legislative design.

Keywords: fast legal process / regulatory process design.

1. Introducción

Frecuentemente los seres humanos establecen metas inalcanzables que, sin embargo, cumplen la función de marcar una pretensión normalmente loable que prestará lumbre a sus pasos siempre limitados e insuficientes. La celeridad procesal es una de ellas. Normas locales e internacionales la sostienen expresa o tácitamente. El clamor de quienes padecen la lentitud procesal reclama constantemente las heridas jurídicas abiertas que no encuentran pronta cura y solución.

Hoy como ayer, al menos en los sistemas latinos, la lentitud de los procesos sigue siendo la mayor desventura de la justicia y la principal causa del descreimiento del pueblo hacia la magistratura, porque no obstante ser la crisis de la justicia una consecuencia de la crisis del derecho que integra, a su vez, la crisis de la sociedad en que vivimos, el hombre se ha limitado a reconocer el déficit, sin tomar conciencia plena de solucionarlo, y ha ensayado remedios que son meros paliativos, todos condenados al fracaso, porque nunca se ha encarado a fondo el problema” (Alvarado Velloso, 1982, pág. 49).

La ausencia de celeridad en la obtención de una decisión final que extinga una controversia es axiomáticamente una de las vertientes que afectan sensiblemente al debido proceso, al acceso a la justicia, a la paz social y, en general, a la credibilidad, eficiencia y eficacia de los sistemas existentes de resolución de conflictos. El exceso de celeridad es, por igual, causa de grandes males y preocupaciones: disminución o desaparición de garantías, recursos y en general de medios de defensa que tienen el inevitable defecto de ralentizar los procesos³¹.

Si bien es evidente que la celeridad procesal no es y no será suficiente por sí sola para acabar con los males procesales, se debe

³¹ En este sentido Bonet Navarro expresa que “una celeridad absoluta puede ser un índice positivo a tener en cuenta, pero ha de ponerse en relación con su incidencia con las garantías procesales y con la calidad de la resolución. Por su parte, un procedimiento pletórico de garantías igualmente puede ser en principio positivo, pero debería ponerse también en relación con la duración del proceso y, por ende, con la calidad de una resolución siempre tardía. No solamente comparto la opinión de que ‘la justicia lenta no es justicia’, sino que infringiría lo que, entre otras, la STC 99/1998, 4 de mayo, denomina como el ‘derecho a un proceso rápido’” (2011, pág. 387).

aceptar también que *sin* ella el derecho procesal nunca estará libre de ellos. Habrá que convenir, en la medida de lo posible, en que ella es uno más de los requisitos procesales prefigurados para alcanzar la *justicia* y además que ésta es la recta finalidad de todo proceso, aunque infrecuente, esquiva y normalmente caprichosa a los métodos legales.

El proceso judicial o extrajudicial comprende un conjunto de actos ordenados que se desarrollan a lo largo de un *tiempo*³². Adjetivar a un proceso como lento o rápido es un problema de perspectiva en un contexto procesal dado, en el que tal declaración requiere al menos de un punto de comparación con otro u otros procesos aptos para resolver litigios semejantes, ya sean del mismo sistema jurídico o de otros, y de criterios de valoración.

Este trabajo versa sobre la celeridad procesal como uno de sus criterios de valoración. A tal efecto se discurrirá en el ámbito teórico y cualitativo, con la finalidad de definir críticamente el desafío que representa construir un proceso civil, comercial o de interés privado que sea a la vez célere y seguro. En este intento se connotará el significado de la celeridad procesal con su diseño normativo, su aplicación real y la eficiencia del uso de recursos. Finalmente se hará mención de la importancia y posibilidades

³² En palabras de Enrique Vécovi se tiene que: “El tiempo significa, naturalmente, una demora en obtener el pronunciamiento judicial, que es el fin perseguido. Significa un lapso en el cual las partes deben realizar un esfuerzo, inclusive económico; así como el Estado (...) La *lentitud de los procesos* es un grave problema que ha preocupado a los juristas y políticos de todas las épocas y, con mayor razón, en la nuestra, de aceleración de toda la vida humana. De modificaciones constantes (inflación, etc.) que hacen más grave la demora” (1999, pág. 58).

que brinda la autonomía preceptiva privada para buscar posibles soluciones a este desafío.

Se omitirá del análisis el diverso grupo de procesos de interés público, así como los factores existentes en una realidad jurídica y procesal, sin embargo, se asumirá la existencia y desempeño adecuados de estos últimos. Por nombrar sólo algunos de estos factores, se tiene a la idoneidad cualitativa y cuantitativa de los recursos humanos dispuestos a la actividad procesal, la lógica de la mecánica procesal prevista en la norma que la rige (oralidad o escritura, sencillez o complejidad en las diversas etapas procesales y en los plazos en general), la actividad de las partes interesadas, la cantidad efectiva de recursos económicos dispuestos al efecto, la tecnología implementada en la gestión integral del proceso (medios de comunicación procesal, registro de actividades, los poderes – deberes del juez³³, la administración del despacho del juez o tribunal entre otros), el número de posibles impugnaciones, los recursos admitidos hasta la obtención de una decisión

³³ Pereira Villadiego y Chayer sostienen que “Los poderes – deberes del juez civil se han implementado con razonable éxito en varios países. Un ejemplo es Uruguay, donde siguiendo la propuesta del Código Modelo para Iberoamérica, el juez tiene el poder-deber de [sic] rechazar *in limine* incidentes improcedentes y la demanda que no cumple requisitos de forma; puede dar el trámite correspondiente al proceso cuando el demandante se equivoca; conduce las audiencias y aprueba o no la pertinencia de las pruebas que serán examinadas, entre otras facultades de dirección. Ya se ha dicho que tiene además la obligación de impulsar de oficio el proceso. Igualmente, Inglaterra y Gales permite que el juez tenga el poder de gestión del caso (*case management*). Mayoritariamente se ha señalado que la incorporación moderada de mayor amplitud de poderes – deberes del juez en los procesos civiles, sin que se vulnere el principio dispositivo, le da mayor celeridad a la justicia civil” (2011, pág. 67).

firme y el efecto devolutivo o suspensivo en que se tramitan³⁴, la complejidad del litigio y su relevancia, la clase de proceso que se aplique para resolverlo y el desempeño y actitud de los abogados y de los interesados³⁵.

2. Denotación de celeridad procesal

El conjunto de actos principales y accesorios que requieren ser realizados por los diversos participantes de un proceso, con el objeto que se *emita* y *ejecute* una decisión final y definitiva, precisa ineludiblemente del trascurso de una cantidad de tiempo. Ello es, de acuerdo a la experiencia humana hasta el presente, inevitable³⁶.

³⁴ En este sentido, Oromí Vall-Llovera afirma que “para evitar la interposición de apelaciones ‘frívolas’ o sin causa y contribuir a la celeridad de la Administración de Justicia, se plantea la posibilidad de admitirla en ‘un solo efecto’, esto es únicamente el devolutivo” (1999, pág. 40).

³⁵ “No pasa desapercibido el consenso de los operadores internos como los actores externos al Sistema interviniente, sugerir a los Colegios Profesionales de Abogados que participen en el aporte de iniciativas para mejorar la gestión, reconociendo que el rol del profesional es relevante para lograr celeridad en la gestión” (Herrera, 2008, pág. 40).

³⁶ Como ya lo enseñó Amílcar Mercader, citado por Velloso: “el proceso necesita un tiempo para desarrollarse. Esa duración limita sus beneficios. Se trata de un juicio apodéctico, porque no habría medio racional de suprimir esa fatalidad que soporta el ordenamiento jurídico (...) El ‘inter’ que promedia entre el momento en que la jurisdicción lo compone a través de la cosa juzgada, equivale a una circunstancia disvaliosa que, sin embargo, no puede ser eliminada en la diaria realidad de los hechos” (1982, pág. 50).

La regla jurídica de la celeridad indica que el proceso debe tramitar y lograr su objeto en el menor tiempo posible, por una simple razón ya apuntada prolijamente por el maestro Couture, citado por Alvarado Velloso: “en el proceso, el tiempo es algo más que oro: es *justicia*. Quien dispone de él tiene en la mano las cartas del triunfo. Quien no puede esperar se sabe de antemano derrotado.

El principio de celeridad “consiste en obtener el mayor rendimiento de actividad procesal y de justicia en el menor tiempo posible, y a los otros que resultan ser sus servidores o parientes cercanos (eventualidad, intermediación, concentración, economía, etc.)” (Alvarado Velloso, El juez. Sus deberes y facultades. Los derechos procesales del abogado frente al juez, 1982, pág. 55).

También se la comprende como la “realización célere, concentrada y oportuna de las actuaciones procesales requeridas para la adopción de la solución del caso” (Pereira Campos, Villadiego Burbano, & Chayer, 2011, pág. 64).

3. Connotación de celeridad procesal

Cada proceso adopta un determinado *método* con el fin de componer los intereses en conflicto que sean de su atribución. La postulación, la demostración (si ha lugar), la decisión y la corrección de eventuales errores por medio de la impugnación, son normalmente algunos de los modos de proceder ordenados a tal objetivo.

Cada método procesal puede valorarse como óptimo o pésimo (junto a todos los grados intermedios entre estos extremos) en-

Quien especula con el tiempo para preparar su insolvencia, para desalentar a su adversario, para desinteresar a los jueces, gana en ley de fraude lo que no podría ganar en ley de debate. Y fuerza es convenir que el procedimiento y sus innumerables vicisitudes viene sirviendo prolijamente para esta posición. Una simple lectura de los ordenamientos legales vigentes revela que el legislador americano no ha comprendido el problema recién señalado: en la actualidad se asiste a un fenómeno complejo que se presenta en todas las latitudes y que se denomina universalmente *crisis de la justicia*, generado por muchas y variadas razones: orgánicas, normativas, sociológicas, económicas, políticas, culturales y burocráticas, y que origina una duración absurdamente excesiva de la tramitación de un pleito” (1989, pág. 266).

torno a diversos criterios jurídicos, sociales y económicos. La duración que tenga cada uno de estos, desde su inicio hasta su conclusión, es un criterio suyo de valoración que tradicionalmente ha engendrado un *versus*: se sostiene que se deberá escoger entre privilegiar la rapidez o la búsqueda de calidad y seguridad en la solución de litigios, con la apariencia de no poder contar con ambas a la vez. Así, la duración procesal podrá resultar siendo mayor o menor y, en consecuencia, preferible, tolerable, eficiente, razonable, justa o no³⁷.

