



**UNIVERSIDAD
MAYOR DE SAN SIMÓN**
Ciencia y Conocimiento desde 1832



**FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y POLÍTICAS**
— UMSS —



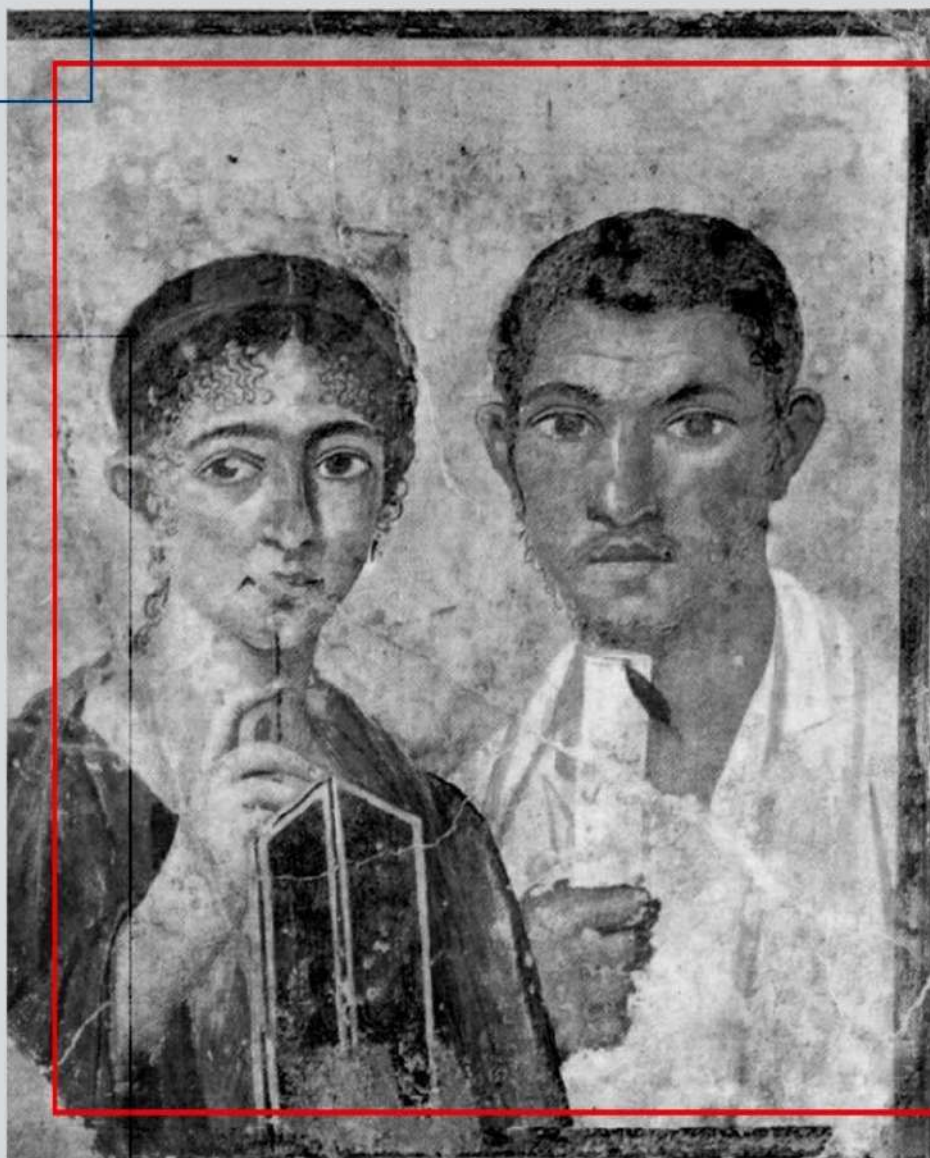
DIRECCIÓN
**INSTITUTO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS Y POLÍTICAS**

Revista Jurídica

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

**DIRECCIÓN ACADÉMICA
FCJYP - UMSS**

N° 01/2023



REVISTA JURÍDICA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

N° 01/2023

DIRECCIÓN ACADÉMICA
Edición Universidad Mayor de San Simón

DIRECTOR ACADÉMICO:

Dr. José Gerardo Bustamante Morales

DIRECCIÓN DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y POLÍTICAS

Dra. Claudia Karina Balderrama Villazón Phd. St

EDITOR RESPONSABLE

Dr. José Gerardo Bustamante Morales

REVISTA JURÍDICA REALIZADA POR:

Dirección Académica

COMITÉ ACADÉMICO:

Dra. Jessica Marisol Vera Carrera

Universidad Autónoma de Nueva León

Dr. Javier de los Mozos Touya

Universidad de Valladolid España

Dr. Camilo Espinel

Universidad de Medellín

Dra. Karla Saenz López

Universidad Autónoma de Nueva León

Dr. Francisco Javier Gorjón Gómez

Universidad Autónoma de Nueva León

Dr. Camilo Constantino

Universidad de México

COLABORADORA DE COMPILACIÓN DE TEMAS:

Jhoselin Celina Paniagua Arias

PRESENTACIÓN

La Dirección Académica, ha tomado el desafío de realizar la primera publicación de una revista siguiendo los lineamientos de una Indexada. Las exigencias para lograr esa cualidad son varias y exigentes a fin de garantizar que una publicación de éste tipo alcance una de carácter científico.

Los temas que cada uno de los docentes de la facultad han abordado, han sido revisados por docentes investigadores de otras universidades de diferentes países, con su concurso y participación se pretende primero, alcanzar la primera exigencia de una revista seria, como es que los temas sean de contenido científico, de interés universal y de aporte a la investigación y a la academia.

El desafío de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas es grande para lograr una revista indexada, tenemos conocimiento que solo existen dos revistas de ese nivel en nuestra universidad, y solo guardando una regularidad en las publicaciones así como en la participación de nuestros docentes y la participación de docentes de nivel internacional; podremos lograrlo.

Debo resaltar la seriedad de los temas presentados, relevar además a cada uno de los participantes en esta primera revista del nivel científico, de cada uno de los temas que con seguridad alcanzara vuestra aprobación.

Agradecemos a los colegas docentes, a los invitados que presentaron sus trabajos, ya que estos contribuyen a la construcción teórica jurídica y científica, y es una invitación a la discusión a la investigación y al desafío de seguir escribiendo.

Agradezco también a la imprenta universitaria por el apoyo y concurso en la presente publicación.

Dr. José Gerardo Bustamante Morales
DIRECTOR ACADÉMICO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN SIMÓN

ÍNDICE

DRA. CAROLINA ROSAS CORDOVA

**EL MEDIO AMBIENTE ES UN DERECHO CONSTITUCIONAL, PARA SU DEFENSA;
REQUIERE DE LINEAMIENTOS PENALES, QUE PROTEJAN LOS SUELOS Y SUBSUELOS
BOLIVIANOS DE LA CONTAMINACIÓN POR AGUAS RESIDUALES** *pág. 7*

DR. RICHARD ANDRADE VALLEJOS

PLURALISMO, JUSTICIA RESTAURATIVA Y JUSTICIA COMUNITARIA *pág. 31*

DR. ROBERTO AGREDA MALDONADO

DERECHO, MORAL Y JUSTICIA *pág. 53*

DR. WENDEL HENRY NATTAN

**ANALISIS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS EN BOLIVIA
EN FUNCION A LA DOCTRINA DE LA TEORIA DEL DELITO Y DEL AUTO SUPREMO
0107/2013 RRC DE 22 DE ABRIL** *pág. 73*

DR. OSCAR ALBA SALAZAR

**EXPLORANDO LA "DIALOGICIDAD" ENTRE EL DERECHO Y LA FILOSOFÍA DEL LENGUAJE
CONTEMPORANEOS** *pág. 93*

DR. JOSÉ AGUILAR ROJAS

**EL ENCARECIMIENTO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE APERSONAMIENTO Y
PETICION ENBOLIVIA** *pág. 111*

DR. JULIO BARQUERO GUTIERREZ

FORMALISMO Y GARANTÍA DEL DOMINIUM EN EL DERECHO ROMANO ARCAICO *pág. 149*

**EL MEDIO AMBIENTE ES UN DERECHO CONSTITUCIONAL, PARA SU DEFENSA;
REQUIERE DE LINEAMIENTOS PENALES, QUE PROTEJAN LOS SUELOS Y
SUBSUELOS BOLIVIANOS DE LA CONTAMINACIÓN POR AGUAS RESIDUALES**

DRA. CAROLINA ROSAS CORDOVA

RESUMEN

El presente artículo refleja matices de mi tesis de Maestría en Ciencias Penales, con un enfoque Constitucional de protección y defensa del medio ambiente. En Bolivia existe contaminación de suelos y subsuelos por aguas residuales no tratadas o tratadas deficientemente, que generan la afectación por salinización, por grasas, metales pesados y otros, ocasionando la degradación y pérdida de fertilidad de los suelos. En Europa y en algunos países de Latinoamérica ya existen legislaciones penales que sancionan estos hechos, por eso el objetivo de los lineamientos penales de la investigación no es sólo represiva, también busca la restauración de los suelos y subsuelos afectados, bajo el control jurisdiccional y con apoyo técnico especializado en la materia, para luchar contra la catástrofe de la degradación.

PALABRAS CLAVE

Protección suelos, contaminación, aguas residuales.

**THE ENVIRONMENT IS A CONSTITUTIONAL RIGHT, FOR ITS DEFENSE; REQUIRES
PENAL LINEAMENTS, WHICH PROTECT BOLIVIAN SOILS AND SUBSOILS FROM
POLLUTION BY WASTEWATER**

DRA. CAROLINA ROSAS CORDOVA

ABSTRACT

This article reflects nuances of my Master's thesis in Criminal Sciences, with a Constitutional approach to the protection and defense of the environment. In Bolivia there is soil and subsoil contamination by untreated or poorly treated wastewater, which generates effects due to salinization, fats, heavy metals and others, causing degradation and loss of soil fertility. In Europe and in some Latin American countries there are already penal legislations that sanction these acts, therefore, the objective of the penal lineaments of the investigation is not only repressive, it also seeks the restoration of the affected soils and subsoils, under jurisdictional control and with specialized technical support in the subject, to fight against the degradation catastrophe.

KEYWORDS

Soil protection, pollution, wastewater.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación centró su objeto de estudio en la zona agrícola de la Maica, ubicada en la ciudad de Cochabamba -Bolivia, cuyos suelos se encuentran afectados por el riego con aguas residuales provenientes del río Rocha. Como respuesta a éste problema ambiental se propone lineamientos jurídicos punitivos, con el fin de proteger los suelos y subsuelos de la contaminación y salinización por aguas residuales altamente tóxicas que no solamente pueden generar su degradación sino también afectar severamente al medio ambiente y a la salud de la sociedad.

Desde hace muchos años la zona agropecuaria de Maica está siendo afectada de manera irreversible por las aguas servidas altamente tóxicas de la planta de tratamiento de Albarrancho; las aguas servidas han logrado filtrarse hasta los terrenos de las granjas lecheras y lugares destinados a la producción de verduras y hortalizas. De acuerdo a los estudios del ingeniero agrónomo Gonzalo Zalles *“ya sea por la filtración, por el vertido directo, o por la contaminación del aire en la zona, el alimento de las vacas lecheras, los cultivos de consumo humano y los pozos de agua son susceptibles de la contaminación por materia fecal y otros residuos del sistema de alcantarillado que llega desde la ciudad”*. (Vera; Los Tiempos, 2007, p. C1).

Los métodos que se emplearon fueron; el observativo, descriptivo y propositivo, tomando en cuenta tanto el enfoque cuantitativo como cualitativo en el diseño de la investigación.

1. LA PROBLEMÁTICA DE LA CONTAMINACIÓN Y SALINIZACIÓN DE SUELOS EN BOLIVIA POR AGUAS RESIDUALES

Resulta que las aguas residuales en algunos lugares del país son utilizados por los agricultores. O por las características propias de los valles de Cochabamba, hace que sean valoradas como un fuente alternativa para el riego, en algunas zonas destinan estas aguas exclusivamente para cultivos forrajeros, de hortalizas y legumbres de tallo corto,

destinando esa producción hacia los mercados de Cochabamba, La Paz y Oruro, constituyéndose así en un recurso valioso para la agricultura (agua con nutrientes), pero con serios riesgos para la salud pública, por contener patógenos infecciosos y metales pesados, dejando de esta forma al margen el cumplimiento de la Ley del Medio Ambiente.

Consciente de la problemática descrita, se ha considerado la necesidad de estudiar la utilización para riego de aguas residuales. El área seleccionada se encuentra en el distrito 9 de la ciudad de Cochabamba, lugar denominado Maica, cuya actividad principal es pecuaria con fines de producción de leche. Los suelos que contienen cultivos forrajeros que sirven de base alimenticia para el ganado, son irrigados con aguas residuales del río Rocha y aguas de la presa de la Angostura o Sistema Nacional de Riego que también contienen aguas residuales de la planta de refinación de petróleo y lixiviados que existen a lo largo de su trayecto.

2. ESTUDIO DE CASO: ZONA MAICA

2.1. Antecedentes

La ciudad de Cochabamba se ha caracterizado por ser una región agropecuaria, especialmente la zona de Maica, que produce una importante cantidad de leche que es procesada en la Planta Industrializadora de Leche Andina (PIL). Esta zona ya no dispone de suficientes fuentes de agua para el riego de los cultivos. Ante esta situación desde hace varios años, se empezó a utilizar las aguas residuales para el riego de los suelos.

Ocurre que el año 2001, el Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado (SEMAPA) suscribió un convenio con la Asociación de Regantes para el aprovechamiento formal y organizado de las aguas procedentes de la planta de tratamiento, sin embargo la calidad del agua de esta planta es deficiente, porque no tiene un tratamiento adecuado y no es apta para el uso de riego por los patógenos y sustancias contaminantes que contiene.

Conforme los estudios de laboratorio realizados de las aguas y suelos que más adelante se detallarán se evidenciaron que en la zona de Maica existe un proceso acelerado de salinización de los suelos, a causa del riego con las aguas residuales, debido a que las aguas residuales son salinas.

Las aguas servidas llegan de forma directa hasta los ríos Rocha y Tamborada, mediante un conducto de desfogue, ubicado antes del ingreso a la planta de tratamiento de la Tamborada. El sistema de tratamiento de aguas empleado en Albarrancho fue implementado a inicios de los ochenta, con el objetivo de purificar las aguas residuales de la ciudad y retornarlas limpias para fines agrícolas, sin embargo actualmente no existe un tratamiento real de esta agua servidas, ni la remoción de coniformes fecales tampoco de los metales pesados. Las mismas sin recibir tratamiento adecuado, son utilizadas para riego, para brebaje de animales por los agricultores de la zona y otras zonas del sud de nuestra ciudad como la Maica, esto debido a que estas zonas agrícolas no cuentan con todos los servicios básicos prioritarios como agua potable y alcantarillado. Además los pobladores del lugar deben convivir con los olores insoportables de las aguas residuales, pero la peor situación ocurre en épocas de lluvia porque los ríos desbordan y las piscinas rebalsan, inundando todos los suelos con esas aguas servidas.

2.2. Ubicación

Política y administrativamente, la zona de estudio pertenece a la Sub Central Maica, cantón Itocta (Distrito 9), de la Provincia Cercado del Departamento de Cochabamba, ubicado al Sud-Oeste de la ciudad. La zona Maica está organizada en sindicatos agrarios, en la actualidad son siete, estos a su vez se agrupan en la Sub Central Maica, los sindicatos son:

- * Sindicato agrario Maica Chica
- * Sindicato agrario Maica Arriba
- * Sindicato agrario Maica Sud

- * Sindicato agrario Maica Kaspichaca
- * Sindicato agrario Maica Kenamari
- * Sindicato agrario Maica Centro o Central
- * Sindicato agrario Maica Norte

Estos dos últimos grupos, son los que en menor grado utilizan las aguas residuales en el riego de sus cultivos.

2.3. El agua para riego en la zona de estudio proviene de diferentes fuentes. Las principales son el Sistema Nacional de Riego (SNR), abastecido por la represa de la Angostura, que almacena agua durante la época de lluvias y descarga según la necesidad al curso del Río Tamborada, las aguas residuales tratadas de la Planta de Alba Rancho y las aguas del río Rocha son conducidas por canales de riego para su uso agrícola.

El volumen de agua del Río Rocha utilizado por los agricultores de la zona es muy variable y tiene como fuentes de aporte, las descargas de alcantarillas de distintas urbanizaciones e industrias de la localidad de Sacaba como de Cercado y aguas residuales de la mancha urbana. Estas aguas son usadas en forma directa o mezcladas con las aguas residuales provenientes de la planta de tratamiento de Alba Rancho. Las aguas residuales se usan directamente en riego por inundación, son más requeridas en épocas secas en un 100% de su caudal.

2.4. Actividad económica

Las actividades agropecuarias constituyen la ocupación principal de la zona de estudio, dentro la agricultura casi el 100% de las familias se dedican a la producción de forrajes y a la actividad pecuaria, la mayoría poseen vacas lecheras, por eso la zona es calificada como productora de leche. En Maica, el promedio es de 12 animales por familia. Como dato adicional, se estima que la zona Maica provee el 32 % de la leche para PIL y cerca del

80% de los usuarios de aguas residuales para sus tierras son actualmente los productores lecheros. (Moscoso; 2002: 105-111)

La agricultura practicada en la zona de Maica puede definirse como intensiva con riego complementario, se dedican a la producción de alfa, maíz choclero, hortalizas y verduras. En la zona riegan los suelos y producciones agrícolas con aguas residuales, provenientes del Río Rocha y de la Angostura que también contienen aguas residuales químicas de la planta de Y.P.F.B.

3. CONTAMINACIÓN DE SUELOS, SUBSUELOS DE MAICA POR AGUAS RESIDUALES

3.1. Análisis de Calidad de Aguas Residuales

La presencia de cloruros y sulfatos generan más salinidad y deterioro de los suelos, las sales afectan al crecimiento de las plantas por tres mecanismos: 1) efectos osmóticos, provocados por la concentración total de sales en el agua del suelo; 2) toxicidad de iones específicos, provocada por la concentración de un ión determinado, 3) la dispersión de las partículas del suelo, es provocada por la presencia importante de sodio. Cuanto mayor es la salinidad del suelo en la zona radicular, mayor es la cantidad de energía que debe consumir las plantas para ajustar la concentración de sales en el interior del tejido vegetal.

Cuadro 1. Resultados de dureza, alcalinidad, cloruros y sulfatos

Parámetros	Dureza Total (mg.L ⁻¹)		Alcalinidad (mgCaCO ₃ .L ⁻¹)		Cloruros (mg.L ⁻¹)		Sulfatos (mg.L ⁻¹)	
	1ra	2da	1ra	2da	1ra	2da	1ra	2da
Campaña								
P1	270,67	276,92	1026,51	1103,28	58,65	193,25	50,85	55,15
P2	226,67	236,88	859,25	867,83	108,84	112,89	30,81	66,82
P3	393,33	263,57	918,28	1069,65	49,7,	156,06	35,15	113,55
P4	-	967,55	-	1036,01	-	130,16	-	99,62
P5	242,00	500,46	1298,71	2061,93	142,14	353,29	61,88	127,64

Fuente: Estudio del Grupo de investigación de Estudios Ambientales del Centro de Investigación en Ciencias exactas e Ingenierías (CICEI) de la UCB, 2016-2020.

3.2. Análisis de Coliformes Fecales

Los coliformes fecales como indicador de microorganismos altamente patógenos, muestran un peligro mayor porque son frescos y recientes, que al ser utilizados en el riego son altamente contaminantes, principalmente a cultivos que se consumen crudos, los coliformes totales son también un indicador de microorganismos patógenos, pero proveniente de una contaminación pasada. Los valores encontrados en cada una de las muestras realizadas de las aguas del río Rocha, se presentan en el siguiente cuadro:

Cuadro 2. Contenido bacteriológico de coliformes totales y fecales en aguas de la zona de Maica, en número más probable (nmp)

Parámetro NMP/100 ml	Valor Máximo Admisible-Cuerpos receptores(*)		Límite Permisible Descarga líquida	LA MAICA						
	Clase A	Clase B		M-1	M-2	M-3	M-4	M-5	M-6	M-7
Coliforme total	N.G.	N. E.	N.E.	4.4x10 ⁶	3.3.4x10 ⁶	4.3.x10 ⁶	8.6x10 ⁶	1.5 x10	1.0x10	4.3- 10
Coliformes Fecal	<50 y <5 en 80% de muestras	<1000 y <5 en 80% de muestras	< 100	3.2x10 ⁴	1.9x10	4.1x10	5.8x0 ⁵	3.5x10 ⁵	2.4x10	2.0x 10

UFC Unidad Formadora de Colonia Establecido por la Ley del Medio Ambiente

N.E. No especificado en la Ley del Medio Ambiente

Clase A: Para riego de hortalizas consumidas crudas

Clase B: Para riego de cultivos cocidos y abrevadero de animales

Fuente: laboratorio de aguas CASA UMSS.

Desde el punto de vista bacteriológico, las muestras de aguas residuales establecidas en el cuadro, presentan elevada contaminación por bacterias coliformes totales y bacterias termo-resistentes de origen fecal reciente, muy alejadas de lo establecido por la Ley del Medio Ambiente en la reglamentación sobre contaminación hídrica, dicha reglamentación, establece la regulación en el uso de aguas y descargas líquidas, que se pretende emplear para riego de cultivos, conteniendo reglas explícitas en cuanto al máximo número de M-5 1-a calidad microbiológica de las aguas de la planta de tratamiento, especialmente las secundarias. Esto se manifiesta porque en las mismas lagunas existe una baja remoción de coliformes fecales y se encuentran en valores muy elevados. Según la muestra M-6 por las concentraciones fecales elevadas, se considera que estas aguas no son aptas para riego, conforme las escalas de valores establecidas en el anexo 13-A por la Ley del Medio Ambiente.

M-7 Desde el punto de vista bacteriológico, el agua de pozo de la zona de Maica, presenta elevada contaminación por bacterias coliformes totales y termoresistentes.

3.3. Contenido de metales pesados en los suelos de Maica

La aplicación del riego con aguas contaminadas, puede originar riesgos a los suelos, cultivos y salud humana, debido a la presencia de metales pesados, que son elementos tóxicos, que pueden entrar a la cadena alimenticia del hombre y de los animales.

Cuadro 3. Resultados de Metales totales y disueltos en aguas del rio Rocha

Anexo 3.1 Metales totales								
Nro.	Parámetros	Unidad	Campaña de muestreo	Puntos de muestreo				
				P1	P2	P3	P4	P5
1	Aluminio	$\mu\text{g Al.L}^{-1}$	may-17	2153,41	9582,81	428,71	1251,80	7171,28
2	Arsénico	$\mu\text{g As.L}^{-1}$	may-17	17,20	12,46	9,42	10,61	17,18
3	Cadmio	$\mu\text{g Cd.L}^{-1}$	may-17	0,65	0,30	0,34	0,46	0,68

4	Cobalto	$\mu\text{g Co.L}^{-1}$	may-17	8,40	11,13	2,37	3,72	6,03
5	Cromo	$\mu\text{g Cr.L}^{-1}$	may-17	38,15	27,16	20,58	18,68	126,62
6	Cobre	$\mu\text{g Cu.L}^{-1}$	may-17	101,70	57,11	37,64	43,33	143,84
7	Mercurio	$\mu\text{g Hg.L}^{-1}$	may-17	1,80	0,85	0,77	1,83	0,78
8	Molibdeno	$\mu\text{g Mo.L}^{-1}$	may-17	30,71	29,53	5,32	188,33	11,79
9	Níquel	$\mu\text{g Ni.L}^{-1}$	may-17	38,94	37,22	16,72	27,47	30,52
10	Plomo	$\mu\text{g Pb.L}^{-1}$	may-17	35,05	30,21	23,45	15,38	28,30
11	Estaño	$\mu\text{g Sb.L}^{-1}$	may-17	5,07	4,88	2,56	1,67	3,80
12	Selenio	$\mu\text{g Se.L}^{-1}$	may-17	1,70	5,80	0,31	0,43	9,11
13	Uranio	$\mu\text{g U.L}^{-1}$	may-17	2,83	1,55	4,25	3,15	9,94
14	Vanadio	$\mu\text{g V.L}^{-1}$	may-17	14,21	17,77	4,46	8,24	15,23
15	Tungsteno	$\mu\text{g W.L}^{-1}$	may-17	1,19	0,66	0,27	0,53	0,35
16	Zinc	$\mu\text{g Zn.L}^{-1}$	may-17	1032,97	693,35	572,33	406,10	1071,29

Fuente: Estudio del (CICEI) de la UCB, 2016-2020.

Cuadro 4. Descripción de los puntos de muestreo

Punto de muestreo	Descripción del punto	Municipio	Uso de suelo
P1	Río Rocha antes del puente Siles al inicio del municipio de Cercado	Limite Sacaba/Cercado	Urbano
P2	Río Rocha detrás de las canchas de la Costanera, entrada de camiones cisterna	Cercado	Urbano
P3	Río Rocha en el puente Killman.	Cercado	Urbano
P4	Río Rocha después del aeropuerto, antes de la confluencia con el Río Tamborada y zona de la Maica	Cercado	Agrícola-Ganadero
P5	Río Rocha después de la descarga de Planta de Tratamiento de Aguas Residuales de Alba Rancho.	Cercado	Agrícola

Fuente: Estudio del (CICEI) de la UCB, 2016-2020.

De acuerdo a los estudios realizados por (CICEI de la Universidad Católica UCB) en el informe de junio de 2020 mencionan que: “los metales más peligrosos identificados en los análisis son; el níquel, plomo, cadmio, uranio y vanadio, por su alto grado de toxicidad. Además, es importante considerar las altas concentraciones encontradas de arsénico, cromo, cobre y zinc que, a pesar de ser oligoelementos, llegan a niveles potencialmente tóxicos”. (CICEI –UCB: 2016-2020)

Conforme los estudios de CICEI la planta de Alba Rancho no está diseñada para tratar efluentes con concentraciones de metales y los libera al río sin realizar la eliminación de estas partículas.

La contaminación de suelos por metales pesados también afecta la producción agrícola y ganadera de la Maica, además es muy peligrosa para la salud humana por su gran toxicidad. En este sentido, el laboratorio de aguas y suelos de Agronomía de la U.M.S.S., ha tomado muestras de suelos del área de la zona de Maica y ha realizado lo respectivos análisis de los elementos plomo, cadmio y cromo, cuyos resultados se relejan en el siguiente cuadro:

Cuadro 5. Valores de Metales Pesados en Suelos de La Maica

Parámetro Ppm	Valores Recep	Admisibles Cuerpos Máximos (mg/1)	Límite Permisible para Descargas Líquidas (mg/l)		Perfiles Arca La Maica					
			Diario	Mes	A-102		A-104		A-105	
	Clase A	Clase B			0-29	29-60	0-28	28-51	0-23	23-10
Cadmio	0.005	0.005	0.3	0.15	93.3	117.7	37.9	31.0	124.1	120.0
Cromo	0.05	0.05	0.1	0.05	22,5	14,3	11,6	11.1	11.7	13,7
Plomo	0.05	0.05	0.6	0.3	1500	1313	806	1235	6867	1075.7
Selenio (1)	0.01	0.01	N. E.	N. E.						

Fuente: Laboratorio de suelos y aguas, agronomía U.M.S.S.

Se puede observar que estos elementos químicos se hallan en cantidades muy elevadas en los suelos de la zona de Maica, con referencia a lo establecido en la Ley 1333, siendo muy peligroso el alto nivel de toxicidad de esos metales pesados.

Respecto al contenido de cadmio, la capacidad de retención en los suelos depende del contenido de álcalis intercambiables. Debido a que se adsorbe a partículas orgánicas del suelo, casi no se produce lixiviación. El horizonte de acumulación para el cadmio es la rizósfera. Con un pH de 6,5, la disponibilidad es mínima; al disminuir el pH del suelo, aumenta la asimilación de cadmio por parte de las plantas. De acuerdo a Felelenberg (1992), el cadmio es uno de los elementos tóxicos mundialmente más distribuidos en niveles críticos, especialmente en los suelos, se trata de un elemento muy móvil y por eso biodisponible para los organismos, al igual que el plomo, el cadmio se acumula en los órganos internos de los vacunos.

El cromo que se utiliza para la preservación de la madera y para el curtido de cueros, su movilidad en el suelo solamente puede evaluarse si se consideran la capacidad de adsorción y reducción de los suelos y de los sedimentos. Los hidróxidos de cromo (III), una vez sedimentados y fijados en el sedimento acuático, difícilmente vuelven a movilizarse, dado que la oxidación de los compuestos de cromo (III) para formar compuestos de cromo (VI) prácticamente, no ocurre en forma natural. El cromo (VI), aun en concentraciones relativamente bajas, ya resulta tóxico, siendo el pH del suelo un factor fundamental, también el uso de abonos fosfatados incrementa el ingreso de cromo al suelo.

En su estado insoluble el cromo no es tóxico en los suelos y subsuelos, pero en su estado soluble es altamente tóxico. En los cultivos se conocen, entre otras, lesiones en el sistema radicular. Los compuestos del cromo (III) asimilados junto con los alimentos resultan relativamente inocuos; los compuestos del cromo (VI), en cambio, tienen efectos altamente tóxicos para los suelos, así como para los animales, los seres humanos, al

respecto el organismo incorpora cantidades relativamente pequeñas de cromo por inhalación, pero la mayoría de las sustancias que contienen cromo ingresan al organismo a través de los alimentos y del agua que se bebe. En cuanto al comportamiento del cromo en el medio ambiente se puede afirmar que los compuestos del cromo (III) tienen gran estabilidad, contrariamente a lo que ocurre con los compuestos del cromo (VI). (Albin, L. Y Robert: 1984: 129-139)

Según los resultados de los análisis químicos de los suelos demuestran que el pH varía entre 8.3 y 10.5 para los suelos de la zona de Maica, son calificados como fuertemente alcalinos, que puede afectar a cultivos sensibles a este elevado pH.

4. EFECTOS DE LOS METALES PESADOS EXISTENTES EN LOS SUELOS DE MAICA SOBRE LA SALUD

Debido al alto contenido de Plomo, Cadmio y Cromo en los suelos del área de investigación, se detallará a continuación los efectos que producen los elementos Cadmio, Cromo y Plomo, sobre los suelos. Entre los efectos característicos del Cadmio en los seres humanos y animales, además del tracto gastrointestinal y el pulmón, es el riñón el órgano más afectado por exposición crónica a este elemento. El cadmio y sus compuestos son cancerígenos conforme establece la Ley No.1333 (Bolivia; Ley 1333, 1992).

El ser humano incorpora a su organismo aproximadamente un tercio del cadmio al que está expuesto con los alimentos de origen animal que consume y dos tercios con los de origen vegetal.

El Cromo tiene un efecto carcinógeno de acuerdo a la Ley 1333, principalmente los compuestos del cromo hexavalente VI, las intoxicaciones agudas con compuestos del cromo VI se manifiestan, por ejemplo con lesiones renales y pueden producir mutaciones en el tracto gastrointestinal así como acumulaciones en el hígado, en el riñón, en la glándula tiroidea y en la médula ósea. El índice de eliminación es lento.

El plomo (que se halla en cantidades elevadas en los suelos), se incorpora al organismo por consumo de alimentos que contienen plomo o en el caso de los vegetales, a través de sales de plomo solubles contenidas en el suelo. El común de la población lo incorpora al organismo a través de la ingesta y resorción en el tracto intestinal.

De acuerdo a Nordberg los efectos crónicos que pueden sobrevenir a las personas expuestas a productos con cadmio son: enfermedades óseas (osteomalacia), insuficiencia renal, daño en los riñones, ensanchamiento cardíaco, hipertensión, deformidad fetal y cáncer (Nordberg: 2015).

Por otra parte Nava Ruiz & Méndez Armenta consideran que; “este metal incrementa su riesgo de toxicidad dentro de la cadena alimenticia”. (Nava y Méndez: 2011).

Según los estudios realizados por el grupo de investigación; de Estudios Ambientales del Centro de Investigación en Ciencias exactas e Ingenierías CICEI de la UCB, señalan lo siguiente respecto a los metales pesados:

“En época seca se determinó que los carbonatos son las especies más abundantes que presentan varios metales, como ser el cadmio, cobalto, cobre, níquel, plomo y zinc. Al estar disueltos, se los considera bioaccesibles para el ecosistema. Además, algunos de estos metales y otros más (As, Cr, Hg, Pb, Cd, Ni y Zn) penetran en la célula mediante los mismos mecanismos de transporte que otros cationes metálicos necesarios en el organismo (Ca, Mg, Cu, Zn), accediendo a la cadena trófica mediante los organismos fotosintetizadores. Por este motivo se considera que los iones libres de estos metales son un peligro potencial para la población, ya que en estos puntos se utilizan aguas del río para regar sembradíos”. (CICEI –UCB: 2020: 48).

5. PROPUESTA DE LINEAMIENTOS LEGALES, PARA ESTABLECER SANCIONES PENALES QUE PROTEJAN LOS SUELOS Y SUBSUELOS DE LA CONTAMINACIÓN POR AGUAS RESIDUALES

5.1. Protección del medio ambiente por la Constitución Política

La Constitución Política del Estado Plurinacional en el título II hace referencia medio ambiente, recursos naturales, tierra y territorio, en el capítulo primero respecto a la protección del medio ambiente señala en el Art. 342 lo siguiente:

“Es deber del Estado y de la población conservar, proteger y aprovechar de manera sustentable los recursos naturales y la biodiversidad, así como mantener el equilibrio del medio ambiente”. (Bolivia: 2009: 91)

En virtud a esa corresponsabilidad que existe entre el Estado y la sociedad para proteger el medio ambiente, en el numeral 3 del Art. 345 también establece sanciones penales, civiles y administrativas para aquellos que causen la ejecución de alguna actividad que produzca daños medioambientales.

El Art. 347 menciona que los delitos ambientales no prescriben y el párrafo II además señala:

“Quienes realicen actividades de impacto sobre el medio ambiente deberán, en todas las etapas de la producción, evitar, minimizar, mitigar, remediar, reparar y resarcir los daños que se ocasionen al medio ambiente y a la salud de las personas, y establecerán las medidas de seguridad necesarias para neutralizar los efectos posibles de los pasivos ambientales”. (Bolivia: 2009: 92)

Si bien existe una protección en la Constitución Política hacia el medio ambiente es importante el cumplimiento de la misma y además el Código Penal debe haber sanciones

punitivas concretas referentes a la contaminación de suelos con aguas residuales, más aún si las aguas contienen metales altamente tóxicos, que atenten contra la salud de la población, con efectos de un círculo vicioso en la cadena alimenticia, tal como se reflejó en la investigación. Por otra parte el Estado debe garantizar la reparación total de los suelos y subsuelos, a través de políticas de planificación conformado por un equipo multidisciplinario altamente técnico y bien capacitado.

Si bien es un derecho fundamental gozar a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado, cuyo ejercicio sea garantizado para las presentes y futuras generaciones, conforme establece el Art. 33 de la Constitución, lo más importante es que el Estado ejecute las mismas con políticas serias y responsables, para que así no sea simplemente un derecho romántico declarado en la constitución muy lejano de su cumplimiento.

5.2. El Bien Jurídico Protegido En Materia Penal Ambiental

El bien jurídico ambiental se encuentra reconocido por el ordenamiento nacional en diversos instrumentos, de diferentes jerarquías en el sistema de fuente, ya sea de forma expresa o de forma implícita como se detalla a continuación.

La Constitución boliviana no ha establecido expresamente el medio ambiente como un bien jurídico protegido, el Art. 33 reconoce que las personas y las futuras generaciones tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado.

Al respecto la Ley 1333 de Medio Ambiente tiene por objeto la protección del medio ambiente y los recursos naturales, regulando las acciones del hombre con relación a la naturaleza y promoviendo el desarrollo sostenible con la finalidad de mejorar la calidad de vida de la población.

La sanción penal interviene para preservar aquellos bienes cuya perturbación no sólo afecta a las personas lesionadas directamente, sino también a todos aquellos que conforme una sociedad determinada, quienes se sienten perturbados en su relación

social, sin embargo uno de los elementos del ambiente como son los suelos y subsuelos no se hallan protegidos por nuestro Código Penal. El medio ambiente y los recursos naturales como bienes jurídicos protegidos, están vinculados a otros bienes jurídicos, como son el derecho a la vida, a la salud y al bienestar de la integridad física, al desarrollo sostenible, ya que para hacer efectivos estos derechos se requiere que el ser humano tenga aire limpio para respirar, suelos fértiles y sanos donde cultivar sus alimentos, agua potable y acceso a una alimentación adecuada. Pero la conjunción de todos estos derechos reconocidos por los instrumentos jurídicos, adquiere un mayor significado toda vez que el medio ambiente constituye un bien jurídico autónomo y específico, distinto de los derechos tradicionales a los cuales está vinculado.

La naturaleza del bien jurídico protegido en materia ambiental es difusa, pues al tiempo que corresponde a cada miembro del grupo su protección y defensa, esta titularidad está subordinada a la vinculación al grupo social, independientemente del daño sufrido o que eventualmente pudiera sufrir el individuo. Este carácter difuso se explica porque el medio ambiente constituye un sistema complejo de bienes interconectados entre sí, cuya vulneración afecta el sistema en su conjunto.

El fin del derecho penal es la protección de los valores fundamentales, como son la vida, el honor, la propiedad, la salud y el ambiente, en consecuencia, estos bienes fundamentales constituirán el bien jurídico protegido por el derecho penal, a través de la prohibición de las conductas que dañen o pongan en peligro la protección de dichos bienes. En este sentido, cuando una conducta no daña o pone en peligro un bien jurídico es irrelevante para el derecho penal.

5.3. EL MEDIO AMBIENTE ES UN DERECHO CONSTITUCIONAL, PARA SU DEFENSA; REQUIERE DE LINEAMIENTOS PENALES ESTABLECIDOS PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

Objeto. Los presentes lineamientos tienen por objeto tipificar como delitos contra el medio ambiente la degradación de suelos y subsuelos por contaminación con aguas residuales, las acciones u omisiones que violen o alteren las disposiciones relativas a la conservación, protección, manejo, defensa y mejoramiento de los suelos y subsuelos, así como, el restablecimiento de los suelos afectados.

Definiciones. Para efectos de los presentes lineamientos se realiza una explicación de los siguientes términos:

- a) Suelo es la capa orgánica y mineral no consolidada que sustenta la vida vegetal, la misma que se encuentra sobre la superficie de la tierra.
- b) Subsuelo es el terreno que está debajo de la capa labrantía o laborable o en general debajo de una capa de tierra. Parte profunda del terreno a la cual no llegan los aprovechamientos superficiales de los predios y en donde las leyes consideran estatuido el dominio público.
- c) Contaminación es la alteración directa o indirecta de las propiedades radiactivas, biológicas, térmicas o físicas, de una parte cualquiera del medio ambiente, que puede crear un efecto nocivo o potencialmente nocivo para la salud, supervivencia o bienestar de cualquier especie viva.
- d) Aguas residuales están comprendidas de agua (99.90%) junto con concentraciones relativamente pequeñas de sólidos orgánicos e inorgánicos que se encuentran suspendidos. Las sustancias orgánicas presentes en los alcantarillados se tienen carbohidratos, grasas, jabones, detergentes sintéticos, proteínas y productos descompuestos. Las sustancias inorgánicas

provenientes de fuentes domésticas e industriales, incluyendo tóxicos como los metales pesados, los micropatogénicos y macro organismos.

- e) Degradación pérdida de las cualidades de un ecosistema que incide en la evolución natural del mismo, provocando cambios negativos en sus componentes y condiciones como resultados de las actividades humanas.

Competencia. La Fiscalía del Medio Ambiente de cada jurisdicción será la autoridad competente para conocer y tramitar las denuncias por la violación de las disposiciones establecidas en la presente Ley ante la autoridad judicial correspondiente. Las Prefecturas mediante la unidad correspondiente, así como los Gobiernos Municipales a través de su unidad respectiva, serán parte en los procesos, ejerciendo la representación y defensa de los intereses del Estado en esta materia, sin perjuicio de la defensa por la parte afectada.

Normas técnicas. Para establecer la conducta ilícita, la autoridad judicial deberá observar y auxiliarse de lo establecido por las normas técnicas previstas en la Ley N° 1333 de 27 de marzo de 1992 y sus disposiciones legales reglamentarios, asimismo los parámetros ambientales, que fijen los límites permisibles de agentes contaminantes y salinas que se puede introducir en los suelos y subsuelos.

Pena y multa. Se impondrá prisión de seis a once años y multa equivalente en Unidades de Fomento a la Vivienda (UFV) de 10.000 a 20.000 al que:

- a) Genere o descargue sustancias contaminantes o aguas residuales, en cualquier cantidad, estado físico o forma, que al incorporarse, acumularse o actuar en los suelos y subsuelos, afecte negativamente su composición o condición natural.
- b) Descargue, acepte el depósito, infiltre o utilice aguas residuales sin su previo tratamiento o tratamiento inadecuado, líquidos químicos o bioquímicos, descargue o deposite desechos u otras sustancias o materiales contaminantes, residuos sólidos no peligrosos o industriales no peligrosos y peligrosos en los suelos y

subsuelos agrícolas y urbanos que ocasionen su degradación, y dañen su estado natural, el proceso biológico de los suelos y la salud de los seres vivos.

- c) cuando el delito se hubiese producido por decisión de una empresa, la pena se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o representantes de la misma que hubiesen intervenido en el hecho punible, sin perjuicio de las demás responsabilidades penales que pudiesen existir las leyes vigentes en nuestro país, con respecto a las empresas y/o entidades jurídicas y plantas de tratamiento de aguas residuales, se procederá a la suspensión, modificación y extinción en su caso siempre y cuando produzcan aguas residuales fuera de los niveles establecidos por la Ley 1333., o en caso de la última no cumplan con los parámetros establecidos de tratamiento.
- d) Cuando como perito o funcionario ambiental no cumpla con su trabajo, se parcialice o con una de las partes reciba dádivas se aplicará la misma sanción.

En el caso de que las actividades se lleven a cabo en un área natural protegida, la pena de prisión se incrementará hasta en dos tercios así como la pena económica.

Agravantes. Se impondrá la pena de doce a quince años, cuando en la comisión de cualquiera de los hechos descritos en el artículo anterior concorra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Que la industria o actividad funcione clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones.
- b) Que se haya falseado u ocultado información sobre los aspectos ambientales de la misma.
- c) Que se haya obstaculizado la actividad de inspección del lugar afectado.

d) Que se haya producido un riesgo de contaminación y salinización irreversible o catastrófica a los suelos y subsuelos.

e) Que se produzca un descargue clandestino de aguas residuales.

f) Cuando el delito se hubiese producido por decisión de una empresa, la pena se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o representantes de la misma que hubiesen intervenido en el hecho punible, sin perjuicio de las demás responsabilidades penales que pudiesen existir.

Restauración de zonas afectadas. Independientemente de las sanciones establecidas, por la comisión del hecho delictivo de contaminación de suelos y subsuelos con aguas residuales, estará obligado a restaurar los suelos y subsuelos afectados conforme los parámetros aceptables establecidos en la Ley y la Ley de Medio ambiente 1333, bajo la supervisión de un ingeniero ambiental, quien deberá presentar un informe mensual al juez de la causa, hasta que culmine la restauración total. El incumplimiento por parte del autor del hecho aumentará su pena en un tercio. Para el cumplimiento de los lineamientos ambientales anteriores deberá contarse con las siguientes medidas:

Laboratorio ambiental. La Fiscalía de Medio Ambiente, deberá contar con un laboratorio ambiental, dependiente del Instituto de Investigaciones Forenses, el cual deberá contar con todos los equipamientos necesarios para la realización de análisis ambientales, con referencia al presupuesto, para su funcionamiento, deberá estar a cargo del Estado.

Peritos Especiales. Para el funcionamiento del Laboratorio Ambiental se requerirá un cuerpo profesional compuesto por: Biólogos ambiental, químicos, toxicólogos, patólogos, fitopatólogos y geólogos y otros.

Peritos Auxiliares. También se requería ingenieros forestales, ingenieros ambientales, agrónomos, médicos. etc.

Policía ambiental. Para velar por el cumplimiento de los lineamientos penales ambientales y preservar el medio ambiente, se requiere la creación de una unidad de Policía Ambiental, independiente de las otras entidades policiales y dependiente de la Fiscalía Ambiental.

6. CONCLUSIONES.

- Siendo el medio ambiente el bien jurídico protegido por la Constitución Política, se busca una sanción penal para todo aquel que contamine con sustancias tóxicas los suelos y subsuelos, siendo necesario para el cumplimiento de los lineamientos, la existencia de un laboratorio ambiental equipado y con personal especializado como: edafólogos, químicos, biólogos y patólogos, también se requerirá otros especialistas como: ingenieros ambientales, agrónomos, abogados ambientalistas, médicos y policía ambiental. El laboratorio dependerá del Instituto de Investigaciones Forenses, financiado por el Estado de Bolivia.
- Los autores de delitos de contaminación y salinización de suelos además del cumplimiento de las penas impuestas por la autoridad jurisdiccional, deben restaurar los suelos y subsuelos bajo el apoyo de los especialistas de la materia, así se combatirá contra los delitos de peligro que atentan contra el medio ambiente.

7. RECOMENDACIONES

- Monitoreo frecuente de la calidad de las aguas residuales que se usan para el riego de suelos conforme las normas establecidas en la Ley del Medio Ambiente, para la identificación de los momentos de contaminación elevada por la concentración excesiva de agentes contaminantes altamente tóxicos y nocivos para la salud con efectos dañinos para los suelos y subsuelos.

- Es necesario que exista en el país un laboratorio ambiental con el equipamiento y personal especializado, como edafólogos, químicos, biólogos, médicos, agrónomos, además de la existencia de ingenieros ambientales y abogados ambientalistas, también es necesario que el Fiscal de Medio Ambiente cuente con estudios de postgrado en medio ambiente para acceder al cargo.
- Se recomienda que la remoción de coliformes fecales, coliformes totales, grasas y metales pesados de las aguas residuales, bajo la supervisión quincenal del Fiscal de Medio Ambiente y los especialistas del laboratorio ambiental.
- Es indispensable la existencia de Policía Ambiental para la protección y prevención de delitos ambientales.

8. BIBLIOGRAFÍA

- ALBIN, L. y ROBERTO., *Walter Toxicity and binding of copper, zinc and cadmium by the blue-green alga, Water, air and soil pollution*, Paris: Chroococus, 1984, 129-139.
- AMPUERO, Raúl; *Uso de aguas residuales en la agricultura, importancia económica*, Tesis de Grado - UMSS; 2001, Pag. 94 -115.
- Consultora Dames & Moore en: Los Tiempos, 04 de agosto de 2006. *Área agrícola que está ubicada al Suroeste de la ciudad de Cochabamba, C2.*
- BOLIVIA. *Ley 1333 del Medio Ambiente y sus Reglamentos*, Prefectura del Departamento de Cochabamba. 2.005.
- BOLIVIA. Ley N° 25.612, *Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicios*, <http://www.puntoambiental.com/home/content/view/117/47/>, revisado el 19 de septiembre de 2.008.

- Bolivia. *Constitución Política del Estado*, Ed. El Original, 2009.
- MARTÍNEZ, Víctor H, *Ambiente y responsabilidad Penal*, Argentina: Ed. Depalma, 1994 Pags. 50- 65.
- MOSCOSO R., Antonio, *Use of Treated Wastewater for Irrigated Agriculture: A Case Study of Bolival*, Centro de Aguas y Saneamiento Ambiental; Cochabamba – Bolivia: Ed. Kipus, 2002, Pag. 105 – 111.
- NORDBERG, G. F., NOGAWA, K., & NORDBERG, M. (2015). *Cadmium*. In

Handbook on the Toxicology of Metals : Fourth Edition, Vol. 1, 2015, Pág. 667-716).

- PISCATOR, Friberg L.; Nordberg, G. Y Kjellstrom, T., *Cadmium in the environment*, 2a. Ed. CRC Press. Cleveland, USA, 1994, Pag. 24..
- SANABRIA, Raúl, *Análisis de la realidad del distrito 9*, Cochabamba-Bolivia: Ed. Kipus, 2.007, Pag. 25 - 33
- Tribunal Constitucional de España, disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.es>, revisado el 18 de septiembre de 2.008.
- D'ABZAC, Paul; MERCADO, Rodrigo F.; GONZALES U, Nicolás y otros UCB; GUIBAUD, Gilles; BUZIER, Rémy y otros GRESE. *Informe: Diagnóstico Ecotoxicológico de la Biodisponibilidad de los Polutantes en el Río Rocha, Cochabamba 2016-2020*, Centro de Investigación en Ciencias exactas e Ingenierías (CICEI) (UCB), junio 2020.

DE: **DRA. CAROLINA ROSAS CORDOVA**

REVISADO POR **DRA. JESSICA MARISOL VERA CARRERA - UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVA LEÓN**

PLURALISMO, JUSTICIA RESTAURATIVA Y JUSTICIA COMUNITARIA

DR. RICHARD ANDRADE VALLEJOS

RESUMEN

Esta memoria, está constituida por un conjunto de ideas de sobre el valor jurídico del pluralismo jurídico, en relación a la justicia restaurativa y su variante principal, la justicia comunitaria, que representa a uno de los sistemas constitucionalmente reconocidos al igual que la justicia ordinaria.

En su contenido, el documento presenta una correlación de eventos teóricos que comienza con el tratamiento del monismo, pasando por el pluralismo jurídico, luego formar parte del fundamento político criminal para analizar la naturaleza diversa sobre las maneras de administrar justicia, pero desde otra dimensión del Derecho Penal.

PALABRAS CLAVES

Monismo jurídico, pluralismo jurídico, justicia retributiva, justicia restaurativa, y justicia comunitaria.

PLURALISM, RESTORATIVE JUSTICE AND COMMUNITY JUSTICE

DR. RICHARD ANDRADE VALLEJOS

ABSTRACT

This report is constituted by a set of ideas about the legal value of legal pluralism, in relation to restorative justice and its main variant, community justice, which represents one of the constitutionally recognized systems as well as ordinary justice.

In its content, the document presents a correlation of theoretical events that begins with the treatment of monism, passing through legal pluralism, then being part of the criminal political foundation to analyze the diverse nature of the ways of administering justice, but from another dimension of Criminal Law.

KEYWORDS

Legal monism, legal pluralism, retributive justice, restorative justice, and community justice.

1. Introducción.

El pluralismo tiene diversas implicaciones utilitarias en su dimensión académica abarcando campos bastante amplios de la vida social, que van desde concepciones científicas, tecnológicas, filosóficas y políticas con la particularidad de estar relacionado con experiencias que responden a concepciones culturales de cada sociedad.

El pluralismo jurídico es un concepto que se reaviva a finales del siglo XX como consecuencia de la aparición de las primeras formas de solución de las controversias, la justicia restaurativa, principalmente en poblaciones originarias, a pesar de que su aplicación permanecía activa, pero sin reconocimiento formal.

La primera iniciativa global sobre el pluralismo aparece en 1964 y proviene de la Unesco que tuvo por objeto contribuir a difundir una particular forma de entender el pluralismo comunicativo, dirigido a favorecer a niños, jóvenes, mujeres, migrantes, comunidades indígenas y otras poblaciones vulnerables que viven en áreas remotas, y desde ahí va cobrando relevancia social el pluralismo jurídico con las primeras manifestaciones de la justicia restaurativa.

El pluralismo que está consideración de los lectores representa una iniciativa individual que tiene por objeto indagar el origen, el desarrollo, la promoción y la conflictividad de la diversidad de aplicaciones de la justicia restaurativa en la legislación nacional.

La actividad que lleva por título: “Pluralismo, Justicia Restaurativa y Justicia Comunitaria”, que es consustancial a su contenido teórico y jurídico en referencia al procesamiento de los institutos político criminales que son la base de la indagación de esta investigación.

En su alcance metodológico se encuentra relacionado con el análisis y la síntesis, el primero que sirve para indagar la totalidad de los elementos que conforman la naturaleza, el origen, el desarrollo del pluralismo jurídico sobre las prácticas de la justicia restaurativa

y la justicia comunitaria, por otro lado, la construcción del conocimiento desde la síntesis que representa un intento de unidad jurídica doctrinal.

2. Concepciones punitivas del Derecho penal boliviano

Hay una clásica argumentación entre dos grandes concepciones marcadamente antagónicas que aparecen a lo largo del siglo XX matizados con un sentido por demás polémico, que ha servido para entender la naturaleza punitiva del Derecho, discusión que se reparte entre el monismo jurídico y el pluralismo jurídico.

2.1. Monismo jurídico

El monismo proviene del griego, $\mu\acute{o}\nu\omicron\varsigma$: único, que instituye que en la base de todo cuanto existe en las relaciones humanas comienza con un sólo principio.

Para la Real Academia Española, el monismo es el sistema normativo en que la pena es la única consecuencia jurídica imponible por la comisión de un delito.

El monismo jurídico, se basa en la idea de que debe haber un solo sistema jurídico jerarquizado y centralizado en cada Estado, que es una idea que ha dominado la tradición jurídica de las sociedades occidentales desde principios del siglo XX (Bonilla/sf).

Es así que, los monistas entregan la totalidad de las potestades soberanas del ius puniendi, un ente delegado, focalizado en procedimientos típicamente retributivos, sin considerar otras alternativas de solución del conflicto social, ya que se trata de modelos puros con pocos elementos de innovación social.

Fueron Kelsen, Verdross y Kunz quienes desarrollaron los primeros argumentos del monismo con la idea de que el Derecho Penal está enraizado en una concepción unitaria e indivisible de la norma del cual forman parte los individuos

en un plano de subordinación a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados(Rojas: 2011).

Al esquema normativo de subordinación jurídica que representa a un principio de jerarquía se conoce con el nombre de pirámide de Kelsen, que consiste en proponer esferas de diferentes clases de normas, ubicándolas en formatos que le permita situar a las normas una sobre las demás, un ejemplo ilustrativo de este modelo unitario sería:

- La Constitución Política del Estado;
- Las leyes y los tratados internacionales;
- Los decretos supremos;
- Las normas departamentales, regionales y municipales, etc.

Para Kelsen, las normas jurídicas derivan su validez y su fuerza imperativa en sentido descendente en donde hay un régimen de reglas superiores que subordinan a las inferiores con el fin de llegar a la norma fundamental (agrundnorm) (Kelsen: 1926).

La idea general del monismo que se desprende de la teoría kelseniana se refiere a una manifestación única y vertical de concebir un ámbito normativo, que toma como referente el valor de la dogmática penal, pero con pocas o ninguna intervención de otras fuentes del Derecho.

2.2. Pluralismo jurídico

Etimológicamente pluralismo proviene del vocablo latín “pluralis”, que significa constituido por muchos.

Para la Real Academia Española el pluralismo es un sistema por el cual se acepta o reconoce la pluralidad de posiciones en distintas materias.

El concepto de pluralismo tiene varios sentidos, pero en su significado común se entiende que es el lugar donde coexisten distintas concepciones sobre lo que es bueno y lo que es malo (Variaciones 95: 2002). Se puede decir que hay multitud de pluralismos en todos los ámbitos, en especial el cultural, el religioso, el político, el filosófico, el científico, el informativo, el tecnológico y el jurídico.

El pluralismo jurídico es la antítesis del monismo jurídico y representa a una diversidad de soberanos, así como multiplicidad de sistemas jurídicos.

El pluralismo jurídico está en conexión estrecha con las prácticas de inclusión social y democráticas, en particular, aquellas referidas a tolerancia, equilibrio, consenso, disenso y conflicto que se reparten en calidad de principios de la siguiente manera:

- Tolerancia: Significa aceptar una cultura diferente frente a sus ideas, creencias y prácticas, cuando éstas se muestren divergentes a las propias;
- Equilibrio: Cualidad material que garantiza un estado de balance entre dos o más fuerzas o situaciones;
- Consenso: Capacidad para la conformidad de ideas y opiniones que pertenecen a una colectividad con diferencias internas;
- Disenso: Libertad para no estar de acuerdo, disentir, con uno o varios puntos de vista, una idea, una teoría una versión de los hechos, una tendencia científica, etcétera;
- Conflicto: Es un antagonismo consustancial, a veces funcional entre los seres humanos, que se presenta entre dos o más partes conflictuadas.

El conflicto es algo constitutivo de los seres humanos, está presente en su naturaleza, y por sí mismas son malas, ni buenas, incluso puede tener un efecto positivo desde un punto de vista científico, porque las diferencias entre los seres humanos constituyen una

característica activa en las sociedades modernas, permitiéndoles fortalecer sus lasos comunitarios.

El pluralismo jurídico responde a esos antagonismos sociales y en particular a su dimensión jurídica social, está presente en todas las comunidades humanas, su objetivo es conseguir un acercamiento de ideales que en más de una ocasión se encuentran inconciliables, porque las expectativas sociales -en determinados momentos- aparecen radicalmente contrapuestos.

Diversas experiencias en América Latina han mostrado que la convivencia natural dentro de los sistemas jurídicos de los pueblos originarios se constituye un ejemplo típico de pluralismo jurídico, una “legalidad alternativa”, “un proyecto liberador y un emancipador comunitario”, que ha creado un derecho por encima de otro derecho(Rosillo: 2017).

Un ejemplo ilustrativo de pluralismo jurídico, es la justicia restaurativa en su variante de la justicia comunitaria, que se presenta como manifestación de la integración de formas de vida colectivas que conviven en un mismo entorno social y cultural.

Rengifo C. et., al., dicen que *“Pluralismo Jurídico se ha de entender la posibilidad de que coexistan, en un mismo ente territorial (contexto espacio-temporal), distintos enunciados normativos y con estos, una pluralidad de sistemas jurídicos; es decir, enunciados legales adecuados o correspondientes a un mundo real- hecho”*(Rengifo: 2013; 27).

En opinión de Alcides Antúnez Sánchez, *“El pluralismo jurídico se define como la coexistencia de más de un sistema jurídico superpuesto en el mismo espacio geopolítico, en un mismo plano de igualdad, de respeto y de coordinación, que presente un carácter socialmente vinculante, eficaz en el territorio, donde se rige por la existencia de una*

pluralidad de entes creadores, productores y de solución de los conflictos que se susciten en cada territorio” (Antúnez: 2017).

Empero no se podría hablar de un pluralismo jurídico como manifestación legítima de justicia, si no se acepta la heterogeneidad de las diversas formas de convivencia social, que están presentes en las diferentes sociedades occidentales y orientales.

Por tanto, el pluralismo jurídico refleja un movimiento democrático-social desde las diversas poblaciones nativas y migrantes asentadas en un determinado territorio, para que, a partir de esta legitimidad localizada en sus instituciones, puedan llevarse adelante prácticas de acercamiento, aplicando usos y costumbres y toda otra metodología social que promueva una solución inclusiva de sus controversias.

3. Justicia restaurativa

Las voces justicia y restaurativa provienen de la unión del término latino “iustitia”, que significa “justo” o apegado a derecho, que a su vez está complementado por el verbo activo “restaurar” que indica capacidad para restablecer algo desde las expectativas de sus semejantes.

La expresión justicia restaurativa fue instituida por primera vez en 1977 por Albert Eglash que lo promocionó en un artículo titulado: “BeyondRestitution: CreativeRestitution”, para identificar al sistema alternativo o de restitución del daño causado mediante la aplicación de metodologías de conciliación y acercamiento con sentido creativo(Del Refugio: 2017).

Probablemente la justicia restaurativa fue la primera impresión de equilibrio social que se presentó en las comunidades simples de la historia del hombre, que fuera utilizado para resolver las controversias en una época donde los estadios de la actividad social eran todavía rudimentarios; siendo este antecedente uno de los principales motivos por los que, resulta complicado establecer su origen (Gooden:2013).

Los primeros antecedentes de justicia restaurativa en América fueron advertidos en las conferencias de Wagga, Hollow Water Healing Program (Programa de curación de agua hueca) y los círculos de sentencia, practicados por las culturas nativas de Norteamérica(Rosales: 2019).

En 1970, aparecen en América del norte más evidencias sobre las prácticas de justicia restaurativas, concretamente en las comunidades menonitas de Canadá con el denominativo: “Programas de reconciliación entre víctimas y delincuentes”.

En la región de Sudamérica, la justicia restaurativa aparece durante la colonia, época en donde están sus primeros antecedentes, pero que se practicaba de manera paralela al régimen ordinario, algo que comienza a ser advertido en la década del ochenta del siglo pasado.

En 1989, en Nueva Zelanda comienza a implementarse la justicia restaurativa como medio de solución de los conflictos dentro del sistema de justicia juvenil, un antecedente que significó separarse del sistema ordinario.

La Organización de Naciones Unidas ha jugado un rol determinante en el reconocimiento de la justicia restaurativa en sus diversas modalidades, lo que dio lugar a la capacidad de unificar las iniciativas que manifiesta con claridad en el numeral 28 de la Declaración de Viena (Asamblea General de Naciones Unidas:

2001).

Asimismo, el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), cuenta con un programa especial que promueve la justicia restaurativa en la región (Programa Construyendo la Justicia Restaurativa en América Latina).

Todos los programas de justicia restaurativa se basan en el principio de que el comportamiento delictivo no solamente altera el orden social, sino que atenta contra los intereses de las víctimas y su entorno, al desestabilizar los lazos familiares dentro de la comunidad.

La justicia restaurativa es un sistema de solución de los conflictos basados en los valores comunes de una cultura, a través del cual las partes involucradas -poseen un interés común- para resolver de manera libre y autónoma las consecuencias inmediatas del delito(Achutti: 2015).

Los referentes sobre el cual gira la justicia restaurativa, son los siguientes:

- El delito se define como un acto ofensivo contra las personas y las relaciones interpersonales;
- Las ofensas provocan daños que conllevan obligaciones mutuas para las partes;
- La obligación principal es la de reparar el daño social causado por el comportamiento ilícito.

La justicia restaurativa también es considerada un movimiento internacional social que tiene por objeto revalorizar los lazos de cohesión del grupo social, afín de reparar el daño inferido por el ofensor a la víctima y proponer alternativas pacíficas de solución de los conflictos.

El Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa de las Naciones Unidas (2006), señala que la justicia restaurativa representa una solución a las controversias, cuyas consecuencias promueven el mejoramiento de las relaciones sociales, a través de la reparación del daño, la promesa de no repetición y el eventual perdón de la víctima al ofensor(Del Refugio Macías: 2017).

La Declaración del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (2002) define la justicia restaurativa como una respuesta evolucionada al delito, “que respeta la dignidad y la igualdad de todas las personas, favorece el entendimiento y promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades”.

La justicia restaurativa tiene un especial interés en la protección a las víctimas, que a veces no son atendidas por el Estado, como consecuencia de las fallas estructurales, que se sienten ignoradas, abandonadas, incluso atropelladas por sistemas administrativos y legales(Howard: 2007).

Resulta interesante citar el fragmento de la sentencia constitucional de Colombia C-979/05, que subraya el papel central de la víctima en un conflicto penal: *“El centro de gravedad del derecho penal ya no lo constituiría el acto delictivo y el infractor, sino que involucraría una especial consideración a la víctima y al daño que le fue inferido. Conforme a este modelo, la respuesta al fenómeno de la criminalidad, debe diversificar las finalidades del sistema. Debe estar orientada a la satisfacción de los intereses de las víctimas (reconocer su sufrimiento, repararle el daño inferido y restaurarla en su dignidad), al restablecimiento de la paz social, y a la reincorporación del infractor a la comunidad a fin de restablecer los lazos sociales quebrantados por el delito, replanteando el concepto de castigo retributivo que resulta insuficiente para el restablecimiento de la convivencia social pacífica”.*

A los ofensores tampoco se les niega una oportunidad para reintegrarse a la sociedad, lo cual es necesario para estabilizar las tensiones entre las partes en conflicto y de esta posibilidad derivan dos consecuencias para la prevención especial:

– Responsabilidad activa del ofensor para que repare los daños ocasionados por el delito;

– Fomentar la empatía y el cambio de aptitud del ofensor a fin de conseguir su rehabilitación; Ambas reglas demandan que cualquier esfuerzo para solucionar las consecuencias del comportamiento delictivo deberá -en la medida de lo posible-, involucrar la participación del ofensor, la implicación activa de las partes ofendidas, la sociedad y el Estado para proporcionar una reparación integral del daño provocado a la víctima, sin desconocer los mecanismos de reintegración social que favorecen al delincuente (Naciones Unidas: 2006).

En opinión de Van Ness y Strong la justicia restaurativa más que una teoría sobre la justicia, es una tendencia social de la justicia, que se fundamenta en una particular concepción de un equilibrio social, en donde los miembros de la comunidad juegan un papel fundamental como apoyo a los individuos enfrentados por una controversia (Van Ness y Strong: 1997).

En base a lo señalado, se podría afirmar que hay un cambio de paradigma en el Derecho Penal, que tiene como objeto modificar algunos aspectos puntuales de la justicia retributiva, en la proyección de que sean armonizables con las prácticas inclusivas de la justicia restaurativa.

En la legislación nacional, la Ley 548, Código Niña, Niño y Adolescente, de 17 de julio de 2014, hay elementos que son indicativos de la justicia restaurativa con principios diferentes de un régimen común, apareciendo una ordenación especial de soluciones al conflicto mediante los llamados círculos restaurativos, las conferencias, las indemnizaciones, etc., además de un sistema especial de sanciones de reparación del daño causado.

En la Ley 1390, Ley de Fortalecimiento para la Lucha contra la Corrupción de agosto de 2021, en los apartados sexies y septies del artículo 26, aparece un régimen especial de solución de los conflictos, en virtud de una conexión con los principios del abolicionismo penal, que fueron innovados con el fin de encontrar puntos de equilibrio social en las

expectativas de las partes, su finalidad reparar el daño inferido por el delito y particular, el agravio civil provocado por el hecho frente a los intereses del Estado.

Asimismo, se valora la intencionalidad o el ánimo subjetivo del infractor de querer reparar el daño causado con las consecuencias de ilícito, lo que le infiere al juez - en su sana convicción- la presencia de un elemento de juicio favorable, un atenuante humanizador compaginable con los principios de la justicia restaurativa.

Por tanto, se puede decir que la justicia restaurativa se desarrolla en función a metodología utilitaria que nace de una concepción pluralista de solución de las controversias en distintas materias, para revalorizar las ventajas de los enfoques normativos del Derecho, así como promocionar la potestad de administrar justicia, más allá de la concepción retributiva del ius puniendi.

4. justicia retributiva

La justicia retributiva viene de la unión de dos palabras, “justicia”, que es relativo a equidad, rectitud imparcialidad dentro el Derecho y, “retributivo”, que deriva del sentido “retribuir” o retributiva, que es la capacidad del ser humano para resolver las controversias mediante mecanismos de control social formal.

El modelo retributivo de justicia está enraizado en la concesión codificada de los modelos procesales modernos, por haber representado una continuación del pensamiento positivista del Derecho Penal, con particular influencia en las legislaciones occidentales desde finales del siglo XIX.

La justicia retributiva tiene sus antecedentes en las concepciones mecanicistas defendidas por Hobbes, Kant y Hegel (durante el siglo XVIII), autores que coinciden en señalar que el único fundamento de la pena es la retribución absoluta a la culpabilidad del sujeto infractor del comportamiento reprochable. La justicia retributiva se define como aquella respuesta directa hacia el comportamiento típico, antijurídico y culpable del sujeto que

ha quebrantado la norma imperativa, ius puniendi, que se encamina únicamente al castigo institucionalizado para la reparación del daño causado a las víctimas.

Este conjunto codificado de normas de la justicia retributiva que forman parte del control social formal, están institucionalizados en el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal.

4.1. Diferencias entre justicia retributiva y justicia restaurativa

Las diferencias entre justicia retributiva y justicia restaurativa se advierten en torno a la posibilidad del restablecimiento de la situación alterada por el delito, lo que ha de conseguirse, a través de dos metodológicas diferentes.

La justicia retributiva tiene su centro de atención en el comportamiento que violenta la norma imperativa; mientras que la justicia restaurativa se concentra en la vulneración de las relaciones internas entre las personas y el daño social que se ha causado el delito a la víctima.

La justicia retributiva se determina mediante la culpabilidad del ofensor valorando las circunstancias de los movibles del delito para revelar en el comportamiento, circunstancias referidas a dolo y la culpa; en cambio, la justicia restaurativa busca que el infractor tome conciencia del daño inferido a la víctima, y pueda asumir un rol social de recomposición frente a sus semejantes.

La justicia retributiva es una respuesta directa del poder coercitivo frente a la infracción provocada por el daño, que no considera otras variables que no sea el comportamiento que contraviene el ordenamiento jurídico; en contraste con lo anterior, la justicia restaurativa garantiza un régimen concomitante con los intereses de cada uno de los actores de una controversia, ya que su propósito principal es armonizar las relaciones internas y proteger bienes jurídicos, tales como, la igualdad, la justicia, la equidad y la seguridad jurídica.

5. Justicia comunitaria

La justicia comunitaria está constituida por las palabras, justicia que proviene del latín “iustitia”, que es el principio de la razón del Derecho, y la expresión comunitaria que deriva del latín “communitas”, que significa cualidad de común o conjunto de personas que viven juntos con los mismos intereses y las mismas reglas de convivencia social.

La justicia comunitaria tiene diversas particularidades y está presente en la mayoría de las sociedades modernas, por lo que no es exclusiva de una región de una comunidad o de un país, está enraizada en todos los continentes, pasando por África, Asia, América y Europa.

La justicia comunitaria en esta región de América es el resultado de una serie de influencias consuetudinarias que provienen de las civilizaciones asentadas en Mesoamérica, y concretamente relacionadas con los mayas, los aztecas y los incas.

Esta justicia comunitaria está conformada por pautas antiguas de la época del incario en la región del Collasuyo, aún con antecedentes anteriores a estos asentamientos, con influencia de la colonia con elementos nuevos, o adoptados recientemente, producto de olas migratorias, pero correspondientes al sistema cultural de una determinada comunidad.

La justicia comunitaria no es un cuerpo estático codificado, sino una delegación de potestades a ciertos titulares para darse sus propias normas, y resolver sus conflictos internos, que se administran sobre la base de principios, valores, costumbres y hábitos de vida para imponer un orden social sobre su cultura y sus necesidades (Landeo:2000). Los elementos sustantivos sobre los que se desarrolla la justicia comunitaria están constituidos por reglas referidas a tradiciones observadas en forma constante dentro del grupo social (*elemento objetivo*), en la creencia de que estos hábitos de vida forman parte de su supervivencia (*elemento subjetivo*).

Los criterios formales de la justicia comunitaria se encuentran en relación con la tipología de los conflictos por resolver; no existe un proceso establecido en forma convencional, sino un referente de experiencias originales que aparecen en forma de precedentes que han sido desarrollado por mucho tiempo y que sigue criterio uniforme dentro de las particularidades de cada región.

En la justicia comunitaria sobresalen el sentido común, la experiencia, la práctica comunitaria, los referentes lógicos, la exposición de los motivos, el análisis del incumplimiento de la norma, la identificación del daño provocado, el reconocimiento de su responsabilidad y la reparación del daño causado con la infracción(Irureta: 2008).

La imposición de la pena no es una reacción que solamente afecte a la víctima, al infractor y a la autoridad, sino que alcanza a toda la comunidad, pero no como un ente abstracto que se encuentra distante de los intereses comunes y por encima de sus miembros, sino que la sanción repercute colectivamente en cada uno de los miembros de la comunidad(Perafan: 1995).

En cuanto a su fundamento, los primeros antecedentes vinculantes con la justicia comunitaria fueron contemplados en el Convenio 169 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo), adoptado el 27 de junio de 1989, que es un tratado internacional de las Naciones Unidas que se ocupa de los asuntos relativos al trabajo y las relaciones laborales.El Convenio 169 de la OIT reconoce el derecho de los pueblos indígenas y originarios a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida en su desarrollo económico, social y jurídico, para mantener y fortalecer su identidad, su lengua y su religión dentro del marco en el que viven y de desarrollan (arts. 1, 2, 8 y 9).