4. Connotación con el diseño normativo procesal y su aplicación real

Resulta útil diferenciar al diseño procesal escogido para la obtención y ejecución de una decisión final de su puesta en praxis. En otros términos: al *instrumento* de su *aplicación*.

Así, por una parte, se tiene que cada uno de los procesos existentes en normas procesales ha sido concebido (intencionalmente o no) *estableciendo* su *duración* a través de la sumatoria de sus

³⁷ La celeridad también ha sido aplicada como factor considerado en la disuasión criminal: “la celeridad procesal ha sido estudiada largamente como un criterio de disuasión. Así se manifestó que la disuasión es una vieja idea que ha sido discutida en trabajos académicos, al menos tan antiguos como del siglo XVIII por Adam Smith (1776), Jeremy Bentham (1796) y Cesare Beccaria (1798). Se sostiene que hay tres conceptos esenciales de las teorías de la disuasión relacionados a que los individuos responden a los cambios en la certeza, severidad y celeridad (o inmediatez) del castigo. Las teorías económicas de la disuasión se han enfocado en la certeza y la severidad; sin embargo, trabajos actuales han incrementado la caracterización de la disuasión como parte de un trabajo marco en el que los comportamientos de los victimarios son sensibles a sus preferencias entorno al tiempo” (Chalfin and McCrary, 2014) [traducción propia].

plazos y eventuales etapas totales. Ésta, que es eminentemente teórica, se constituye en el *ideal*³⁸ de celeridad procesal previsto por el legislador para cada proceso³⁹.

Se tiene, por otra parte, la duración *real* de cada proceso, emergente de su puesta en práctica y de las vicisitudes que experimenta⁴⁰. El tiempo real de todo el desarrollo de un proceso es necesariamente inconstante y, por tanto, normalmente diferente de su duración ideal⁴¹.

³⁸ En este documento no se ingresa a discutir si las normas procesales (o cuáles de ellas) han sido elaboradas midiendo intencional y objetivamente este ideal de celeridad procesal de acuerdo a criterios de políticas públicas, por lo que debe comprenderse la expresión *celeridad ideal* en el sentido de *idealidad* y no de *celeridad óptima*.

³⁹ Carnelutti sostuvo que “la sede temporal de los actos procesales, a su vez como la sede local, puede ser establecida de dos modos: en el sentido de que un acto deba tener lugar en una determinada *circunscripción temporal*, esto es, en determinadas horas del día o en determinados días de la semana, del mes, del año; o bien, que deba tener lugar a una determinada *distancia de tiempo* respecto de uno o varios otros actos (...) La segunda tiende a *regular el procedimiento haciendo más lenta o acelerando la sucesión de los actos que lo constituyen*: por ejemplo, una cierta distancia está establecida entre la notificación de la citación y la audiencia de parecencia a fin de que el demandado tenga tiempo para prepararse para ello: el procedimiento está regulado, por tanto, no sólo como *orden de actos* sino, además, como *distancia temporis* entre uno y otro acto” (1959, pág. 521).

⁴⁰ Tales como las reducciones de plazos acordadas por las partes y autorizadas por el juzgador, la diligencia y prontitud de las actuaciones de cada uno de los sujetos procesales o su negligencia y retardo, los turnos de espera y comunicación, los eventuales incidentes e impugnaciones, el impulso procesal que se imprima, la obtención y producción de pruebas y la cantidad y calidad de ellas, entre otros muchos posibles sucesos.

⁴¹ Pastor y Maspóns sostienen que “existen diferentes tipos de indicadores de duración. Unos se construyen sobre la base de la duración real de los procesos

La identidad o diferencia que pudiera existir entre los plazos normados y de la praxis en una realidad determinada permite distinguir tres posibles situaciones, a saber: su coincidencia, que la duración de la praxis sea mayor que la normada y que la duración normada sea mayor que la de la praxis.

La coincidencia, entendida como la armonía razonable entre los plazos previstos por el legislador y la ocurrencia de ellos en la realidad, comprenderá necesariamente una meritoria adecuación en plazos: ya sea de las gestiones procesales de los administradores y usuarios de justicia a los tiempos previstos por el legislador, ya sea del diseño legislativo a los plazos de la realidad o ya sea de ambos. La sola coincidencia no es *per se* indicadora de eficiencia: piénsese, por ejemplo, en una norma tan morosa como el actuar procesal que la aplica, derrochando recursos, tiempos, derechos y la paciencia de los interesados. Por ello, si bien la cèlere armonía predicada entre ambos tiempos denota adecuación, lo que no es un evento trivial, restará determinar si los actos

(desde el ingreso de la causa hasta su resolución) o de sus diferentes etapas. Las fuentes de información pueden ser tanto los registros de los sistemas informáticos de gestión procesal como el estudio de muestras de sentencias o de casos. Otros indicadores permiten estimar la duración en forma indirecta a partir de los datos que reflejan el movimiento de asuntos en un año (ingresados, resueltos y pendientes). La valoración de la duración calculada mediante estos indicadores objetivos se realiza tomando como referencia un parámetro externo, como el juicio de expertos, la comparación regional, nacional o internacional, o los plazos previstos en la legislación procesal. Por otra parte, se emplean indicadores subjetivos, cuya finalidad es captar las percepciones de ciudadanos, usuarios, jueces, etc. sobre la duración de los procesos (lentitud/celeridad de la justicia) y las causas de los retrasos o dilación. Desde luego, las percepciones sobre la agilidad de la justicia no siempre coinciden con la realidad, por lo cual, es importante contrastarlas con datos e indicadores objetivos de duración” (2004, pág. 32).

de la realidad podrían ejercerse con mayor prontitud y, en consecuencia, la ley readecuarse a la praxis, que es precisamente lo que correspondería si ocurriera que el proceso tuviese menor duración en la realidad que en la norma.

Si el proceso tuviese mayor duración en la realidad que en la norma, sin ingresar a analizar o siquiera enumerar el cuantioso elenco de las posibles causas fácticas y jurídicas de esta patética discordancia, es dable comprender, al menos, que el legislador habría subestimado los tiempos que la realidad necesita para llevar a cabo el propio diseño legislativo (sea por la idoneidad o por la negligencia de todos o algunos de los sujetos procesales principales y auxiliares); o que, en alternativa o adición, el método procesal elegido es equivocado. Si se demuestra la insuficiencia recurrente del proceso para obtener los resultados esperados en tiempo oportuno, la razonabilidad de la eficiencia y del sentido común dictará la necesidad de reformar el proceso.

Siempre llamará la atención la obstinación, quizá negligencia o incluso desdén que subyacen (real o aparentemente) con frecuencia en el Estado al prolongar la desdichada vigencia de procesos que sólo en papel son oportunos. Empero, el diseño de nuevos procesos, su adecuación en un sistema jurídico dado, su sanción y posterior aplicación mediante la capacitación de los sujetos procesales, alteración de usos y costumbres en miras a las buenas prácticas, infraestructura y tantísimos aspectos jurídicos, sociales y económicos adicionales que deben observarse para la implementación de cambios procesales trascendentes, requieren normalmente de largos períodos a los que se deben sumar los necesarios para auscultar en miras a diagnosticar tanto los nuevos males como los no curados en las reformas.

En Bolivia se tuvieron el Código de Procedimiento Santa Cruz de 14 de noviembre de 1832, luego una Compilación de Leyes del Procedimiento Civil promulgada el 20 de febrero de 1878, el Código de Procedimiento Civil del 6 de agosto de 1975 (aprobado y promulgado por Decreto Ley No. 12760 y elevado a rango de ley con modificaciones y complementaciones en fecha 28 de febrero de 1997 por la Ley de Abreviación Procesal Civil y de Asistencia Familiar) y, finalmente, el Código Procesal Civil (Ley 439) de 19 de noviembre de 2013. En otras palabras, se suma un total de tres Códigos de la materia y diversas modificaciones parciales en poco más de 190 años contados desde la fundación de Bolivia.

Todo lo cual, como se observa, exige de las víctimas y victimarios judiciales el ejercicio de la tolerancia y la mesura.

Este problema se patentiza enormemente al observar que los intentos de los actos legislativos frecuentemente se frustran, al pretender enseñar a sus destinatarios cómo solucionar sus conflictos. El profesor Bandieri describe esta situación:

Esta concepción del derecho como educador social tiene su origen en la Ilustración, antesala del positivismo jurídico; con su pretensión pedagógica y paternalista suele infantilizar a sus destinatarios. Más aún, crea en estos últimos frustración y rechazo, la pérdida de la relación valiosa del ciudadano con la ley y la sensación, vastamente difundida, de que resulta un orden coactivo cuyo cumplimiento tiende de modo invariable a fracasar. Ante esta evidencia se propone un nuevo paquete de leyes, que empeorará los males ya existentes, *et sic de ceteris*. Resulta evidente que dentro de

esta concepción del derecho, centrada en la ley y en su cada vez más insatisfactoria capacidad para transformar educativamente las conductas sociales, el objetivo de la composición conflictual se opaque hasta volverse irreconocible (2007, pág. 22).

La distinción hecha entre los plazos reales e ideales conlleva comprender, en todo caso, que no bastará con modificar el texto legal o normativo creando una celeridad aparente e imposible de ser cumplida con los recursos con que se cuentan en una realidad dada. Tampoco será suficiente encausar los esfuerzos solamente a la realidad con miras a que ella se adecue a los plazos previstos por el proceso teórico⁴². Hará falta observar, medir, trabajar y adecuar a *ambas* de manera sincronizada y constante. Esta tarea, sin embargo, se halla seriamente dificultada por las posibilidades emergentes del actuar estatal que, como se tiene manifestado, es inevitablemente lento. Por estos motivos, normalmente los procesos demoran más en su praxis que en el modelo ideado y los cambios procesales legales son infrecuentes e insuficientes para adecuar, corregir o cambiar el propio diseño legislativo procesal que en la experiencia se ha mostrado siempre insuficiente.

⁴² Esparza Leibar expresa que esta visión es parcial: “para que la actividad jurisdiccional alcance sus objetivos de justicia es preciso que el proceso se tramite con celeridad y para ello sería preciso, cuando menos y aceptada la imposibilidad del proceso instantáneo, el cumplimiento de los plazos procedimentales establecidos por las leyes; a partir de dicha constatación son los Tribunales quienes establecen el concepto y alcance de las dilaciones indebidas. Las dilaciones indebidas o mejor el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas se constituye como otro de los contenidos del proceso debido” (1995, pág. 293).

5. Connotación con la eficiencia en el uso de recursos públicos

La escasez define en buena medida la razonabilidad del uso de los recursos para la satisfacción de las necesidades, habida cuenta que los primeros son siempre limitados. Esto conlleva a la lógica de jerarquizar las necesidades y priorizar la asignación de recursos en orden a obtener eficiencia desde el ámbito de las políticas públicas.

El costo de oportunidad, que es un concepto económico relacionado íntimamente a la escasez y que implica reconocer que por cada necesidad satisfecha hay otra que se deja de cubrir, impone a los Estados, a las sociedades y en general a toda persona a establecer cuidadosamente (léase eficiente y eficazmente) la asignación de sus recursos, habida cuenta que normalmente se desatenderán algunas necesidades a cambio de cumplir con otras.

En materia procesal la relación de escasez se resuelve en la cantidad de recursos que un Estado otorga para la existencia y ejercicio del aparato judicial, como aquel encargado primariamente de la heterocomposición de litigios, frente a los estantes y habitantes de un territorio que demandarán ante tal jurisdicción la satisfacción de sus necesidades de justicia a través de procesos. El costo de oportunidad del Estado en este caso está vinculado a que cada proceso significará la aplicación de una cierta cantidad de recursos que no lo será en otras necesidades, como ser educación o salud, e incluso, en otro u otros procesos.

Vargas, al referir este tema entorno a la reforma procesal civil, expresó que no basta con justificar la conveniencia de invertir en justicia civil, también es necesario justificar que es más útil invertir allí que en justicia penal o en educación o en vivienda.

Entonces, continúa este autor, cualquier análisis que se haga desde las políticas públicas debe apreciar si se justifica que haya recursos públicos destinados a ella y si esos recursos están siendo invertidos con la mayor eficiencia posible. Respecto a la focalización del destino de los recursos públicos este mismo autor considera que ellos deben destinarse a beneficiar preferentemente a las personas que carecen de ingresos propios suficientes para proporcionarse el bien o servicio de que se trate y que, toda vez que sea posible (a costos razonables), debe obtenerse que lo financien las personas que se benefician directamente con un bien o servicio. En esa situación se está frente a lo que en economía se denomina un *bien privado* (allí las políticas públicas deben buscar la forma de cargarles esos costos a las personas que poseen recursos suficientes) (Vargas Viancos, 2005, págs. 6-7).

Este autor sostiene que la justicia civil y comercial se comporta como uno de esos *bienes privados*, en donde los interesados se apropian preferentemente de los resultados de su decisión de litigar, lo que hace posible exigirles que financien con sus propios recursos los servicios destinados a su resolución (cobro de tasas o aranceles). También alude a la forma cómo se organizan los servicios de justicia civil y comercial de forma tal de ofrecer la mayor cantidad de respuestas posibles al menor costo. Ello obliga a escoger –continúa–, de haber más de un arreglo institucional adecuado para resolver el conflicto en cuestión, aquél que resulte menos oneroso. Pero luego, una vez escogido un sistema determinado, aquí entran a batallar temas de gestión indispensables para que el servicio cumpla eficientemente con sus fines: economías de escala, fluidez de los procesos de trabajo, profesionalidad de la administración general del sistema, sistemas de

evaluación y control, etc., de forma de darle a los recursos el uso más eficiente posible.

Alvarado declara, refiriéndose a la economía procesal, que:

doctrinalmente es difícil determinar el ámbito de aplicación de esta regla. Tal imprecisión viene de la simple circunstancia de que la *economía* no implica solamente la reducción del coste del proceso sino también la solución del antiguo problema de la alongación⁴³ del trámite, la supresión de tareas inútiles y, en definitiva, la reducción de todo *esfuerzo* (cualquiera sea su índole) que no guarde adecuada correlación con la *necesidad* que se pretende satisfacer” (sic) (1989, pág. 265).

Este mismo autor expresó que:

en ese propósito, una comprobación incuestionable inicia este planteo: *todo juicio insume gastos* (...) Así las cosas, parece claro que el problema no es la onerosidad; la disyuntiva reside en establecer de manera equitativa *quién debe hacerse cargo de tal onerosidad* (...): ¿los litigantes (beneficiarios directos del servicio jurisdiccional) o el conjunto de la comunidad (beneficiarios eventuales)? (1982, págs. 56-57).

Este procesalista responde a esta pregunta manifestando que la gratuidad del proceso y, en consecuencia, su sostenimiento por parte de la sociedad toda mediante los impuestos es la opción más razonable, dejando de lado el sistema de tasas a ser pagadas exclusivamente por el usuario directo (aunque sostiene que éste

⁴³ *Rectius*: elongación.

es el adecuado al contexto de su país y no aquel, siempre y cuando no se evite el *acceso a la justicia* por onerosidad), habida cuenta que la justicia es un servicio esencial y un bien común para la sociedad en su conjunto, asegurando los derechos y garantías individuales.

El criterio de Vargas parece más oportuno en el caso de la justicia civil y comercial, pues los beneficios tendrán esencialmente un efecto privado. Sin embargo, el *acceso a la justicia* planteado por Alvarado como un límite a este criterio debe ser necesariamente tomado en cuenta para todos los casos. Para ello, también habrá que considerar e incluir el costo que tendrán que afrontar los propios titulares de los intereses en conflicto. Quienes reclamen justicia, como demandantes o demandados, necesitan solventar económicamente su asistencia técnica, la obtención de todos los presupuestos de su demanda y pretensión, así como sus pruebas, gestiones y procuraciones en general, con erogaciones normalmente muy onerosas⁴⁴.

Así, el tiempo que duren los procesos tiene incidencia directa en su costo puesto que éste equivaldrá a la cantidad de recursos requeridos hasta la obtención de una sentencia firme y de su ejecución, sostenidos durante todo su ínterin. Excusando la verdad de Perogrullo corresponde sostener, en consecuencia, que mientras el proceso sea más largo también será más oneroso, por lo que es dable concluir que el criterio de eficiencia en el uso de recursos

⁴⁴ Ellas, de todas maneras, no se resuelven con la condena del perdedor de costas y costos que pueda ordenar el juez en sentencia, esto no sólo porque es infrecuentísimo que abarquen su totalidad, sino también por todas las eventuales alternativas procesales que puedan ocurrir y que tengan como efecto la necesidad de asumir los costos propios.

con relación al tiempo, considerará preferible a la menor duración *posible* de un proceso⁴⁵. De todas maneras, la eficiencia en el uso de recursos, puesta en esta perspectiva, seguramente será preferida por los particulares si es que ellos son colocados en la necesidad de correr con tales costes totales.

6. Seguridad y celeridad

Enrique Véscovi con cautela y serenidad manifestó que:

el estudio histórico de los diferentes procesos, nos ha mostrado cómo los diversos principios han sido sucesivamente admitidos, rechazados y vueltos a instaurar, en una especie de *corsi e ricorsi*. Así encontramos una lucha, que se repite sin cesar, entre oralidad y escritura, entre celeridad y la búsqueda de mayores garantías que conducen a enlentecer los trámites, entre libertad de formas y sujeción a éstas, entre el predominio de las partes o del Juez en la dirección del proceso, entre tarifa legal y libre apreciación de la prueba, entre unidad y multiplicidad de instancias, etc. Toda reforma ha tenido, a menudo, como consecuencia, luego de un período más o menos prolongado, una propensión a ser modificada volviendo al sistema anterior (1999, pág. 44).

⁴⁵ Aunque la celeridad procesal puede tener como efecto el incrementar el número de causas, habida cuenta la eficiencia en la obtención de soluciones, y en consecuencia la eficiencia incrementará el costo. Así, la Dra. Jenny Quirós Camacho, en el estudio llevado respecto de las reformas procesales en materias distintas de la penal que contienen oralidad en Costa Rica encontró, entre otros aspectos, que la mayor celeridad procesal generó una disminución en la cantidad de deserciones porque las personas se motivan más a continuar con los procesos, de tal suerte que en el año 2007 se produjeron 283 y, en el año 2008 con procesos más céleres, solamente 154 (2010, pág. 337).

Así, de un extremo a otro, como probando la suerte de criterios dispares y nacidos de la arbitrariedad, de la casualidad, del sentido común, de la razón o del mero repudio, se ha ido experimentando lenta y pacientemente en el largo decurso de los años soluciones encontradas a manera de *ensayo y error* para luego, a fuerza de necesidad, ecuanimidad y desarrollo, *pretender* ciertos equilibrios posibles (en el contexto de la cultura, la ideología, la técnica y la ciencia), cual péndulo que oscila hasta detenerse en su relativo y temporal medio; o mejor aún, cual espiral que asciende hacia un centro indeterminado e inalcanzable.

La celeridad y la dilación procesal también ocupan un sitio en este largo y zigzagueante devenir: “hemos escuchado innumerables veces ese aforismo que reza ‘la justicia lenta no es justicia’, sin embargo, podemos decir también que una justicia rápida tampoco lo es” (Gonzalez Castro, 1998, pág. 70). Con mayor cuidado y sentido se debe sentenciar que de nada servirá un proceso rápido que obtenga resultados injustos, arbitrarios o desnaturalizados del derecho. En este sentido Palomo Vélez expresa que “el proceso no solamente requiere de decisiones prontas sino también (y fundamentalmente) de resoluciones que sean de calidad, y lo serán en cuanto mayor acierto exista en el fondo, en el mérito, permitiendo decisiones más justas” (Palomo Vélez, 2011, pág. 1015).

Se ha sustentado la necesidad de un proceso ralentizado en la razón de contar con un proceso justo. Resulta muy ilustrativo un texto de 1856, correspondiente al apartado de la introducción de la “*Ley de Enjuiciamiento Civil, Comentada y Explicada para su mejor inteligencia y fácil aplicación*” (sic.), en el que sus autores no escatiman esfuerzos para justificar que la dilucidación de una

disputa requiere inversión en tiempo, gastos y procedimiento riguroso en orden al descubrimiento de la verdad, la justa aplicación de la ley y la otorgación mesurada de derechos a las partes litigantes, puesto que un sistema contrario: acelerado, económico e inmediato, sólo sería portador de arbitrariedad, injusticia y decisiones sin reflexión. En suma, un proceso simple y breve sería, en su criterio, propio de pueblos bárbaros ⁴⁶.