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, es otro instrumento en donde se concibieron los referentes de la justicia comunitaria, evento que fue adoptado en Nueva York en septiembre de 2007, entre sus precedentes está, la

Convención 169 de la OIT y la Convención 107, ambos tuvieron un alcance global que reconoció los derechos de las poblaciones indígenas y tribales.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre el tratamiento de los derechos de los pueblos indígenas, contiene un marco consustancial normativo dirigido a fomentar el derecho de las comunidades indígenas con el objeto de promocionar un sentido plural de las sociedades que garanticen, la igualdad, la equidad, la seguridad y otros derechos colectivos de las comunidades originarias.

La Constitución Política del Estado vigente desde el 25 de enero de 2009 en su art 190, crea la jurisdicción indígena originaria campesina, al señalar que las naciones originarias, indígenas y campesinas ejercerán sus funciones jurisdiccionales sobre la base de sus costumbres, normas, principios, valores y autoridades, y según un régimen de procedimientos propios.

La Ley del órgano judicial, Ley N° 025 de 24 de junio del 2010 establece con respecto a la jurisdicción indígena, originaria campesina (art. 160), que la misma tiene por fin de resolver las controversias, definir la jurisdicción que se ejerce en los ámbitos personal, material y territorial de las comunidades.

La Ley N° 073 de Deslinde Jurisdiccional, de 29 de diciembre de 2010 en su contenido central define la jurisdicción y la competencia de las autoridades indígena, originario campesino, con relación a la jurisdicción ordinaria, agroambiental, además de otras competencias reconocidas por el sistema nacional.

En consecuencia, se puede decir, que la justicia comunitaria es una sub especie de la justicia restaurativa, que tiene por objeto promocionar las formas de solución a los conflictos, que no coinciden con los tradicionales moldes retribucionistas y más bien defienden formas pacíficas de solución, haciendo efecto su positivo en la sociedad, al fomentar la integración de la cultura de los pueblos.

5.1. Diferencias entre la justicia comunitaria y la justicia ordinaria

La justicia ordinaria es un sistema jurídico que tiene una larga tradición, la misma que proviene de una creencia histórica, cuyo origen es el Derecho romano o Derecho continental que está sistematizado en códigos sustantivos, objetivos y administrativos.

La justicia ordinaria en Bolivia se caracteriza por el influjo formal de la norma escrita como fuente principal del Derecho, es decir en la construcción de una relación jurídica, hay predominio de la dogmática, que es su característica sobresaliente frente a otros sistemas como el anglosajón (en donde la fuente principal del derecho es el precedente), motivo por el cual es alentador de controversias académicas frente a las recientes tendencias que demandan la oralidad en los procesos.

Por otro lado, ante la coexistencia de otro sistema en el modelo jurídico nacional; Bolivia se adhiere a los países con sistema normativo mixto, ya que en su estructura coexisten dos jurisdicciones con reconocimiento constitucional (art 179, parágrafo II de la CPE.

- El sistema jurídico Constitucional, Agroambiental, Ordinario y Especiales; y
- El sistema jurídico Indígena Originario Campesino.

La diferencia principal entre el sistema jurídico ordinario en relación al sistema originario campesino, es que el primero tiene una aplicación general dentro de los códigos civiles y penales dirigidos a los estantes y los habitantes del territorio nacional.

En cambio, el sistema indígena originario campesino, es vinculante únicamente en los territorios de las naciones originarias (ayllus, marcas, capitanías, etc.) y a los miembros que de ellos deciden pertenecer, en cuyas comunidades se forma ese derecho consuetudinario.

Otra nota distintiva, entre el sistema jurídico ordinario y el sistema originario, es el elemento jurisdiccional, es decir cada juez desarrolla sus actividades dentro del ámbito

de su jurisdicción y competencia. Las autoridades originarias también ejercen su autoridad en función de cierta competencia y jurisdicción, pero que éstas nacen de sus tradiciones consuetudinarias (art. 190, CPE y 159 de la Ley 025).

En lo que si existe uniformidad, es que ambos subsistemas tienen en común regentarse en base los mismos principios constitucionales, que gobiernan para todos los bolivianos y los extranjeros, sin distinción alguna, en particular el respeto a la vida, la integridad, la propiedad, afín de garantizar la justicia, la igualdad, la imparcialidad, la independencia, la seguridad jurídica y la publicidad.

6. Conclusiones

El pluralismo jurídico, responde a la necesidad de adecuarse a las transformaciones sociales, culturales, tecnológicas y de otras maneras de concebir la realidad de una comunidad, apareciendo la expectativa de promocionar nuevas fuentes normativas, frente a la pluralidad de metodologías en la solución a los problemas que cada vez son más inciertas y difusas.

El pluralismo jurídico del siglo XXI es más complejo que los pluralismos clásicos del siglo XX, pues la diversidad de actores e interconexiones entre jurisdicciones a escala global, cambian totalmente los equilibrios de poder y las formas de creación del Derecho, por lo no es extraño advertir que nos encontramos frente a una tendencia flexible en la forma de concebir el Derecho, un nuevo paradigma que gira en torno a una manera horizontal de administrar justicia.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Achutti, Daniel, Abolicionismo penal y justicia restaurativa: del idealismo al realismo político-crimina, REDHES no.13, año VII, enero-junio 2015, pág.67
- Antúnez Sánchez, A., y Díaz Ocampo, E. El pluralismo jurídico y los derechos a la

Pachamama. *Advocatus*, 2(29), 2017, (<https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.29.1668>)

– Asamblea General de Naciones Unidas. (2001) Resolución 55/59 del 17 de enero de 2001. Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia: frente a los retos del siglo XXI. R

– Del Refugio Macías Sandoval, María, et. al., La justicia restaurativa en el Derecho Internacional Público y su relación con la justicia transicional, revista justicia, enero de 2017, pág. 30

– Del Refugio Macías Sandoval, María, et. al., La justicia restaurativa en el Derecho Internacional Público y su relación con la justicia transicional, revista justicia, enero de 2017, pág. 29

– Gooden Morales, Owen Alejandro, ¿Justicia Restaurativa en el proceso penal costarricense?, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, 2013

– Howard Zehr, El pequeño libro de la Justicia Restaurativa, International Standard Book Number, 2007

– Irureta, Gladys, “El Indígena ante la Ley penal”, Caracas, Imprenta Universitaria, Universidad central de Venezuela, 1981 en: “Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea”, Centro de Estudios Constitucionales, Graficas 85 S.a., Madrid, 2008, pág. 189.

– Kelsen, H., “Les rapports de systéme entre le Droit interne et le Droit International”, en Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1926. IV, vol. 14, pág. 227.

– Landeo, Liliam, “Costumbre Indígena: Complementación o sistema paralelo de administración de justicia”, Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo legal: Desafíos para el tercer milenio, Arica, marzo, 2000.

– Manual sobre Programas de Justicia restaurativa NACIONES UNIDAS Nueva York, 2006

– Perafan Simmonds, “Sistemas jurídicos”, Cocultura, Paez, 1995, pág. 40.

- Rengifo C. Carlos A, Wong J. Eduard M, Posada Jorge G. (2013). Pluralismo jurídico: Implicaciones epistemológicas. Inciso, Vol. (15), 27-40
- Rojas Tudela, Farit, et. al., Los Derechos Individuales y Derechos Colectivos en la Construcción del Pluralismo Jurídico en América Latina, Konrad Adenauer Stiftung e.V, La Paz Bolivia, 2011, pág. 22.
- Rosales Pedrero, Silvia María, La introducción de la justicia restaurativa en el sistema jurídico penal, Actas del VI Congreso Nacional Penitenciario Leonense, Univ. de León, 2019.
- Rosillo Martínez, Alejandro, Pluralismo Jurídico en el constitucionalismo mexicano frente al nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, Vol. 08, N.4, 2017, p. 3037-3068
- Van Ness y Strong (Restoring Justice, Cincinnati, OH Anderson, 1997, pág.
- Variaciones 95. Salvador Pániker. Areté. Barcelona. 2002

DE **DR. RICHARD ANDRADE VALLEJOS**

REVISADO POR **DR. JAVIER DE LOS MOZOS TOUYA – UNIVERSIDAD DE VALLADOLID**
ESPAÑA

DERECHO, MORAL Y JUSTICIA

DR. ROBERTO AGREDA MALDONADO

RESUMEN

Este artículo científico muestra la visualización teórica de los conceptos de Derecho, moral y justicia a la luz de Platón, Aristóteles, Kelsen, Nino, Rawls, la corriente iuspositivista y la corriente iusnaturalista. Los términos como parte del lenguaje científico dentro de las ciencias jurídicas y a partir de un enfoque multidisciplinario, interdisciplinario y transdisciplinario que se despliegan con el desarrollo de explicaciones fundamentadas para dejar traslucir al derecho, la moral y la justicia desde distintos enfoques teóricos y académicos, que concluye con la descripción fundamentada de lo que es un hombre justo y el hombre injusto.

PALABRAS CLAVE

Derecho, moral, justicia, iuspositivismo, iusnaturalismo y pluralismo jurídico.

LAW, MORALITY AND JUSTICE

DR. ROBERTO AGREDA MALDONADO

ABSTRACT

This scientific article shows the theoretical visualization of the concepts of Law, morality and justice in the light of Plato, Aristotle, Kelsen, Nino, Rawls, the positivist current and the natural law current. The terms as part of the scientific language within the legal sciences and from a multidisciplinary, interdisciplinary and transdisciplinary approach that are deployed with the development of well-founded explanations to reveal law, morality and justice from different theoretical and academic approaches, which It concludes with the substantiated description of what a just man is and what an unjust man is.

KEYWORDS

Law, morality, justice, legal positivism, natural law and legal pluralism.

Introducción

En este trabajo teórico, se expondrá una aproximación epistemológica, interpretativa y explicativa del Derecho, la moral y la justicia, con el auxilio de investigadores, juristas, filósofos y clásicos del derecho con la pretensión de familiarizar y aportar al debate teórico en esta época confusa de pandemia y en respuesta a la necesidad de volver a los clásicos y repensar términos que se creían ya totalmente desarrollados, cuando cada vez se abren nuevos derroteros de reflexiones y reconstrucción académica en el mundo del Derecho y de las ciencias sociales para concluir cómo es el hombre justo y el hombre injusto.

Desarrollo

“[Derecho] Es una ciencia que abarca un conjunto amplio de comportamientos sociales, conformada por la sistematización y coherencia de conocimientos que giran alrededor de los conceptos de justicia y moral, obtenidos gracias al empleo de los métodos apropiados para las ciencias sociales [J.J. Prado]” (Casado 2008:122-123).

Metodología

El presente trabajo adopta el paradigma fenomenológico constructivista y el enfoque cualitativo, en razón de la naturaleza teórica del estudio. La metodología como lógica de la investigación científica asumida exigió la aplicación de los métodos científico, interpretativo y el dialéctico. Asimismo, se utilizó la técnica del análisis de contenido de conceptos sobre los vocablos de Derecho, moral y justicia, en los libros de filósofos clásicos, jurisconsultos y en base a la consulta de diccionarios importantes pertinentes. Lo que se comprueba en el desarrollo de este artículo científico.

El Derecho

El **Derecho** es un término polisémico que puede significar, estado de Derecho, garantías, lo que le corresponde a uno y finalmente un sistema de normas, jurisprudencia, principios

y conocimientos para guiar a las personas por el camino correcto hacia la justicia, equidad, paz, seguridad y la realización individual y social. Los principios de justicia según Gustavo Zagrebelsky se hallan en la ley de leyes de cada país. Al respecto se lee: “Existen en la Constitución principios de justicia, como los denomina Zagrebelsky, los cuales fungen como orientaciones de las acciones de los poderes públicos. Estos principios vendrían a ser nada menos que los derechos fundamentales” (Zagrebelsky cit. por Romero 2017:28). Según Carlos Bernal Pulido, “la primera facultad moral consiste en la aptitud de tener un sentido de justicia” (Rawls cit. por Bernal 2007:293). La justicia entendida como la capacidad de ser razonable (Bernal 2007:293). Se privilegia la razón.

El Derecho es el ámbito de lo imperativo, externo, obligatorio, bilateral, coercible. Este campo del conocimiento regula la conducta externa de los seres humanos. Esa regulación se llama norma jurídica que, en forma sistematizada, codificada se llama derecho: penal, civil, familiar, laboral, hidrocarburífero, aeronáutico, deportivo, municipal, etc. Cada derecho positivo consta de normas jurídicas o leyes. Para Zagrebelsky, “las leyes de las que se compone el derecho vendrían a ser las reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos básicamente serían los principios jurídicos” (Zagrebelsky cit. por Romero 2017:28). En lógica consecuencias, las reglas como normas jurídicas y los principios como normas constitucionales rigen a los países del mundo.

El derecho cumple esa función [regulatoria] a través de la coacción y de la autoridad, ya que no siempre se lo respeta por miedo a la sanción: también se lo acata porque se reconoce la autoridad de quien dicta las normas jurídicas (Nino 2013:61).

De lo que se infiere, que autoridad y coacibilidad son los rasgos característicos del derecho como norma jurídica. Lo coercible es impuesta en la norma jurídica; en cambio la norma moral es incoercible, unilateral. La sanción de cada persona. Se autosanciona con el remordimiento o carga de conciencia. La religión regula conducta la humana.

Alfonso García Figueroa concibe que el Derecho, desde el pluralismo jurídico, como algo muy relevante.

Primero, porque la convivencia de individuos con concepciones del mundo diferentes y muchas veces contrapuestas puede ser conflictiva y el Derecho se ha manifestado como un instrumento para resolver conflictos. Segundo, porque el Derecho no solo es un instrumento para resolver conflictos, sino que además suele ser a su vez el reflejo de algún tipo de conflicto (García 2010:32).

Lo que es cierto, el Derecho puede resolver conflictos como también puede reflejar conflictos, por ejemplo, entre los que defienden a ultranza la propiedad privada en las sociedades de desigualdad y los que abogan, por una propiedad social, para la realización de todos, en sociedades que se dirigen a una sociedad de mayor bien común y disminuir o eliminar la desigualdad económica, política, educativa y cultural.

Las clases de derecho son: 1. Derecho Social. 2. Derecho particular 3. Derecho público tiene la finalidad el bien común, cada uno con un ámbito específico de dominio teórico y normativo.

La moral

La Real Academia de la Lengua Española define la moral en varios sentidos, los dos primeros y pertinentes son los siguientes:

1. Perteneciente o relativo a las acciones de las personas, desde el punto de vista de su obra en relación con el bien o el mal y en función de su vida individual y, sobre todo, colectiva. 2. Conforme con las normas que una persona tiene del bien y del mal (RAE 2014:1494).

La moral es lo referido a la vida individual y a las normas que una persona sobre el bien y el mal. La **moral** es interna, autónoma, la propia persona hace o deja de hacer una

conducta. Es unilateral. La moral como norma moral es un deber ser o principios, valores que un ser humano construye en niñez, adolescencia y juventud para regular su conducta toda su vida. Es una normatización interna que se autoadministra cada persona.

“La virtud de la moral es una tendencia o una disposición a actuar de determinado modo porque se cree en la existencia de ciertas razones morales que propugnan ese comportamiento” (Nino 2013:63). Por ello, “la moral se distingue del derecho en que solo se materializa en tanto y en cuanto los individuos acepten libremente ciertos principios de conducta” (2013:65). La moral está relacionada con la disposición de las personas de aceptar algo por razones morales. Por el contrario, el Derecho responde a la lógica de la obligatoriedad, de la amenaza de la sanción por incumplimiento. “Esta amenaza de coacción es el elemento central del derecho” (:61). Al que se une el hecho que toda norma jurídica es producto de un legislador colectivo (el órgano legislativo), que es autoridad.

La relación del Derecho con la moral

Rodolfo Vázquez en su libro *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho* (2ª ed., 2009) explica **dos tesis o posiciones básicas respecto a la relación entre derecho y moral**: la tesis de la separación y la tesis de la vinculación. La primera tesis corresponde a las primeras cuatro primeras décadas del siglo XX, en el que se dio la separación entre la ética y las ciencias humanas y sociales (Vázquez 2009:17).

La tesis de la separación entre Derecho y moral fue fundamentada por Hans Kelsen en su libro *La teoría pura del derecho*, específicamente en su capítulo II. Kelsen afirma sobre el tema, en forma contundente argumenta: “[...] Desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica” (Kelsen 1960:49). Lógicamente, se entiende que un juicio de valor en el campo jurídico no puede basarse en una norma moral sino en una norma jurídica.

Por tanto, la tesis de la separación del Derecho y la moral, es sostenida por la corriente iuspositivista y sus teóricos como Kelsen.

La tesis de la vinculación entre Derecho y moral, está defendida en forma variada por la corriente iusnaturalista y otros autores que coinciden en algunos puntos tal como es el caso de Robert Alexy, sobre quien se afirma. “Alexy trata de mostrar que `en los procesos de creación y aplicación del derecho los participantes tienen, necesariamente, una pretensión de corrección, la cual incluye una pretensión de corrección moral” (Alexy cit. por Vázquez 2009:21). Claro, Robert Alexy, con la fundamentación de que el derecho tiene una corrección moral, está interpretando, la relación directa del Derecho con la moral. Argumentación de defensa de la tesis de la vinculación entre moral y Derecho.

Sin duda alguna “el debate sobre las relaciones entre el derecho y moral, como se analizó, confrontó a dos escuelas: el positivismo jurídico, con su defensa de la tesis de la separación, y el iusnaturalismo, que defiende la tesis de la vinculación” (Vázquez 2009:25). Los positivistas jurídicos más conocidos son: Han Kelsen, Norberto Bobbio, Eugenio Bulygin, Luigi Ferrajoli y Ricardo Guastini. Para Juan Antonio García Amado “[...] todo iusnaturalismo es iusmoralismo [...] La teoría del derecho natural anclaba en la naturaleza humana esos preceptos morales que son, a la vez, jurídicos y supremo baremo de juridicidad” (García 2014:10), lo que refuerza la afirmación primera. Por tanto, el iusmoralismo es iusnaturalismo. “Hay varias etapas históricas del iusnaturalismo, las cuales pueden reducirse a dos principales: la clásica y la moderna. La clásica es la de los griegos, el derecho romano y la escolástica, tanto medieval como posmedieval; reúne a autores como Aristóteles, Santo Tomás, Duns Escoto, Vitoria y Suárez. La moderna es la que parte del siglo XVII y llega a la actualidad. Es sobre todo la de iusnaturalistas como Hobbes, Grocio, Puffendorf, Tomasius, Leibniz, Kant, Hegel y otros posteriores” (Beuchot 2015:97-98). Lo que vale como una explicación histórica del iusmoralismo.

Sin embargo, los seguidores de ambas escuelas muestran, diferencias de matices, que Rodolfo Vázquez caracteriza de versiones, en relación a ello dice este mismo autor:

El debate más interesante en torno a las relaciones entre derecho y moral desde los años sesenta hasta nuestros días, reitero, no se ha dado entre los defensores de las versiones fuertes de las tesis de la vinculación o de la separación —por ejemplo, iusnaturalismo y positivismo exagerados o ideológicos— sino entre los que defienden las versiones débiles (Vázquez 2009:32-33).

Pero no se requiere ese debate exquisito, tal vez en otra oportunidad, porque lo analizado anteriormente en las líneas precedentes (iuspositivismo y el iusnaturalismo) es suficiente para este trabajo.

No obstante, de las dos tesis sobre Derecho y moral, hay disquisiciones académicas sobre las teorías de la relación del Derecho y la moral, una modelación teórica que pretenden abarcar a todas las formulaciones teóricas, de esas relaciones anotadas. Estas son: 1. **Teoría de la identificación total.** Interdependencias recíprocas derecho y moral o interinfluencias recíprocas entre ambas. Ejemplo: Homicidio. El principio moral, no matarás está identificado con el principio jurídico, homicidio. 2. **Teoría de la dependencia parcial entre derecho y moral.** La implementación o aplicación de la pena en casi en directa relación entre daño de una norma moral y el quebrantamiento de una norma jurídica. 3. **Teoría de la subordinación del derecho a la moral.** Luego de una guerra, revolución o cambio de gobierno de un grupo político radical, se despliega un orden jurídico al que subordina la moral. 4. **Teoría de la subordinación de la moral al derecho.** Los países anglosajones y los países con mayor ascendencia religiosa de cualquier naturaleza, legislan derechos en base a sus creencias religiosas, es más subordinan el derecho a la moral. 5. **Teoría de la independencia del derecho y la moral.** Se considera que el derecho es el medio para manejar los valores que le son inmanentes o como esencia y como finalidad: orden, paz, justicia, equidad, armonía, vida ética de las personas

y el bien común. El derecho como un instrumento para afianzar, resguardar los valores morales de responsabilidad, solidaridad, honestidad y bondad. Pueden relacionarse entre sí, pero no hay dependencia ni supremacía. El Derecho no puede crear condiciones sociales favorables tanto como para la degradación moral (Ejemplos: Legalización del juego o legalización de la prostitución) como para el perfeccionamiento espiritual del ser humano (prohibir el juego o prohibir la prostitución). En el Derecho cabe hablar de fines éticos y no estrictamente morales. Se ve a la ética, como una disciplina filosófica que se encarga de principios éticos del actuar correcto, ideal.

Luego de haber expuesto lo relativo al Derecho y a la moral, corresponde exponer lo que es la justicia para Platón, Aristóteles y para Rawls, como un primer acercamiento intelectual y panorámico.

La justicia

El filósofo clásico de Platón en su obra *La República*, en sus libros I y II desarrolla en un diálogo sobre el tema de la justicia. Lo más importante se halla en el libro I, dialogan Polemarco y Sócrates sobre el concepto de justicia que dio Simónides. Sócrates, responde a Polemarco, “me parece que Simónides habló poéticamente, con enigmas, acerca de lo que es justo. Pues entendía, según me parece, que lo justo es devolver a cada uno lo que corresponde, y a esto lo denominó ‘lo que se debe’” (Platón 2014: 17). Conceptualización que anterior a Ulpiano. Pues Platón nació Grecia el año 427, fue uno de los primeros filósofos que escribió y murió el 347 a. C.; en cambio, Ulpiano nació en Tiro, Fenicia el año 170, jurista romano y murió asesinado en Roma, el año 228 d.C. Tal como se verifica, Platón vivió antes que Ulpiano, el concepto de justicia le corresponde a Simónides, por versión del personaje Sócrates de Platón en su libro *La República*. Sin embargo, Ulpiano es más famoso por su definición de justicia: “La justicia es la perpetua y constante voluntad de dar a cada uno su derecho”, explicación que se halla en numerosos medios

escritos físicos y virtuales, en esta época de explosión de conocimientos e informaciones de todo tipo.

El discípulo de Platón, Aristóteles en su obra *Ética nicomáquea*, interpreta que la justicia no es un concepto simple y expone que

[...] Tres son las disposiciones, y de ellas, dos vicios —uno por exceso y otro por defecto— y una virtud, la del término medio [...] En algunos casos, al medio se le opone más el defecto, y en otros el exceso, por ejemplo, a la valentía no se opone la temeridad, que es el exceso, sino la cobardía, que es el defecto; y a la moderación no se opone la insensibilidad, que es la deficiencia, sino la intemperancia, que es el exceso. Esto sucede por dos causas: una procede de la cosa misma, pues por estar más cerca y ser más semejante al medio uno de los extremos, no es este sino el otro contrario el que preferimos oponer al medio; así, como la temeridad parece ser más semejante y más próxima a la valentía, pero más distante a la cobardía, preferimos contraponerla ésta; pues lo más alejado del medio parecer ser más contrario. Ésta es, pues, la causa que procede de la cosa misma, y la otra surge de nosotros mismos [...] (Aristóteles 2011b: 48-49).

La justicia para Aristóteles como primera aproximación, es el término medio ni exceso ni defecto, lo exacto, lo correcto.

¿Y cuál es la explicación aristotélica sobre la persona que practica la justicia?

Uno podría preguntarse cómo decimos que los hombres han de hacerse justos practicando la justicia, y moderados, practicando la moderación, puesto que, si practican la justicia y la moderación son ya justos y moderados, del mismo modo que si practican la gramática y la música son gramáticos y músicos (Aristóteles 2011b:41).

La cita precedente, si bien no aporta mucho, pero es una exposición lógica rigurosa y clara, del padre de la lógica, el filósofo peripatético (Que enseñaba caminando, en medio de

senderos de campos primaverales). Luego de la presente introducción del pensamiento aristotélico, es necesario conocer lo fundamental de su pensamiento sobre la justicia. Este se halla en el libro V de la obra *Ética nicomáquea*, que a la letra dice: “Con relación a la justicia y a la injusticia, debemos considerar a qué clase de acciones se refieren, cuál es el término medio de la justicia y entre qué extremos lo justo es término medio [...]” (Aristóteles 2011b:101). La primera idea que se asimila, es que la justicia y lo justo es el término medio.

La segunda idea se halla en lo que sigue:

Puesto que el transgresor de la ley era injusto y el legal justo, es evidente que todo lo legal es, en cierto modo, justo, pues lo establecido por la legislación es legal y cada una de estas disposiciones decimos que es justa. Pero las leyes se ocupan de todas las materias, apuntando al interés común de todos o de los mejores, o de los que tienen autoridad, o a alguna otra cosa semejante; de modo que, en un sentido, llamamos justo a lo que produce o preserva felicidad o sus elementos para la comunidad política (Aristóteles 2011b:102).

Lo justo es legal, lo correcto, lo equitativo; en cambio, lo injusto es lo desigual, lo que hace el transgresor de la ley. Se llama lo justo a lo que produce o preserva la felicidad en una comunidad política.

Pero qué es la justicia para Aristóteles, en forma más clara concreta: “Es la virtud en el más cabal sentido, porque es la práctica de la virtud perfecta, y es perfecta, porque el [ser humano] que la posee puede hacer uso de la virtud con los otros y no solo consigo mismo” (2011b:103). Por el contrario,

El peor de los hombres es, pues, el que usa de maldad consigo mismo y sus compañeros; el mejor, no el que usa de virtud para consigo mismo, sino para con otro; porque esto es una tarea difícil. Esta clase de justicia, entonces, no es una parte de la virtud, sino la virtud entera, y la injusticia contraria no es una parte del vicio, sino el vicio total (:103).

En suma, tomando en cuenta las dos citas que preceden, la justicia es la virtud entera, el hombre virtuoso o justo es el que aplica la virtud de justicia a los otros; en cambio, la injusticia es el vicio total, el hombre injusto es el que aplica la maldad a otros y consigo mismo. El ser humano que no quiere a otros y a sí mismo, es el que comete delitos, daños a los bienes jurídicos protegidos o a los derechos, patrimonios o garantías jurídicas.

Por su parte, Rawls con su libro *La teoría de la justicia*, visualiza a la justicia como equidad, producto de la aplicación del principio de la igualdad de oportunidades y el principio de la diferencia. Distingue los cuatro tipos de justicia: 1. Distributiva (atiende a la distribución de bienes escasos entre individuos en situaciones parecidas), conmutativa (regula los aspectos particulares de un individuo con cualquier otro), retributiva (asigna pena o castigo a quien infringe una norma), y restaurativa o transicional (para juzgar a los implicados en un cambio de régimen, por ejemplo, cuando se pasa de una dictadura a una democracia y hay víctimas y verdugos) (Vergés 2017:64-65).

John Rawls plantea una justicia con mayor acercamiento a la igualdad, como equidad. Rawls al inicio de su libro *La teoría de la justicia*, dice: “La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento” (Rawls 2012:13). La justicia como equidad, como primera virtud.

En estas observaciones preliminares he distinguido el concepto de justicia en tanto que equilibrio adecuado entre pretensiones enfrentadas, a partir de una idea de la justicia concebida como un conjunto de principios relacionados entre sí, para identificar las consideraciones pertinentes que hacen posible ese equilibrio (Rawls 2012:19).

Sumado a los anteriores apuntes, para John Rawls la justicia es una virtud, una construcción de mayor equidad y equilibrio.

No hay duda que la justicia es también como el Derecho un término polisémico que tiene varios significados que se han ventilado a lo largo de la historia y desde distintas posturas filosóficas, jurídicas, económicas y políticas, principalmente.

Los más importantes: 1. Resultado de la convención humana en un espacio y tiempo determinados. 2. Situación en que se brinda cierto castigo o recompensa a un ser humano como compensación adecuada e igual por los resultados de su propia conducta respecto a otro. 3. El poder de hacer que a cada cual se dé su derecho, y la administración de este poder. La voluntad firme y constante de dar a cada uno lo que le pertenece (Simónides, Ulpiano, Justiniano). 4. “Lo que es conforme a Derecho (lo que no es muy exacto: La institución de la esclavitud se basaba en un derecho, pero representaba una injusticia)” (Ossorio 2009:553). 5. (desde la Psicología) “La formación de las actitudes y del sentimiento de justicia, la apreciación de la equidad de las reglas de derecho y de su uso varían en función del desarrollo del juicio moral” (Doron y Parot et al. 2008:332). En suma, La justicia desde la psicología, trata del equilibrio (individuo-sociedad), de la realización de la personalidad, subjetividad o fenómenos psíquicos. 6. Leibniz: “es preciso destruir el mal con la superabundancia del bien”.

Es necesario elaborar nuevo concepto de justicia desde la Psicología o desde una perspectiva interdisciplinaria, multidisciplinaria y transdisciplinaria de la Psicología Jurídica para el Derecho. Tal vez se parta de la consideración general de la superabundancia del bien para superar los problemas económicos, políticos, educativos y culturales.

Hallazgos

El Derecho representa la regulación externa de las personas en una sociedad determinada y que responde a un tipo de sociedad con una formación socioeconómica determinada.

La moral alude a la regulación interna de valores humanos. Hay teorías jurídicas que interpretan de distintos modos la relación del Derecho y la moral. Los iusnaturalistas hacen énfasis en preeminencia de la moral en relación al Derecho; en cambio los iuspositivistas hacen énfasis en el Derecho y hasta niegan la participación de la moral en el Derecho.

La justicia como el Derecho son términos polisémicos que responden a un determinado espacio y tiempo, es decir a una determinada sociedad y época. En general, la justicia representa el ideal de una situación de equidad y los estudios del Derecho y las ciencias sociales, se esfuerza por buscar mayores niveles de equidad, equilibrio y disminuir las desigualdades económicas, políticas y culturales.

Discusión

Los términos Derecho, moral y justicia responden a concepciones filosóficas y políticas que varían de acuerdo a los autores y sus respectivas épocas. Se analizó, luego la conceptualización de Derecho, moral; las posturas sobre la relación entre Derecho y moral para concluir con la explicación de lo que es la justicia. Se destacó las diferencias de las posiciones de los iusnaturalistas y los iuspositivistas sobre la moral y el Derecho. Como en la ciencia en general se sostiene, no se ha agotado todo el tema, pero se ha hecho una búsqueda constructiva teórica y dialéctica del problema de diferenciar lo qué es el derecho, la moral y la justicia, lo que motivaría un trabajo posterior de manual o un tratado sobre los tópicos señalados. Se buscó interpretar las elocuciones de los intelectuales clásicos como Aristóteles y Rawls para concluir con una visión del hombre injusto y del hombre justo.

Conclusiones

Por todo lo expuesto en este trabajo, se ha arribado a las siguientes conclusiones.

Primera. El Derecho es un término polisémico que puede significar, estado de Derecho, garantías, lo que le corresponde a uno y finalmente un sistema de normas, jurisprudencia, principios y conocimientos para guiar a las personas por el camino correcto hacia la justicia, equidad, paz, seguridad y la realización individual y social. El Derecho es el ámbito de lo imperativo, externo, obligatorio, bilateral, coercible. Este campo del conocimiento regula la conducta externa de los seres humanos. Esa regulación se llama norma jurídica que, en forma sistematizada, codificada se llama derecho: penal, civil, familiar, laboral, hidrocarburiífero, aeronáutico, deportivo, municipal, etc.

Segunda. Lo que es cierto, el Derecho puede resolver conflictos como también puede reflejar conflictos, por ejemplo, entre los que defienden a ultranza la propiedad privada en las sociedades de desigualdad y los que abogan, por una propiedad social, para la realización de todos, en sociedades que se dirigen a una sociedad de mayor bien común y disminuir o eliminar la desigualdad económica, política, educativa y cultural.

Tercera. La moral es lo referido a la vida individual y a las normas que una persona sobre el bien y el mal. La moral es interna, autónoma, la propia persona hace o deja de hacer una conducta. Es unilateral. La moral como norma moral constituye una orientación hacia los valores que un ser humano construye en niñez, adolescencia y juventud para regular su conducta toda su vida. Es una normatización interna que se autoadministra cada persona.

Cuarta. Sobre el Derecho y la moral se han teorizado la tesis de la vinculación y la tesis de la separación que corresponden al iusnaturalismo y al iuspositivismo, respectivamente. Las teorías sobre el Derecho y la moral son: 1. Teoría de la identificación total. 2. Teoría de la dependencia parcial entre derecho y moral 3. Teoría de la subordinación del derecho a la moral. 4. Teoría de la subordinación de la moral al derecho. 5. Teoría de la independencia del derecho y la moral.

Quinta. Platón vivió antes que Ulpiano, el concepto de justicia le corresponde a Simónides, personaje que dialoga con Sócrates en el libro *La República* de Platón. Sin embargo, Ulpiano es más famoso por su definición de justicia: "La justicia es la perpetua y constante voluntad de dar a cada uno su derecho". La justicia para Aristóteles como primera aproximación, es el término medio ni exceso ni defecto, lo exacto, lo correcto. La justicia es la virtud entera, el hombre virtuoso o justo es el que aplica la justicia a los otros y consigo mismo; en cambio, la injusticia es el vicio total, el peor hombre injusto es el que aplica la maldad a otros y hacia sí mismo.

Sexta. Para John Rawls la justicia es una virtud, una construcción de búsqueda de mayor equidad y equilibrio.

Séptima. La justicia es resultado de la convención humana en un espacio y tiempo determinados. Es necesario elaborar nuevo concepto de justicia desde la Psicología o desde una perspectiva interdisciplinaria, multidisciplinaria y transdisciplinaria de la Psicología Jurídica para el Derecho. Tal vez se parta de la consideración general de la superabundancia del bien para superar los problemas económicos, políticos, educativos y culturales.

Octava. Siguiendo a Aristóteles la justicia es la virtud entera, el hombre virtuoso o justo es el que aplica la virtud de justicia a los otros; en cambio, la injusticia es el vicio total, el hombre injusto es el que aplica la maldad a otros y consigo mismo.

Referencias bibliográficas

Ágreda Maldonado, Roberto

2008 **La psicología jurídica en Bolivia**. 2ª ed. Cochabamba: Grupo Editorial Kipus.

2018a **Diccionario de filosofía**. Cochabamba: Grupo Editorial Kipus.

2018b **Diccionario del poder**. Cbba.: GEK.

2018c **Diccionario de Psicología Jurídica**. 2ª ed. Cbba.: GEK.

Aristóteles

2011ª **Tomo I Metafísica. Física. Acerca del alma**. Trad. Carlo Megino
et al. Estudio introductorio de Miguel Candel. Madrid: Edit.
Gredos.

2011b **Tomo II Ética nicomáquea. Política. Retórica**. Trad. Julio Pallí
Bonet. Madrid: Edit. Gredos.

Bernal Pulido, Carlos

2007 **El derecho de los derechos**. Escritos sobre la aplicación de
los derechos fundamentales. 4ª reimp. Bogotá: Edit.
Universidad Externado de Colombia.

Beuchot, Mauricio

2015 **Derechos humanos**. Historia y filosofía. 6ª ed. México: Edit.
Fontamara.

Casado, Laura

2008 **Diccionario de Derecho**. Argentina: Valletta Ediciones.

Doron, Roland y Francoise Parot et al.

2008 **Diccionario de psicología**. Trad. Bernadette J. Fabregoul y
Agustín Arbesú Castañón. Madrid: Edit. Akal.

García Amado, Juan Antonio

2014 **Iusmoralismo (s). Dworkin, Alexy, Nino**. Perú: Edit. Legisprudencia.

García Figueroa, Alfonso

2010 **Criaturas de la moralidad**. Una aproximación neoconstitucionalista al
derecho a través de los derechos. Madrid: Edit. Trotta.

Kelsen, Hans

1960 **Teoría pura del derecho**. Introducción a la ciencia del derecho. Buenos Aires:
Edit. Eudeba.

Nino, Carlos Santiago

2013 Ocho lecciones sobre ética y derecho para pensar la democracia.

Argentina: Siglo Veintiuno Editores.