⁴⁶ Manresa y Navarro José María, Miquel Ignacio y Reus José explican: “sólo el espíritu de una reacción exagerada contra la complicación de las formas, dice Mr. Bonnier (1), ha podido adoptar por divisa del procedimiento aquella regla tan repetida por los autores: ‘celeridad en marcha, economía en los gastos.’ Si fuera este el tipo de un buen sistema, la justicia grosera de los pueblos barbaros seria la mejor de todas, porque es evidentemente la mas espedita: sujetarse á esa regla, es tomar una cualidad accesoria por otra fundamental. Preguntad á los litigantes, cuáles deben ser las condiciones de todo procedimiento, y vereis cuán encontradas son sus exigencias: el demandante desea un camino breve y espedito; para él son un mal las formas y las dilaciones: el demandado, por el contrario, os dirá que la sencillez y prontitud en el procedimiento ahoga su defensa, y que la celeridad debe subordinarse á la garantía del acierto, que no puede encontrarse sino en una amplia discusion, que asegure la justicia del fallo. El legislador, que debe colocarse por encima de tales exigencias, y cuya mision está mucho mas alta que el mezquino interés de los litigantes, tienen la imprescindible obligacion de buscar el término medio que señalan los buenos principios; y no debe olvidar que ‘si la prolongacion de las luchas judiciales es un mal, una imprudente celeridad puede hacer fracasar el descubrimiento de la verdad, y perjudicar el derecho de defensa’. Debe evitar los dos escollos que con tanta precision señala el profundo Montesquieu (1), ‘dará una parte los bienes de otra sin exámen, ó arruinar á las dos á fuerza de examinar’. Esos son los justos límites que marca la ciencia á todo buen procedimiento: el legislador no debe perder de vista el objeto y fin de aquel, que no es otro sino el mismo que tiene el derecho al que sirve de aplicación, á saber: conseguir el descubrimiento de la verdad, averiguar los hechos para hacer despues justicia aplicando la ley á los hechos ya probados. Luego el fin primordial que debe proponerse todo buen sistema es el *descubrimiento de la verdad*; y si para llegar á él es necesario seguir un camino algo complicado, si hay precision de hacer gastos y dispendios, debemos resignarnos á ellos sin titubear, como dice Mr. Bonnier, puesto que la celeridad y la economía son

En sentido parcialmente contrario se tiene que Alvarado, citando a Mereles, expresa que “La burocratización de la justicia es la peor burocratización que puede existir en un Estado de derecho ‘porque la burocracia se parece a una jalea en que no se puede nadar, ni ahogarse, sino patelear’”. Continúa manifestando que:

A no dudar, no pocos abogados, en la necesidad de elegir entre calidad y celeridad de resolución, optarían por esta última. Y claro es que tan desafortunada elección se justifica en muchos casos, pues gran parte de la efectividad de la justicia reside en la rapidez. El obtener en corto plazo la restitución de lo debido o el reconocimiento de un derecho, son valores tan importantes como la calidad misma de la resolución. Por lo demás, a nadie se le escapa que la pasividad judicial convierte en desgano la fe del litigante, deteriora el sistema y genera el tan alarmante y extendido escepticismo de las gentes hacia la magistratura (1982, págs. 25-26).

Nace una tensión aparentemente insalvable entre el deseo de urgente premura de la solución de litigios y los elementos que demandan un proceso calmo y prolongado. Estos últimos, que son variados e importantes, no hacen fácil apresurar el paso procesal

cualidades accesorias que deben subordinarse á la *justicia*, base de todo procedimiento. El problema que hay que resolver, añade el mismo autor, consiste en buscar el mejor camino que conduzca á su fin, sin olvidar que en la práctica de las cosas humanas no es la línea recta, como en geometría, la mas corta; y si se llega al objeto con mas seguridad tomando una vía menos directa, será mejor seguirla á despecho de aquel adagio ‘celeridad en la marcha, economía en los gastos.’ Finalmente, es preciso desembarazarse de toda preocupación sistemática, y buscar el camino que, según la naturaleza mas ó menos complicada del negocio, pueda guiarnos mejor al *descubrimiento de la verdad* y á la *justa aplicación de la Ley*” (sic) (1856, t. I, págs. IX-X).

pues su aplicación normalmente impone tiempo y mucho: la determinación de la discusión procesal a través de las pretensiones de las partes, la probanza en todas sus etapas, la reflexión previa a la sentencia, que comprende un acto volitivo de subsunción lógica, sistemática y humana a la normativa aplicable⁴⁷ frente a la prueba producida, la recursividad e impugnación de decisiones que se estiman jurídicamente erradas, los actos de comunicación en general, los derechos, las garantías y límites a las partes y a los juzgadores, así como muchos otros más que componen las exigencias de un proceso debido⁴⁸.

La celeridad y [la] seguridad son valores que nunca pueden caminar juntos: lo que se resuelve rápidamente no es seguro; lo que se decide con seguridad no puede ser rápido. De ahí que la adopción de un valor vaya necesariamente en detrimento del otro; por ello es decisión política otorgar cierta primacía entre ambos. Esta tarea corresponde al legislador

⁴⁷ Arthur Kaufmann afirmó que “naturalmente, hoy nadie ve más en el juez a un autómatas de la ley, que sólo necesita leer el texto de una norma para derivar de ella la decisión en forma puramente deductiva” (2002, pág 114).

⁴⁸ “Sin duda para analizar el concepto del debido proceso es menester remontarnos en la historia, ya que como otros presupuestos tienen su raigambre en lo preceptuado por la Carta Magna de 1215 (capítulo 39) donde se reconocen el derecho de los barones normandos frente a ‘Juan Sin Tierra’ a no padecer arresto o prisión y a no ser molestados ni despojados de su propiedad sin el juicio de sus pares y mediante el debido proceso legal (...) El debido proceso es entonces el derecho a la justicia mediante un procedimiento que no se agota en el cumplimiento formal de los trámites previstos en las leyes adjetivas, sino que se extiende a la necesidad de obtener una rápida y eficaz decisión judicial que ponga fin a los conflictos y situaciones de incertidumbre, evitando dentro de los límites de lo razonable y conforme a las circunstancias de cada caso una dispendiosa y eventualmente inútil actividad jurisdiccional” (Ciancia, 2006, págs. 139-140).

procesal, quien instrumenta el procedimiento con plazos prolongados y plena posibilidad de defensa, de confirmación y de impugnación en los casos de mayor cuantía, en tanto que establece un procedimiento breve, con el lógico cercenamiento de posibilidades de defensivas, confirmativas e impugnativas en el de menor cuantía (Alvarado Velloso, 1989, pág. 156).

En una tesitura distinta se ha establecido el derecho al desarrollo de un proceso en un *plazo razonable*, para de esta manera pretender cumplir con los plazos y con la mentada seguridad procesal a la vez. “En síntesis: el Estado no le debe al pretensor cualquier proceso, sino uno de ‘duración razonable’ por una parte; y que él ‘resuelva sus pretensiones’, por la otra, conjugándose así tiempo con eficacia” (Bertolino, 2003, pág. 9). Como ejemplo de esta posición se tienen, entre otras posibles normas⁴⁹, al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969. La primera sostiene en su artículo 6.1 que “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial” (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1953, pág. 9); la segunda, en su artículo 8.1 (garantías judiciales), expresa que

⁴⁹ Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su art. 25: “todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho (...) a ser juzgado sin dilación injustificada” y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU de 1966 y en vigor desde 1976 ordena que toda persona detenida “tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable” (art. 9.3) y que la persona acusada tiene derecho a “ser juzgada sin dilaciones indebidas” (art. 14.3.c).

toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (Organización de los Estados Americanos, 1969).

Empero, es claro que *tiempo razonable* no es sinónimo de celeridad procesal, pues esta apunta a la rapidez y ese, en cambio, a lo *posible* en un contexto determinado, donde posible también abarcaría *comprensibles y normales* retrasos⁵⁰. Además, esta razona-

⁵⁰ La razonabilidad del plazo ha sido definida por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (siguiendo la doctrina jurisprudencial de la Corte Europea de Derechos Humanos), en su sentencia de 29 de enero de 1997 de *Genie Lacayo Vs. Nicaragua*: “77. El artículo 8.1 de la Convención también se refiere al plazo razonable. Este no es un concepto de sencilla definición. Se pueden invocar para precisarlo los elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos en los cuales se analizó este concepto, pues este artículo de la Convención Americana es equivalente en lo esencial, al 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. De acuerdo con la Corte Europea, se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales (Ver entre otros, Eur. Court H.R., *Motta judgment of 19 February 1991*, Series A no. 195-A, párr. 30; Eur. Court H.R., *Ruiz Mateos v. Spain judgment of 23 June 1993*, Series A no. 262, párr. 30)” (en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_30_esp.pdf, pág. 21; 21/7/2015) y complementada en la sentencia caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia de 27 de noviembre de 2008: “155. La Corte ha establecido que es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades judiciales. El Tribunal considera pertinente precisar, además, que en dicho análisis de razonabilidad se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situa-

bilidad corresponde a una simple *percepción* que puede o no perdonar retrasos sobre la base de sus singulares condiciones. En otras palabras, si un proceso era especialmente dificultoso o belicoso, por ejemplo, su larga duración sería seguramente razonable. De esta manera, el derecho al desarrollo de un proceso en un tiempo razonable no persigue apresurarlo, sino valorarlo.

Se hace necesario distinguir *proceso* de *sentencia*, entendiendo que el primero es un instrumento y la segunda, su fin. El juzgador precisa conocer lo que juzgará, y el proceso debe ser el medio para proveerle esta información. De esta manera, el proceso es solamente un instrumento que está dispuesto al fin práctico y trascendente de solucionar conflictos a través de decisiones adoptadas mediante su aplicación.

Al parecer se cree que las sentencias emergentes de procesos adecuados (debidos) podrían (deberían) ser referidas como justas⁵¹, y que por tanto, con tales procesos, se debería recuperar la esperanza de ocasionar una jurisprudencia naturalmente luminiscente en el contexto de la pútrida injusticia, que garantizaría la seguridad jurídica y la paz social, protegiendo a las víctimas de las arbitrariedades estatales (como bien podrían tildarse a los

ción jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia. Si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve (en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_192_esp.pdf, pág. 48; 21/7/2015).

⁵¹ Locución con la que se espera agrupar las aparentemente incontables adjetivaciones positivas que deberían acompañar a una sentencia, cual podrían ser, y sólo en ánimo de ejemplo, su motivación, congruencia, legitimidad, cautela, equilibrada razonable y proporcional legalidad, moralidad, eticidad y precisión.

excesivos, miopes y despreocupados actos legislativos y administrativos), institucionales y de personas en general. Pero se olvida que un debido proceso no garantiza una buena sentencia, así como un mal proceso tampoco concluye necesariamente con una mala sentencia. Ello se puede replicar, con mayor razón, también respecto de su rapidez.

Es un lugar común de descanso el sostener esta supuesta contradicción insalvable de la eficiencia del proceso frente a las debidas garantías de las personas y la calidad de las decisiones⁵², para luego posiblemente esquivar tal dificultad mediante la redefinición de la celeridad (como se vio que ocurre con la razonabilidad

⁵² Lorenzo y Días explican que “se entrevistaron a juezas argentinas respecto de la celeridad procesal existente en materia penal (...) La Dra. Cristina Jones, jueza de la Cámara Penal de Esquel, expresó que ello fue ‘Positivo, en cuanto a la celeridad, habría que evaluar qué pasa con la calidad. Considero que la celeridad que exige la gestión por audiencias requiere mayor capacitación en el operador jurisdiccional, para que la rapidez con que se toman las decisiones y la tentación que ello conlleva, de quitarse de encima rápidamente el estrés de resolver una cuestión, puede conspirar contra una correcta y adecuada fundamentación. No debemos olvidar que la actividad jurisdiccional es principalmente intelectual y el proceso intelectual requiere su tiempo, esto que parece una obviedad, entiendo que se olvida con la premura de resolver inmediatamente”. Así también que “La doctora Graciela Rodríguez, Jueza penal de Esquel manifestó que la celeridad ‘(...) atiende a una de las principales deficiencias del Poder Judicial: la demora en dar respuesta a las demandas de la sociedad, a modo de ejemplo desde la audiencia de comunicación de la apertura de la investigación hasta el dictado de la sentencia (dictada por los jueces penales), en la mayoría de las carpetas en esta Circunscripción de Esquel, el tiempo transcurrido es menor al año. Esta celeridad ha sido posible por la desformalización del proceso, y principalmente, la realización del proceso de audiencias, en todos los casos y ante cualquier planteo. (...) El principal riesgo que conlleva, a mi criterio, el proceso por audiencias es que la excesiva simplificación se traduzca en falta de profundidad y calidad en las decisiones, y en errores insalvables” (2010, págs. 212-213).

de la duración procesal⁵³), como aceptando su dilación. Sin embargo, la celeridad procesal no es necesaria y definitivamente antagónica de la seguridad de los procesos o de la calidad de las decisiones tomadas a su conclusión.

La celeridad y esa aparente contradicción, en vez, parecen tener mayor relación con el diseño del método procesal, pues se cree que de él dependerá el debido cumplimiento de sus características ideales. Finalmente, la calidad de la decisión dependerá de la calidad de la información, además del cumplimiento de los requisitos constitutivos del debido proceso, mismos que estarán garantizados si el método para obtenerlos y cumplirlos es, a su vez, adecuado.

Jorge Benchetrit Medina, citado por Alvarado, manifestó que:

nadie aceptaría que un médico, en el ejercicio del arte de curar, utilizara medios y recursos de la medicina medioeval: que realizara sus intervenciones a la luz de un candil, con sanguijuelas, tintura de yodo y un viejo bisturí por todo el instrumental. Sin embargo, consideramos natural que los hombres de derecho –jueces y abogados- en el ejercicio del arte de hacer justicia, continúen utilizando la técnica y el proceso de hace siglos; que metidos en el expediente, persigan a la justicia arrastrándose penosamente a través de las

⁵³ “Lo importante es la terminación del proceso en un tiempo razonable, ya que el factor tiempo incide de sobre manera en la eficacia del servicio de justicia”, luego, citando al profesor Morello, reflexiona sobre este punto diciendo que “la fórmula plazo razonable, traduce lo que en teoría se denomina un concepto jurídico indeterminado, que debe ir recortándose en su flexible y ajustable adaptabilidad a distintos parámetros sociológicos y jurídicos dentro de los cuales cobra relieve la manifestación de un proceso específico y la consecuente respuesta jurisdiccional” (Gonzalez Castro, 1998, págs. 70-71).

fojas del papel sellado, para lograr, al cabo de un pleito interminable, en un fallo moroso, el reconocimiento formal de lo justo, sin que esta justicia –o remedo de tal– conforme a nadie (1982, págs. 49-50).

Por lo que no bastará simplemente con eliminar todo procedimiento que no sea indispensable para la realización de los fines del proceso de manera célere y, al mismo tiempo, lograr que estas mutilaciones permitan su desarrollo en respeto a las garantías y seguridades. Tampoco bastará con cambiar la matriz escrita a la oral, aunque un proceso de esta índole ha demostrado ser más breve⁵⁴. Esto se ha intentado con muy pocos frutos hasta el presente. Es necesario repensar el método procesal desde la demanda hasta la sentencia y de la sentencia hasta su ejecución, de tal manera que cumpla con las garantías de un debido proceso y sea, al mismo tiempo, célere. Claro está que esta es una mera pretensión sin contenido real. El reto, que ha mantenido a generaciones de procesalistas insomnes, consiste precisamente en dar contenido práctico a este difícil objetivo.

7. La importancia de la autonomía preceptiva

Las normas legales procesales han sido consideradas como normas vinculadas al interés y al orden público, en los sentidos de comprender una de las principales funciones del Estado, cual es la jurisdiccional, y de no permitir su modificación por acuerdos

⁵⁴ “Implica la necesidad de adoptar la oralidad como medio de expresión en el proceso y, obviamente, la plena vigencia del principio de intermediación, pues su total conjunción sostiene la posibilidad de una administración de justicia eficiente, rápida y segura” (Alvarado Velloso, 1982, pág. 64).

particulares. Tal vez por estos motivos es que la idea de contratos procesales ha sido normalmente limitada. Sin embargo, con el correr de los años, ellos han ido ganando aceptación, pues se ha valorado favorablemente su utilidad.

Los actos jurídicos bilaterales llevados a cabo dentro o fuera del proceso con miras a la regulación de una relación procesal (como serían la renuncia, extinción o modificación de derechos o facultades procesales) o, más genéricamente, a producir efectos procesales, merecen la calificación de contratos procesales, debiendo aplicarse a su respecto los principios generales del contrato y los especiales del proceso. En torno a estos últimos cobra importancia identificar el contexto inquisitivo o dispositivo del proceso, habida cuenta que en el primer caso su admisión y validez serán muy escasas, mientras que en el segundo los contratos procesales tendrán mayor cabida⁵⁵. En una justicia de intereses privados, como son los procesos civiles y comerciales, ciertamente que rige el principio dispositivo.

La eficiencia y eficacia del método procesal bien puede beneficiarse de la ampliación de las facultades contractuales con efectos procesales pues los interesados podrían resumir y hasta eliminar las discusiones o etapas procedimentales banales para sus circunstancias y pareceres. Este contractualismo debería abarcar y limitarse a todo elemento procesal que, a la vez, permita impul-

⁵⁵ Como ejemplos se han planteado la designación de peritos por las partes, el acuerdo arbitral y la prórroga de competencia territorial expresa (Véscovi, 1999, pág. 217). Este autor reconoce que solo muy recientemente la doctrina los acepta, existiendo aún “modernos autores que los rechazan o ignoran”. Véscovi respalda su existencia cuando ellos estén destinados a producir efectos procesales entre sus partes.

sar su celeridad y tenga la cualidad de disponible (renunciable o modificable), mientras no afecte, siquiera indirectamente, a las garantías de un debido proceso.

Obsérvese, como ejemplos actuales de estas facultades en el Código Procesal Civil boliviano, que las partes procesales pueden ponerse de acuerdo para prorrogar la competencia territorial (art. 13), suspender temporalmente la competencia (art. 15), abreviar los plazos por el tiempo que estimen conveniente o la suspensión de los que estuvieren en curso por un máximo de treinta días (art. 89), el número de peritos (art. 194) y la decisión que la autoridad judicial falle por equidad (art. 214).

Un ejemplo adicional, cuya envergadura y trascendencia en este contexto es mayúscula, es el *contrato arbitral* que permite la decisión vinculante del litigio por un tercero. La ley 708 de Conciliación y arbitraje de 25 de junio de 2015 reduce, sin embargo, dramática y extrañamente el campo de acción que se admitía en la abrogada ley 1770 de 10 de marzo de 1997 para este importante medio alternativo de solución de controversias.

Como se ha planteado en este trabajo, los cambios procesales que tienen origen en los actos legislativos no tienen y no pueden llegar a tener la agilidad suficiente para aplicar un nuevo remedio procesal a cada dificultad que se presente, en una suerte de ensayo y error que persiga el perfeccionamiento del método procesal. Por lo que parece muy razonable que la legislación abra una estructura amplia y genérica que respalde la legalidad e incentive la innovación que puedan aportar los contratos procesales que, en definitiva, gozarían de legitimación, factibilidad, eficiencia y eficacia.

La ley debe restringir su avidez procesal monopólica y ampliar, en consecuencia, el espectro de acción de la autonomía de la voluntad preceptiva de los interesados, abriendo los candados que injustificadamente ha cerrado, borrándose a sí misma en los espacios en los cuales no se la requiere.

La mediación tópica, cuyas operaciones se asemejan al funcionamiento casuístico del *ius* clásico, aparece como un lugar para la creación dialogal de las *reglas* específicas para la gestión y composición del conflicto. En otras palabras, como un foro que genera creación normativa, en el sentido más amplio del término. Tal posibilidad de una creación normativa de reglas para el caso, establecidas por las partes involucradas en el conflicto, resulta una vía apta para impedir que la Ley pedagoga y moralista, fabricada a granel en formatos efímeros para usar y tirar, termine por necrosar al derecho y cortar así los puentes para la realización de lo justo concreto. Cuando los conflictos se multiplican y agravan, en lugar de plantearse ante todo si es posible componerlos por equilibrio y medida en el orden jurídico existente, se legisla (Bandieri, 2007, pág. 22).

Luego de años de generalizada derrota en proveer métodos céleres y eficientes en la solución de controversias, tal parece que lo prudente sería que el Estado libere a la autonomía preceptiva de las cadenas con las que le ha paralizado en materia procesal y le ceda, en consecuencia, grandes e importantes espacios para que perfeccione o cree procesos de solución de controversias.

8. Conclusiones

Connotación de la celeridad respecto del diseño normativo procesal y su aplicación real:

La identidad o diferencia que pudiera existir entre los plazos normados y de la praxis en una realidad determinada permite distinguir tres posibles situaciones, a saber: su coincidencia, que la duración de la praxis sea mayor que la normada y que la duración normada sea mayor que la de la praxis.

La coincidencia de la duración real e ideal de un proceso requiere de esfuerzos constantes para la adecuación sincronizada de *ambas*. La experiencia común es fehaciente en demostrar la infrecuencia de esta posibilidad.