Ossorio, Manuel

2009 Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Última edición. Argentina: Edit. Heliasta.

Platón

2011 **Diálogos I** (Apología de Sócrates, Critón, Eutifrón, Ion, Lisis, Cármides, Hipias menor, Hipias mayor, Laques, Protágoras, Gorgias, Menéxeno, Menón, Crátilo, Fedón, Banquete y Fedro). Trad. Julio Calonge Ruiz et al. Estudio introductorio Antonio Alegre Gorri. Madrid: Edit. Gredos.

2014 **Diálogos II** (República, Parménides, Teeteto, Sofista, Político, Filebo, Timeo y Critias o Atlántico). Trad. Conrado Eggers Lan et al. 2da. ed. Madrid: Edit. Gredos.

Rawls, John

2012 **Teoría de la justicia**. 7ª reimp. 1ª edición electrónica. Trad. María Dolores González. México: FCE.

Real Academia de la Lengua Española

2014 **Diccionario de la lengua española**. 23ª ed. Cbba.: Edit. RAE. Espasa Calpe.

Romero Martínez, Juan Manuel

2017 **Estudios sobre la argumentación jurídica principalista. Bases para la toma de decisiones judiciales**. México: Edit. Universidad Nacional Autónoma de México.

Ruiz Manero, Juan

2014 **El legado del positivismo jurídico**. Ocho ensayos sobre cinco autores positivistas: Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Eugenio Bulygin, Luigi Ferrajoli y Riccardo Guastini. Lima-Bogotá: Edit. Palestra. Temis.

Vázquez, Rodolfo

2009 **Entre la libertad y la igualdad.** Introducción a la filosofía del derecho.

2ª ed. Madrid: Edit. Trotta.

Vergés Gifra, Joan

2017 **Rawls.** La justicia es la virtud más importante de una sociedad democrática. Madrid: Editec.

DE: **DR. ROBERTO AGREDA MALDONADO**

REVISADO POR **DR. CAMILO ESPINEL – UNIVERSIDAD DE MEDELLIN**

**ANALISIS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS EN
BOLIVIA EN FUNCION A LA DOCTRINA DE LA TEORIA DEL DELITO Y DEL AUTO
SUPREMO 0107/2013 RRC DE 22 DE ABRIL**

DR. WENDEL HENRY NATTAN

RESUMEN

Se analiza la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Bolivia, que es un tema de debate permanente a nivel normativo y doctrinal, erróneamente se cree que es un tema que ya está resuelto porque se ha establecido en la ley 004 de lucha contra la corrupción, enriquecimiento ilícito e investigación de fortunas Marcelo Quiroga Santa Cruz y la Ley 1390 de Fortalecimiento Para la Lucha Contra la Corrupción que si existe responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin embargo, en nuestro sistema penal, la ley claramente establece que se aplicará a las personas que en el momento del hecho fueren mayores de edad, también indica que no se le podrá imponer pena al agente, si su actuar no le es reprochable penalmente y que la culpabilidad y no el resultado es el límite de la pena. Tomando en cuenta estos aspectos y esencialmente el Auto Supremo 107/2013 RRC de 22 de abril que de forma extensa explica que las personas jurídicas no tienen capacidad de cometer hechos punibles, porque no tienen voluntad psicológica que es la forma en la que la culpabilidad se manifiesta, por lo que se analiza la teoría del delito, el dominio final del hecho y de la acción penalmente relevante.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad penal, persona jurídica, capacidad de obrar, culpabilidad, corrupción, doctrina legal aplicable, carácter vinculante, persona natural, acción penalmente relevante, dominio final del hecho.

ANALYSIS OF THE CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL PERSONS IN BOLIVIA
ACCORDING TO THE DOCTRINE OF THE THEORY OF CRIME AND SUPREME AUTO
0107/2013 RRC OF APRIL 22

DR. WENDEL HENRY NATTAN

ABSTRACT

The criminal liability of legal entities in Bolivia is analyzed, which is a subject of permanent debate at the normative and doctrinal level, it is erroneously believed that it is an issue that has already been resolved because it has been established in Law 004 on the fight against corruption, illicit enrichment and investigation of fortunes Marcelo Quiroga Santa Cruz and Law 1390 to Strengthen the Fight Against Corruption, that if there is criminal responsibility of legal persons, however, in our penal system, the law clearly establishes that it will be applied to people who at the time of the act were of legal age, it also indicates that no penalty can be imposed on the agent, if his actions are not criminally reprehensible and that the guilt and not the result is the limit of the sentence. Taking into account these aspects and essentially the Supreme Order 107/2013 RRC of April 22, which extensively explains that legal entities do not have the capacity to commit punishable acts, because they do not have psychological will, which is the way in which guilt is manifested, therefore, the theory of the crime, the final domain of the fact and the relevant criminal action are analyzed.

KEYWORDS

Criminal liability, legal person, capacity to act, culpability, corruption, applicable legal doctrine, binding nature, natural person, relevant criminal action, final domain of the fact.

1. INTRODUCCIÓN

El Auto Supremo N° 107/2013-RRC establece que las personas jurídicas no pueden ser responsables penalmente con la premisa que sólo las personas naturales pueden manifestar o exteriorizar su voluntad a través de la acción penalmente relevante, este aspecto es motivo de análisis ya que en nuestro país se ha generado una línea normativa donde se establece que las personas jurídicas si son responsables penalmente, tal es el caso del Art. 5 de la Ley 004 Ley de Lucha Contra la Corrupción y el Art. 23 bis de la Ley 1390 de Fortalecimiento Para la Lucha Contra la Corrupción. Frente a esta situación se analiza la teoría del delito y la teoría de la acción penalmente relevante, con la finalidad de entender el alcance y sustento dogmático del Auto Supremo N° 107/2013-RRC, respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Bolivia.

2. METODOLOGÍA

Se ha utilizado el Método Exegético, que es el estudio minucioso de las normas jurídicas, del texto de éstas, palabra por palabra, buscando el origen etimológico de la norma, figura u objeto de estudio, desarrollarlo, describirlo y encontrar el significado que le dio o le pretendió dar el legislador. Sobre las técnicas que se utilizaron, son el análisis documental y la investigación bibliográfica. La revisión de la bibliografía o como Hernández Sampieri la llama “la revisión de la literatura” que es el primer paso para el análisis documental e histórico”. (Hernández, 2010, p. 527)

3. DESARROLLO

3.1. La teoría del delito

En el contexto del Derecho Penal uno de los conceptos más importantes es el de delito, toda vez que sobre el posicionamiento teórico que se hace respecto a este concepto se construyen las teorías del Derecho Penal. La teoría del delito es muy importante para entender este artículo, y solo a través de la comprensión plena de lo que significa y sus

alcances tanto dogmáticos como normativos, se puede explicar y fundamentar la postura sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Francisco Muñoz Conde señala lo siguiente: “La Teoría General de Delito estudia las características comunes que debe tener cualquier conducta (acción u omisión) para ser considerada delito, sea esta en el caso concreto un homicidio, una estafa, una agresión sexual o una malversación de caudales públicos”. (Muñoz, 2007, p. 17)

Según el citado autor, la teoría general del delito, hace énfasis en las características comunes de la conducta para que esta sea considerada delito, esto significa que lo que se pretende es establecer rasgos generales y más o menos uniformes en la conducta, es decir, establece criterios o parámetros específicos que son la condición básica para poder hablar de un delito, estos criterios estarán relacionados a la conducta de la persona y la ley penal (como se verá más adelante), dentro de estas dos variables se establecen esas “características comunes que debe tener cualquier conducta” y en base a ellas se determina la existencia o no del delito.

Si bien es cierto que se establecen características comunes, ello no significa que los tipos penales o delitos son todos idénticos, en absoluto, antes de revisar este aspecto se revisa la afirmación sobre ello de Muñoz Conde:

Hay características que son comunes a todos los delitos y otras por las que se diferencian los tipos penales unos de otros; un asesinato es distinto a una estafa o un hurto; cada uno de esos hechos presenta particularidades diferentes y tiene conminadas, en principio, penas de distinta gravedad. Sin embargo, tanto el asesinato como el hurto o la estafa tienen unas características que son comunes a todos los delitos y que constituyen la esencia del concepto general del delito. La verificación de estas características comunes corresponde a la Teoría General del Delito, que es una de las materias de la Parte General del Derecho Penal... (Muñoz, 2007, p. 17)

Nuevamente este autor ilustra de forma precisa el objetivo de la teoría del delito, que es establecer las características comunes en la conducta delictiva, aun si se tratan de delitos de diversa naturaleza.

Sobre este mismo asunto (la teoría del delito) el maestro Claus Roxin señala que: “El método sistemático, al reunir y estructurar todos los elementos del delito en un sistema dogmático permite seguir, en la interpretación y aplicación del Derecho penal, un orden previamente marcado por la estructura del delito; es decir, si concurre una acción, se examinará primero la tipicidad y luego la antijuricidad, culpabilidad y demás presupuestos de la punibilidad”. (Roxin, 2009, p. 35)

De lo expuesto, se entiende que para este autor, la teoría del delito es un método sistemático que tiene como objetivo determinar la estructura y los elementos del delito, para ello se debe verificar de manera precisa la existencia de los elementos principales de la punibilidad y antijuridicidad. Roxin en esta definición ya precisa cuales son los elementos del delito y señala que son la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad.

En ese contexto general cae mencionar que los delitos atribuidos a personas jurídicas necesariamente deben estar acordes a la teoría del delito y demás teorías vigentes, ya que no se ha desarrollado aún una teoría del delito exclusiva para explicar el delito cometido por personas jurídicas, existen teorías sobre la responsabilidad, pero no una teoría del delito propiamente dicha.

3.2. El dominio final del hecho

Una de las obras más destacadas de los últimos años en el contexto del Derecho Penal, es el libro *Autoría y Dominio Final del Hecho en Derecho Penal* de Claus Roxin, en este libro se expone la nueva perspectiva sobre el delito, que se conceptualiza como el “hecho” en esta teoría. En palabras exactas de Roxin explica los antecedentes diciendo:

Fue HEGLER el primero que empleó en Derecho penal la expresión “dominio del hecho”. En su monografía de 1915 sobre Los elementos del delito introduce en numerosos lugares el término “dominio del hecho” o “dominio sobre el hecho” como concepto básico de la sistemática del Derecho penal. Pero HEGLER aún no anuda a esta palabra el contenido que hoy tiene. Bien es verdad que considera ya el dominio del hecho como elemento de la figura del autor o, más exactamente, del sujeto del delito, pero lo entiende referido sólo a los requisitos materiales de la culpabilidad jurídico-penal, o sea, imputabilidad, dolo e imprudencia, así como la ausencia de causas de exculpación. Según HEGLER, actúa culpablemente sólo el que tiene en este sentido “pleno dominio del hecho”, esto es, quien como autor imputable y no coaccionado ha sido “señor del hecho en su concreta manifestación”. También atribuye tal dominio del hecho al autor imprudente, donde consistiría en la «falta de la voluntad de evitar el hecho tal como es, aun cuando era de esperar tal repercusión. (Roxin, 2005, p. 81)

De esa forma Roxin explica los antecedentes y la primera aproximación al concepto de esta teoría, cita a Hegler quien afirmaba que solo se puede actuar culpablemente si se tiene “pleno dominio del hecho”, quien es imputable y no se encuentra coaccionado es “señor” del hecho, es decir, del delito. Por otra parte dice Roxin, que también tiene pleno dominio del hecho quien actúa de forma imprudente ya que atribuye esa imprudencia a la falta de voluntad del agente para evitar el hecho, esto es muy interesante ya que afirmar que pese a tratarse de una conducta imprudente o culposa de todas formas hay dominio del hecho, amerita un estudio más profundo, en el entendido de que se necesita desglosar los alcances de la imprudencia como acción que lleva aun resultado, a un hecho y si el autor efectivamente tiene dominio sobre ello.

El autor Raúl Plascencia Villanueva, en su libro Teoría del Delito, sobre el dominio del hecho dice:

En virtud de las deficiencias planteadas por las posturas restrictivas, extensivas y unitarias, la teoría del dominio del hecho trata de sintetizar a estas teorías pues cada una de ellas enfrenta sólo parcialmente el problema sin lograr resolverlo. Los antiguos intentos de formular un concepto de autor ajustado a los postulados constitucionales y, en consecuencia, un concepto estricto, no cobraron el éxito en virtud de las deficiencias que encaraban. Por un lado, era acertada la pretensión de tratar a la autoría como principal modalidad del obrar criminal, y de construir sobre esta base el edificio de la participación como una causa de extensión de la pena, dependiente del hecho principal, así como lo era la configuración de la autoría desde el tipo. (Plascencia, 2004, p. 212-213).

Este autor expresa que la teoría del dominio del hecho es una respuesta a las deficiencias de otras teorías del delito, por lo que trata de sintetizarlas para superar esas deficiencias, asimismo afirma que la autoría es la principal modalidad del acto criminal o delictivo, por lo que construir sobre ello el concepto de la participación como presupuesto y extensión de la pena.

Por su parte Reinhart Maurach en su libro Tratado de Derecho Penal, hace una apreciación tajante y clara respecto a la autoría y el dominio del hecho:

Por otra parte, las fallas que representaba consistían en el deseo de formular un concepto unitario de autor sobre la base de la causación, pues el contenido de la autoría debe ser enjuiciado de modo distinto en los hechos punibles dolosos y culposos. Según que el hecho sea calificado en uno o en otro de estos grupos, serán también por completo distintas las consecuencias de la autoría para el concepto de participación: ésta únicamente es posible en los hechos dolosos, siendo imposible su presencia para los culposos. (Maurach, 1962, p. 307)

Para este autor el dominio del hecho solo se puede aplicar en delitos dolosos, ya que como afirma, la autoría conlleva distintas consecuencias según el grado de participación, pero el dominio del hecho como tal, solo es posible si hay una conducta dolosa ya que si

se trata de un hecho culposo, es evidente que no se puede hablar de dominio sobre. Sin embargo esto no es tan simple, ya que como en la teoría finalista de la acción se ha señalado, la falta de voluntad de evitar el hecho imprudente también implica una acción omisiva y si aplicamos esto al dominio del hecho, un hecho culposo es también parte de la teoría del dominio final del hecho. Las personas jurídicas no pueden tener dominio final del hecho por ser entes fictos, están completamente excluidas de la comisión de delitos en el contexto de la teoría del dominio final del hecho.

3.3. La teoría de la acción penalmente relevante

La conducta humana delictiva o no, se manifiesta a través de acciones, estas acciones son la materialización de nuestros pensamientos y están dirigidas a un objetivo concreto, en el caso del Derecho Penal es necesario conocer qué tipo de acciones son las que específicamente deben ser estudiadas para que se puedan determinar los tipos penales, que no son otra cosa que la descripción de acciones u omisiones en algunos casos que están prohibidas o exigidas según corresponda.

En el contexto de la Teoría de la Acción Penalmente Relevante, el autor José Gustavo Girón Palles, en su libro Teoría del Delito, expresa que:

La norma penal está estructurada en dos partes, el supuesto de hecho o sea la conducta esperada y la consecuencia jurídica. Al derecho penal le interesan esos comportamientos humanos en donde la acción o la omisión constituyen el primer elemento o categoría del delito y de manera general se refieren a la realización u omisión de la conducta humana penalmente relevante. (Girón, 2013, p. 7)

Este autor manifiesta que al Derecho Penal solo le interesan las conductas o comportamientos que constituyen el primer elemento del delito, que llegaría a ser la tipicidad, lo que significa que para el Derecho Penal lo más importante es la conducta que

está enmarcada en la ley penal; agrega que también la omisión es relevante, siempre y cuando este inmersa en un tipo específico.

Bacigalupo por su parte sobre este mismo tema dice:

El concepto de acción tiene la función de establecer el mínimo de elementos que determinen la relevancia de un comportamiento humano para el derecho penal. Dicho con otras palabras, la caracterización de un comportamiento como acción o como no acción determina si el comportamiento es o no relevante para el derecho penal. En este sentido, el concepto de acción se debe referir a comportamientos de los que eventualmente se pueda predicar la culpabilidad del autor (si concurren los elementos que la fundamentan. (Bacigalupo, 1999, p. 245)

Para Bacigalupo, el comportamiento o conducta solo es relevante si es considerada “acción”, manifiesta que solo de esta forma se establece la intervención del Derecho Penal y que si la conducta es una acción debe conducir a la determinación de la culpabilidad del autor de un hecho delictivo.

Las personas jurídicas no pueden realizar acciones penalmente relevantes, porque no tienen voluntad propia que se exteriorice, todo cuando realizan lo hacen a través de sus órganos y representantes, aspecto que ya está regulado desde hace mucho tiempo en nuestro Código Penal.

3.4. Teoría de la acción

Se ha expuesto en forma general la Teoría de la Acción Penalmente Relevante, por esa razón es necesario entender ahora, que es la acción.

Para Muñoz Conde “Se llama acción a todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante. La voluntad implica

siempre una finalidad”. (Muñoz, 1998, p. 228) Esta definición tiene tres aspectos fundamentales:

El comportamiento depende de la voluntad, lo que significa que una acción solo puede ser tal cuando los elementos psicológicos se materializan libres de coacción o de error, *solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante*, volviendo a lo ante dicho, para el Derecho Penal es relevante la acción de quien actúa voluntariamente sin que haya mediado en ese acto algún vicio o error y finalmente, *la voluntad siempre implica una finalidad*, ya que al tratarse de un comportamiento que responde a una decisión psicológica y físicamente libre, persigue un fin específico y claro.

Muñoz Conde sobre el concepto de acción agrega: “El concepto de acción es pues, el objeto de una valoración, no la valoración misma que se hace posteriormente en las restantes categorías del delito”. (Muñoz, 2007, p. 24) Esta aclaración del objeto de la valoración que se hace en la Teoría de la Acción Penalmente Relevante es para precisar que el concepto de acción está sometido a una valoración, no es la valoración que se da en las otras categorías del delito.

3.4.1. El comportamiento humano

Se ha dicho que la acción es un comportamiento humano, entonces corresponde estudiar su definición para comprender adecuadamente y contextualizar. Muñoz Conde sobre el comportamiento humano dice:

La norma jurídico penal pretende la regulación de conductas humanas y tiene por base la conducta que intenta regular. Para ello tiene que partir de la conducta tal y como aparece en la realidad. De toda gama de comportamientos humanos que aparecen en la realidad, la norma selecciona una parte que valora negativamente conminándola con una pena, es pues, la conducta humana el punto de partida de toda reacción jurídico penal y el objeto

al que se agregan determinados predicados, (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), que convierten esa conducta en punible. (Muñoz, 2007, p. 23)

El comportamiento es la suma de conductas o actos que realizamos cotidianamente, así, todo acto que refleja un comportamiento es una conducta. En la cita precedente se puede apreciar que la norma regula las conductas humanas que considera relevantes en el campo del Derecho en general y del Derecho Penal en particular.

Dice Muñoz Conde que de toda la variedad de comportamientos humanos, la ley penal selecciona una parte que considera negativos, esa valoración negativa conduce a la respuesta sancionatoria a través de una pena. Agrega que la conducta humana (el comportamiento humano), es el punto de partida de la respuesta del *Ius Puniendi* del Estado y para ellas se establecen los predicados que son los elementos del tipo y de esa forma se tiene una conducta punible. Por lo tanto la conducta es una expresión del comportamiento, y el comportamiento conlleva a la acción como tal y esta a su vez a la acción penalmente relevante. Aspecto que es imposible de cumplir por parte de una persona jurídica porque no tiene un comportamiento propio ni tampoco tiene voluntad.

3.4.2. El comportamiento penalmente relevante

Se ha estudiado la acción y el comportamiento humano en el contexto de la Teoría de la Acción Penalmente Relevante, por esa razón corresponde ahora revisar la doctrina en relación a uno de los conceptos ya expuestos que es el comportamiento humano, siendo necesario conocer cuál es el comportamiento penalmente relevante. El autor Ricardo Nieves en su libro *Teoría del Delito y Practica Penal*, citando a Zaffaroni expresa:

La conducta humana es inescindible, señala Zaffaroni: es el todo del delito, un todo pre jurídico, y jurídico a la vez. Es pre jurídico porque existe antes que la ley la describa e independientemente de su descripción y valoración o desvaloración. Es un todo jurídico

por ser materia de una valoración jurídica”. La conducta es lo genérico y lo delictivo es lo específico. (Nieves, 2010, p. 40)

Zaffaroni hace una apreciación general y jurídica del comportamiento penalmente relevante, primero dice que es el todo del delito, que se da o materializa antes de cualquier hecho delictivo y a la vez es el todo del delito, el comportamiento es lo que se valora jurídicamente y es el género, mientras que el delito es lo específico, este razonamiento obedece a la lógica elemental, ya que todo ser humano realiza actos que expresan su comportamiento y solo una pequeña parte de ellos tienen o asumen conductas delictivas.

3.4.3. Ausencia de acción

El delito es un acto voluntario, por esa razón cuando se habla de ausencia de acción se habla también de que no es penalmente relevante, así lo confirma Muñoz Conde al afirmar que: “Puesto que el Derecho Penal solo se ocupa de acciones voluntarias, no habrá acción penalmente relevante cuando falte la voluntad”. (Muñoz, 2007, p. 29) Los casos en los que se dan ausencia de acción son los siguientes:

- a) **Fuerza física irresistible:** es una condición de fuerza proveniente del exterior que actúa materialmente sobre el agente. El agente opera como una masa mecánica. La fuerza ha de ser absoluta de tal forma que no deje ninguna opción al que la sufre (vis absoluta).
- b) **Movimientos reflejos:** tales como las convulsiones epilépticas, no constituyen acción, ya que el movimiento no está en estos casos controlado por la voluntad.
- c) **Estados de inconciencia:** también falta la acción en los estados de inconciencia, tales como el sueño, el sonambulismo, la embriaguez letárgica, etc. Sin embargo la conducta puede ser penalmente relevante si el sujeto se ha colocado

voluntariamente en dicho estado para delinquir, en estos casos llamados *actiones liberae in causa*, lo relevante penalmente es el actuar precedente.

Las personas jurídicas así como no pueden manifestar acciones, tampoco se puede, hablar de ausencia de acción en caso de éstas.

3.4.4. Acción y resultado

Al ser la acción un comportamiento voluntario que está orientado a un fin concreto, luego de exteriorizarse y materializarse provoca un cambio en el mundo exterior, ese cambio es un resultado. Para comprender mejor la acción y el resultado, revisamos a Zaffaroni quien dice que: “La acción concebida como sentido que se exterioriza tiene efectos en el mundo: puede ser que cambie en la forma imaginada por el agente o que no lo haga, pero en cualquier caso esa exteriorización tendrá múltiples efectos mundanos (imaginados, imaginables e inimaginables)”. (Zaffaroni, 2002, p. 417)

Muñoz conde respecto a este tema señala que:

Al realizarse en el exterior la acción siempre modifica algo, produciendo un resultado, pero este resultado ya no es parte integrante de la acción. Existe una tendencia doctrinal a considerar a la acción manifestada como resultado, pero con ello se confunde la manifestación de la voluntad con las modificaciones que se producen en el mundo exterior a consecuencia de esa manifestación. (Muñoz, 2007, p. 35)

El resultado de la acción según Muñoz Conde es la modificación de “algo” que en el caso del delito será la afectación de un bien jurídico protegido. Por otra parte este autor habla de la confusión que se puede dar sobre la manifestación de la voluntad, que no es el resultado, es el medio para producir el resultado, que se confunde con las modificaciones del mundo exterior.

La dirección final de la acción se realiza en dos fases: una interna y otra externa. (Muñoz, 2007, p. 25)

- a) En la fase **interna**, que sucede en la esfera del pensamiento del autor, éste se propone anticipadamente la realización de un fin, para llevar a cabo este fin selecciona los medios necesarios; es decir, solo cuando el autor está seguro de **qué es lo que quiere** puede plantearse el problema de cómo **lo quiere**. En esta fase interna tiene también que considerar los **efectos concomitantes** que van unidos a los medios a los medios elegidos y a la consecución del fin que se propone, una vez que acepta los efectos concomitantes, éstos también pertenecen en la acción.
- b) Fase **externa**. Una vez **propuesto el fin, seleccionados los medios** para su realización y **ponderados los efectos concomitantes**, el autor procede a su realización en el mundo externo: pone en marcha, conforme a un plan, el proceso causal dominado por la finalidad y procura alcanzar la meta propuesta.

En la valoración penal puede suceder que cualquiera de los aspectos de la acción, una vez que ésta se ha realizado en el mundo externo. Puede suceder que el fin principal sea irrelevante desde el punto de vista penal y que lo importante sean los efectos concomitantes o los medios seleccionados para realizarlo.

3.5. La teoría de la acción y las personas jurídicas

Uno de los criterios más polémicos de los últimos años en el Derecho Penal, es aquel que sostiene que las personas jurídicas, pese a ser una ficción legal, tienen responsabilidad penal. Sin embargo, de todos los conceptos expuestos y cuyas definiciones son claras, se tiene que el delito es un “acto” es decir, una acción, que la acción es un comportamiento y una persona jurídica no realiza actos, no tiene comportamiento, ni voluntad ni autonomía. Concuera con esta afirmación Muñoz Conde quien considera que “Ni los

animales ni las cosas pueden ser sujetos de la acción, por más que en épocas pretéritas existieran procesos contra cosas que habían producido resultados dañosos o animales que provocaron epidemias, muerte de personas, etc.” (Muñoz, 2007, p. 32); la equiparación de las cosas y los animales que realiza Muñoz Conde explica que la acción esta fuera del alcance de las personas jurídicas y como la acción es el presupuesto principal del delito, no puede existir responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Por otra parte “Desde el punto de vista penal, la capacidad de acción, de culpabilidad y de pena exigen la presencia de una voluntad, entendida, como facultad psíquica de la persona física que no existe en la persona jurídica, mero ente ficticio al que el Derecho atribuye capacidad a otros efectos distintos a los penales”. (Muñoz, 2007, p. 32) Ninguna persona jurídica tiene voluntad, porque no tiene un cerebro que exprese capacidad psíquica, por lo tanto el delito y su emergente responsabilidad penal solo es posible ser atribuido a seres orgánicos con estructura psicológica que refleje comportamiento, voluntad y acción.

3.6. Auto Supremo 107/2013 RRC de 22 de abril

Es importante analizar la doctrina legal aplicable establecida por el Auto Supremo 107/2013 RRC de 22 de abril, que tiene relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas en delitos contra el honor.

El Tribunal Supremo de Justicia a través de su Unidad de Sistematización de Jurisprudencia, en su publicación de la Revista de Jurisprudencial correspondiente al año 2013, realiza un análisis de la jurisprudencia más relevante de ese año, entre los Autos Supremos analizados se encuentra el N° 107/2013 de 22 de abril, donde destaca indicando que: “Con la premisa que sólo las personas naturales pueden manifestar o exteriorizar su voluntad a través de la acción penalmente relevante y que son éstas las que ocupan la situación jurídica de administrador, gerente, representante, mandatario o

personero legal de una persona jurídica; se tiene que sólo las personas individuales deben responder penalmente ante un hecho antijurídico”. (TSJ, 2013, p. 38)

Este análisis fue extraído del Auto Supremo que se revisa, donde de manera más amplia señala lo siguiente:

En consecuencia, además del reconocimiento expreso sobre la titularidad de determinados derechos fundamentales a las personas jurídicas, no existe norma ni constitucional ni de rango legal, que impida que las personas jurídicas puedan ser sujetos de derechos fundamentales, siendo claro que la propia Constitución configura determinados derechos para ser ejercidos de forma individual, en el entendido de que la falta de una existencia física, determina que las personas jurídicas no puedan ser titulares del derecho a la vida o a la integridad física, entre otros; sin embargo, teniendo en cuenta que si el objetivo y función de los derechos fundamentales es la protección del individuo sea como tal individuo o sea en colectividad, es lógico que las organizaciones que las personas naturales crean para la protección de sus intereses sean titulares de derechos fundamentales, en tanto y en cuanto éstos sirvan para proteger los fines para los que han sido construidas. (AS 107/2013 RRC, p. 10-11)

Entonces, las personas jurídicas si son sujetos de derechos, es decir pueden gozar de derechos ya que no existe norma de ningún rango, que impida que las personas jurídicas puedan ser sujetos de derechos fundamentales, por lo tanto si son sujetos de derechos y también pueden ser sujetos pasivos de delitos, por ejemplo: “(...) se tiene que existe un reconocimiento expreso al derecho de honor de las personas jurídicas, teniendo en cuenta que el Libro Segundo, Título IX del Código Penal, describe los delitos contra el honor, consistentes en la Difamación, Calumnia e Injuria, reconociendo expresamente el art. 282 que configura el delito de Difamación, la posibilidad de que una persona colectiva sea sujeto pasivo del referido delito”. (AS 107/2013 RRC, p. 11)

Es otra expresión clara de la jurisprudencia en relación a la posibilidad real y cierta de que las personas jurídicas gozan de derechos que están relacionados a su naturaleza y característica jurídica, excluyéndose aquellos derechos que por sentido común entendemos que no le son propios, como por ejemplo el derecho a la salud, a la educación, a la familia, etc., etc.

Otra puntualización que se entiende como doctrina legal aplicable en el Auto Supremo señala:

Por otra parte, el sujeto pasivo del delito de Calumnia puede ser cualquier persona física o natural y no así una persona jurídica o moral, porque ésta no tiene capacidad de cometer hechos punibles y por lo tanto no puede ser objeto de imputación; consecuentemente, solamente pueden ser sujetos pasivos del delito de calumnia quienes pueden ser también sujetos activos. (AS 107/2013 RRC, p. 11)

Esta afirmación es muy importante, indica que las personas jurídicas no pueden cometer hechos punibles, es algo que se había afirmado anteriormente cuando se comentaba que uno de los elementos del delito es la culpabilidad, entendida como el nexo psicológico entre la acción y la voluntad del sujeto activo, aspectos que no se pueden encontrar en un ente jurídico, sino únicamente en una persona natural.

4. CONCLUSIONES

PRIMERA

El Código Penal claramente establece que la ley penal se aplicará a las personas que en el momento del hecho fueren mayores de edad, también indica que no se le podrá imponer pena al agente, si su actuar no le es reprochable penalmente y que la culpabilidad y no el resultado es el límite de la pena. Tomando en cuenta estos aspectos que tienen que ver con el vínculo psicológico necesario entre la persona y el resultado de su acto y el Auto Supremo 107/2013 RRC de 22 de abril que de forma extensa explica que las personas

jurídicas no tienen capacidad de cometer hechos punibles, porque no tienen voluntad psicológica que es la forma en la que la culpabilidad se manifiesta. Si bien existe normativa y doctrina que establece que si existe responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin embargo en mérito al Auto Supremo señalado, existe cuando menos duda sobre esa situación.

SEGUNDA

De todos los conceptos expuestos y cuyas definiciones son claras, se tiene que el delito es un “acto” es decir, una acción, que la acción es un comportamiento y una persona jurídica no realiza actos, no tiene comportamiento, ni voluntad ni autonomía. Concuerda con esta afirmación Muñoz Conde quien considera que ni los animales ni las cosas pueden ser sujetos de la acción, por más que en épocas pretéritas existieran procesos contra cosas que habían producido resultados dañosos o animales que provocaron epidemias, muerte de personas, etc. La equiparación de las cosas y los animales que realiza Muñoz Conde explica que la acción esta fuera del alcance de las personas jurídicas y como la acción es el presupuesto principal del delito, no puede existir responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito dogmático.

TERCERA

Desde el punto de vista penal, la capacidad de acción, de culpabilidad y de pena exigen la presencia de una voluntad, entendida, como facultad psíquica de la persona física que no existe en la persona jurídica, por ser un ente ficticio al que el Derecho atribuye capacidad a otros efectos distintos a los penales. Ninguna persona jurídica tiene voluntad, porque no tiene un cerebro que exprese capacidad psíquica, por lo tanto el delito y su emergente responsabilidad penal solo es posible ser atribuido a seres orgánicos con estructura psicológica que refleje comportamiento, voluntad y acción.

BIBLIOGRAFÍA

Bacigalupo Enrique (1999), *Derecho Penal – Parte General*, 2da edición, Hammurabi SRL, Buenos Aires

Bolivia (Tribunal Supremo de Justicia), *Auto Supremo N° 107/2013-RR*, Sucre, 22 de abril de 2013. Recuperado en fecha 03/04/2022 de:

<https://tsj.bo/wp-content/uploads/2019/11/revista-de-jurisprudencia-nro-1-2013.pdf>

Girón Palles, José Gustavo (2013); *Teoría del Delito*, 2da edición Instituto de la Defensa Pública Penal, Guatemala

Hernández Sampieri Roberto, Et. Al. (2010), *Metodología de la Investigación*, Mc Graw Hill, México DF

Maurach, Reinhart (1962), *Tratado de derecho penal*, trad. Juan Córdoba Roda, Barcelona

Muñoz Conde Francisco (2007), *Teoría General del Delito*, 4ta edición, Tirant Lo Blanch, Valencia

Nieves Ricardo (2010), *Teoría del Delito y Practica Penal*, Editora Centenario S.A., Santo Domingo

Plascencia Villanueva Raul (2004), *Teoría del Delito*, editorial UNAM, México DF

Roxin Claus (2005), *Autoría y Dominio Final del Hecho en Derecho Penal*, Marcial Pons ediciones, Madrid

DE: **DR. WENDEL HENRY NATTAN**

REVISADO POR: **DRA. KARLA SAENZ LÓPEZ – UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVA LEÓN**

EXPLORANDO LA “DIALOGICIDAD” ENTRE EL DERECHO Y LA FILOSOFÍA DEL LENGUAJE CONTEMPORANEOS

(Casuística de la Relaciones Internacionales de las Entidades Territoriales Autónomas en el Estado Plurinacional)

DR. OSCAR ALBA SALAZAR

RESUMEN

El trabajo en un sentido de investigación corta y modélica, propone revisar partes del contenido, construcción e interpretación del régimen jurídico de las “Relaciones Internacionales de las Entidades Territoriales Autónomas” (RR.II de las ETAs) contenido en la Ley 699 de 1ero de junio del 2015, vista desde las propuestas de las teorías lingüísticas de Gerard Genette y Mijail Bajtin como modelos para la investigación y visibilización de los usos perversos (en sentido de per/versiones -otras versiones-) del derecho contenido en la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (CPEP) del 2009 y normas concurrentes. La metodología está caracterizada por la búsqueda de lógicas que pueden encontrarse, concurrencias (dialogismos) que mostraré a través de enunciados en párrafos diferenciados y combinados de derecho y filosofía del lenguaje y espero de ese modo, hacer visible la utilidad de ese encuentro, mostrando entre las evidencias la necesidad de uniformar criterios de una “Ley Marco” sobre interpretación constitucional para las futuras acciones legislativas, judiciales y administrativas en el ambiente de la Constitución Política del Estado Plurinacional.

PALABRAS CLAVE

Régimen jurídico, relaciones internacionales, entidades territoriales autónomas, teorías lingüísticas, uso perverso del derecho, lógicas concurrentes, dialogismos, derecho y filosofía del lenguaje, ley marco, ley básica, ley de desarrollo

EXPLORING THE "DIALOGICITY" BETWEEN CONTEMPORARY LAW AND LANGUAGE PHILOSOPHY

**(Casuistry of the International Relations of the Autonomous Territorial Entities in the
Plurinational State).**

DR. OSCAR ALBA SALAZAR

ABSTRACT

The work in a sense of short and model research, proposes to review parts of the content, construction and interpretation of the legal regime of the "International Relations of the Autonomous Territorial Entities" (RR. II of the ETAs) contained in Law 699 of June 1, 2015, seen from the proposals of the linguistic theories of Gerard Genette and Mijail Bakhtin as models for the investigation and visibilization of the perverse uses (in the sense of per/versions -other versions-) of the law contained in the Political Constitution of the Plurinational State of Bolivia (CPEP) of 2009 and concurrent norms. The methodology is characterized by the search for logics that can be found, concurrences (dialogisms) that I will show through statements in differentiated and combined paragraphs of law and philosophy of language and I hope, that way, to make visible the usefulness of that encounter, showing among the evidences the need to standardize criteria of a "Framework Law" on constitutional interpretation for future legislative, judicial and administrative actions in the environment of the Political Constitution of the Plurinational State.

KEIWORDS

Legal regime, international relations, autonomous territorial entities, linguistic theories, perverse use of law, concurrent logics, dialogisms, law and philosophy of language, framework law, basic law, development law.

DESARROLLO

A) PROPUESTAS.

1. En la tercera acepción de la edición virtual y del tricentenario de la Real Academia Española (RAE); **dialogico** sería una expresión “que contempla o propicia la posibilidad de discusión” (RAE, 2020), en una serie de acepciones atribuidas a Mijail Bajtín parafraseadas por Coco School de México: “el dialogismo es cuando dos voces presentes en el texto, interactúan entre sí”, “los dialogismos tienden a ser oposiciones entre dos ideas o pensamientos”, así con Bajtín identifican dos tipos de sistemas semióticos: “El sistema monológico: cuando hay una sola voz en el texto, una sola concepción o idea. El sistema dialógico: cuando son dos o más voces en el texto. Se puede dar el caso de que estas voces se complementen” (Coco School de México, 2021).
2. La percepción simple o noción del **“texto”** nos permite caracterizarlo como la representación simbólica (lingüística) de ideas o conceptos en forma oral o escrita que sirve para la comunicación y la creación de intersubjetividad social, como ocurre con los textos normativos; pero para que pueda elevar la utilidad de este trabajo tomaremos los desarrollos de Beaugrande y Dressler, citados por Alfonso Corbacho (2006, p. 80 y 81) “ Un texto es un acontecimiento comunicativo que cumple siete normas de **textualidad**”, “... son las condiciones obligatorias que debe cumplir un texto para que pueda ser catalogado como tal”¹, y como elementos motivadores de

¹ 1) **Cohesión.** Por cohesión debe entenderse «las diferentes posibilidades en que pueden conectarse entre sí dentro de una secuencia los componentes de la SUPERFICIE TEXTUAL» (Beaugrande & Dressler, 1997: 35). En otras palabras, la cohesión da cuenta de cómo están estructuradas las distintas partes del texto y las funciones sintácticas en el marco de la comunicación. 2) **Coherencia.** La coherencia es definida por Beaugrande & Dressler (1997: 37) como aquella que «regula la posibilidad de que sean accesibles entre sí e interactúen de un modo relevante los componentes del MUNDO TEXTUAL, es decir, la configuración de los CONCEPTOS y de las RELACIONES que subyacen bajo la superficie del texto». Dicho de otro modo más simple, la coherencia es la propiedad que proporciona a un conjunto de secuencias lingüísticas la continuidad del sentido entre el mundo interno del texto y sus referencias externas.

búsqueda de más sentidos, transcribo las referencias a las nociones fundantes de **intertextualidad** hechas por Iván Villalobos (2003, p 141 y 140) en referencia a Julia Kristeva: “... todo texto se construye como mosaico de citas, todo texto es absorción de otro texto. En lugar de la noción de intersubjetividad se instala la de intertextualidad...” y de Roland Barthes: “La intertextualidad, condición de todo texto cualquiera que sea, no se reduce evidentemente a un problema de fuentes o de influencias. El intertextual es un campo general de fórmulas anónimas cuyo origen es raramente identificado, de citas inconscientes y automáticas dadas sin comillas. Espistemológicamente, el concepto de intertexto es lo que aporta a la teoría del texto el volumen de la socialidad: es todo el lenguaje, anterior y contemporáneo, que llega al texto no según la vía de una filiación identificable, de una imitación voluntaria, sino según la vía de la diseminación (imagen que asegura al texto el estatuto no de una reproducción, sino de una productividad)”.

3. En este trabajo, busco explorar la dialogicidad entre las propuestas y desarrollos de algunos filósofos del lenguaje en relación a los **usos constructivos e interpretativos del derecho** en el ambiente de la teoría y la práctica del derecho en Bolivia, ambiente que parece encontrarse detenido en las necesarias pero insuficientes

3) **Intencionalidad.** Ésta es definida como «la actitud del productor textual: que una serie de secuencias oracionales constituya un texto cohesionado y coherente es una consecuencia del cumplimiento de las intenciones del productor» (Beaugrande & Dressler, 1997: 40). Así pues, la intencionalidad está orientada, por parte del productor del texto, a la consecución de unos objetivos en la comunicación. 4) **Aceptabilidad.** Según Beaugrande & Dressler (1997: 41), «la aceptabilidad se refiere a la actitud del receptor: una serie de secuencias que constituyan un texto cohesionado y coherente es aceptable para un determinado receptor si éste percibe que tiene alguna relevancia». 5) **Informatividad** Beaugrande & Dressler (1997: 43) definen esta norma de textualidad como aquella «que sirve para evaluar hasta qué punto las secuencias de un texto son predecibles o inesperadas, si transmiten información conocida o novedosa». Según este criterio, todo texto está caracterizado por un contenido informativo. 6) **Situacionalidad.** La situacionalidad se refiere a «los factores que hacen que un texto sea RELEVANTE en la SITUACIÓN en la que aparece» (Beaugrande & Dressler, 1997: 44). 7) **Intertextualidad.** La última norma de textualidad se define como «los factores que hacen depender la utilización adecuada de un texto del conocimiento que se tenga de otros textos anteriores» (Beaugrande & Dressler, 1997: 45). Así pues, esta propiedad textual se fundamenta en el grado de dependencia de un texto con respecto a uno o varios textos. (Corbacho , 2006, p 81 y 82)

teorías jurídicas del inicio de la modernidad occidental del derecho a través de modelos o paradigmas como el Código Civil Francés, de los que nunca fueron copiados completa o plenamente, pero siempre fueron usados como elementos del concepto normativo de derecho que no logra salir del espacio del formalismo de la semiótica normativa local; presentaré como pretexto casuístico y hermenéutico el régimen jurídico de las Relaciones Internacionales de las Entidades Territoriales Autónomas en Bolivia, el que estamos desarrollando con un grupo de trabajo del Instituto de Estudios Internacionales de Bolivia (IDEI).

4. De los varios filósofos que se ocupan del lenguaje como centro del pensamiento contemporáneo, tomaré algunas propuestas de Mijaíl Bajtín y Julia Kristeva que hizo la apología del primero y su exitosa propuesta de “intertextualidad”, pero sobre todo y especialmente las de Gerard Genette y sus desarrollos de la que denomina **transtextualidad** o en uno de sus conceptos más sugerentes como es la architextualidad², que considero pueden aportar a la comprensión de las “interpretaciones” de un régimen jurídico de polisemias inducidas por intereses de poder o cuya consistencia, coherencia y pertinencia (constitucional, convencional, legal) no es fácilmente identificable como ocurre con el boliviano y por tanto puede contribuir a una posible revalorización académica y doctrinal del mismo, apoyada en procesos de investigación basados en esta propuesta.
5. Los encuentros/desencuentros entre las fuentes del derecho, los métodos de interpretación de la lingüística, su filosofía y los del derecho configuran lo que intento enunciar como la “**dialogicidad del derecho y la filosofía del lenguaje**” un objeto que sería inabarcable en esta ocasión, sino concentro la atención en el régimen jurídico de las RR.II de las ETAs (casuística) con la esperanza de que el

² Que entendemos refiere a los elementos de arquitectura, ingeniería o construcción de los textos y que en ese sentido metafórico puede ser traducido o entendido también como architextualidad y que presentaremos en la parte de desarrollo

razonamiento analógico induzca a los investigadores a emularlo en otras materias en el futuro.

6. La elección del régimen jurídico de las “Relaciones Internacionales de las Entidades Territoriales Autónomas” obedece al escaso desarrollo local de mismo, que evitará el posicionamiento o anclaje en las escuelas doctrinales de otras materias; además desde mi experiencia personal, son virtuosas sus posibilidades de transtextualidad con materias del derecho interno, extranjero e internacional, desde las construcciones de los diferentes tópicos que forman el derecho internacional, el constitucional, el municipal administrativo y otros y con posibilidades de generar un efecto “espejo” en los usos del derecho de otros regímenes.
7. Para poner en evidencia el encuentro de lógicas (dialogicidad) entre el derecho y la filosofía, propondré “enunciados” estructurados en forma de párrafos que nos faciliten el encuentro de textos, que me alivien la carga de argumentar las construcciones del régimen jurídico de las Relaciones Internacionales de las Entidades Territoriales Autónomas en el país, de este modo se nos facilitará hacer un rastreo palimpsestico³ y a una interpretación dialógica y transtextual o intertextual de sus contenidos en relación a los discursos y especialmente de los textos que configuran el régimen ya mencionado.
8. La propuesta se comprime (¿oprime?) en la presentación de las construcciones transtextuales que ignoran los (¿inexistentes?) criterios constitucionales, legales y jurisprudenciales de construcción legislativa, o dicho de otro modo se cierra en la necesidad de evidenciar el uso de los métodos y criterios de “construcción” e “interpretación” perversa de un régimen inserto en un ambiente de abundancia

³ Dícese de “(los) manuscritos antiguos que conservan huellas de una escritura anterior borrada (RAE) y que es el hipotexto Genettiano que inspira este trabajo

legislativa (muchos órganos y mecanismos legislativos generando textos) e incertidumbre interpretativa (abundancia judicial y administrativa de interpretaciones de conveniencia) que no tienen claridad constitutiva y no respeta criterios de construcción e interpretación débilmente estructurados que a su vez no permiten generar regímenes jurídicos especializados robustos y de clara aplicación, contribuyendo de ese modo a empeorar las “crisis” permanente del derecho en Bolivia.

B) VARIOS DE LOS POSIBLES DESARROLLOS DIALOGICOS DESDE LA LINGUISTICA

9. En un tiempo largo de esta investigación, se proponen varias interpretaciones y soluciones dialógicas a la ¿crisis constante? de Los enunciados que hacen al manejo de los conceptos de justicia en Bolivia; vengo observando propuestas como la del Ministerio de Justicia, centrada en aspectos como “redistribución de jueces, acceso en igualdad de condiciones, transformación digital y modificación de normas y profundizar la ética” (Viceministerio de Comunicación, 2021) y de varias contrapropuestas, como la de un grupo de juristas “independientes”, que hacen su propuesta centrada en “eliminar la elección de magistrados y tribunales, aumentar el presupuesto del Órgano Judicial, revalorizar la justicia indígena e incorporar la justicia ciudadana de paz” (Pagina siete, 2021), considero que todas ellas son importantes y pertinentes, pero no inciden lo suficiente en la parte paradigmática (modélica) y epistémica (principios de conocimiento) que sostienen a los métodos de uso e interpretación del derecho que siempre fueron un texto detrás del texto (palimpsesto) para los legisladores y operadores del derecho en Bolivia.
10. Los abogados bolivianos estamos conscientes desde nuestros estudios de pregrado y post grado de la importancia de la “interpretación” del derecho, sea esta legislativa, jurisprudencial o doctrinal y también estamos informados de los métodos exegético, gramatical, teleológico e histórico, por la enseñanza de varias

generaciones de docentes de introducción al derecho y métodos del derecho, pero parece que algún ambiente polar, congeló las posibilidades interpretativas y por el rol pragmático y conveniente de las astucias interpretativas parece continuar expresando el principio de que “ley se acata pero no se cumple” famoso desde los colonialismos de distinto cuño, también tenemos presente que desde el Decreto Supremo No 25350 de 8 de abril de 1999 referido a las técnicas normativas en Bolivia, solo existieron esfuerzos de algunos gobiernos subnacionales para sistematizar normativamente la técnica legislativa y por ello una de las propuestas a relieves es dotarnos de una “Ley Marco” que actualice la técnicas legislativas, incluyendo las interpretativas en el Estado Plurinacional.

11. La lingüística y la semiótica contemporánea incorporaron a su teoría y metodología, los conceptos de enunciado, dialogicidad, discurso y otros de Mijail Bajtin, de intertextualidad de Julia Kristeva, de transtextualidad de Gerard Genette entre otros y de cuyas propuestas algunos legisladores, jueces y abogados parecen no enterarse, ni siquiera existen referencias a esos desarrollos en los planes de enseñanza de diferentes materias del derecho. Este trabajo procura mostrar a la luz de los conceptos de la filosofía del lenguaje los usos perversos de la ortografía, la sintáctica y la semiótica jurídica tradicional usados como metodología de construcción e interpretación, para graficarlo, veremos algunos ejemplos ligados a régimen jurídico de las Relaciones Internacionales de las ETAs.
12. Una parte esencial del encuentro de lógicas es presentar adecuando al ensayo (transtextualizando) algunas de las propuestas conceptuales de Gerard Genette en sus enunciados insertos en “PALIMPSESTOS”, “La literatura en segundo grado” (Genette, 1989), en sucesivos párrafos, citaré y explicitaré mi interpretación del alcance de cada uno de los conceptos genettinos que nos ayudaran en este trabajo.

13. La **transtextualidad**, en un primer acercamiento sería “todo lo que pone al texto en relación manifiesta o secreta con otros textos” “... e incluye la architextualidad y algunos tipos más de relaciones transtextuales” (Genette, 1989, p.9). No cabe duda que la mayoría de las fuentes escritas del derecho en Bolivia⁴, sus textos jurídicos (convenciones, constitución, leyes, reglamentos) se hallan dentro el alcance del concepto y por tanto debieran ser de fácil acceso⁵ y sencilla identificación y comprensión para trabajar las relaciones entre los textos que las contienen, que en casos como el del Régimen Jurídico de las RR.II de las ETAs, permitirían proceder a la comparación y contrastación de contenidos o enunciados para identificar los usos sintácticamente correctos o perversos de sus contenidos.
14. La **intertextualidad**, se daría en “... una relación de copresencia entre dos o más textos, es decir, eidéticamente y frecuentemente, como la presencia efectiva de un texto en otro” (Genette, 1989,p.10) como ocurre – nos dice- con la cita, la paráfrasis, la alusión y otras que en esta época tiene múltiples elaboraciones técnicas y sin dejar de observar sus formas perversas como el plagio; de inicio podemos decir que la cultura escrita y mayoritaria de los usos profesionales del derecho, no sienten la obligación de respetar la coherencia intertextual, porque parte de supuesto y principio político de que las normas o reglas contenidas en las fuentes del derecho son de carácter público y conocidas por todos, olvidando que son sus interpretaciones fundadas en otros textos las que expresan la consistencia de sus invocaciones de proposiciones normativas contenidas en las diversas fuentes del derecho; para mejorar la comprensión y uso de las relaciones entre los textos (transtextuales), debieran respetarse -cuando menos- las reglas convencionales de las citas, debiendo ser parte de las reglas para uso de los actores del derecho.

⁴ Quizá con alguna duda por el origen oral de algunas costumbres jurídicas, como ocurre con el derecho indígena originario.

⁵ Ese fue uno de los esfuerzos encomiables de la gestión del Ministerio de Relaciones Exteriores con las publicaciones de la Gaceta Oficial en el período de la implementación de la Ley 699.

15. La **paratextualidad**: “... que procura un entorno (variable) al texto y a veces un comentario oficial y oficioso del que el lector más purista y menos tendiente a la erudición externa no puede siempre disponer tan fácilmente como lo desearía y lo pretende” (Genette, 1989, p11). Podemos entender que ese “entorno” de los textos jurídicos hace posible su correcta interpretación, con especial relevancia se hallaría en las justificaciones, explicaciones de motivos, preámbulos, actas de debates, presentaciones y otros que en ciertos casos, se pretende cierren/abran las posibles interpretaciones o significados de normas polisémicas, ambiguas e inclusive de vacíos legales.
16. La **metatextualidad** “es la relación –generalmente denominada comentario- que une un texto a otro texto que hable de él sin citarlo (convocarlo) e incluso en el límite, sin nombrarlo” (Genette, 1989, p13) que es la que se usa y abusa para los textos y discursos informativos y políticos que sustituyen el uso del texto normativo por el discurso de poder y la formación de las convenciones o comprensiones sociales y que muchas veces es asumido como la “verdad jurídica” obsérvense las interpretaciones (comentarios) contenidos y desplegados en los medios sobre los conflictos políticos sobre leyes, generados en Bolivia, mismas que contenían disposiciones relativas al lavado de activos y otros. En un sentido por demás necesario, puede ubicarse en este espacio a la doctrina crítica de los autores que escriben sobre los respectivos textos legales.
17. La **architextualidad** “Se trata de una relación completamente muda” “... en todos los casos, el texto en sí mismo no está obligado a conocer y mucho menos a declarar, su cualidad genérica” (Genette, 1989, p13). Así es que la pertenencia de los diferentes textos a los discursos o doctrinas del derecho o su pertenencia a materias jurídicas no puede ser motivo de continua enunciación, así como tampoco su pertenencia o rigor constructivo o enlace conceptual con la materia a la que pertenece, como ocurre con los enunciados de los especialistas o de las

especialidades; se trataría de la aceptación de los pares y del uso práctico de los textos en relación a la “arquitectura de la materia” en el género que enunciamos como “derecho”. “En último término, la determinación del estatuto genérico del texto no es asunto suyo, sino del lector, del crítico, del público, que están en su derecho de rechazar el estatuto reivindicado por vía paratextual” (Genette, 1989).

18. La **hipertextualidad** “Entiendo por ello toda relación que une un texto B (que llamaré hipertexto) a un texto anterior A (al que llamaré hipotexto) en el que se injerta de una manera que no es la del comentario, como se ve en la metáfora se *injerta* y en la determinación negativa, esta definición es totalmente provisional” “... o texto derivado de otro texto preexistente. Esta derivación puede ser de orden descriptivo o intelectual, en el que un metatexto (digamos tal página de la *Poética* de Aristóteles “habla” de un texto (*Edipo Rey*). Puede ser del orden distinto, tal que B no hable en absoluto de A, pero que no podría existir sin A, del cual resulta el término de una operación que calificaré también provisionalmente, como *transformación*, y al que, en consecuencia, evoca más o menos explícitamente, sin necesariamente hablar de él y citarlo.” (Genette, 1989, p 14). En el derecho el mejor ejemplo es el de la relación entre la Constitución Política que funciona como hipotexto de todos los hipertextos que se justifican (implícita o explícitamente) en ella, pero que en el ejercicio de argumentación y fundamentación es asumido como un implícito de cumplimiento obligatorio, aunque se esté usando en otros sentidos a los de su significado textual.

C) LA DIALOGICIDAD DESDE LAS ETAs

19. Desde la búsqueda de la **constitucionalidad de la Ley Básica de Relacionamento Internacional** de las Entidades Territoriales Autónomas (en adelante Ley de las RRII de las ETAs o Ley 699), donde la Constitución Política del Estado Plurinacional (CPEP) debiera ser su principal “**hipotexto**” jerárquico y de cumplimiento obligatorio, como

lo determina la propia Constitución (art 410), que además enuncia e incorpora a las “relaciones internacionales” como una “competencia compartida” (art. 299.I.5) entre el gobierno central y los diferentes gobiernos subnacionales. La CPEP no contiene el concepto de relaciones internacionales por lo que permitiría el uso de otros hipotextos, que de no obedecer a reglas ordinales de interpretación queda abierto al arbitrio del intérprete como ocurre en la Ley 699.

20. Un problema fuerte, consiste en que la Ley 699 en su construcción **normativa**, usa otros **hipotextos** (cfr. normas de organización del ejecutivo, del servicio de relaciones exteriores, de celebración de tratados), mayormente como determinantes implícitos en su texto (**hipertextualizado sin referencia explícita a textos legales**)⁶, para de este modo construir la arquitectura de los alcances de un régimen jurídico que a momentos es negatorio del concepto de **relaciones internacionales** incompletamente enunciado en la CPEP en su art. 299.I.5. y unido al concepto de **política exterior** también incompletamente conceptualizado en la Constitución Política

21. Los proyectistas y los legisladores, debieran tener –juridicamente hablando- la **obligación de enunciar los conceptos y las normas** que son “hipotextuales” a la respectiva ley. La publicación oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores (MRE, 2015) carece de fundamentación o exposición de motivos y solo contiene una presentación que redundante desde el contenido normativo, entonces sus contenidos serían susceptibles de diversas interpretaciones “validas” pero anulables por falta de “**condiciones textuales**” en la Ley 699 o legislación básica, en el sentido planteado por Beaugrande y Dressler, porque sin esas condiciones como expresión de la hipotextualidad o de la hipertextualidad, se hace imposible su adecuada

⁶ En la construcción de Genette, dícese de los textos que están presentes en otro texto, determinando su contenido en este caso identificamos los enunciados de la CPEP como infranqueables para cualquier otra redacción.

interpretación. La regla del cumplimiento de las condiciones textuales, debe ser parte de una “Ley Marco” que obligue a todos los entes con poder legislativo y normativo a no eludir tal obligación que evitará muchos inconvenientes futuros, pues hoy se halla inserta en un régimen de derecho blando hecho de parches y prácticas que no posee un desarrollo sistemático.

22. Sobre la **architextualidad o arquitecturalidad** de la Ley 699 y su pertenencia o relación con el derecho y sus distintas materias, intentemos poner en evidencia los regímenes a los que pertenece que permiten su identificación como derecho/no derecho. a) En el Régimen Competencial de la CPEP, arts. 297 al 305, donde se insertaría como derecho administrativo constitucionalizado. b) En las leyes que rigen las actividades de las ETAs, especialmente en lo referido al desarrollo de sus competencias compartidas y la aprobación de “leyes de desarrollo” que en mucho de sus contenidos fueron copiadas y pegadas de la “ley básica” y c) En relación al Derecho Internacional, que en este último caso y forzando una mirada positiva, importa mucho específicamente en lo referido al poder para suscribir “instrumentos autonómicos internacionales” (Ley 699 art. 6.6) que implica la **apertura de una “competencia o atribución” internacional dura** de cualquier Estado para que las ETAs, pacten derechos y obligaciones con sus pares de otros estados, lo que implica asumir las responsabilidades estatales en el marco del Derecho Internacional Público. Entonces la arquitectura del régimen en relación a sus materias de referencia nos permite percibir la viabilidad e importancia de las acciones a realizarse en su marco. También es importante que una “ley marco” obligue a identificar los regímenes jurídicos con los que cada ley, como el caso de la 699, guarda una relación arquitectónica en el sentido metafórico del concepto de Genette.

23. En la ley 699 y dentro el alcance del concepto de **metatextualidad** podemos percibir los “**discursos de biopoder**”⁷ que las burocracias de los órganos administrativos usan para “interpretar/no interpretar las leyes o los regímenes jurídicos, en la práctica la fidelidad a las señales o mensajes del poder del diseñador, ejecutor de turno de la política exterior, esta fidelidad al poder de turno, muchas veces tiene como contracara la infidelidad a la constitución o las leyes que como vimos antes pueden abrir una polisemia o polifonía que es crítica/acrítica a los referentes constitutivos del régimen jurídico de las relaciones internacionales de las ETAs. Generalmente la metatextualidad es **inducida por los aparatos de poder y sus discursos no escritos** pero expresados en todo tipo de lenguajes no necesariamente legales, por lo que puede ser respetado como un espacio de libertad crítica, pero que debe ser considerado por fuera de los “mandatos legales” explícitos en la respectiva deontología normativa que para el caso de la Ley 699 debe ser habilitante y de poder de dirección (mandatoria), al contrario de lo que ocurre con las sintaxis políticas que hoy parecen dominar la interpretación de los textos legales como ocurre con la Ley 699, que en ocasiones y para el colmo de males carece de intérpretes doctrinales locales
24. La **paratextualidad**, que en el caso de la Ley 699 que carece de expresión de motivos, fundamentación política, tiene muy pocas expresiones paratextuales, como la contenida en una “presentación” de la publicación oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores, que cumple una función paratextual de inducción sintáctica por el uso de verbos como “Corresponde (a las ETAs) la “elaboración, aprobación y ejecución” de su legislación del desarrollo” (MRE, 2015) o la obligación de “coordinar” con el MRE, para la suscripción de convenios, o la “facultad” de designar instancias responsable del relacionamiento internacional, la ausencia de

⁷ En el sentido de que esa es la verdad interpretada, porque la enuncia el funcionario que por elección, designación y profesionalización se presenta como el intérprete de la voluntad estatal.

fundamentos y descripción del ambiente legal, es una obligación de la **“transtextualidad”** constitucional y legal que no debe ser obviada en todo texto normativo.

25. Las buenas razones de la **intertextualidad** parecen ser no tomadas en cuenta en los escritos del derecho y sobre el derecho en Bolivia, en los textos legales, no se encuentra un sistema de referencias y si bien las leyes las tienen en sus preámbulos, no ocurre lo mismo con la doctrina que se halla muy retrasada en ello, seguramente la construcción de la “ratio decidendi” de las sentencias y resoluciones del órgano judicial ganaría mucho con un sistema de citas y referencias, para mostrar con un ejemplo sobre nuestro tema, baste observar el intrínquilis de la Sentencia Constitucional No. 2055/2012, como lo observó Carlos Borth (Borth, 2012) y que al versar sobre el régimen competencias (VI sección) es de interés privilegiado para este trabajo, pero que es una muestra de lo delicado de un régimen incompleto de citas y referencias para una adecuada intertextualidad.

D) CONCLUSIONES.

26. La **transtextualización** propuesta por Genette, nos permite avizorar algunas conclusiones críticas: a) El régimen legal de las relaciones internacionales de las ETAs, se halla fuertemente determinado por textos que no responden a los enunciados de la CPEP (**hipotextualización abierta**) y por tanto pervierten los enunciados de la Constitución; b) La arquitectura (**architecturalidad**) de la Ley 699, contiene una propuesta audaz en relación a los Actos de Estado ante la comunidad internacional, puesto que asume la responsabilidad del estado por los actos de relacionamiento internacional de las ETAs; c) No existe **paratextualidad** estatal suficiente para interpretar las instituciones contenidas en la ley 699; e) Los únicos trabajos **metatextuales** difundidos a la fecha sobre el régimen de la Ley 699 son los redactados en el entorno de trabajos académicos como los del Instituto de Estudios

Internacionales de Bolivia y muestran la poca atención de los beneficiarios (las ETAs) sobre el tema; f) las prácticas deficientes sobre la “**transtextualidad**” del derecho en Bolivia pueden ser corregidas mediante una “ley marco” de interpretación constitucional que ayude a superar las crisis por el uso perverso del derecho. g) Podemos dar por establecidas las excelentes posibilidades del análisis transtextual del derecho en base a los sentidos propuestos por Gerard Genette desde la lingüística contemporánea.

BIBLIOGRAFÍA, WEBGRAFÍA Y REFERENCIAS.

Borth, Carlos: Controversias sobre el régimen competencial y la Sentencia Constitucional 2.055/2012 en Revista Jurídica Derecho, vol.3 no.4, La Paz, junio 2016 disponible en http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2413-28102016000100004 consultada el 10/11/2021

Coco School de México, portal en la Web, disponible en <https://docsjo.info/2016/10/05/dialogismo-otredad-e-intertextualidad/> consultada el 31/10/2021.

Constitución Política del Estado Plurinacional, aprobada el año 2009, Gaceta Oficial del Estado Plurinacional disponible en https://medios.economiayfinanzas.gob.bo/MH/documentos/normas_leyes/NCPE_oficial.pdf , consultada el 2/11/2021.

Corbacho Sánchez, Alfonso: “Textos, tipos de texto y textos especializados” en Revista de Filología, 24 de abril del 2006, p77-90, disponible en <file:///C:/Users/blu/Downloads/Dialnet-TextosTiposDeTextoYTextosEspecializados-2100070.pdf> , consultado el 14/11/2021

Diccionario de la lengua española. Edición del Tricentenario, actualización 2020, disponible en <https://dle.rae.es/dial%C3%B3gico> consultada el 31/10/2021.

Genette, Gerard: “Palimpsestos”, la literatura en segundo grado, 1989, editorial Altea, Taurus, Alfaguara, S.A. Madrid, España.

Ley No. 465: “Ley del Servicio de Relaciones Exteriores del Estado Plurinacional de Bolivia”, 2016, Ministerio de Relaciones Exteriores, Dirección General de Asuntos Jurídicos, La Paz, Bolivia.

Ley No. 699: “Básica de Relacionamento Internacional de las Entidades Territoriales Autónomas”, 2015; Ministerio de Relaciones Exteriores, La Paz, Bolivia.

Página Siete Digital: “Juristas Independientes plantean una reforma judicial vía referendo” La Paz, 22 de septiembre del 2021, disponible en <https://www.paginasiete.bo/nacional/2021/9/22/juristas-independientes-plantean-una-reforma-judicial-via-referendo-308953.html> consultada el 2/11/2021.

Viceministerio de Comunicación: “Gobierno plantea seis ejes para reformar la justicia en el país”, La Paz, 1 de septiembre del 2021, disponible en <http://www.comunicacion.gob.bo/?q=20210901/33142>, consultada el 2/11/2021

Villalobos Alpizar, Iván: “La noción de intertextualidad en Kristeva y Barthes”, Rev. Filosofía Univ. Costa Rica, XLI (103), 137-145, Enero-Junio 2003. Disponible en <http://www.inif.ucr.ac.cr/recursos/docs/Revista%20de%20Filosof%C3%ADa%20UCR/Vol.%20XLI/No.%20103/La%20noci%C3%B3n%20de%20intertextualidad%20en%20Kristeva%20y%20Barthes.pdf> , consultada el 14/11/2021.

DE: **DR. OSCAR ALBA SALAZAR**

REVISADO POR: **DR. FRANCISCO JAVIER GORJÓN GÓMEZ – UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVA LEÓN**

EL ENCARECIMIENTO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

DE APERSONAMIENTO Y PETICION EN BOLIVIA

DR. JOSÉ AGUILAR ROJAS

ABSTRACTO

La IMPROPONIBILIDAD debemos entenderla como aquel razonamiento de improcedencia que el juzgador practica ab initio de la causa sobre la base de los supuestos facticos establecidos en la demanda, así como la concurrencia de un Defecto Absoluto Subjetivo u Objetivo de la facultad de Juzgar una pretensión jurídica planteada formalmente ante el Órgano y que resulte carente de toda posibilidad de Juzgar que; en otras palabras, significa imposibilidad de Tutela Jurídica en relación al Sistema Normativo Vigente en nuestro país.

PALABRAS CLAVE

1) Improponibilidad 2) Protocolo 3) Jerarquización 4) Muletilla 5) Algoritmo

THE VALUE-INCREASE OF CONSTITUTIONAL RIGHT OF APPEARANCES AND PETITION IN BOLIVIA

DR. JOSÉ AGUILAR ROJAS

ABSTRACT:

The IMPROPOSIBILITY must be understood as the reasoning of inadmissibility that the judge practices ab initio of the case on the basis of the factual assumptions established in the demand, as well as the concurrence of an Absolute Subjective Defect or Objective of the faculty to judge a legal pretension raised formally before the Judicial Authority that lacks of any possibility of Judging that; in other words, it means the impossibility of Legal Guardianship in relation to the Current Regulatory System in our country.

KEYWORDS

1) Improposibility, Inadmissibility 2) Protocol 3) Hierarchy, Prioritisation 4) Tag, Crutch 5) Algorithm

INTRODUCCION: La observación practicada de acuerdo a las previsiones del Art. 113 parágrafo I del Cdgo. Procesal civil corresponde a DEFECTOS FORMALES, empero de acuerdo a éste II parágrafo del mismo cuerpo legal, así como por disposición del Art. 26-I-8) del Protocolo de Aplicación del Cdgo. Procesal civil el que ordena:

“(OBSERVACIÓN DE LA DEMANDA):I: La autoridad Judicial a momento de verificar el cumplimiento de los requisitos de forma y contenido de la demanda o reconvención, podrá observar las mismas, conforme a los siguientes parámetros: 8)La IMPROPONIBILIDAD o Inadmisibilidad de una demanda, solo podrá decretarse de manera restrictiva, cuando la pretensión NO TENGA SUSTENTO EN NORMA JURIDICA SUSTANTIVA, NO EXISTA OBJETO PROCESAL LICITO, O CUANDO LA AUTORIDAD JUDICIAL SEA MANIFIESTAMENTE INCOMPETENTE EN RAZON DE LA MATERIA.”

De manera REPETITIVA Y AMPLIATORIA en su Art. 27, el mismo Protocolo ordena:

“(IMPROPONIBILIDAD DE LA DEMANDA O RECONVENCION): La autoridad judicial a tiempo de observar la demanda o reconvención deberá señalar si éstas son subsanables o improponibles, conforme señala el Art. 113 del Cdgo. Procesal civil, si la demanda o reconvención es improponible la autoridad judicial deberá indicar expresamente si la pretensión es contraria a una norma legal específica, el objeto de la pretensión es ilícito, que vaya contra el orden público, corresponda a otra autoridad judicial competente en razón de materia, constituya un abuso de derecho u otra debidamente fundada”.

Llama la atención de sobremanera, que sea el “protocolo” de aplicación del Cdgo. y no propiamente el CODIGO, quien determine las CAUSALES DE IMPROPONIBILIDAD de manera desordenada y reiterativa; éstos corresponden a aspectos SUBJETIVOS de las PERSONAS del proceso, así como aspectos de Fondo que tornan improponible la demanda sin que por éste motivo sea considerado como prejuzgamiento.

DESARROLLO: Si a análisis del Juzgador, y habiendo la demanda vencido las exigencias FORMALES, se ingresa al análisis DE FONDO en relación a LOS EFECTOS de la misma que

según Guasp y Aragonese son de CREACION y CONSERVACION. Tienen concordancia con los Arts. 24-1) a), 128-6) y 366-I-4) del procesal civil. Para su posible rechazo deben ser resueltas MEDIANTE AUTO DEFINITIVO porque ingresan al fondo de la litis por lo que solo procede –directamente- el recurso ordinario de apelación, y en el EFECTO SUSPENSIVO sin recurso ulterior, en el que la competencia de la Autoridad Judicial SE SUSPENDE conforme al Art. 259-1). Actualmente, los Jueces no obedecen las reglas de la JERARQUIZACION JUDICIAL en relación a sus resoluciones toda vez que los Autos Interlocutorios son los que –materialmente- se inician con la palabra “AUTOS” y no se registran en el Libro de Tomas de Razón (Art. 95-I-4) de la Ley del Órgano Judicial), puede resultar que resuelva EL FONDO pero que materialmente NO ORDENE EL REGISTRO del Auto que en apariencia ES INTERLOCUTORIO, debe plantearse en el plazo de tres días la REPOSICION, empero no esperar el transcurso de los diez días para plantear el recurso de apelación porque HABIENDO INGRESADO A ANALIZAR EL FONDO debe considerarse Auto Definitivo aunque aparentemente sea Interlocutorio.

De acuerdo a los AUTOS SUPREMOS Nos. **153/2013 de 8 de abril, 776/2016 de 28 de junio, 1200/2016 de 24 de Octubre, 859/2015-L de 30 de septiembre, 74/2016 de 4 de febrero, 66/2016 de 4 de febrero, 513/2016 de 16 de mayo, 375/2016 de 19 de abril, 234/2016 de 15 de marzo, 519/2016 de 16 de mayo, 1000/2016 de 24 de agosto, 325/2016 de 13 de abril de 2016 y 118/2017 de 3 de febrero**⁸, indican que la IMPROPONIBILIDAD a su vez será SUBJETIVA u OBJETIVA.

EL NUEVO ROL DEL JUEZ EN LA DEMANDA CIVIL: Una vez que el actor haya cumplido el Derecho Constitucional de Apersonamiento autorizado por el Art. 24 de la Constitución Política del Estado Plurinacional y presentada ante el Órgano Jurisdiccional, es cuando se da inicio a la LABOR DE LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL; sin embargo, con el anterior Sistema y autorizado por el Art. 378 del Cdgo. De Pdto. Civil (1975) solo ANTES DE LA

⁸ “JURISPRUDENCIA DEL NUEVO CDGO. PROCESAL CIVIL” CONDORI MAMANI, Marco Antonio, 1ra. Edición, Junio 2017 Págs. 319 a 335.