El sistema legislativo de creación de métodos de solución de controversias entre los particulares es necesariamente lento en aplicar los ciclos de perfeccionamiento normativo de creación o adaptación normativa, su sanción, implementación, evaluación y corrección de errores, lo que no permite que ocurra la adecuación sincronizada de las normas con la práctica.

El diseño normativo procesal y su aplicación real frecuentemente se hallan desvinculados.

Connotación de la celeridad respecto de la eficiencia en el uso de recursos públicos

En materia procesal la relación de escasez se resuelve en la cantidad de recursos que un Estado otorga para la existencia y ejercicio del aparato judicial, como aquel encargado primariamente de la heterocomposición de litigios, frente a los estantes y habi-

tantes de un territorio que demandarán ante tal jurisdicción la satisfacción de sus necesidades de justicia a través de procesos.

El costo de oportunidad del Estado en el caso procesal está vinculado a que cada proceso significará la aplicación de una cierta cantidad de recursos que no lo será en otras necesidades, como ser educación o salud, e incluso, en otro u otros procesos.

Mientras el proceso sea más largo, también será más oneroso, por lo que el criterio de eficiencia en el uso de recursos con relación al tiempo, considerará preferible la menor duración *posible* de un proceso.

Es plausible sostener que, en la justicia civil y comercial, por ser consideradas como bien privado, sus costes procesales sean cubiertos por sus interesados directos, lo que les incentivará a su uso eficiente.

Seguridad y celeridad procesales

La celeridad y la seguridad procesales no necesariamente son excluyentes entre sí, puesto que la primera no es causa necesaria de la segunda. Ambas dependen, en cambio, del método procesal a utilizar.

Es necesario repensar el método procesal desde la demanda hasta la sentencia y de la sentencia hasta su ejecución, de tal manera que cumpla con las garantías de un debido proceso y sea, al mismo tiempo, célere.

Importancia de la autonomía preceptiva

La eficiencia y eficacia del método procesal bien puede beneficiarse de la ampliación de las facultades contractuales con efectos procesales pues los interesados podrían resumir, y hasta eliminar, discusiones o etapas procedimentales banales para sus circunstancias y pareceres.

La legislación debería permitir que el contractualismo procesal abarque y limite a todo elemento procesal que, a la vez, permita impulsar su celeridad y tenga la cualidad de disponible (renunciable o modificable), mientras no afecte, siquiera indirectamente, a las garantías de un debido proceso.

9. Referencias

- Alvarado Velloso, A. (1982). *El juez. Sus deberes y facultades. Los derechos procesales del abogado frente al juez*. Buenos Aires: Depalma.
- Alvarado Velloso, A. (1989). *Introducción al estudio del derecho procesal*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.
- Bandieri, L. M. (2007). *La mediación tópica*. Buenos Aires: Universitas.
- Bertolino, P. (2003). *El Derecho al proceso judicial*. Bogotá: Temis SA.
- Bonet Navarro, J. (2011). La introducción del material fáctico en el proceso civil. Delimitación y forma de las alegaciones. En S. Pereira Campos, *Modernización de la justicia civil* (págs. 361-403). Montevideo: Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho.
- Carnelutti, F. (1959). *Instituciones del proceso civil*. (S. Melendo, Trad.) Buenos Aires: EJEA.
- Chalfin, A., & McCrary, J. (2014). Criminal Deterrence: A Review of the Literature. *working paper*.
- Ciancia, O. (2006). El debido proceso. En A. Alvarado Velloso, & O. Zorzoli, *Derecho procesal contemporáneo – el debido proceso* (págs. 139-151). Buenos Aires: Ediar.
- Genie Lacayo vs. Nicaragua (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1997 de enero de 29).
- Valle Jaramillo y otros vs. Colombia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 27 de noviembre de 2008).

- Esparza Leibar, I. (1995). *Tesis doctoral: El principio del debido proceso*. Castellón: s.e.
- Gonzalez Castro, M. (1998). *Derecho Procesal Civil. Perspectiva Multidimensional*. (F. Ferreyra, Ed.) La Rioja: s.e.
- Herrera, H. (2008). Gestión judicial asociada: proyecto en etapa de planificación para la ejecución. En C. d. Américas, *Justicia Civil: Perspectivas para una reforma en América Latina* (págs. 335-342). Santiago de Chile: CEJA - JSCA.
- Kaufmann, A. (2002). *Filosofía del derecho*. (L. Villar Borda, & A. Montoya, Trans.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Lorenzo, L., & Díaz, E. (2010). Informe de innovación en reformas procesales penales. En C. d. Américas, *Reformas de la Justicia en América Latina. Experiencias de innovación* (págs. 11-91). Santiago de Chile: CEJA - JSCA.
- Manresa y Navarro, J., Miquel, I., & Reus, J. (1856). *Ley de Enjuiciamiento Civil, Comentada y Explicada para su mejor inteligencia y fácil aplicación*. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación y Jurisprudencia.
- Organización de los Estados Americanos. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre Derechos Humanos. San José de Costa Rica.
- Oromí Vall-Llovera, S. (1999). *Tesis doctoral: Partes, intervinientes y terceros en el recurso de apelación civil*. Girona: Universitat de Girona.

- Palomo Vélez, D. (2011). Apelación, doble instancia y proceso civil oral. En S. Pereira Campos, *Modernización de la justicia civil* (págs. 993-1038). Montevideo: Universidad de Montevideo.
- Pereira Campos, S., Villadiego Burbano, C., & Chayer, H. (2011). Bases generales para una reforma a la justicia civil en América Latina y el Caribe. En S. Pereira Campos, *Modernización de la justicia civil* (págs. 17-135). 2011: Universidad de Montevideo.
- Vargas Viancos, J. E. (2005). *La reforma a la justicia civil desde la perspectiva de las políticas públicas*. CEJA-JSCA.
- Quirós Camacho, J. (2010). Implementación de la Oralidad en Materias Distintas a la Penal en Costa Rica. En C. d. Américas, *Reformas de la Justicia en América Latina. Experiencias de innovación*. Santiago de Chile: CEJA - JSTA.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (1953). Convenio Europeo de Derechos Humanos.
- Véscovi, E. (1999). *Teoría general del proceso*. Santa Fe de Bogotá: Temis SA.
- Pastor, S., & Maspóns, L. (2004). *Cifrar y descifrar. Indicadores Judiciales para las Américas*. Santiago de Chile: CEJA - JSCA.

Artículos de opinión

Sin revisión por pares académicos

El abuso de la libertad de expresión y sus responsabilidades

Abuse of Freedom of Expression and its Liabilities

Emma Nogales de Santivañez*

Introducción.

La *libertad de expresión* es un derecho humano que está reconocido en la Constitución Política del Estado, en su Art. 21 inc. 3, y se halla también en tratados y convenios internacionales, de los cuales el más importante a juicio de la autora, por ser a nivel interamericano, es la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 22 de noviembre de 1969. Esta convención ha sido ratificada por Bolivia, por tanto está en la obligación de cumplirla y establecer los mecanismos necesarios para exigir, a su vez, su cumplimiento.

Los estados americanos, por su parte, para viabilizar el cumplimiento de los derechos humanos reconocidos en la Convención, han creado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, organismo ante el cual pueden acudir los particulares denunciando la violación de sus derechos, después de agotar todos los recursos internos, y en caso que el Estado infractor no quiera cumplir las recomendaciones emitidas por este organismo, interviene la Corte

*Abogada, docente de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo”. Contacto: e-nogales@hotmail.com

Interamericana de Derechos Humanos a solicitud de la Comisión o de cualquier Estado. Las decisiones de la Corte Interamericana tienen efecto vinculante u obligatorio para todos los Estados que han reconocido su competencia. Bolivia aceptó la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que todos sus fallos, así como la jurisprudencia que establece, le son obligatorios.

¿Qué se debe entender por libertad de expresión?

De acuerdo a lo previsto en el Art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión”. Este derecho comprende cuatro aspectos: a) la libertad de pensamiento, b) la libertad de buscar información e ideas, c) la libertad de difundir información e ideas; y, d) la libertad de recibir información.

La *libertad de pensamiento* abarca a la *libertad de opinión*, cuando esta última se mantiene en la mente. En tal situación no tiene restricciones. Pero cuando esa opinión es manifestada, se convierte en *libertad de expresión* y puede ser sometida a algunas restricciones.

La *libertad de buscar información* se refiere al derecho que tienen las personas a exigir información. Este derecho no es absoluto porque existen informaciones confidenciales que el Estado tiene el deber de no divulgar, pero estas restricciones deben ser establecidas por ley, siguiendo normas locales e internacionales (principio de reserva legal).

La libertad de difundir y recibir información también forma parte del derecho a la libertad de expresión y se halla ejercida generalmente por los comunicadores de radio, prensa y televisión. Esta

libertad no es absoluta, sus limitaciones se hallan en la moral y las buenas costumbres que forman parte de la convivencia en sociedad.

La libertad de expresión en la Convención Americana de Derechos Humanos ¿está sujeta a restricciones?

Se puede afirmar que sí cuando se lee el Art. 13 en sus incisos: 2, 3, 4 y 5. En efecto el inciso 2 dice que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión no puede estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores que surgen cuando la libertad de expresión daña la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o moral públicas. Pero, para que la responsabilidad pueda establecerse válidamente, según la Convención es necesario que se cumplan los siguientes requisitos: a) la existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas, b) la definición legal, expresa y taxativa de esas causales, c) la legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas; y, d) que esas causales de responsabilidad sean necesarias para asegurar los mencionados fines.

Otro caso de restricción establecido en la Convención es el relativo a la censura previa de los espectáculos públicos en protección de la moral de la infancia y de la adolescencia.

Responsabilidades ulteriores.

¿Cuáles son los requisitos establecidos por la Convención Americana de Derechos Humanos, para el establecimiento de responsabilidades ulteriores?

Se debe recordar que toda persona tiene derecho a que la ley proteja su honra, su reputación y su dignidad personal. La Consti-

tución Política del Estado en su Art. 22 protege la libertad y la dignidad de la persona, pero no existe una ley que efectivice esa protección, sobre todo en materia de dignidad. La Convención Americana de Derechos Humanos en su Art. 11 reconoce la protección del derecho a la honra y a la dignidad como verdaderos derechos humanos.

La experiencia diaria demuestra que estos derechos frecuentemente están en conflicto con la libertad de expresión. Tanto la honra, como la dignidad y la libertad de expresión son derechos humanos. ¿Cuál tendría que ser sacrificado o considerado menos importante?

La Convención a que se hace referencia tiene dos normas que tienen relación con la pregunta. Así, su Art. 14 establece el derecho de rectificación o respuesta, cuando dice:

Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta, en las condiciones que establezca la ley.