SENTENCIA podía el Juzgador hacer uso de su potestad de producir prueba conclusiva que debía cuidarse de ser neutral; en la actualidad, éste PODER-DEBER se da inicio DESDE EL PLANTEAMIENTO DE LA DEMANDA con la facultad establecida por el parágrafo II de ésta preceptiva conc. Con el Art. 24-1) a) en relación al 128-6), 136-III y 366-IV, común denominador judicial de nuestro País, quienes bajo la “muletilla” del PRINCIPIO DISPOSITIVO entendían que la Actividad Procesal CORRESPONDIA UNICAMENTE A LAS PARTES ESENCIALES DEL CONTRADICTORIO (demandante y demandado), exclusivamente en lo referente al Impulso Procesal (Art. 2) y bajo el fundamento de que los Derechos que se juzgan en Materia Civil son de carácter PRIVADO y perfectamente RENUNCIABLES refiriéndose a los Medios Extraordinarios de Conclusión del proceso previstos en los Arts. 180, 314, 303, 304, 305 y 309 del Cdgo. De Pdto. Civil (1975) PRECEDENTES de los Arts. 232 al 249 del cuerpo legal adjetivo en relación a la TRANSACCION, CONCILIACION, RETIRO DE LA DEMANDA, DESISTIMIENTO DEL PROCESO Y DE LA PRETENSION, así como Extinción por Inactividad equivalente a la Perención de Instancia anterior. Es decir, a título de “Independencia” adquirió el Modelo de JUEZ ESPECTADOR, determinándose que el Juez se consideraba AJENO al desarrollo del proceso; en la actualidad SE REFLEJA EN LA CONFIANZA de la administración de Justicia que -a veces- es mal entendida por los Patrocinantes de los actores, pero que debe entenderse como un Control Jurisdiccional en el Derecho de Acceso a la Justicia autorizado por el Art. 24 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, no solamente bajo el PRINCIPIO PROCESAL DE DIRECCION conforme a lo previsto por el Art. 1-4), sino adoptando una actitud casi PATERNALISTA encaminar los Actos Procesales de manera eficaz y eficiente considerando el proceso como un Algoritmo adecuado y armonioso que garantice la solución de un litigio, bajo la égida de su Responsabilidad dispuesta por los Arts. 115-I de la Constitución Política del Estado Plurinacional y el Art. 17-IV de la Ley del Órgano Judicial con el objeto de brindar a los ciudadanos una Tutela Judicial efectiva. Tal conducta empática debe rebasar los cánones dispuestos por los Arts. 24, 25 y 26 del Adjetivo; es decir, ya no basta DECIDIR, sino GUIAR.

Así, el Juez tiene las siguientes POSIBILIDADES:

- 1) ADMITIR LA DEMANDA: La Admisión de la demanda importa que dicho Accionar del Derecho de Petición (Art. 24 C.P.E.) cumple con los requisitos establecidos por el Art. 110, tanto FORMALES, como SUBJETIVOS Y OBJETIVOS y después del agotamiento de la posibilidad de la Conciliación pre-procesal (Arts. 10-I y 108-4) de la Const. Pol. Del Estado y 65, 66 y 67 de la Ley del Órgano Judicial) y SOBRE TODO en cumplimiento del Art. 363-I y II,
- 2) OBSERVACION DE LA DEMANDA: Siempre bajo los PRINCIPIOS DE DIRECCION del proceso (Art. 1-4) e IGUALDAD PROCESAL (1-13, 25-3) y 30-13) de la Ley del Órgano Judicial), deberá tener en cuenta con SUBSUNCION ABSTRACTA que es la adecuación concreta entre el Fundamento de Hecho contenido en la demanda a la previsión en el cuerpo legal sustantivo (Cdgo. Civil), aplicar el Art. 6 de éste Cdgo. Que ordena:

“Al interpretar la Ley procesal, la autoridad judicial tendrá en cuenta que el objeto de los procesos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva.”

La principal observación -y bajo la manida⁹ costumbre de burlar la citación de la demanda al demandado- que “dicen” DESCONOCER el domicilio del demandado con la finalidad que no se aplique el PRINCIPIO DE CONTRADICCION sin darse cuenta de que “mientras más oposición, más profunda la investigación y legitima la justicia concluida”, por lo que dispondrá las CERTIFICACIONES dispuestas por el Art. 78-I In Fine, siempre y cuando exista el Numero de Carnet de Identidad en la PRUEBA PRECONSTITUTIDA que acompaña el actor en cumplimiento del Art. 111, tanto el Servicio General de Identificación Personal (SEGIP) o al CERECI, con el objeto de establecer el domicilio REAL del demandado, así como cuando la demanda carezca la determinación de la cuantía, aun cuando en el Art. 11 haya

⁹ ASUNTOS O TEMAS DE CONVERSACIÓN MUY TRILLADOS. “DICC. DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA”. Obr. cit. Tomo I, Pág. 867.

desaparecido la Competencia en Razón de Cuantía y encontrarse en contradicción con la exigencia formal del Art. 110-8) del presente cuerpo legal Adjetivo.

- 1) Las observaciones que practique la autoridad judicial deben ser aplicadas RESTRICTIVAMENTE (Art. 26-I-8) del Protocolo) porque se trata de observar el derecho constitucional de Apersonamiento (Art. 24 C.P.E.) en relación al PRINCIPIO DE TRASCENDENCIA¹⁰, es decir, que tengan una IMPORTANCIA determinante para el desarrollo del proceso y no “meras cuestiones de ESTILO de la demanda” siempre y cuando se cumplan con los requisitos exigidos por el Art. 110 del presente cuerpo legal adjetivo, realizando las observaciones de manera PUNTUAL, expresando cual es la deficiencia con precisión a los efectos con que el actor pueda proceder de manera de hacer viable la demanda planteada, todo con la debida fundamentación o MOTIVACION legal conforme al principio procesal que se encuentra consolidado con las S.S.C.C.”s Nos. **0270/2012-R de 4 de Junio, 1810/2011-R de 9 de noviembre, 0600/2004-R de 22 de abril, 2017/2010-R de 9 de noviembre, 0752/2002-R de 25 de junio, 1369/2001-R de 19 de diciembre** entre muchas otras que no se hace imprescindible mencionar, vinculantes de acuerdo a JERARQUIA NORMATIVA (Art.410 C.P.E.) y al tenor de los Arts. **203** de la Constitución Política del Estado Plurinacional, **8** de la Ley del Tribunal Constitucional y **15** del Cdgo. Procesal constitucional, han establecido los siguientes entendimientos: ***“TODA RESOLUCION sea emitida en un proceso judicial o administrativo, necesariamente debe contener una adecuada motivación y fundamentación respecto a los hechos en los que se base, a las pruebas que se aportaron y a las disposiciones legales en las que se sustente la decisión, puesto que el relacionamiento de éstas con los hechos que le dieron***

¹⁰ Ver Pág. 77 de la Obr. Cit. Del mismo Autor “NULIDADES PROCESALES. Del Algoritmo a la Ludopatía”

origen constituye a fundamentación y motivación a la que el debido Proceso se refiere”.

Consecuentemente, la responsabilidad DEONTOLÓGICA corresponde al Órgano Jurisdiccional y no así al ciudadano que tiene el derecho constitucional de PETICION norma contenida en el ICONICO Art. 24 de la C.P. E.

La DECLARACION EXPRESA de IMPROPONIBILIDAD reviste el cumplimiento del Art. 546 del Cdgo. Civil y constituye una expresión de los PODERES-DEBERES otorgadas por el Art. 24-1-a) y el presente párrafo II; en especial del PODER SANEADOR ***ex officio*** del proceso (106-I Ab Initio) y 366-I-4), evitando que la MOVILIZACION del Órgano Jurisdiccional activado por el Derecho de Petición sea vana, en relación a la IMPROPONIBILIDAD SUBJETIVA u OBJETIVA, después de la observación formal.

NATURALEZA JURIDICA DE LA IMPROPONIBILIDAD DE LA DEMANDA: El concepto “Improponibilidad” no ha sido encontrado en el Dicc. De la Real Academia de la Lengua Española, Dicc. Jurídico Enciclopédico Omeba y menos en el Dicc. De Derecho usual de Guillermo Cabanellas de Torres revisado y Actualizado por su Autor en año 2008, tomo IV, así como el Dicc. De Cs. Js. Pol y Soc. de Manuel OSSORIO, 26va. Edición; empero nos da la idea de algo ***“no proponible”, no planteable, “pedir lo que no se debe pedir” “impretendible”*** (Art. 1283 C.C. la demanda es una pretensión), transformando improcedente la demanda, por tanto, su rechazo ***“in limine litis”*** (por eliminación) toda vez que no es lo mismo que se declare IMPROBADA la demanda que IMPROCEDENTE. En el primer caso, se solicita lo que “se puede pedir”, solo que no se ha cumplido con la Carga Probatoria, en cambio, es IMPROCEDENTE cuando se pide algo que “no se debe pedir”. Paulatinamente- el Tribunal Supremo de Justicia (antes Corte Suprema de Justicia) empezó a utilizar el TECNICISMO de IMPROPONIBILIDAD DE LA DEMANDA ya

anteriormente, solo se aplicaba en Control de LAS FORMAS PROCESALES¹¹. Así Eduardo J. Couture en sus “Fundamentos de Derecho Procesal civil” reconociendo un valor adjetivo a la Clasificación de las Excepciones, manifestando que no corresponde -propiamente- al Derecho Procesal. En el Derecho Romano, las excepciones aludían al derecho aducido por el demandado. ***La exceptio doli, la exceptio pacti conventi, la exceptio quod metus causa, o la non adimpleti contractus*** que constituyen tantas otras razones del demandado apoyadas en circunstancias de hecho o de derecho que autorizan EL RECHAZO DE LA DEMANDA¹² ***“Pero como no todas las excepciones son fundadas, puesto que muchas de esas defensas son rechazadas en la sentencia, cabe subrayar, que la clasificación no es, virtualmente una clasificación de excepciones sino: DE PRETENSIONES”***¹³ La Improponibilidad debe proceder sobre todo en relación a DEFECTOS ABSOLUTOS INSUBSANABLES por parte del actor como para activar al Órgano Judicial, sobre todo analizar si ésta proposición (pretensión) es apta para ser llevada a debate litigioso judicial de acuerdo a un análisis minucioso de los requisitos de la demanda, como subjetivos y objetivos, completamente DISTINTO al incumplimiento de los requisitos FORMALES de la demanda exigido por el Art. 110.

Constituye una expresión del principio de economía y gratuidad procesal exigido por los Arts. 3-8) de la Ley del Órgano Judicial pretendiendo la simplificación de las tareas de la jurisdicción para obtener una justicia pronta y efectiva conforme a los postulados del Art. 24 de la Const. Po. Del Estado en relación con la CELERIDAD del proceso y el costo de la Actividad Judicial para el Estado Boliviano y que cumpla con el objetivo dispuesto por el Art. 450 del Cdgo. Civil que es el de CONSTITUIR, MODIFICAR O EXTINGUIR RELACIONES JURIDICAS con efecto entre las partes, sus herederos o causahabientes. El Juez de la causa

¹¹ **“Lecciones de Derecho Procesal civil”. Alfredo Antezana Palacios**
Pág. 93.

¹² Obr. Cit. Pág. 101

¹³ Ídem Pág. 102

solo aplica el **PRINCIPIO PER SALTUM**¹⁴ en relación a las etapas del proceso, porque de continuar con el proceso, el resultado sería el mismo, aun si el demandado respondiera afirmativamente a la demanda. El Juzgador se encuentra PROHIBIDO de acoger la pretensión, por lo que la aplicación de la IMPROPONIBILIDAD DE LA DEMANDA suprime actividad procesal innecesaria SIN VULNERAR EL DEBIDO PROCESO en su triple dimensión adjetiva. De manera que tiene como objetivo el de eliminar fases del proceso AUN SIN EL CONOCIMIENTO DEL ADVERSARIO.

Giuseppe Chiovenda en su “CURSO DE DERECHO PROCESAL CIVIL” en su célebre prolusión y reflexión del Curso que dictara en 1903 en la Universidad de Bolonia reconoce que **la demanda judicial es un acto constitutivo de la Relación Procesal**. En el Derecho Justiniano, los efectos y la función de la **litis contestatio** habían sido trasladados al momento de la citación con el **libellus conventionis** (Libelo: Libro o memorial). Es así que en el siglo pasado, Chiovenda consideraba que la demanda aún INFUNDADA otorgaba al Juez la obligación de fallar, aunque esa obligación caiga al vacío, por lo que se debe considerar que la demanda no constituye un NEGOCIO JURIDICO.¹⁵

No es para nada extraño que algunos Abogados se hayan adelantado a plantear procesos Civiles solo con la intención de abrir la competencia preventiva de un Tribunal civil con seguridad que la contraparte va a plantear un proceso criminal, por lo que utilizan el proceso civil para plantear EXCEPCION DE PREJUDICIALIDAD previsto en el Art. 309 del Cdgo. de Pdto. penal el que indica que procederá únicamente cuando a través de la sustanciación de un procedimiento extrapenal se pueda determinar la existencia de los elementos constitutivos del tipo penal, suspendiendo el proceso penal y disponiendo la Libertad del imputado hasta que en el procedimiento extrapenal la sentencia adquiera la

¹⁴ Locución Latina que significa, saltando sin seguir el orden jerárquico, sobre todo en relación de la Preclusión Procesal. Dicc. Enciclopédico de Derecho Usual, Cabanellas Guillermo Obr. Cit. Tomo VI, Pág. 228

¹⁵ “CURSO DE DERECHO PROCESAL CIVIL” CHIOVENDA, Giuseppe, 1997 Editorial Pedagógica-Mexicana, Distribuidor Harla, Pág., 355.

calidad de Cosa Juzgada, convirtiendo el proceso civil en un NEGOCIO JURIDICO para impedir el procesamiento de *ultima ratio* que es el proceso penal, por lo que se impone la revisión de la procedencia e improcedencia in limine litis a tiempo de plantear la demanda civil.

LA CAUSAL DE IMPROPONIBILIDAD DEBE SER MANIFIESTA: De tal manera que dicha causal debe ser percibida por el Juzgador de manera clara y contundente. La causal de su expresión DEBE SER TAN GROSERA en la demanda que no le quede otra alternativa que declarar su rechazo, debiendo tener cuidado con el Derecho Fundamental de Petición comprendido en el Art. 24 de la C.P.E. La causal de Improponibilidad no se puede establecer a través de METODOS INFERENCIALES o deducciones interpretativas subjetivas limitativas, meramente semánticas, sino bajo el régimen de la Interpretación Sistemática, de tal manera que incluso en el *in dubio* no se deba rechazar bajo la aplicación del PRINCIPIO DE CONSERVACION¹⁶, debiendo prevalecer el Derecho de Acceso a la Justicia.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA IMPROPONIBILIDAD: En la República de Chile, desde el punto de vista Constitucional se ha permitido establecer ciertos patrones para aplicar la Improponibilidad de la demanda reconociendo que éste hecho GENERA UNA TENSION ENTRE EL DEMANDANTE Y EL PODER PUBLICO por lo que se exige CUATRO REQUISITOS CONCURRENTES para la aplicación restringida de la Improponibilidad de la demanda:

- a) **DEBE PERSEGUIR UNA FINALIDAD LEGITIMA:** Ya que su finalidad es el de proveer al proceso de una especie de FILTRO para identificar Defectos Absolutos insubsanables dentro las demandas planteadas ante la Competencia de los Tribunales que impiden que pueda desarrollar el proceso.

¹⁶ Ver “Nulidades Procesales...” del mismo Autor Pág. 79

- b) DEBE SER ADECUADA PARA LA PROMOCION DE DICHO OBJETIVO LEGÍTIMO:
Porque el Juzgador debe cuidar de no impedir el ejercicio legítimo del Derecho de Petición del actor.
- c) DEBE SER NECESARIA ENTRE VARIAS ALTERNATIVAS DE INTERVENCION DEBE PREFERIRSE LA QUE AFECTA MENOS A LOS DERECHOS INVOLUCRADOS: De tal manera que, de existir tras alternativas – a momento de encarar el Defecto de la demanda- el Juez debe preferir dar aplicación al que resulte menos dañoso a los intereses del justiciable, pero que la causal de Improponibilidad debe ser ***indudable, indiscutible, evidente y cierta***. En este punto se exige la CERTEZA que debe contener la autoridad jurisdiccional de que la Improponibilidad de la demanda SEA LA UNICA SOLUCION, ya que si existiera DUDA se debe aplicar el principio ***PRO ACTIONE*** que significa que, en caso de duda, creer que la demanda ES PROPONIBLE y que el defecto únicamente genera la observación de la demanda.
- d) DEBE REVESTIR UN CARÁCTER DE DEFECTO ABSOLUTO: Defecto que reviste TAL GRAVEDAD que no existe la posibilidad siquiera de observar la demanda. Ver “Nulidades Procesales” del mismo Autor.

“Nulidad es la sanción por la cual la Ley priva a un acto de sus efectos normales, cuando en su ejecución NO SE HAN GUARDADO LAS FORMAS prescritas por aquella; y que, los medios de que las partes disponen para obtener la declaración de una nulidad procesal son: el Incidente, el Recurso, la excepción, y la acción de Nulidad”¹⁷ (textual)

El Defecto simplemente RELATIVO no debe causar la declaración de Improponibilidad por cuanto éste se puede CONVALIDAR expresa o tácitamente, por lo que, únicamente debe determinarse la OBSERVACION FORMAL a la demanda planteada, de lo contrario

¹⁷ “HUGO ALSINA “TRATADO TEÓRICO-PRÁCTICO DE DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL”, 2da. Edición, Tomo IV Ed. Ediar Bs. As, Argentina 1961 Pág. 236.

se afectaría al Derecho de Acceso a la Justicia y de Apersonamiento previsto por el Art. 24 de la Const. Pol. Del Estado.

No se debe perder de vista que existe una COLISION entre el Derecho Constitucional del Justiciable y el DEBER del Juzgador que solo debe aplicarse con carácter RESTRICTIVO (Art. 26-I-8) del Protocolo de Aplicación del Cdgo.), así como la TENSION que crea la aplicación de este “Poder Saneador” del Juez.

Aunque el Juzgador ya no forma parte de los Sujetos Esenciales de la Controversia por la limitación contenida en el Art. 27, no es menos cierto que la tramitación del mismo se verifica bajo el PRINCIPIO DE MEDIACION JURISDICCIONAL (Art. 1-5) por lo que ingresamos al elemento SUBJETIVO de la pretensión planteada. Si en una demanda se realiza el CONTROL JUDICIAL DE HABILIDAD (Peyrano) de la demanda en la cual se examinan las reglas de COMPETENCIA aplicadas al caso concreto, y en caso de identificarse la INCOMPETENCIA del Órgano Jurisdiccional representado POR LA PERSONA del Juez, la demanda se tornaría en INHABIL; por ende, la autoridad estará privada de sustanciar el proceso, sobre todo en los casos del Art. 122 y 236 de la Const. Pol. Del Estado relativo a la Incompetencia **ab initio**, así como las PROHIBICIONES PARA EL EJERCICIO DE LA FUNCION PUBLICA e Incompatibilidad, así como la competencia en Razón de Territorio prorrogable por disposición de los Arts.13 y 5,19, 22, 13 y 69 de la Ley del Órgano Judicial. Cabe aclarar que la Incompetencia en Razón de MATERIA (una de las competencias sobrevivientes en el Art. 11) no tiene la calidad de Defecto Absoluto, sino simplemente RELATIVO, por lo que se resolvería con el pronunciamiento de un Auto Definitivo amparado en las previsiones del Art. 21 del Cdgo. Actual remitiendo la causa ante el llamado por el Art. 12 del mismo cuerpo legal adjetivo. De todos modos, la autorización del rechazo “**de plano**” significando IN LIMINE LITIS abre, **AB INITIO** la contención de desconfianza entre el cliente y el Patrocinante del Actor en franca contradicción del Art. 1449 del Cdgo. Civil que concede la responsabilidad a la autoridad judicial el proveer a la defensa jurisdiccional de los derechos a demanda de parte.

Desde el primer momento en que el Estado Tutelar asume la Responsabilidad de Impartir Justicia a través del Órgano Jurisdiccional de acuerdo al Art. 178 de la constitución Pol. Del estado y en el Art. 4 de la Ley del Órgano Judicial, paralelamente PROHIBE LA JUSTICIA POR MANO PROPIA conforme a las previsiones del Art. 1282 del Cdgo civil, ha autorizado al ciudadano el derecho de Apersonamiento y Petición que para el ejercicio de éste derecho constitucional ***“no se exigirá más requisito que la identificación del peticionario”*** (Textual Art. 24 de la Const. Pol. Del Estado.) con lo que se puede colegir que ***cualquier diferencia intersubjetiva ciudadana*** (aun no positivada. Art. 13-II de la Const. Pol. Del Estado) ***daría lugar al planteamiento de una demanda formal*** ante el Órgano Jurisdiccional imponiéndose un mecanismo ***contralor*** para que la movilización del Órgano Judicial no sea vana. Es así que VESCOVI considera que esa Facultad de Apersonamiento debe reunir TRES presupuestos básicos:

- A) POSIBILIDAD JURIDICA: Cuyo Fundamento radica en la ADECUACION ABSTRACTA entre el Fundamento de Hecho con el Derecho Sustantivo conocido como SUBSUNCION, de tal manera que la pretensión traducida en demanda haya sido positivada pre-establecidamente a través del PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL porque la Ley solo dispone para lo venidero conforme a las previsiones del Art. 123 de la Const. Pol. Del Estado. Ej: Una persona que no es propietaria de un bien inmueble no puede plantear Reivindicación Inmobiliaria y Real.
- B) INTERES PROCESAL: Se refiere a la inclinación más o menos vehemente del ánimo hacia la solución del Conflicto de Intereses Contrapuesto de actuar debiendo acreditarse preconstituidamente (Art. 111) vinculación material entre el derecho (Real, Personal o Mixto) y la Pretensión planteada. Ej: El Derecho de persecución.

C) LEGITIMIDAD PROCESAL: Tanto el Actor como el demandado deben tener vinculación, el primero con el Derecho de Accionar y el segundo (demandado) para ser Sujeto Procesal Pasivo¹⁸.

Vicente Gimeno Sendra, dispone:” ***Tal como se ha adelantado, al referirnos a los fundamentos procesales, comunes y especiales una demanda puede ser rechazada “a limine litis” en los presupuestos contemplados en los Arts. 403 y 439 en relación con los Arts.264 y 266 (de la Ley de Enjuiciamiento civil española). En tal supuesto, dictará el Tribunal resolución de inadmisión de la demanda, que revestirá forma de Auto, contra el que el actor podrá interponer recurso de apelación, habida cuenta de su carácter Definitivo. El Auto de Inadmisión de la demanda, al no afectar al Fondo que queda imprejuizado, no produce efectos materiales de Cosa Juzgada, por lo que puede el demandante, una vez subsanados los Defectos Procesales, volver a plantear la demanda, salvo claro está que la inadmisión obedezca a la CADUCIDAD de la acción.***”

IMPROPONIBILIDAD SUBJETIVA:

Analiza las condiciones subjetivas, personales necesarias para interponer la pretensión, estamos en el caso específico de la FALTA DE INTERES SUSTANCIAL en el actor para proponer la pretensión que puede recaer en LAS PERSONAS del demandante, el demandado y el Juez, aunque este último puede ser objeto de observación de su Competencia. La Improponibilidad Subjetiva se fundamenta en la **APTITUD**¹⁹ integrada en la **ACTITUD**²⁰ y presupone una TITULARIDAD con respecto a la relación Jurídico-Material debatida y se determina en función a las expectativas o Legitimidad Procesal en la

¹⁸ VESCOVI, Enrique. “TEORIA GENERAL DEL PROCESO” Editorial Themis, Bogotá-Colombia, 1984 Págs. 80 a 82

¹⁹ CUALIDAD, SUFICIENCIA O IDONEIDAD. “DICC. DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA”. Obr. cit. I, tomo pág. 115

²⁰ DISPOSICIÓN DE ÁNIMO DE ALGÚN MODO MANIFESTADA. “DICC. DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA”. Obr. cit. pág. 23.

declaración judicial solicitada por los efectos materiales de la Cosa Juzgada como se tiene manifestado en el comentario al Art. 27 del primer tomo de la presente Obra, Pág. 153.

Debe categorizarse que la LEGITIMACION se diferencia de la CAPACIDAD PROCESAL, porque la primera supone RELACION PRE-EXISTENTE de titularidad para accionar, sin embargo, la capacidad procesal solo precisa el documento identificador conforme a la previsión del Art. 24 de la Const. Pol. Del Estado para lograr una respuesta **pronta y oportuna**. Otra forma de Improponibilidad Subjetiva está constituida por el hecho de una posible Incompetencia tanto en razón de Materia o Territorio conforme a los Arts. 11 del Cdgo. Procesal en relación al Art. 122 de la Constitución Pol. Del Estado Plurinacional, aunque se la puede hacer valer también como excepción de conformidad a lo dispuesto por el Art. 128-I-1), así como las causas de Excusa y Recusación conforme a los Arts. 347 y Sgtes. Aspectos que se refieren a condiciones subjetivas del Tribunal.

IMPROPONIBILIDAD OBJETIVA:

Cuyo radio de evaluación analiza los efectos jurídicos materiales de la pretensión y la falta de aptitud jurídica DEL OBJETO para ser juzgado en Derecho. Se trata de lo que se pretende, no puede ser juzgado absolutamente, algunas veces a esto le llaman rechazo *in limine* de la demanda o **IMPROPONIBILIDAD MANIFIESTA DE LA PRETENSION**.

Los promotores de la IMPROPONIBILIDAD OBJETIVA son Augusto Morello y Roberto Berizonse cuando afirman: ***“No se trata del examen de los meros requisitos de procedibilidad FORMAL; sino, DE LA DECISIÓN FINAL que recae sobre a la ATENDIBILIDAD SUSTANCIAL de la pretensión accionada”²¹***

Es decir, no basta que la demanda cumpla con las determinaciones del Art. 110 del Cdgo. Ritual de manera CONGRUENTE, sino que debe analizar a mayor profundidad el DERECHO

²¹ **“IMPROPONIBILIDAD OBJETIVA DE LA DEMANDA”** Morello, Augusto y Berizonse, Roberto

AUTOATRIBUIDO EN LA DEMANDA (Derecho Sustancial contenido en el Cdgo. Civil por Subsunción del Art. 6 del procesal), de manera que ***merezca tutela jurídica efectiva del órgano judicial*** y no exista en él un Defecto Absoluto y Grave que determine que la sustanciación únicamente genere un inútil dispendio de la Actividad Jurisdiccional. No se analiza si el actor ***tiene o no la razón en su pretensión planteada***, sino la utilidad teleológica entre la demanda y la sentencia pretendida.

Pero estos autores, indican que debe procederse a una revisión ***in abstracto*** de la demanda para aplicar la IMPROPONIBILIDAD de la misma.

Para el Dicc. De la Real Academia de la Lengua Española: ABSTRACTO quiere decir: ***“Alguna cualidad CON EXCLUSION DEL SUJETO.”***²²

Por oposición, ***in concreto*** quiere decir: ***“Considerado en sí mismo, con exclusión de cuanto pueda serle extraño o accesorio.”***²³

A tiempo de plantear la demanda, solo se tiene conocimiento de la existencia del SUJETO ACTIVO de la Acción; es decir, del demandante a quien no se puede dejar de considerar en aplicación del PRINCIPIO PROCESAL DE INTERCULTURALIDAD contenido en el Art. 1-11) por el que: ***“La autoridad judicial, en el desarrollo del proceso deberá considerar que el ejercicio de los derechos INDIVIDUALES Y COLECTIVOS, permiten la convivencia de una diversidad cultural, institucional, normativa y lingüística”***

Por lo que este principio procesal nos impone la obligación de NO CONSIDERAR LA DEMANDA ***in abstracto, CON EXCLUSION DEL SUJETO DE DERECHOS*** que plantea la demanda, debiendo interpretarse dicha acción ***IN CONCRETO***.

²² “DICC. DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA” Obr. Cit. Tomo I
Pág. 10

²³ Ídem. Pág. 353.

CAUSALES DE IMPROPONIBILIDAD OBJETIVA: Como quiera que el artículo en análisis no aclara “las clases de Improponibilidad” existentes, hemos procedido al análisis de las causales dispuestas por los Arts. 26-I-8) y 27 del Protocolo de Aplicación del presente cuerpo legal Adjetivo: **A) El Objeto Ilícito, B) La Falta de sustento Jurídico, C) El abuso del derecho, D) Incompetencia en Razón de Materia.**

- A) **EL OBJETO ILICITO:** Como quiera que la pretensión es el OBJETO DEL PROCESO, la Cosa Demandada, ésta NO DEBE SER CONTRARIA a la Buena fe y a las Buenas Costumbres, mucho menos ingresar a los Tipos Penales del cuerpo legal Sustantivo Punitivo (Cdgo. Penal), entendiendo como “Buenas Costumbres” a aquellos Valores y Principios contenidos en el Art. 8 de la Constitución Política del Estado Plurinacional reconocidos predominantemente por el grupo social, establecido por exigencias de comportamiento que no necesariamente son uniformes en tiempo y espacio; es decir que si la sentencia pretendida quebrantaría algún Derecho Constitucional reconocido como PRERROGATIVA FUNDAMENTAL y que podría dar lugar a su defensa con los Derechos a las GARANTIAS CONSTITUCIONALES establecidos por los Arts. 125 al 136 de la Const. Pol. del Estado. Ejemplo: Así como el Art. 336-II-3) EN EL EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO o el Art. 15 del Cdgo. Civil, la autoridad judicial podrá dictar las Medidas Indispensables para evitar la consumación de “un perjuicio irreparable”, así como en el ejercicio de la Propiedad en los Arts. 115 al 133 del Cdgo. Civil, específicamente, en las Acciones EN DEFENSA DE LA POSESION contenidas en los Arts. 1461 al 1464 del Cdgo. Civil conc. Con el Art. 369 del procesal si bien es cierto que el POSEEDOR puede accionar el respeto a su posesión o tenencia, ésta no procede para consolidar POSESIONES ILICITAS como por ejemplo que un ladrón demande un Interdicto de Retener la Posesión de la Cosa Robada o Hurtada. Al margen de que para reconocer como “Ilícito” a un hecho humano debe existir Sentencia Pasada en Autoridad de Cosa Juzgada en Materia penal.

B) **FALTA DE SUSTENTO EN NORMA JURIDICA SUSTANTIVA:**

Resulta una contradicción evidente que, mientras el Art. 24 de la Constitución Pol. Del Estado AUTORIZA expresamente (como no lo hacía la anterior constitución Política Abrogada) el DERECHO DE APERSONAMIENTO Y PETICION, posteriormente, también AUTORICE a los Juzgadores el PODER JURIDICIONAL a declarar IMPROPONIBLE UNA DEMANDA e ingresando al fondo de un litigio “sin considerarse prejuzgamiento” éste hecho POR FALTA DE SUSTENTO EN NORMA JURIDICA SUSTANTIVA. Así como se ha facultado al Juez de una causa a aplicar – en caso de vacío- a las normas análogas, la equidad que nace de las leyes y a los principios generales del Derecho conforme a las previsiones de los Arts. 6 Parte In Fine conc. Con el Art. 25; por disposición y AUTORIZACION del Art. 13 de la Const. Pol. Del Estado Plurinacional el que ordena textualmente: ***“Los derechos reconocidos por esta Constitución son INVOLABLES, UNIVERSALES, INTERDEPENDIENTES, INDIVISIBLES Y PROGRESIVOS. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos. II: Los derechos que proclama esta constitución NO SERAN ENTENDIDOS COMO NEGACION DE OTROS DERECHOS NO ENUNCIADOS.”***

El Dicc. De la Real Academia de la Lengua Española, define el concepto “Interdependencia”, como: ***“DEPENDIENCIA RECIPROCA”***²⁴

Por lo que los DERECHOS FUNDAMENTALES constituyen **UN TODO**. Respecto del concepto “progresivo” el mismo Dicc. Menciona: ***“Adjetivo. Que avanza, favorece el avance o lo procura. Que progresa o aumenta en cantidad o en perfección”***²⁵

Esta característica de progresividad de los Derechos Fundamentales se ha visto demostrada desde la clasificación de los mismos en la Doctrina del Derecho Constitucional

²⁴ “DICC. DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA” Obr. Cit. Tomo II, Pág. 781.

²⁵ IB IDEM Pág. 1109

y según el mexicano Cipriano López Lara ubicándolos en la cronología Histórica del Mundo entero como: a) Derechos Fundamentales De Primera Generación, b) Derechos Fundamentales De Segunda Generación Y c) Derechos Fundamentales De Tercera Generación.

Como vemos, los Derechos Humanos o Fundamentales han sido reconocidos PROGRESIVAMENTE desde el Individuo hacia la Colectividad, por lo que estos no pueden quedar ANCLADOS en una normativa del S.XX como se trata el actual Cdgo. Civil, el que de acuerdo al D.L. No. 12760 de 6 de agosto de 1975 con Vigencia desde el 2 de Abril de 1976, rigiendo el país DURANTE 43 años como producto de un Gobierno De Facto iniciado el 21 de Agosto de 1971, el que después de CUATRO AÑOS de Gobierno “Promulga” dicha normativa y rige, “COMO DECRETO LEY” hasta el año 2018, año en el que, después de sendas Sentencias Constitucionales como las Nos. **0024/2004 de 16 de marzo de 2004 y 240/2015** las que de acuerdo con los lineamientos establecidos por la S.S.C.C. No. 2139/2012 de 8 de noviembre de 2012 EXHORTABAN al Órgano Legislativo para que en el plazo de CINCO AÑOS a partir de la citación con la mencionada Sentencia Constitucional SUBSANE LOS VICIOS DE ORIGEN, bajo conminatoria de que, en caso de Incumplimiento, la misma quedará EXPULSADA DEL ORDENAMIENTO JURIDICO NACIONAL al vencimiento del término señalado, aunque refiriéndose en ese momento al Art. 138 del Cdgo. Civil. Cuerpo legal que RECIEN por **Ley No. 1071 de fecha 18 de Junio del pasado año 2018** suscrito por Jose Alberto Gonzales Samaniego Presidente en ejercicio del Estado Plurinacional de Bolivia, fue recién elevado a RANGO DE LEY por el Órgano Legislativo Plurinacional, sin compatibilización alguna con la actual Constitución Política del Estado Plurinacional no obstante haber sido promulgada en una época históricamente CAPITALISTA y durante un Gobierno de Facto.

Ahora bien, para el Dr. José Antonio Rivera Santivañez en su Libro “Jurisdicción Constitucional” reconoce a los Derechos Humanos o Fundamentales como: **“Potestades, Capacidades o prerrogativas que, de acuerdo al Derecho Internacional tiene la persona**

frente al Estado para impedir que éste interfiera en el ejercicio de sus derechos y Libertades fundamentales, o para obtener del Estado la satisfacción de sus necesidades básicas.²⁶

Si el parágrafo II del Art. 13 de la C.P. E CONSTITUYE UNA CLAUSULA ABIERTA porque reconociendo a los DERECHOS FUNDAMENTALES, como ser el de APERSONAMIENTO Y PETICION inserto en el Art. 24 del citado cuerpo legal constitucional, porque **“No serán entendidos como negación DE OTROS DERECHOS NO ENUNCIADOS”**, por su parte el Art. 110-7) del Cdgo. Procesal civil aplica la naturaleza de **numerus clausus**²⁷ exigiendo el FUNDAMENTO DE DERECHO a la demanda, sin importar el PRINCIPIO DEL IURA NOVIC CURIA y mucho menos constituir CAUSA DE IMPROPONIBILIDAD EN UN “PROTOCOLO” (Arts. 26 y 27) publicado por el Tribunal Supremo de Justicia.