En ningún caso la rectificación o respuesta eximirán de las responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

Para la efectiva protección de la honra y de la reputación toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión, tendrá una persona responsable, que no esté protegida por inmunidades o fuero especial.

¿Qué dice al respecto la ley de imprenta en Bolivia?

Esta Ley de 19 de Enero de 1925 establece en su Art. 1 “Todo hombre tiene derecho de publicar sus pensamientos por la prensa, sin previa censura, salvo las restricciones establecidas por la presente ley”.

Permite que los delitos de injuria y de calumnia contra los particulares queden sujetos a la sanción del Código Penal y su juzgamiento en los tribunales ordinarios, a no ser que el ofendido quiera hacer valer su acción ante el jurado de imprenta. Esto se desprende de la lectura de los artículos 13, 27 y 28 de esta ley que permiten, como se dijo, que estos delitos puedan ser planteados optativamente ante el jurado de imprenta o ante los tribunales ordinarios.

Siendo la única ley que de alguna manera regula el campo de la comunicación, porque este sector no permite que se dicte otra, sería recomendable que fuera sometida a una revisión e interpretación sobre su constitucionalidad, de tal manera que el Tribunal Constitucional Plurinacional pueda, por vía jurisprudencial, establecer de manera expresa responsabilidades civil y penal para sancionar delitos que dañen la honra, la reputación y la dignidad de las personas por mal uso de la libertad de expresión, tomando a este efecto en consideración lo dispuesto en la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya competencia es vinculante para Bolivia.

Abuso del derecho.

Se sabe que toda persona goza de derechos y puede ejercitarlos, pero al hacerlo no debe lesionar los derechos de los demás, esto quiere decir que una limitación al ejercicio de los derechos, está en el respeto de los derechos ajenos, para no incurrir en *abuso del derecho*.

Se dice que abusa del derecho quien, a través de él y con ocasión de su ejercicio, causa daño a un tercero. Para algunos autores este abuso se da cuando hay intención de dañar, cuando hay ausencia de un interés serio y legítimo; y, en última instancia, cuando el ejercicio anormal del derecho es contrario a su destino económico y social. La teoría del abuso del derecho ha sido aplicada por la jurisprudencia francesa en numerosos casos, así por ejemplo en el derecho de propiedad individual, el propietario tiene el derecho de elevar sus muros, pero si lo hace con el solo fin de perjudicar a su vecino, sin ninguna utilidad para sí mismo, abusa de su derecho (Romero Linares, 1994, pág. 350).

La teoría del abuso del derecho ha sido recogida también por el Tribunal Constitucional Alemán, entre cuyas facultades está regular el ejercicio adecuado de los derechos fundamentales castigando su mal uso. Concretamente, el Art. 18 de la Ley fundamental de Alemania establece “el que abusare de la libertad de opinión y en particular de la de prensa, se hará indigno de estos derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional Federal resolverá sobre la eventual privación de los mismos y el alcance de la medida” (Rivera Santivañez, 2011, pág. 61). En mérito a lo anterior, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania puede privar de un derecho fundamental cuando se ha abusado de él.

Responsabilidad del Estado.

Por primera vez la Constitución Política del Estado ha hecho referencia a la responsabilidad patrimonial que tienen el Estado y los particulares, por violación de derechos fundamentales, en sus Arts. 110 y 113:

Art. 110.

I. Las personas que vulneren derechos constitucionales quedan sujetas a la jurisdicción y competencia de las autoridades bolivianas.

II. La vulneración de los derechos constitucionales hace responsables a sus autores intelectuales y materiales.

Art. 113.

I. La vulneración de los derechos concede a las víctimas el derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna.

Lo más interesante es el parágrafo II del mismo Art. 113, que establece:

En caso de que el Estado sea condenado a la reparación patrimonial de daños y perjuicios, deberá interponer la acción de repetición contra la autoridad o servidor público responsable de la acción u omisión que provocó el daño.

Esta última situación podría darse cuando el Estado sea sancionado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por haber permitido la violación de derechos fundamentales, ya sea por autoridades o funcionarios públicos.

Conclusión.

Tomando en consideración lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos y las facultades del Tribunal Constitucional Alemán sobre el abuso del derecho, se llega a la conclusión de que cuando en el ejercicio del derecho de libertad de expresión, que es el punto que preocupa, se causa daño a un tercero en su reputación, honra y dignidad personal, se deben establecer las responsabilidades correspondientes. Esto ha sido incorporado en la normativa de la Constitución Política del Estado en sus Arts. 110 y 113, conforme se vio anteriormente, y ha sido desarrollado también en el Art. 39 del Código Procesal Constitucional que dice:

La resolución que conceda la acción [en defensa de derechos humanos], podrá determinar también, la existencia o no de indicios de responsabilidad civil o penal, estimando en el primer supuesto el monto a indemnizar por daños y perjuicios y en el segundo, remitiendo antecedentes al Ministerio Público y a la Procuraduría General del Estado cuando corresponda.

Por tanto, en mérito a lo anteriormente dispuesto, se hace imperiosa la revisión de la Ley de Imprenta vía Tribunal Constitucional a objeto de marcar estas responsabilidades con mayor precisión en el campo del derecho a la libertad de expresión.

Referencias

- Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (2009).
Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia.
- Ley 254 (2012). *Código Procesal Constitucional*. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia.
- Ley de 19 de enero de 1925. *Ley de imprenta*. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia.
- OEA. (2014). Tratados Multilaterales > Departamento de Derecho Internacional > OEA: Retrieved December 13, 2016, from https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm
- Romero Linares, R. (1994). *Derecho civil: según los “Apuntes de derecho civil boliviano” del Prof. Dr. Raúl Romero Linares* (4a ed.), colección Jurídica Guttentag, Cochabamba, Bolivia: Los Amigos del Libro.
- Santivañez, J. A. R. (2011). *Jurisdicción constitucional: Procesos constitucionales en Bolivia* (3rd ed.). Cochabamba, Bolivia: Kipus.

La revista y sus normas de publicación

Revista de Derecho de la UCB

UCB Law Review

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

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

Normas de publicación

Especificaciones

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

- das, la distribución de las cuales se debe hacer con una licencia igual a la que regula la obra original.
5. Las investigaciones deben respetar los estándares aceptados de ética académica, ser razonablemente originales y pertenecer a los/as autores/as referidos en ellas. Asimismo, los manuscritos no deben haber sido publicados con anterioridad y/o haber sido sometidos previamente a consideración de publicación en otro medio, salvo las excepciones manifestadas luego.
 6. Los/as autores/as deberán identificarse e indicar su afiliación institucional y de no tenerla deberán expresar *investigador/a independiente*.
 7. Los idiomas oficiales de publicación de la revista son español e inglés; sin embargo, la revista se reserva el derecho de publicar en otros idiomas.
 8. La revista publicará investigaciones que hayan sido evaluadas anónima y favorablemente en su mérito por pares evaluadores.
 9. Las comunicaciones entre la revista, los/as autores/as y las instancias evaluadoras serán realizadas mediante correo electrónico.
 10. La revista se publicará dos veces por año en los meses de marzo y octubre. La recepción de los manuscritos será continua. La revista se reserva la prerrogativa de establecer el orden y tiempos de publicación de los manuscritos recibidos y que hubiesen sido aprobados por los pares evaluadores en consideración al tiempo natural que demande el proceso de observación-corrección-aprobación de la investigación, así como la disponibilidad, disposición u ordenación de cada número de la revista en razón al criterio que libremente decida.
 11. La revista referirá en sus publicaciones las fechas de presentación y aprobación de las investigaciones.

Presentación y estilo

12. Los manuscritos deberán ser remitidos al correo electrónico law.review@ucb.edu.bo en formato digital *Microsoft Word*. En caso de existir gráficos, ellos deberán presentarse también en formato *Microsoft Excel*.
13. Los manuscritos deberán adecuarse al estilo de la Asociación Americana de Psicología (APA por sus siglas en inglés) correspondiente a su 6ª edición en inglés o su 3ª edición en español, salvo en los siguientes aspectos:
 - i. No será necesario encabezado.
 - ii. Los subtítulos deberán ser enumerados (1., 2., 3.).
 - iii. La primera página debe contener:
 - Título en español e inglés.
 - Nombre de los/as autores/as con un asterisco de llamada a pie de página que contenga su información profesional, afiliación institucional (cargo e institución), dirección de correo electrónico y financiador de la investigación (si existiera).
 - Resumen en español y *abstract* en inglés, cada uno con un máximo de 250 palabras.
 - Palabras clave en español e inglés.
 - iv. Las referencias deberán ser organizadas alfabéticamente en sangría francesa. No se admite incluir fuentes no utilizadas directamente en la investigación, salvo aquellas que hayan influido en la determinación de la naturaleza del trabajo que se informa en la investigación.
 - v. Las citas de normas legales comprenderán la siguiente información: artículo, tipo de norma, número y/o nombre y año: (Art. 1279, Código Civil, Decreto Ley 12760, 1975) o (Art. 17, Ley 439, 2013). Para evitar la redundancia se salvan los ca-

sos en que estos datos hayan sido manifestados previamente en el cuerpo del trabajo. El ámbito de origen de la norma deberá ser aclarado en la redacción en los casos que corresponda.

vi. Las citas de jurisprudencia comprenderán tribunal, denominación de la resolución respectiva, número y año: (TCP, Sentencia Constitucional Plurinacional, 1620, 2014). Para evitar la redundancia se salvan los casos en que estos datos hayan sido manifestados previamente en el cuerpo del trabajo. El ámbito de origen de la jurisprudencia deberá ser aclarado en la redacción en los casos que corresponda.

14. La extensión del manuscrito no podrá ser superior a las 21000 palabras.

Proceso de evaluación

15. La revista publicará principalmente investigaciones arbitradas por pares académicos.

16. Los manuscritos serán evaluados por el consejo editorial, que podrá aceptarlos o rechazarlos. En caso de aceptación, cada artículo será editado y posteriormente remitido a dos árbitros.

17. Para emitir sus evaluaciones, los/as árbitros contarán con un plazo razonable, en el marco de la complejidad y extensión de la investigación.

18. Las observaciones que se comuniquen a los/as autores/as deberán ser subsanadas en un plazo prudente a establecerse por el editor responsable.

19. La revista otorgará un patrón de criterios de evaluación a los/as árbitros respecto a la originalidad, aporte teórico, pertinencia, claridad, rigor científico y coherencia de la investigación. La opinión de los/as árbitros de aceptación o

rechazo de la investigación debe ser motivada. El editor responsable comunicará la aceptación o rechazo del manuscrito a los/as autores/as, pudiendo mantener en reserva la motivación.