Lo que quiere decir que, existen OTROS DERECHOS SUSTANTIVOS PRESUNTIVOS que facultan a accionar ante el Órgano Jurisdiccional, por lo que NO REQUIEREN DE UNA NORMA JURIDICA SUSTANTIVA **EXPRESAMENTE POSITIVADA** QUE SUSTENTE UNA PRETENSION ESPECIFICA, por lo que este “fundamento” para la procedencia del pronunciamiento de la IMPROPONIBILIDAD OBJETIVA resulta inconstitucional y debe ser controlada a través de los Arts.132 de la C.P.E. conc. con el Art. 79 del Cdgo. Procesal constitucional (Acción de Inconstitucionalidad)

Sabemos que el Art. 6 del Cdgo. procesal dispone que el **“objeto de los procesos es la efectividad de los derechos sustantivos reconocidos por la ley sustantiva”**, por lo que la pretensión debe contener un FUNDAMENTO DE DERECHO contenido en el Cdgo civil por SUBSUNCION ABSTRACTA o en alguna disposición comprendida por PRESUNCION

²⁶ **“JURISDICCION CONSTITUCIONAL. Procesos Constitucionales en Bolivia.” Grupo Editorial KIPUS, 3ra. Edición ,2011, Pág. 391**

²⁷ **NUMERO CONCLUIDO. LO QUE NO ADMITE NUEVOS CASOS. “DICCIONARIO DEL LATIN JURIDICO.”NICOLIELLO, Nelson. Editorial B y F, 2006, Bs-As-Argentina. Pág. 213.**

conforme a lo previsto por el Art. 13-II de la C.P. E., así como por exigencia formal de acuerdo a lo dispuesta por el Art. 110-7) La pretensión invocada por el actor debe constituirse con POSIBILIDAD MATERIAL DE EFECTIVO Y EXACTO CUMPLIMIENTO conforme al Art. 291 del Cdgo. Civil, ya por su naturaleza o por su equivalencia de acuerdo al Art. 1465 del Cdgo. Civil la que si bien es cierto no constituye IMPROPONIBILIDAD **ab initio** (Art. 122 C.P.E.), debe ser entendida como que LA PRETENSION DEBE SER SUCEPTIBLE DE TUTELA JURIDICA, ya por especifica autorización del cuerpo legal Sustantivo o por normas presuntivas como la cláusula abierta dispuesta por el Art. 13-II de la Constitución Pol. Del Estado, ya que la ausencia de un precepto legal específico que fundamente la pretensión en derecho, toda vez que en su ausencia se debe recurrir a la analogía, así como a los principios generales del Derecho (Art. 6to. Parte In Fine Procesal civil). Todo de acuerdo a que “Lo que no está prohibido, está permitido” haciendo inaplicable el **non liquet** (no lo veo claro, no sentencio). Es también nominada como Improponibilidad por Objeto Imposible. Ej. La falta de acción para el cumplimiento de una deuda emergente de Juego Prohibido conforme al Art. 910 del Cdgo. Civil.

Del análisis de la Teoría de las Obligaciones, se puede evidenciar que solo han sido POSITIVADAS las obligaciones civiles que tienen autorización legal para que las mismas sean EJECUTABLES por la vía judicial, sin embargo, estas “Obligaciones Civiles”, el Art. 910-II del –mismo Cdgo. Civil faculta a los jueces a “rechazar” la demanda “que les parezca excesiva”, equivalente a un rechazo de demanda por “IMPROPONIBILIDAD” y otorgándose un plazo de prescripción extremadamente corto en relación al plazo dispuesto por el Art. 1507 del mismo cuerpo legal, por lo que no tiene sentido “positivar” Obligaciones que carezcan de fuerza de cumplimiento.

La Constitución Política del Estado constituye una PACTO POLITICO entre Gobernantes y Gobernados en el que se establecen reglas de reconocimiento de DERECHOS Y GARANTIAS, así como Obligaciones (Art. 108 C.P.E.); es decir que, la parte ONTOLOGICA

Y DEONTOLOGICA que establece el CONSTITUYENTE pone límites a posibles “arbitrariedades” del gobernante.

El Dicc. Jurídico de Ossorio, en relación a la Constitución, manifiesta: ***“Es la Ley o conjunto de reglas fundamentales que rigen la organización de un Estado y que tienen que ser establecidas por la Nación misma; ya sea por votación o por aplicación, indiscutida y respetada de la costumbre. Dichas leyes o reglas fundamentales tienen por finalidad fijar y limitar las facultades QUE EL PUEBLO IMPONE A LOS GOBERNANTES QUE ELIGE.”***²⁸

El Dicc. Enciclopédico OMEBA indica: ***“La adecuación de las normas jurídicas a la Constitución es siempre prenda de seguridad y Paz Social PORQUE LA CONSTITUCION ES EL LIMITE A LA VOLUNTAD HUMANA EN EL GOBIERNO Y GARANTIA DE LOS GOBERNADOS. En ese carácter radica la importancia superlativa de la constitución porque sobre todas las cosas según la vieja definición de Borgeaud ELLA ES UNA LEY DE GARANTIAS; una ley de protección política; garantía de la nación contra las usurpaciones de los Poderes a los cuales ha debido confiar el ejercicio de su soberanía, garantía también de la minoría contra la omnipotencia de la mayoría.”***²⁹

Máxime si por disposición del Art. 410 de la misma Constitución sus disposiciones se encuentran en la cúspide de la Pirámide de Kelsen y de la Jerarquía Normativa, por tanto, su aplicación es prioritaria. De tal manera que es ***el constituyente*** quien estableció que el Derecho Constitucional de Libre Acceso a la Justicia, Apersonamiento y Petición autorizado por el Art. 24 de la Constitución Política del Estado Plurinacional y que: ***“Para el ejercicio de este derecho NO SE EXIGIRA MAS REQUISITO QUE LA IDENTIFICACION DEL PETICIONARIO*** (textual). La demanda es concebida como una PETICION por el Art. 24 de la constitución Política del Estado y por los Arts. 1283 del Cdgo. Civil, así como el 136 del Cdgo. Procesal civil como una PRETENSION. Ahora resulta que el Art. 110 del Cdgo.

²⁸ “DICC. DE CS. JS. POL. Y SOCIALES”, MANUEL OSSORIO Obr. Cit. Pág. 159

²⁹ “ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA”. Obr. Cit. Tomo III, Pág. 1036

Procesal NO SOLO EXIGE “la identificación del peticionario” sino un conjunto de requisitos FORMALES entre los que se encuentra ***los fundamentos de derecho o la invocación del derecho en que se funda*** conforme al Inc. 7) del citado cuerpo legal Adjetivo pese al PRINCIPIO DEL IURA NOVIC CURIA que comprende que ***“El derecho lo sabe el Juez”***. Posteriormente, aparece el llamado “Protocolo de Aplicación del Cdgo. Procesal civil” que en su Art. 26-I-8) exige que podrá decretarse la Improponibilidad o inadmisibilidad de una demanda CUANDO LA PRETENSION NO TENGA SUSTENTO EN NORMA JURIDICA SUSTANTIVA lo que quiere decir que, (retrocediendo al Art. 24 de la Constitución) no solo había sido necesaria la identificación del peticionario.

Si el Gobernante ha lanzado una “oferta político-legal” con la autorización de que el derecho de Libre Acceso a la Justicia, Petición o Apersonamiento ***“no requiere nada más que la identificación del peticionario”*** constituye una OFERTA AL PUEBLO que de acuerdo a la POLICITACION³⁰ o aceptación de éste último se establece el Pacto Político a través de una disposición del Constituyente, empero aparece el “LEGISLADOR” (Órgano Legislativo) y echando pie atrás, así como desconociendo dicha prerrogativa constitucional exige más formalidades, encareciendo el Libre acceso a la Justicia. Es como que un Usuario haya pactado un precio inicial en un mercado en relación a un Servicio (El Judicial) se apersona un Funcionario Inferior en Grado e impone UN PRECIO MAYOR, desconociendo el “precio” inicial pactado con el Mandatario del Pueblo.

- C) **EL ABUSO DEL DERECHO**: Desde que por disposición del Art. 178 de la Const. Pol. Del Estado Plurinacional la potestad de impartir justicia emana del Pueblo Boliviano y habiéndose constitucionalizado el derecho de Apersonamiento y

³⁰ **POLICITACION: PROMESA ULITAERAL, MIENTRAS NO ES ACEPTADA; Y QUE PERMITE POR TANTO, LA REVICACION DE QUIEN LA FORMULA”. “DICCIONARIO ENCLOÉDICO DE DERECHO USUAL” CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Obr. Cit. tomo VI, Pág. 335.**

Petición con la promulgación del Art. 24 del citado cuerpo Supralegal, el ciudadano es poseedor del **USUS LEGAL**, mas no del **ABUSUS**.

Bajo el PRINCIPIO LATINO *abusus non est usus, sed corruptela*, significando EL ABUSO NO ES USO, ES CORRUPTUELA,³¹ por lo que el Art. 336-II-3, dispone textualmente: ***“ABUSO DEL DERECHO: Cuando la demanda versa sobre el ejercicio abusivo de un derecho, la autoridad judicial podrá dictar las medidas indispensables para evitar la consumación de un perjuicio irreparable.”***

- D) **INCOMPETENCIA EN RAZON DE MATERIA:** Desde la disposición contenida en el Art. 122 de la C.P. E. conc. Con el 12 y 14 del Cdgo. Procesal civil, así como de los Arts. 11 al 14 de la Ley del Órgano Judicial. La NULIDAD cumple con la exigencia del PRINCIPIO DE LEGALIDAD O ESPECIFICIDAD exigido por el Art. 105 del cuerpo legal Adjetivo por lo que importa una NULIDAD insubsanable, procediendo la Improponibilidad, pero cabe aclarar que, es el “Protocolo de Aplicación del Cdgo. procesal civil” de manera reiterativa, tanto en el Art. 26-I-8) y 27 parte In Fine repite la causal de Incompetencia en Razón de Materia.

LEGITIMIDAD PARA EL PLANTEAMIENTO DE LA IMPROPONIBILIDAD:

Resulta que la Improponibilidad (Subjetiva u Objetiva) puede ser planteada tanto ***ex officio*** como a petición del Sujeto Pasivo de la Relación Procesal (demandado, desde luego cuando la demanda ya fue admitida). Si bien es cierto que éste Artículo 113 ***no autoriza la petición de parte***, sino solo ***ex officio***; son los Arts. 128-6) ***ab initio*** y en la Audiencia Preliminar “al comienzo de la sustanciación” conforme al Art. 366-I-4), tanto como EXCEPCION PREVIA, así como IMPROPONIBILIDAD.

DECLARACION JUDICIAL DE IMPROPONIBILIDAD: Tal como lo exige el Art. 546 del Cdgo. Civil, también la Improponibilidad ***debe ser pronunciada judicial y específicamente***, por

³¹ “DICC. DEL LATÍN JURÍDICO”. NICOLLIELO, Obr. cit. Pág. 5

lo que se deberá practicar un análisis minucioso tanto de la pretensión, así como de sus elementos concomitantes como ser: **Fundamentos de hecho, de derecho y petición** de acuerdo a la JURISPRUDENCIA anotada.

CONTROL JUDICIAL DE LA IMPROPONIBILIDAD: Como quiera que la Improponibilidad tiene la vertiente de la parte Interesada (*in persequendi litis*, Art. 366-I-4) Procesal civil), así como *ex officio* conforme al Art. 24-1)a) y el Art. 113-II del Cdgo. Procesal civil, el Juez de la causa debe –inicialmente- considerar la Improponibilidad Subjetiva, posteriormente la Objetiva, *in abstracto* esto quiere decir: Con exclusión del Sujeto, así como la inexistencia de Defectos Absolutos que revistan una gravedad tal que impidan la sustanciación de la demanda ya, con preeminencia del elemento Subjetivo como Objetivo.

El Control de la Improponibilidad es distinto al Control Judicial de la Admisibilidad de la Pretensión. En el caso de existir Improponibilidad de la demanda NO SE LLEGA A SUSTANCIAR EL PROCESO finalizando en la primera etapa del mismo; sin embargo, en el Control Judicial de la Pretensión implica la sustanciación total del proceso hasta ingresar al Fondo de la Litis. Otra cosa fuera que en la Valoración Probatoria de Cargo y Descargo se determine declarar improbadamente la demanda. En consecuencia, el Control de la Improponibilidad de la demanda **no se pronuncia sobre la razón o la sin-razón que pueda reconocérsele al demandante**, sino sobre la posible existencia de un DEFECTO ABSOLUTO en la demanda, de tal manera que no se analiza sobre los derechos SUSTANTIVOS del actor, sino, un posible Defecto Absoluto frente al Ordenamiento Jurídico, sobre todo falta de SUBSUNCION LEGAL, teniendo –siempre presente- que éste Defecto Absoluto **debe y tiene que ser manifiesto, ostensible, grave, grosero y evidente en la misma demanda** de la cual, el Juzgador no tenga la menor Duda Razonable, bajo la perspectiva del *in dubio*,

ya que en ésta circunstancia no queda otra que aplicar el principio ***pro actione***³², en consecuencia: aceptando la proponibilidad de la demanda.

EFFECTOS DE LA DECLARACION JUDICIAL DE IMPROPONIBILIDAD DE LA DEMANDA: La Declaración Judicial implica análisis previo del Control de Constitucionalidad y procedencia de la pretensión planteada, por lo que dicha “declaración” practicada por Autoridad Competente debe causar estado en relación a las CONSECUENCIAS JURIDICAS de la misma. La primera e inmediata consecuencia o efecto es:

1. **EL RECHAZO “IN LIMINE LITIS” DE LA DEMANDA:** Esto quiere decir, EXCLUIR LA CAUSA de la tramitación regular bajo fundamentación rigurosa en Derecho, desglose de la literal preconstituida acompañada en aplicación del Art. 111, así como EL ARCHIVO DE OBRADOS; desde luego con los riesgos adjetivos de su REVOCATORIA por el Superior en Grado, CON RESPONSABILIDAD (Art. 113-II Parte In Fine),
2. **EFFECTO RETROACTIVO:** El Art 123 de la Constitución Política del Estado Plurinacional dispone que la Ley solo dispone para lo venidero, sin embargo la Improponibilidad, constando la resolución a pronunciarse de un Auto Definitivo que cause Estado Procesal Definitivo que despeja un ESTADO DE INCERTIDUMBRE sobre la existencia o inexistencia de un posible Defecto Absoluto de la demanda, debe considerarse “como si nunca se hubiera interpuesto la demanda planteada” determinándose sus efectos hasta antes de habérsela planteado.

³² “***En virtud de éste principio que debe garantizarse a toda persona el acceso a los recursos desechando todo rigorismo o formalismo excesivo que impida obtener un pronunciamiento sobre las pretensiones o agravios invocados, precautelando el derecho de las partes a que su impugnación se patentice, garantizando así el Derecho de acceso a la Justicia***” A.S. No. 1114/2016 de 23 de septiembre y S.S.C.C. No. 0010/2010-R de 6 de abril.

3. COSA JUZGADA MATERIAL: Tanto la jurisprudencia extranjera como los tratadistas no se han puesto de acuerdo a cuanto a que dicha resolución definitiva cause o no cause estado de Cosa Juzgada Material.

Inicialmente, debemos recordar que hay Cosa Juzgada Material, (según el Nuevo Dicc. De Derecho Omeba Tomo I, Pág. 338) cuando resulta de sentencias que resuelven CUESTIONES SUSTANCIALES, extiende potencialmente sus efectos fuera de tal proceso, pues lo allí decidido no podrá ser desvirtuado por otras actuaciones judiciales (Art. 1451 del Cdgo. Civil). Así, se tiene ambas versiones:

3.a) LA DECLARACION DE IMPROPONIBILIDAD NO CAUSA EFECTO DE COSA JUZGADA MATERIAL: Desde luego que cuando se aplica observaciones de FORMA a la demanda en relación al Parágrafo I, como en el caso de la Improponibilidad Subjetiva no causa estado de Cosa Juzgada porque no ingresa al Fondo de la Litis Contrapuesta. No habiendo practicado VALORACION DE LAS PRUEBAS bajo el principio de Bilateralidad y Contradicción solo puede generar Estado de Cosa Juzgada Formal, máxime si se ha verificado **ab initio** aún sin conocimiento del demandado.

Vicente Gimeno Sendra, dispone:” ***Tal como se ha adelantado, al referirnos a los fundamentos procesales, comunes y especiales una demanda puede ser rechazada “a limine litis” en los presupuestos contemplados en los Arts. 403 y 439 en relación con los Arts. 264 y 266 (de la Ley de Enjuiciamiento civil española). En tal supuesto, dictará el Tribunal resolución de inadmisión de la demanda, que revestirá forma de Auto, contra el que el actor podrá interponer recurso de apelación, habida cuenta de su carácter Definitivo. El Auto de Inadmisión de la demanda, al no afectar al Fondo que queda imprejuzgado, no produce efectos materiales de Cosa Juzgada, por lo que puede el***

demandante, una vez subsanados los Defectos Procesales, volver a plantear la demanda, salvo claro está que la inadmisión obedezca a la CADUCIDAD de la acción³³.

3.b) LA DECLARACION DE IMPROPONIBILIDAD CAUSA EFECTO DE COSA JUZGADA MATERIAL: Como sabemos que cuando se ha previsto una COMPETENCIA PREVENTIVA con el planteamiento de alguna Diligencia Preparatoria de demanda (Art. 305) o Proceso Cautelar (Art. 310), cuando se dio por “no presentada la demanda” en la observación formal de ésta última (parágrafo I), aceptación de desistimiento o declaración de Improponibilidad o una resolución de excepciones previas, al tenor del Art. 24 del Protocolo: ***será asignada al mismo juzgado por lo que causaran efecto de cosa juzgada material***, solo cuando exista identidad de ***Sujeto, objeto y causa***.

Así, se debe tener presente que, en caso de plantearse una Diligencia Preparatoria de demanda de reconocimiento de Firmas y Rúbricas y en la misma se haya demostrado fehacientemente con la autorización del Art. 306-I-2-d) del Cdgo. Procesal civil UNA PERICIA GRAFOLOGICA con noticia contraria. Si el dictamen determinare que la firmas es FALSA y agotado el Recurso Ordinario de apelación previsto por el Art. 309, ésta resolución se confirmare, ésta adquirirá la Calidad de Autoridad de Cosa Juzgada Material, porque el mismo actor carecerá de Legitimidad de plantear la acción Ordinaria con identidad de Sujetos, Objeto y Causa.

En lo general, el suscrito, ***no se encuentra de pleno acuerdo con la aplicación del instituto de Improponibilidad objetiva***, máxime si pretende causar Estado Definitivo Material porque, si reconocemos al DEBIDO PROCESO en su TRIPLE DIMENSION; es decir, como Derecho Constitucional y como Garantía constitucional (Art. 115 C.P.E.), y como PRINCIPIO Constitucional conforme al Art. 180 de la Constitución, debemos reconocer que su Art. 117 de la misma Constitución nos otorga una TRILOGIA de derechos vitales del derecho a la defensa material como ser: OIDO, JUZGADO Y SENTENCIADO. Si vamos a

³³ “DERECHO PROCESAL CIVIL” GIMENO SENDRA, VICENTE Obr. cit. Pág. 307.

recibir una resolución judicial que a ***prima facie*** y a ***limine litis***³⁴, porque no otra cosa significa NEGARSE A INGRESAR A INVESTIGAR EL FONDO DE UNA CONTIENDA y solo con el análisis de la demanda se declare una IMPROPONIBILIDAD OBJETIVAMENTE SUSTANTIVA. No hemos sido “oídos” íntegramente, “juzgados” a cabalidad y menos, el juzgador ha obtenido una determinación con templanza procesal para pronunciar una sentencia objetiva.

Eduardo J. Couture en sus “Fundamentos de Derecho Procesal civil” Pág. 97, menciona que ***no se puede repeler DE PLANO la demanda, tampoco la defensa.***

NO PROCEDE LA DECLARACION DE IMPROPONIBILIDAD DE LA DEMANDA EN LAS SIGUIENTES CIRCUNSTANCIAS:

Se hace imprescindible el análisis y precisión de las condiciones de los DEFECTOS ABSOLUTOS Y RELATIVOS, el primero no es convalidable menos subsanable, en cambio el segundo, puede convalidarse y subsanarse por el Sujeto de Derecho de la pretensión formalizada. Solo en el primer caso del DEFECTO ABSOLUTO corresponde declarar la IMPROPONIBILIDAD DE LA DEMANDA. De todos modos, el Art. 26-I-8) del protocolo exige que la Improponibilidad ***“SOLO PODRÁ DECRETARSE DE MANERA RESTRICTIVA.”***, o sea de manera muy limitada, e incluso en caso del ***in dubio***, deberá optarse por la aceptación de la demanda planteada por tratarse del ejercicio de un Derecho Constitucional.

1. **ERROR DE HECHO O ERROR “IN PROCEDENDO” EN LA VIA DE INTERPOSICION DE LA DEMANDA:** El Art. 362-I del presente cuerpo legal dispone: ***“El proceso ordinario procede en todos los casos en que la Ley no señala otro especializado para su trámite”***

De manera que es el Sistema de Procesos es el que dispone qué Conflicto de Intereses debe tramitarse mediante determinada VIA, y cuando no lo determina expresamente,

³⁴ ***A primera vista, por eliminación.***

debe tramitarse POR LA VIA ORDINARIA. El manido proveído de ***“acúdase a la vía llamada por ley”*** ejercido por costumbre por algunos jueces y adoptando una postura de PODER, no cumple con su responsabilidad de Dirección procesal otorgada por el Art. 1-4), correspondiendo a un Defecto Relativo y Subsanable, no corresponde la declaratoria de IMPROPONIBILIDAD de la demanda, más bien la aplicación del PRINCIPIO IURA NOVIC CURIA.

2.- ERROR EN LA CALIFICACION O SUBSUNCION JURIDICA:

Se han conocido casos en los que, el patrocinante, por no encontrarse completamente SEGURO de la verdadera adecuación del hecho humano al derecho, ejemplo de una demanda de NULIDAD O ANULABILIDAD por un solo fundamento de hecho, plantee ambas acciones de manera simultánea. De la misma manera, el Juez de la causa, ejerciendo su Poder-Deber de Dirección y ***IURA NOVIC CURIA*** debe disponer la adecuada calificación y subsunción a los Fundamentos de Hecho.

La incoherencia entre lo solicitado o PETITUM de lo principal de la demanda con los Fundamentos de Hecho, no viabiliza la IMPROPONIBILIDAD de la demanda, sino solo la observación formal de la misma en aplicación del Parágrafo I del 113 del procesal civil en un plazo perentorio y bajo conminatoria de tenerse por “no presentada la demanda” por observación de la FORMA.

4. ERROR DE LA INTEGRACION DE LA PRUEBA EN LA DEMANDA:

Como se ha previsto en el Art. 111 del Cdgo. Procesal civil constituye OBLIGACION DE LA CARGA PROBATORIA (Art. 1283-I del Cdgo. Civil y 136-I del Cdgo adjetivo) que la demanda adjunte ***toda la prueba documental que se encuentre bajo esfera de custodia del actor*** a tiempo de plantearla E INDIVIDUALICE LA QUE NO DETENTE EN SU PODER, por lo que los Tratadistas han clasificado dicha Carga Probatoria mediante dos visiones distintas:

4.a) PARA RESPALDAR EL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS: Ejemplo: acreditación de Representación Notarial en falta de Eficacia probatoria, fotocopia simple sin el cumplimiento de lo dispuesto por el Art. 150-2), pago de la Tasa de la Cuantía en relación al Art. 110-8) en el 4 X 1.000

4.b) PRUEBA REFERENTE A LA PRETENSION: En caso de no hacerlo, solo se aceptarán documentales de reciente CONOCIMIENTO como lo dispone el Art. 112, o **sobrevinientes** referidas a **hechos nuevos** (111-III).

5. Cualquier disposición legal que tiende a restringir o impedir el ejercicio de derechos Constitucionales de ser de naturaleza **Numerus Clausus** y no abierta a la discrecionalidad del juzgador.

CONCLUSIONES.

1. La IMPROPONIBILIDAD debemos entenderla como aquel razonamiento de improcedencia que el juzgador practica **ab initio** de la causa sobre la base de los supuestos facticos establecidos en la demanda, así como la concurrencia de un Defecto Absoluto Subjetivo u Objetivo de la facultad de Juzgar una pretensión jurídica planteada formalmente ante el Órgano y que resulte carente de toda posibilidad de Juzgar que; en otras palabras, significa imposibilidad de Tutela Jurídica en relación al Sistema Normativo Vigente en nuestro país.
2. La demanda es un acto procesal de naturaleza compleja reflejando un acto jurídico procesal que contiene en sí mismo una declaración de Voluntad y se constituye en un acto de proposición o postulación ya que brinda un conflicto para que en aplicación de Derecho el Juez pueda pronunciarse sobre él.
3. Los requisitos de la demanda están divididos en: Requisitos FORMALES, REQUISITOS SUBJETIVOS Y REQUISITOS OBJETIVOS DE LA DEMANDA, que nos

permiten analizar la demanda en torno a sus elementos, en especial el elemento Subjetivo y el elemento Objetivo, lo que nos facilita la tarea de definir la existencia de la Improponibilidad Subjetiva e Improponibilidad Objetiva de la demanda sin que implique que la deficiencia de éstos requisitos genere una causal de Improponibilidad.

4. El nuevo rol del Juez permitirá que se realice una adecuada aplicación de la declaración de Improponibilidad en base al Poder de Dirección y de Saneamiento del proceso entendiendo siempre que el Juez es el Director del Proceso que verificará la posible existencia de un Defecto Absoluto en la demanda, entendiendo que la aplicación de éste Poder-Deber genera responsabilidad a la autoridad judicial por la declaración indebida y los efectos que tienen en torno al Derecho que asiste a todo ciudadano del derecho a la Acción, Derecho de acceso a la Jurisdicción y derecho de Acceso a la Justicia.
5. La Improponibilidad de la demanda en su naturaleza jurídica es compleja ya que está conformada por un PODER-DEBER que emana de la ley, sin embargo, también representa una expresión del principio de economía procesal CON UN CARÁCTER RESTRINGIDO y excepcional, además que la causal que la promueve debe revestir el carácter de MANIFIESTO.
6. El Principio de Proporcionalidad será en esencia UTIL a objeto de evitar arbitrariedades en la declaración Judicial de Improponibilidad de la demanda, lo que permitirá que en momento de aplicarla no se vulneren los derechos constitucionales de los ciudadanos que acuden al Órgano Jurisdiccional en búsqueda de Tutela Judicial efectiva.
7. Es necesario, identificar las CLASES DE IMPROPONIBILIDAD de la demanda a objeto de identificar el control judicial que debe aplicarse, lo que puede facilitar en la vida practica la utilización de éste Instituto Procesal, con el fin de reducir

la posibilidad de error en su aplicación, identificando si se trata de una causal de Impropionibilidad Subjetiva u Objetiva.

8. La única forma de ejercer control de la existencia de las causales será a través de un proceso judicial, ya que el único que puede declarar la Impropionibilidad de la demanda es la autoridad judicial *ex officio* o a petición de parte interesada, en el momento oportuno.
9. Cuando la autoridad judicial decida declarar la Impropionibilidad de la demanda le surgirá el deber de fundamentar su decisión, de manera clara y precisa sobre la causal de Impropionibilidad encontrada en la demanda, argumentando en la existencia de un “defecto absoluto” en la demanda que impida la sustanciación del proceso, en ningún caso un Defecto Relativo dará lugar a la Impropionibilidad de la Demanda.
10. Los efectos de la Declaración de Impropionibilidad deben ser considerados en todo momento por el profesional abogado, ya que muchas veces en la práctica no se apela ésta declaración por costumbre jurídica, sin considerar que se generará una Efecto Negativo en el patrocinado quien tendrá que soportar la Cosa Juzgada.
11. Es necesario considerar que la Impropionibilidad de la demanda es la excepción, y se debe analizar siempre el Defecto de la demanda desde una perspectiva que permita su subsanación, si no fuere posible utilizar éste Instituto, siempre que mediere un “Defecto Absoluto” con predominio del elemento Subjetivo u Objetivo.
12. Finalmente, de notar que la Impropionibilidad de la demanda es un Instituto jurídico que a la fecha se encuentra en creación y desarrollo debiendo

entenderse de no quebrantar derechos fundamentales, siempre que se respete su naturaleza jurídica y en especial su carácter restrictivo y excepcional.

13. LOS ROSTROS DE LA IMPROPONIBILIDAD: En el Art. 24-1) a) Aparece como un Poder, en los Arts. 113-II y 366-I-4) todos del Cdgo. procesal civil aparecen, solo como Improponibilidad, y no encontrándose prevista en el Art. 128, ***no puede considerársela como Excepción***. Como resultado debemos tenerla como un “HIBRIDISMO PROCESAL” o una “Criatura Amorfa”
14. OBSERVACIONES A SU ORIGEN LEGAL: Tratándose de un aspecto enteramente procesal, no pudo preverse en el cuerpo legal Sustantivo o Cdgo. civil, máxime si éste cuerpo legal ha sido promulgado como D.L. en el año 1975 y recién en el 2018 ha sido elevado a rango de Ley por lo que no pudo ser considerado en el mismo.

Como una especie de “Exposición de Motivos” el Acuerdo de Sala Plena No. 189/2017 (llamado “Protocolo”) y a los CUATRO AÑOS de la Promulgación del presente Cdgo. procesal (19 de noviembre de 2013) reconoce que ***“Los Jueces y Vocales de los nueve departamentos de nuestro Estado Plurinacional, quienes a través de los Presidentes de los Tribunales Departamentales de Justicia IDENTIFICARON DIFICULTADES Y VACIOS EN LA NORMA, proponiendo la aplicación práctica de actuación en diversos aspectos, bajo un análisis real basado en el ejercicio cotidiano de su labor jurisdiccional, se ha estructurado un INSTRUMENTO GUIA de actuación procedimental en el marco del Cdgo. Procesal civil.”*** (Textual), por lo que, invocando el Art. 38-15) y 16) de la Ley del Órgano Judicial que faculta a la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia a “Dictar los **Reglamentos** que le facultad la presente Ley” y “Otras establecidas por ley” (sic) disposiciones organizacionales nada específicas porque la única autorización de “Normativa Reglamentaria” está dispuesta por el Art. 40-11), 52-9), 183-I-5) y IV-11) del mismo cuerpo legal a favor del Consejo de la Magistratura y en vez de Elaborar un

Proyecto de Ley y presentarla a la Asamblea Legislativa Plurinacional conforme al Inc. 5) de la misma preceptiva conc. Con el Art. 158-3) de la Constitución Política del Estado Plurinacional ordenan la aplicación del “PROTOCOLO” al cuerpo legal adjetivo, en cuyos Arts. 26-I-8) y 27 **consignan, específicamente las causales para la procedencia de la Imponibilidad**, cuando debía ser especificado en la preceptiva 113-II del Cdgo. Procesal civil, máxime si el Instrumento Legislativo llamado “Protocolo” de Aplicación del Cdgo. Procesal civil, NO EXISTE EN NINGUN NIVEL DE LA JERARQUIA NORMATIVA considerada en los Arts. 184 y 410 de la Constitución Política del Estado, que configura – literalmente- la llamada Pirámide de Kelsen, llegando a transgredirse el Art. 122 de la Constitución Política del Estado al otorgar a los Juzgadores la prerrogativa de “rechazar de plano” (113-II) las demandas planteadas tienen el objetivo de resolver de manera indirecta la CARGA PROCESAL abundante en el Órgano Judicial.

Para el Dicc. de Cs. Js. Pol. y Sociales de Manuel Ossorio PROTOCOLO es: ***“Libro de registro numerado, rubricado o sellado que lleva el Notario o escribano. Según la denominación oficial en cada país del fedatario extrajudicial.”***³⁵

Para demostrar que el protocolo y el reglamento se tratan de dos instrumentos completamente distintos, también damos la definición de REGLAMENTO: ***“La disposición metódica y de cierta amplitud que, sobre una materia, y A FALTA DE LEY O PARA COMPLETARLA, dicta un poder Administrativo.”***³⁶

Al referirse a un PODER ADMINISTRATIVO, dichos reglamentos (en caso de dictarse) solo surtirán efectos hacia el interior del Tribunal Supremo de Justicia, pero nunca **erga omnes** (para todos los hombres) como viene sucediendo en la actualidad que los jueces aplican el Protocolo como si se tratara de una Ley Adjetiva.

³⁵ OSSORIO, Manuel Obr. cit. Pág. 815.

³⁶ OSSORIO, Manuel. Obra cit. Pág. 856.

Habiéndose publicado un “PROTOCOLO” y no promulgado un DECRETO REGLAMENTARIO, encontramos una transgresión al Art. 122 de la Const. Pol. Del Estado.

14. De la misma manera, en la CONFUSION NOMINATIVA DE NUESTRO PAIS en los Arts. **11-I, 146-II, 202-1), 238-3) y 339-I de la Constitución Política del Estado Plurinacional** continúa denominando a nuestro país como **REPUBLICA**; se ha intentado “reglamentar” la misma Constitución mediante el **D.S. No. 048** lo cual NO ES ADMISIBLE, pues ésta decisión debió debatirse en la actual Asamblea Legislativa Plurinacional para que se sancione una Ley Interpretativa o una Reforma Constitucional al respecto. Las facultades para pronunciar Reglamentos de Leyes Especiales corresponden al Órgano Ejecutivo, pero no así a la propia Constitución Política del Estado. Si bien el D.S. No. 048, goza de Presunción de Constitucionalidad, tiene toda la legalidad al estar publicado con las formalidades requeridas, pero CARECE DE LEGITIMIDAD NORMATIVA toda vez que NO CONSTITUYE INSTRUMENTO NORMATIVO para la Interpretación Constitucional, por lo que nos encontramos ante una Figura de Decreto con Fuerza de Ley que no es admisible en un Estado Constitucional de Derecho.

15. Si bien es cierto que el Art. 26-I-8) del protocolo exige que la Improponibilidad **“SOLO PODRÁ DECRETARSE DE MANERA RESTRICTIVA.”**, o sea de manera muy limitada, e incluso en caso del *in dubio*, deberá optarse por la aceptación de la demanda planteada por tratarse del ejercicio de un Derecho Constitucional, no es menos cierto que el Art. 27 Parte In Fine del “PROTOCOLO”, después de practicar una repetición confusa de las causas de Improponibilidad ya descritas en el Art. 26, culmina el texto de la preceptiva con. **“...U OTRA DEBIDAMENTE FUNDADA.”** sin referirse expresamente a una causa específica, lo que quiere de decir que, convierte a dicho artículo en CLAUSULA ABIERTA, cuando por su naturaleza RESTRICTIVA de un Derecho Constitucional debió constituirse en una disposición de *números clausus*.³⁷, resultando que un “Protocolo” publicado por el

³⁷ **“NUMERUS CLAUSUS: Número concluido. Lo que no admite nuevos casos.”** Nicolliello. Dicc. del Latín Jurídico. Obr. cit. Pág. 213.

Tribunal Supremo de Justicia tiene FUERZA DE LEY al establecer las causales de Imponibilidad en sus Arts. 26-8) y 27, cuando el Art. 113 del presente cuerpo legal, NO LO PRACTICA.

RECOMENDACION:

1. Dejar sin efecto legal el Instrumento Legal conocido como “Protocolo de Aplicación del Cdgo. Procesal civil” publicado por Acuerdo de Sala Plena No. 189/2017 de 13 de noviembre de 2017 por el Tribunal Supremo de Justicia, debiendo considerarse como proyecto de Ley a la Asamblea Legislativa al tenor del Art. 158-3) de la C.P.E. con efecto Abrogatorio emergente del Art. 78-II-3) del Cdgo. procesal Constitucional.

DE DR. JOSÉ AGUILAR ROJAS

REVISADO POR DR. CAMILO CONSTANTINO – UNIVERSIDAD DE MÉXICO

FORMALISMO Y GARANTÍA DEL *DOMINIUM* EN EL DERECHO ROMANO ARCAICO

Estudio basado en un análisis de las “XII Tablas”

Julio Baquero Gutiérrez ³⁸

(Universidad de Valladolid)

RESUMEN

La normativa del *dominium* en las XII Tablas se resume en principios formales. En los ritos vive el Derecho. La *mancipatio* es la forma transmisiva tipo de la *res Mancipi*; la *traditio* sirve para la *res nec Mancipi*, en las cesiones derivativas. Mediante ambas se transmite la *potestas*, ejercida por el *usus*. El *usus* se defiende invocando el *meum esse*. Transcurridos los plazos tabulares, el visible *usus* ya es *dominium* inatacable. Mientras no transcurre el tiempo indicado era posible la demanda de un mejor derecho, a través de la *legis actio sacramento in rem*. El principio *quod subruptum erit, eius aeterna auctoritas esto* excluía la *res furtiva* de la regla general. El *furtum* prohibía el acceso al *dominium*, discutiéndose si solo al *fur* hasta la *lex Atinia*, o a todos los poseedores de *res furtivae*.