Principios y normas de carácter ético⁵⁶

20. Respeto de los editores:

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

⁵⁶ Se adoptan y adaptan voluntaria y libremente y como guía los *Código de Conducta y mejores guías prácticas para editores de revistas* y el *Código de conducta para editores de revistas* o *Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors and the Code of Conduct for Journal Publishers* que corresponden al *Committee on Publication Ethics (COPE)*. Se aclara que ni la revista ni sus editores pertenecen a este Comité. Estos documentos originales y ampliados pueden ser recuperados en su versión en idioma inglés del sitio web: http://publicationethics.org/files/Code%20of%20Conduct_2.pdf

- iv. Los editores y miembros del consejo editorial no utilizarán la información no publicada y revelada en el manuscrito enviado para sus propios fines de investigación sin el consentimiento explícito por escrito de los/as autores/as. La información privilegiada o las ideas obtenidas por los editores como resultado del manejo de la investigación se mantendrán confidenciales y no se utilizarán para su ventaja personal.
- v. Los editores se recusarán respecto de las investigaciones en las que tengan conflictos de intereses resultantes de relaciones competitivas, colaborativas u otras con cualquiera de los/as autores/as, empresas o instituciones relacionadas con los documentos. En este caso, pedirán a otro miembro del consejo editorial que realice las actividades correspondientes con la investigación.
- vi. Los editores se asegurarán que todos los manuscritos presentados que se están considerando para su publicación se sometan a revisión por parte de al menos dos revisores expertos/as en el campo. El editor responsable decidirá cuáles de las investigaciones enviadas a la revista serán publicadas, basado en la validación de la obra en cuestión, su importancia para los investigadores y lectores, los comentarios de los revisores y los requisitos legales que actualmente están en vigor en materia de difamación, infracción de derechos de autor y plagio. El editor responsable puede consultar con otros editores o revisores para tomar esta decisión.
- vii. Los editores investigarán todo acto que atente contra la ética y que les sea denunciado. En caso de encontrar suficientemente fundados tales actos, se publicará una corrección, una retractación, una expresión de preocupación u otra que corresponda. Esta actuación sucederá independientemente del tiempo que haya transcurrido desde la publicación que se discuta.

21. **Respecto de los revisores:**

- i. La revisión por pares ayuda a los editores a tomar decisiones editoriales y, a través de las comunicaciones editoriales con los/as autores/as pueden ayudarles a mejorar sus investigaciones. La revisión por pares es un componente esencial de la comunicación académica formal y se encuentra en el corazón del esfuerzo científico. Los académicos que deseen contribuir al proceso científico tienen la necesidad de actuar también, y en buena medida, en procesos de revisión.
- ii. Cualquier árbitro invitado que se sienta incompetente para revisar el manuscrito o sepa que su pronta revisión le será imposible, debe notificar inmediatamente a los editores y rechazar la invitación, en orden a que otros revisores puedan ser contactados.
- iii. Los manuscritos recibidos para su revisión son documentos confidenciales y deben ser tratados como tales. No deben ser mostrados o debatidos con otros, excepto si están autorizados por el editor responsable en casos absolutamente excepcionales y específicos. Este criterio también se aplica a los revisores invitados que rechacen la invitación de revisión.
- iv. El examen del manuscrito debe realizarse objetivamente. Las observaciones se formularán con claridad y argumentos de apoyo para que los/as autores/as puedan usarlos para mejorar su investigación. La crítica personal de los/as autores/as es inapropiada.
- v. Los/as revisores/as deben identificar el/los trabajo/s publicado/s relevante/s que no haya sido citado por los/as autores/as. Cualquier observación, derivación o argumentación que se sustente en publicaciones anteriores debe ir acompañada de la citación pertinente. El/la revisor/a también debe notificar a los editores cualquier semejanza

sustancial o superposición entre la investigación en examen y cualquier otra (publicada o no) de la que tengan conocimiento personal.

- vi. Cualquier árbitro invitado que tenga conflictos de intereses resultantes de relaciones competitivas, colaborativas u otras con cualquiera de los/as autores/as o instituciones relacionadas con la investigación debe notificar inmediatamente a los editores para declarar sus conflictos de interés y declinar la invitación.
- vii. El material no publicado revelado en una investigación enviada no debe ser utilizado en la investigación de un/a revisor/a sin el consentimiento expreso por escrito de los/as autores/as. La información privilegiada o las ideas obtenidas a través de la revisión por pares deben mantenerse confidenciales y no ser utilizadas para la ventaja personal del revisor. Esto también se aplica a los revisores invitados que rechazan la invitación de revisión.

22. Respeto de los/as autores/as:

- i. En los marcos de la ciencia e investigación jurídica, los/as autores/as de la investigación original deben presentar una descripción exacta del trabajo realizado y los resultados, seguido de una discusión objetiva de la importancia del trabajo. La investigación debe contener suficiente detalle y referencias para permitir a otros replicar el trabajo. Los artículos de revisión deben ser precisos, objetivos y completos, mientras que las opiniones o las piezas de perspectiva editorial deben identificarse claramente como tales. Las declaraciones de carácter fraudulento o impreciso constituyen un comportamiento no ético y son inaceptables.
- ii. Se puede pedir a los/as autores/as que proporcionen los datos brutos de su investigación, tanto para su revisión editorial como para ponerlos a disposición del público.

En cualquier caso, los/as autores/as deben garantizar la accesibilidad de dichos datos a otros profesionales competentes durante al menos 10 años después de la publicación (preferiblemente a través de un repositorio de datos institucional o sujeto o cualquier otro centro de datos), siempre que se puedan proteger la confidencialidad de los participantes y los derechos legales vinculados a estos datos.

- iii. Los/as autores/as deben asegurarse que han escrito y presentado trabajos totalmente originales, así como verificar que han citado adecuadamente el trabajo y/o palabras de otros/as si los han utilizado. También deben citarse las publicaciones que han influido en la determinación de la naturaleza del trabajo que se informa en la investigación. El plagio adopta muchas formas: hacer pasar el artículo académico de otro/a autor/a como propio, copiar o parafrasear partes sustanciales de las investigaciones de otros sin atribución de autoría, reclamar resultados de investigaciones realizadas por otros, entre otras. El plagio, en todas sus formas, constituye un comportamiento de publicación poco ético y es inaceptable.
- iv. Los/as autores/as deben asegurarse de que han reconocido adecuadamente la información obtenida en privado (de conversación, correspondencia o discusión con terceros), no pudiendo ser utilizada o reportada sin el permiso explícito por escrito de la fuente. Los/as autores/as no deben utilizar la información obtenida en el curso de la prestación de servicios confidenciales, como el arbitraje de manuscritos o solicitudes de subvención, a menos que hayan obtenido el permiso explícito por escrito de los/as autores/as del trabajo involucrado en estos servicios.
- v. Los trabajos que describan esencialmente la misma investigación no deben publicarse en más de una revista o publicación primaria. Por lo tanto, los/as autores/as no deben someter a consideración una investigación que ya

ha sido publicada en otra revista. La presentación de un manuscrito simultáneamente a más de una revista es un comportamiento de publicación poco ético e inaceptable. Excepcionalmente, la publicación de algunos tipos de artículos (como traducciones, protocolos) en más de una revista puede justificarse, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: los/as autores/as y editores de las revistas interesadas deben aceptar la publicación secundaria, debe reflejar los mismos datos e interpretación del documento primario y la referencia primaria debe ser citada en la publicación secundaria.

- vi. Solamente las personas que cumplan con estos criterios de autoría deben ser listadas como autores/as en el manuscrito, ya que deben ser capaces de asumir la responsabilidad pública por el contenido: (i) contribuciones significativas a la concepción, diseño, ejecución, adquisición de datos o análisis / interpretación del estudio; (ii) quien redactó el manuscrito o lo revisó críticamente con contenido intelectual importante; (iii) quien vio y aprobó la versión final del documento aceptando su presentación para su publicación. Todas las personas que hicieron contribuciones sustanciales a la obra reportada en el manuscrito (tales como ayuda técnica, ayuda de redacción y edición, apoyo general) pero que no cumplen con los criterios para la autoría manifestados no deben ser listadas como autores/as, sino que deben ser referidas en *reconocimientos* (esta sección es admisible si se cuenta con el permiso escrito de los colaboradores). El/a autor/a correspondiente debe asegurarse que todos los/as coautores/as apropiados estén incluidos en la lista de autores/as y verificar que todos/as ellos/as hayan visto y aprobado la versión final del manuscrito y aceptado su publicación para publicación.
- vii. Los/as autores/as deben, en la etapa más temprana posible (por lo general, mediante la presentación de una de-

claración escrita en el momento de presentar el manuscrito, así como la inclusión de una declaración en el propio manuscrito), expresar cualquier conflicto de intereses que pueda influir en los resultados o interpretación de la investigación (por ejemplo, y no limitativamente, conflictos por financiamiento tales como honorarios, subsidios educativos u otros fondos, la participación en membresías, empleos, consultorías, propiedad de acciones, acuerdos de licencia; así como no financieros, tales como relaciones personales o profesionales, afiliaciones, conocimientos o creencias en el tema o materiales discutidos en el manuscrito). Todas las fuentes de apoyo financiero para el trabajo deben ser reveladas.

- viii. Si la investigación involucra el uso de animales o participantes humanos, los/as autores/as deben asegurarse de que todos los procedimientos se han realizado de conformidad con las normas pertinentes y vigentes. El manuscrito debe contener una declaración a este efecto. Los/as autores/as también deben incluir una declaración en el manuscrito que el consentimiento informado se obtuvo para la experimentación con los participantes humanos. Los derechos de privacidad de los participantes humanos siempre deben ser observados.
- ix. Los/as autores/as están obligados/as a participar en el proceso de revisión por pares y cooperar plenamente, respondiendo puntualmente a las solicitudes de los editores de datos crudos, aclaraciones y pruebas éticas, consentimientos informados y permisos de propiedad intelectual. En el caso de una primera decisión de *revisiones necesarias*, los/as autores/as deben responder a los comentarios de los revisores sistemáticamente, punto por punto y de manera oportuna, revisando y reenviando su manuscrito a la revista en el plazo indicado.

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

23. **Respecto de la editorial:**

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



UNIVERSIDAD CATÓLICA BOLIVIANA
"SAN PABLO"

Unidad Académica Regional La Paz
Carrera de Derecho

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

www.ucb.edu.bo