El esquema del *dominium* tabular quedó desencajado al aparecer la *possessio*, heredera del Arcaico *usus*, como tenencia *nec vim nec clam* y *nec precario*, y su protección interdictal. El paso cualitativo del *dominium* Arcaico al Clásico término *proprietas*, se observa en que la expresión *meum esse* que pasó a significar ahora título exclusivo del propietario sobre la *res*, excluyendo cualquier otro. Se fundamenta en el principio de adquisición *a domino*, bajo la regla *nemo dat quod non habet*, desconocida por el Derecho Arcaico. La *proprietas* se refleja en la *intentio* del nuevo esquema procesal formulario. La *actio Publiciana* amparó al *possessor*, adquirente *a non domino* que perdió su *possessio*, basada en *iusta causa et bona fides*, fingiendo que había usucapido la *res*.

PALABRAS CLAVE

XII Tablas. *Dominium*. *Usus auctoritas*. *Usus*. *Possessio*. *Usucapio*.

³⁸ Abogado emérito, Licenciado en Derecho, Grado en Geografía e Historia. En la actualidad cursa el Doctorado en Derecho en la Universidad de Valladolid.

FORMALISM AND GUARANTEE OF THE *DOMINIUM* IN ROMAN ARCHAIC LAW

Study based on an analysis about “the Laws of the Twelve Tables”

Julio Baquero Gutiérrez ³⁹

(Universidad de Valladolid)

ABSTRACT

The rules of the *dominium* in the XII Tables are formal precepts. The law consists in rituals. *Mancipatio* is the type transmissive form of the *res Mancipi*; the *traditio* is used for *res nec Mancipi* in derivative transmissions. Through both acts is transferred the *potestas*, actually exercised by the *usus*. The *usus* is defended by invoking the *meum esse*. After the time laid down by the XII Tables, the *usus* becomes unassailable *dominium*. Before this time elapsed the claim for a better right on the thing was possible through the *legis action sacramento in rem*. The principle *quod subruptum erit, aeterna auctoritas esto* excluded the *res furtivae* from the general rule. By *furtum* was not possible to acquire *dominium*; but it is controversial whether, until the *lex Atinia*, the exclusion affected only the *fur* or also all the possessors of *res furtivae*

The scheme of the “decemviral” *dominium* was dislodged when the *possessio*, evolved from the old *usus*, appeared as tenure *nec vim, nec clam* and *nec precario*, and received interdictal protection. The qualitative leap from the archaic *dominium* to the Classical *proprietas* is observed in the expression *meum esse* which now ended up to mean exclusive title of the owner over the *res*, excluding any other. It is based on the principle of acquisition *a domino*, under the rule *nemo dat quod non habet*, unknown by archaic law. The property is reflected in the intention of the new form procedural scheme. The *action Publiciana* protected the *possessor*, acquirer *a non domino* who lost the *possessio* based on *iusta causa et bona fides*, pretending that he had usucaptured the *res*.

KEYWORDS

The Twelve Tables. *Dominium*. *Usus auctoritas*. *Usus*. *Possessio*. *Usucapi*

³⁹ Abogado emérito, Licenciado en Derecho, Grado en Geografía e Historia. En la actualidad cursa el Doctorado en Derecho en la Universidad de Valladolid.

1.- Los ritos formales y la Seguridad Jurídica en las XII Tablas.

En la necesaria garantía de dar seguridad de las transmisiones de los bienes del sistema arcaico romano se cimentaba el Derecho Romano. Era el respeto del formalismo, que ofrecía las garantías rituales suficientes basadas en el principio de publicidad de los actos. Era el imperio de la forma. El respeto a la formalidad significa la seguridad de que hay plena coincidencia entre lo deseado o lo pretendido por un individuo y las consecuencias jurídicas que el conjunto social deduce de la aceptación o negación de lo que el rito formal lleva en su contenido ideológico como significado. Se presume que quien transmite una cosa es *dominus* de ella.

Por otra parte, a veces el rito aparece degradado o, dicho sea con mayor precisión, desformalizado por su inobservancia. Si el bien se transmite a un tercero, conforme el *ius civile*, sin la observancia de los ritos legales, aunque se ceda la tenencia legítima de dicha *res*, el *dominium* sigue siendo del descuidado cedente. Es una transmisión *a domino*, pero con desconocidos efectos por el *iure Quiritium*.

Potestas y tenencia de la cosa. Ésta considerada como el mero hecho de tener el *usus*, de ser su *Habens*, como rasgo de la Publicidad. Aquélla como expresión del ejercicio de un poder sobre el bien. Se ha podido deslizar un concepto jurídico que no existía en el Derecho Romano Arcaico. Nos estamos refiriendo a que el *usus* se consideró como la *possessio*. La *possessio* romana era, en origen, la situación de *tenencia* de bienes inmuebles del *ager publicus*, en manos privadas, bienes cuyo *dominium* pertenecía al Estado romano.

El *usus* del Derecho Romano Arcaico, que en el Derecho Civil Moderno es entendido como el hecho de la *possessio*, contiene en sí mismo la notoriedad de la Publicidad y con el añadido legitimador del paso del plazo legal sirve para consolidar el *dominium*. Quedaba *ex lege* excluido el *usus* nacido de un *furtum*, para acceder al *dominium*.

2.- Los ritos amparan la formalidad legal.

La Tabla VI, en su ley 1ª, declara que *derecho es lo que un civis declare con la publicidad del formalismo ritual del nexum y el Mancipium*.

*CUM NEXUM FACIET MANCIPIUMQUE, UTI LINGUA NUNCUPASSIT, ITA IUS ESTO.*⁴⁰

“Cuando se hace un *nexum* o una *mancipatio*, aquello que se declare, sea derecho”. La intervención personal estaba sometida a la observancia del rito, imperiosamente.

Según dice Gayo⁴¹ se otorga validez a cuanto fuere pactado en el acto de la entrega de las cosas, en decir, su enajenación a un tercero adquirente. Se trata de cesión de la *potestas* sobre la cosa que tenía el transmitente. Se está refiriendo directamente a la *mancipatio*, como el ropaje legal de un mecanismo transmisivo que otorga respaldo publicitario a la simultánea *traditio*. Criterio interpretativo sustentado por Gayo, que recoge Cicerón⁴², añadiendo éste una realidad procesal para los procesos de reclamación de cosas *mancipi*, recibidas mediante *mancipatio*, en los que todo riesgo de un proceso, ejercicio de una *legis actio sacramento in rem*, obliga a la prestación de una garantía –*autoritas*– conforme las obligaciones derivadas de tal *mancipatio* transmisiva, que Cicerón denomina *nexum*, evocando institución en su tiempo ya desaparecida.

La transmisión de la *potestas* sobre las cosas de un *civis* a otro, en el Derecho Romano Arcaico, disponía de dos posibles mecanismos legales. Uno era, la *mancipatio*, posiblemente observada y conservada por vía consuetudinaria, con el respaldo de cinco testigos, desde tiempos arcaicos, anteriores a su acogida en la legislación tabular. El rito de la balanza y la presencia de un personaje que la sostenía, pesando los metales con que se efectuaba la entrega de la contrapartida del valor de la cosa vendida, hace una

⁴⁰ Michel Humbert. *La loi des XII Tables*, pág. 241.

⁴¹ *Digesto*, 2, 14, 48: “*In traditionibus rebus quodcumque pactum sit, id valere manifestissimum est*”.

⁴² Cicerón. *Pro Murena Oratio*, pág. 39: “*Quodsi in iis rebus repetendis, quae Mancipi sunt, is periculum iudicii praestare debet qui se nexu obligavit...*”.

indudable referencia a un tiempo pasado en que no existiera el metal amonedado como instrumento de cambio socialmente admitido. Además también se utilizaba la *in iure cessio*, que se realizaba ante la presencia vigilante de un Magistrado. Es obvio que este segundo sistema legal regía desde los tiempos en que el régimen político republicano ya estaba implantado en la Ciudad-Estado, era una garantía de la publicidad en cuanto a la seguridad en la transmisión del poder sobre la cosa, una *res Mancipi*. Observando los ritos formales de la *Mancipatio* quedaba garantizada la publicidad y la cesión transmisiva de la *potestas* sobre la *res*. Pero con tal observancia ritual ¿quedaba garantizada la seguridad jurídica de la transmisión frente a terceros?

3.- El principio *usus auctoritas*.

Estos ritos necesarios para la transmisión de las cosas, con evidente función performativa del lenguaje, aplicado al Sistema Jurídico del Derecho Romano Arcaico, están complementados con el principio denominado *usus auctoritas*.

Su formulación, recogida por la ley 3 a) de la Tabla VI, ha sido aceptada de la manera siguiente:

*...USUS AUCTORITAS FUNDI BIENNIUM ESTO,...CETERARUM RERUM ANNUS USUS ESTO.*⁴³

Según afirma Michel Humbert⁴⁴, cuando este principio se aplica respecto de un fundo de tierra, la usucapión y la garantía sea por dos años; para las demás cosas, la usucapión será de un año.

Este texto tabular ha suscitado numerosas dudas para su encaje normativo en el Sistema Jurídico romano, surgiendo variadas teorías interpretativas. Debemos anticipar que el

⁴³ Michel Humbert. *La loi des XII Tables, Édition et commentaire*, pág. 261.

⁴⁴ Michel Humbert. *La loi des XII Tables*, pág. 261:

À l'égard d'un fonds de terre, que l'usucapion et la garantie soient de deux ans; pour les autres choses, que l'usucapion soit d'un an.

texto enunciado de las XII Tablas, deducido de una afirmación recogida de Cicerón⁴⁵, no se refiere al hecho de que por la *usucapio*, mediante la tenencia, con el transcurso del tiempo señalado, se pueda adquirir el *dominium*, ni siquiera la *possessio*. Tampoco parece referirse a la *usucapio*, a pesar de la reiteración utilizada del vocablo *usus* y su pretendida intercambiabilidad con *usucapio*. Antes bien, en el trasfondo late el concepto de *dominium*. Desde luego no es que la *proprietas* de los fundos se llegara a adquirir por la *usucapio* de dos años, como pensaba Silvio A. B. Meira⁴⁶ cuando laborara sobre la reconstrucción del contenido de la legislación tabular, siguiendo el trabajo de Godefroy.

La evolución sufrida por la sociedad romana desde el Derecho Arcaico hasta la elaboración del Derecho Clásico se aprecia en Gayo⁴⁷ que identifica *usus* con *usucapio*. De simple hecho del ejercicio del poder de uso, se ha dado un salto conceptual a la *usucapio*, como una forma de acceso al *dominium*.

Es necesaria una precisión. La *res Mancipi* transmitida mediante compra y el inherente poder o *potestas* sobre aquel bien, una vez satisfecho el precio pactado y entregada la cosa mediante la *traditio*, ingresa bajo el *dominium* del comprador en el momento de la celebración de la *mancipatio* o, en su caso, la *in iure cessio*. Para el bien mueble es título bastante la simple *traditio*. Por otra parte, cuando en las indicadas leyes de las XII Tablas se utiliza el vocablo *usus*, no se está refiriendo al simple hecho a usar el bien transmitido durante el tiempo legal establecido de dos años para los fundos o de un año para todas las demás cosas, como condición legal para acceder al dominio de la cosa. Tampoco parece referirse a los plazos para usucapir inmuebles o todas las demás cosas, es decir, los bienes muebles. Dicho con brevedad: el *usus auctoritas* no puede identificarse con la *usucapio* o adquisición del *dominium* sobre las cosas mediante la tenencia del *usus*

⁴⁵ Cicerón. Topica 23: *...ut quoniam usus auctoritatis fundi biennium est...et sunt ceterarum rerum quarum annus est usus.*

⁴⁶ Silvio A. B. Meira. *Fragmentos de lei...*, pág. 109.

⁴⁷ Gayo. *Instituciones*, 2, 42: *<Usucapio autem> mobilium quidem rerum anno completar, fundi vero et aedium biennio; et ita lege XII tabularum cautum est.*

durante los señalados plazos. Ello es así porque el *dominium* se adquiere en el momento de la observancia de los ritos transmisivos, que conllevan implícita la publicidad, es decir, la *mancipatio* o, en su caso, la simple *traditio*.

En el Derecho Romano arcaico la expresión *dominium* tendría mejor encaje en el hecho jurídico de la tenencia de su *usus*, como expresión conceptual vinculada con el ejercicio del uso, amparado por el poder, la *potestas* plena del *dominus*. Era el *dominium*. Por el contrario, la *auctoritas* es una ayuda procesal que se le ofrece al *dominus* adquirente de tal *potestas* por un tiempo legal de vigencia. Tal ayuda, *ex lege*, transcurrido el legal plazo tabular deja de ser necesaria, porque ya no hay que reclamarla del *auctor*, transmitente de la cosa.

En cuanto al origen de la institución de *usus auctoritas*, éste puede proceder de la práctica consuetudinaria. Práctica que reaparece con inusitada fuerza social en el contexto de la influencia de los pueblos germánicos, siglos más tarde. Esta garantía aseguradora en toda transmisión de bienes, viene mediatizada por la necesidad de observar los ritos pues si la cosa no fue transmitida por *mancipatio*, el receptor del bien carece de *actio* contra el *auctor*.

De la regla *usus auctoritas fundi*, el término *auctoritas* ha sido objeto de concienzudos trabajos, vinculando el acto transmisivo del bien con la obligación de garantía del transmitente de la cosa durante el plazo o plazos de la Ley de las XII Tablas. Consiste en la prestación de ayuda al adquirente en caso de verse inquietado el transmitido poder sobre el bien recibido a través de una *litis*. El rito de una *mancipatio* da lugar a un deber de asistencia del *mancipio dans* respecto del *mancipio accipiens*, términos tan gratos a Casinos-Mora⁴⁸. Tal deber de auxilio jurídico pudiera ser identificado con la evicción; sin

⁴⁸ F. Javier Casinos-Mora. *Auctoritas rerum decenviralis*.

embargo, el deber de la evicción nace muy posteriormente, señala Casinos-Mora, a este momento histórico.

En tanto en cuanto los plazos legales del *usus* no hubieran transcurrido en su totalidad, sobre toda clase de bienes pendía la posibilidad de la sorpresa de una demanda en la que se invocara la existencia de un mejor derecho sobre la cosa, acción ejercida por un tercero. En el Derecho Arcaico el cauce procesal era la *legis actio sacramento in rem*. El mecanismo ritual del demandado para defender su *potestas* sobre la cosa, su *dominium*, consistía en la necesidad procesal de recurrir a la *auctoritas* del transmitente. La mejor defensa exigía traer ante el Pretor a toda una cadena sucesiva de *dominus* hasta engarzar con quien probase ser dueño originario del controvertido bien.

Lleva a cabo Max Kaser una serie de consideraciones señalando que hay, en el *usus*, un oculto sentido, toda vez que puede sobresaltar al adquirente la sospecha de un posible origen delictivo, de un *furtum* de la cosa recibida, logrando la tranquilidad del amparo legal con el paso del tiempo señalado en los plazos. De igual manera que en la expresión *usus*, hace referencia directa en su traducción al uso, que Max Kaser⁴⁹ interpreta como una arcaica expresión que tiene como objeto la tenencia, que se identificará más tarde con la *possessio*, de igual manera que el actual concepto de dominio es lo que permite el libre ejercicio de su uso. La *possessio* pacíficamente ejercida sobre el bien, la apariencia legal de la tenencia y *usus* de la cosa, presupone una justificación ante el desafío procesal de una *vindicatio*. El *usus* es la expresión, a la vista de todos, del *dominium*, en tanto en cuanto no es impugnado. Excepto en el supuesto de que la *res* resulte ser *furtiva*, el paso del tiempo, conforme los plazos legales, la convierte en inimpugnable. La *vindicatio* arcaica tendía a la seguridad de la recuperación de un bien o cosa en el conjunto de bienes del *paterfamilias*.

⁴⁹ Max Kaser. *Eigentum und Besitz...*, pág. 87: *Usus bezeichnet den Gebrauch, also tatsächliche Herrschaft, die den Gebrauch ermöglicht.*

En el Derecho Romano Arcaico toda adquisición de bienes quedó socialmente patente con el *usus*. Se ha especulado con la obligatoriedad de una tutela jurídico-procesal del transmisor del bien, es decir, del vendedor, que Kaser⁵⁰ califica de artificio extraño pues el término *usus* no hace referencia alguna a la protección; no obstante la palabra *auctoritas* está ahí para eso, como instrumento de garantía. *Auctoritas* significa, según Kaser, la *actio auctoritatis*, es decir, la legitimidad en la tenencia de la cosa que garantiza la *auctoritas*, el poder que sobre la cosa estaba depositado en el vendedor y que, conjuntamente con la cosa, es transmitido. Siempre quedará, como mecanismo de defensa, el hecho del *usus*, como una *vindicatio rei*⁵¹, no de *dominii*.

El *dominium*, la *potestas*, se adquiere en el acto transmissivo de la *mancipatio*. La *auctoritas* sirve de amparo protector durante los plazos de las XII Tablas. La *auctoritas* queda eclipsada por el paso del tiempo. Deviene innecesaria, dado que ya no es necesario presentar a los transmitentes. La *lex* consolidaba el principio de la seguridad jurídica.

Una llamativa observación es que el conjunto *USUS AUCTORITAS* carece de lazo de unión alguno, lo cual nos propone deducir que se trata de una expresión con un significado muy concreto. Cuando Humbert⁵² lo traduce al francés, desdobra el contenido de esta expresión, enlazando la *usucapio* de dos años y la garantía también del mismo tiempo. La integración terminológica del *usus auctoritas*, a la hora de tratar de reconstruir las XII Tablas, proviene básicamente de dos fuentes distintas. El primero es Cicerón⁵³, quien, en su *Topica*, cuando explica que, además de los fundos, se refiere a las casas edificadas argumentando que lo que es válido para una cosa también es aplicable a cosas

⁵⁰ Max Kaser. *Eigentum und Besitz*..., pág. 88: *Usus sagt nichts über die Gewährung aus, den dafür ist das Wort "auctoritas" da. Y en pág. 89: Auctoritas bedeutet hier nicht anders als der actio auctoritatis die Gewährung des Veräußerer*".

⁵¹ Max Kaser. *Eigentum und Besitz*..., pág. 12: *Die Klage ist vindicatio rei, nicht dominii*.

⁵² Michel Humbert. *La loi des XII Tables*, pág. 261.

⁵³ Cicerón. *Topica*, 23:

...ut quoniam usus auctoritas fundi biennium est, sit etiam aedium. At in lege aedes non appellantur et sunt ceterarum rerum quarum annuus est usus.

homologables. Pero, en otro texto, ya ha unido esta unívoca fórmula con una conjunción copulativa, tratando el mismo supuesto visto antes, ampliando la casa con el mismo tratamiento legal que el fundo⁵⁴. Puede apreciarse, en tan eximio autor, el desdoblamiento del concepto *usus* con la expresión *auctoritatem*.

Por su parte, Gayo no se refiere a *usus auctoritas*. Y es muy explicable que así fuera. En efecto, ya en tiempos de Octavio Augusto para referirse al dominio sobre una cosa, se está simultaneando el vocablo *proprietas*, cuanto de forma exclusiva pertenece a su dueño. Propio de cada uno, con exclusión de cualquier derecho de dominio que otro *civis* se pretenda atribuir.

Para Gayo, el término *usus*, que en el Derecho Romano Arcaico aparecía inseparable con *auctoritas*, ha sufrido una evolución, que puede desarrollarse partiendo de la idea de Gayo de *usus* como el origen de la *usucapio*⁵⁵. La tesis sostenida por Gayo transformando, de esta manera, el arcaico concepto del *usus*, en la novedosa institución de la *usucapio*, viene a llenar el vacío normativo consistiendo en un mecanismo de defensa de quien hubiera recibido alguna cosa de quien no fuera dueño de ella, tanto *res Mancipi* como *res nec Mancipi*, siempre que en el adquirente obrara el principio de la *bona fides*, la legítima creencia de que quien le hacía la *traditio* era su dueño. Esta tesis gayana⁵⁶ ha sido influenciada por la elaboración jurisprudencial del necesario requisito de la *bona fides*, que debe presidir los actos humanos. Aparecen, pues, reflejados dos requisitos; el subjetivo de la *bona fides* y el objetivo de la *traditio*. Seguidamente el referido autor de sus *Instituciones*, razona tal solución jurídica en la necesidad de que el poder sobre las cosas es incompatible con la incertidumbre que significa el factor tiempo, pues quien se

⁵⁴ Cicerón. *Pro Caecina*, 54:

Lex usum et auctoritatem fundi iubet esse biennium; at utimus eodem iure in aedibus, quae in lege non appellantur.

⁵⁵ Gayo. *Instituciones*, 2, 42:

<Usucapio autem quae est corporalium rerum concessa>, mobilium quidem rerum anno completur, fundi vero et aedium biennio; et ita lege XII tabularum cautum est.

⁵⁶ Gayo. *Instituciones*, 2, 43.

considere ser el legítimo dueño dispone del plazo de uno o dos años para recuperar lo suyo, que coincide con los mismos plazos de que dispone el poseedor, mejor dicho, el tenedor, para, mediante la *usucapio*, consolidar su poder⁵⁷.

Como señala Fuenteseca Degeneffe⁵⁸ sobre este principio *usus auctoritas* se asentó la seguridad del tráfico de los bienes en Roma. La limitación de los plazos (uno o dos años) para las transmisiones de mano a mano es el tiempo de la responsabilidad del transmitente, evitando remontarse hasta un pasado infinito.

Desde mi punto de vista, la solución legal de las XII Tablas se ha visto distorsionada por el paso del tiempo que ha propiciado la evolución de los conceptos, sustancialmente modificada por la labor de la *Jurisprudencia*, al introducir novedosas ideas, al calor de una evolución social.

Para el Derecho Clásico la *usucapio* es una forma de acceso al *dominium* que tiene lugar una vez transcurrido el plazo de dos años para los fundos y las casas; o, en su caso, un año para las cosas muebles.

Con unos efectos jurídicos diferentes, si bien llegando a una finalidad semejante en la práctica, respecto de la tesis dimanante del texto de Gayo, en el periodo considerado Arcaico la efectividad en la transmisión del *dominium* de la cosa no dimanaba del necesario transcurso de los plazos legales, ni tales plazos significaban absolutamente nada para el hecho de las facultades del *dominium*. La adquisición del *dominium* era instantánea a la realización de los ritos o mecanismos transmisivos, junto a la recepción del precio y la *traditio*. No era necesario para adquirir la cosa, su *dominium* y la *potestas* sobre ella, esperar uno o dos años. Lo que inspiró en el Derecho Arcaico la necesidad del cumplimiento de los plazos legales, no influía en modo alguno en los efectos transmisivos

⁵⁷ Gayo. *Instituciones*, 2, 44:

...cum sufficeret domino ad inquirendam rem suam anni aut biennii spatium, quod tempus ad usucapionem possessori tributum est.

⁵⁸ Margarita Fuenteseca Degeneffe. *La seguridad del tráfico...*, 14.

del *dominium*. Estos plazos legales tenían una finalidad muy distinta: durante su transcurso, el adquirente disponía de la garantía del cedente ante la demanda de un tercero respecto de la cosa. A su término, la posición el *dominus* era inexpugnable.

Cuando Gayo afirma⁵⁹ que, aunque alguien posea de buena fe una cosa ajena, no procede aplicar la *usucapio* a la posesión de una cosa robada o poseída por la fuerza, porque la usucapión de la cosa robada está prohibida por la ley de las XII Tablas y la de las cosas poseídas por la violencia, por la *lex Julia* y *Plautia*, con tales aseveraciones no hace otra cosa que evidenciar la persistencia de unos criterios legales vigentes desde la legislación tabular: el hurto y la novedosa violencia ejercida no son títulos habilitantes que respalden el *usus*, así tomado, como antesala del *dominium*.

Probado el *furtum*, la víctima perseguía al ladrón para recuperar la cosa, recuperación que equivalía, al decir de Kaser⁶⁰, a evidenciar un mejor derecho sobre ella del que pudiera esgrimir el tenedor de la cosa, reputado como ladrón *-fur-*. Quien encuentra en la mano de otro una cosa suya, que él no se la dio, añadiendo la acusación de la existencia de un robo, lo que se examina es la relación “*de mano a mano*” -*Hand in Hand*- esto es, la esencia de la relatividad de un mejor derecho, en cuya consideración jurídica, la mano de su procedencia, es primordial.

En el Derecho Romano Arcaico la relatividad del *dominium* venía determinada por la relación del *civis* con la *res*, basada en la *traditio* recibida del cedente. No es una teoría ajena a los elementos probatorios. En el ejercicio de la *legis actio sacramento in rem*, sobre cuyo desarrollo nos ofrece Gayo⁶¹ información, se ha querido ver una equilibrada

⁵⁹ Gayo. *Instituciones*, 2, 45:

Sed aliquando etiamsi maxime quis bona fide alienam rem possidebat, non tamen illi usucapio peocedit, velut si quis rem furtivam aut vi possessam possideat; nam furtivam lex XII Tabularum usucapi prohibet, vi possessam lex Julia et Plautia.

⁶⁰ Max Kaser. *Eigentum und Besitz...*, pág. 35: *Freierliche und einfache Haussuchung*.

⁶¹ Gayo. *Instituciones*, 4, 16:

...et ita dicebat: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITUM MEUM ESSE AIO SECUNDUM SUAM CAUSAM. SICUT DIXI, ECCE TIBI, VINDICTAM INPOSUI, et simil

apariencia de igualdad procesal entre las partes contendientes. En el texto de Gayo lo debatido es el *dominium* sobre un esclavo. Las expresiones de ambos contendientes procesales, y los ritos que refuerzan su pretendido mejor derecho, son paralelos en apariencia.

Tal paralelismo simétrico del examen del rito practicado en el ejercicio de la *legis actio sacramento in rem* ha sido puesto en tela de juicio por Alan Watson⁶². Tras analizar la información que acabamos de ver en Gayo, hace la observación de que las declaraciones de las partes carecen de identidad de contenido jurídico. Hay que partir de la base de que la aparente igualdad procesal de las partes lo es solo en los ritos observados en la imposición de la *festuca*, así como imparcial actuación del Pretor, cuando ordena dejar la cosa, o acudir al lugar en que el fundo se encuentra. Con este acto, el Pretor asume la competencia para resolver sobre la *litis*. Resulta evidente que uno de los dos contendientes procesales era quien, previamente, tenía la cosa en litigio, pues mientras ésta es única, lo que manifiestan ambos sobre la cosa es un mismo pretendido derecho. Parece claro que quien en primer lugar manifiesta su derecho carece de la tenencia de la cosa, pues si sucediere lo contrario, no necesitaría reclamarla. El adquirente no tendría la palabra en primer lugar ante el Pretor para reclamar lo que ya tenía antes de ser planteada la *litis*.

La cuestión clave consiste en aclarar el hecho de si ambos contendientes reclaman la cosa o si es uno solo de ellos y, en este segundo supuesto, quién realmente está siendo demandando. Según el citado texto de Gayo, la igualdad procesal de las partes es total:

homino festucam inponebat; adversarius eadem similiter dicebat et faciebat; cum uterque vindicasset, praetor dicebat: MITTITE AMBO HOMINEM; illi mittebant; qui prior vindica<verat, ita alterum interrogabat>: POSTULO ANNE DICAS QUA EX CAUSA VINDICAVERIS; ille respondebat: IUS FECI SICUT VINDICTAM INPOSIT; deinde qui prior vindicaverat, dicebat: QUANDO TU INIURIA VINDICAVISTI, QUINGENTIS ASSIBUS SACRAMENTO TE PROVOCO; adversarius quoque dicebat similiter....

⁶² Alan Watson. *Rome of the XII Tables, Persons and Property*, págs. 125 y ss.

ambos dicen –*el esclavo me pertenece en propiedad civil por causa legítima*– y lo mismo hacen pues imponen la *festuca*, ritualmente.

Es posible que, en la arcaica concepción romana del *dominium*, el *meum esse aio*, hiciera referencia al examen de los mecanismos de acceso al poder de la cosa y no a los contenidos técnicos del poder. Pero, como afirma Alan Watson⁶³, la expresión *meum esse* lleva implícita la idea del contenido de un derecho o poder sobre una cosa. Desde el plano procesal de la *legis actio*, la misión del *iudex* era el examen del mejor derecho relacionado con la forma de adquisición del poder, pues el *meum esse* hacía referencia al contenido fundado *ex iure Quiritium*.

Lo llamativo del desarrollado procesal ante el Pretor, es que el primer interviniente reclama del segundo contendiente que justifique su demanda, siendo la pretensión de este segundo interviniente procesal la que en apariencia viene siendo cuestionada en el *sacramentum*, según le solicita el primer interviniente. Le exige al segundo interviniente que justifique el título que pueda ostentar sobre la cosa. Tal exigencia no ha lugar para el primer interviniente. El segundo no exige la expresión del título al primer interviniente.

La argumentación de Watson, al analizar el desarrollo de la *legis actio sacramento in rem*, se completa con un texto de Cicerón, quien introduce alguna nota en el desarrollo. “Yo afirmo que es mío, por el derecho quiritario”⁶⁴. Solo una de las partes, según Cicerón, esgrime ser su derecho *ex iure Quiritium*. Aunque Gayo reseña el rito de que el segundo

⁶³ Alan Watson. *The Law of Property in the later Roman republic*, pág. 92:

Secondly, meum esse does not appear at all vague. Certainly it expresses the content and limits of the power over the thing just as much as dominium meum esse or me demonium esse would. A claim of dominium is no more and no less than a claim that it is mine.

⁶⁴ Cicerón. *Pro L. Murena oratio*. Discursos, vol. X, págs. 53-54:

EUM EGO EX IURE QUIRITUM MEUM ESSE AIO”. *Quid tum?* “*INDE IBI EGO TE EX IURE MANUM CONSERTUM VOVO*”.

Añade Cicerón: *UNDE TU ME EX IURE MANUM CONSERTUM VOCASTI, INDE IBI EGO TE REVOCO*. Finaliza Cicerón, calificándolas de necedades, añadiendo los formalismos finales del entablamiento procesal de la *legis actio sacramento in rem*: *QUANDO TE IN IURE CONSPICUO*” o esta otra: *ANNE TU DICAS QUA EX CAUSA VINDICAVERIS?*

interviniente decía y hacía lo mismo⁶⁵. Cuando Cicerón habla en defensa de Lucio Licinio Murena, elevado al Consulado en 62 a. C., en el juicio dimanante de la acusación de soborno electoral, ejercida por el jurista Servio Sulpicio, derrotado en la elección a Cónsul, para ensalzar a su patrocinado por sus méritos militares en defensa de la patria, contrapone su valía a la de Servio Sulpicio. Así mientras el primero sabe cómo alejar las fuerzas enemigas, el jurista se ocupa de alejar las aguas de la lluvia; Murena pasó la vida ensanchando las fronterizas de Roma, mientras Servio se dedicaba a fijar los linderos de los particulares fundos⁶⁶. Nada de extraño tiene que Cicerón ridiculizara el proceso de la citada *legis actio* cuyo uso judicial tanto ocupaba al denunciante Servio Sulpicio. Desde el punto de vista social la *legis actio* citada estaba en descrédito, lo que constata Cicerón. Cercanos están ya los tiempos en que Octavio Augusto introduzca el proceso *per formulam*.

La simetría procesal reaparece cuando el Pretor ha conseguido que la cosa sea dejada ante sí, por las partes. Y tras ello el primer interviniente exige al contrincante que diga por qué causa legítima ha reclamado⁶⁷, de lo cual se deduce que el primer interviniente admite paladinamente que es el segundo interviniente quien demanda. A lo que éste responde que “*hice derecho conforme impuse la vindicta*”.

Cicerón amplía la explicación de introducir en el debate la formulación de reciprocidad en el reto ritual invocando no *ex iure Quiritium*, como hizo el primer interviniente, sino *ex iure manum consertum* que invoca⁶⁸. ¿Qué es *ex iure manum consertum*? ¿Significa que

⁶⁵ Gayo. *Instituciones*, 4, 16: *adversarius eadem similiter dicebat et faciebat; cum uterque vindicasset.*

⁶⁶ Cicerón. *Pro L. Murena oratio*, 10, 22:

ille tenet et scit ut hostium copiae, tu ut aquae pluviae arceantur; elle exercitatus est in propagandis finibus tuque in regendis.

Y concluye: *Ac nimirum –dicendum est enim quod sentido- rei militaris virtus praestat ceteris omnibus*

⁶⁷ Gayo. *Instituciones*, 4, 16: *Postulo, anne dicas, qua ex causa vindicaveris*” a lo que responde: *Ius feci, sicut vindictam inposui.*

⁶⁸ Cicerón. *Pro L. Murena*, *Inde ibi ego te ex iure manum consertum voco.*

Cicerón introduce un elemento distinto? ¿Añade, como presupone Alan Watson⁶⁹, que en tiempos de Cicerón se ha introducido una forma modificada de la *legis actio sacramento in rem*? La descripción ciceroniana es crítica, con la finalidad de argumentar la defensa del electo Cónsul Murena, proponiendo una supuesta modificación procesal simplificada⁷⁰, por cuya razón tal propuesta no puede suponer innovación alguna. Cuando Cicerón aboga por el *ex iure manum consertum* no está haciendo referencia a un derecho distinto al consagrado en el *iure Quiritium*. Invócase, así puesto en boca del segundo interviniente en la *litis*, el derecho a ser trabado el combate procesal, sacramental, evocación de un tiempo pasado que es objeto de la acerada crítica de Cicerón.

Resulta evidente, de la descripción gayana y de la interpretación crítica de Cicerón, una igualdad procesal de las partes en sus pretensiones sobre la cosa, esclavo en la descripción del primero, y de un *fundus* en la del segundo. La invocación de fundamento del derecho *ex iure Quiritium*, es replicada con la misma contundencia, aunque no se repita el fundamento. Del tenor del texto de Gayo no resulta claro el hecho de quién estuviera en el *usus* de la cosa antes del inicio del juicio, así como sobre cuál de ellos recaía la carga de la *præba*. La misma tenencia de la cosa estaba en tela de juicio. Tampoco resultaría sorprendente que sobre la tenencia de la cosa pudiera pesar la sospecha de un *furtum* que añadiera unos tintes delictivos infamantes, sospecha que desvirtuaba un mejor derecho a la tenencia. De ahí la pregunta del primer interviniente requiriendo el título del segundo sobre la cosa. La tenencia de la cosa, en manos del segundo interviniente, pasaba de ser de una posición procesal privilegiada a convertirse en un problema al tener que demostrar su título, evitando cualquier atisbo de sospecha de ilícita procedencia.

⁶⁹ Alan Watson. *Rome of the XII Tables. Persons and Property*, págs. 126-127:

This lack of symmetry in the legal approach to the parties is even more apparent in the modified form of the legis actio sacramento in rem which appears in Cicero' Mur.

⁷⁰ Cicerón. *Pro L. Murena oratio*, cit. pág. 53: *Cum hoc fieri bellissime posset: Fundus Sabinus meus est. Immo meus: deinde iudicium. Noluerunt.*

La duda a resolver versaba sobre quién había adquirido la cosa con un más justo y fundado *iur* según el *iure Quiritium* en los supuestos de adquisición derivativa del esclavo, en el ejemplo de Gayo. En tal tipo de adquisiciones se suscitaban dudas por la cadena transmisiva de la *potestas*.

Informa Watson⁷¹ que no hay signo alguno temprano de que se reclame la *possessio*. Tal concepto jurídico es notoriamente posterior, pues para la *legis actio sacramento in rem* era desconocida la *possessio*.

Del desarrollo, ante el Pretor, del ejercicio de la *legis actio sacramento in rem*, en que las partes aparecían revestidas del manto de igualdad, así como de la decisión del *iudex* apreciando un mejor derecho en el *iustum* del *sacramentum*, el hecho objetivo de la cesión de la *potestas* o el poder sobre la cosa de un *civis* a otro, aparece la característica de la relatividad basada en las relaciones personales que ofrece esa cesión, respecto de cualquier otro mejor derecho que fuere alegado. La cosa, la *res* cedida, no puede desvincularse de la garantía del transmitente, porque en el fondo pesa decisivamente siempre la sombra de la sospecha de que pueda tener la *potestas* cedida su origen en un *furtum*. El carácter relativo del *dominium* tiene su reflejo procesal en que las partes contendientes estén en un plano de igualdad.

En todo caso, como afirma Max Kaser, la invocación de una previa *mancipatio* transmisora del bien objeto de litigio, y su efectiva prueba, liberaba al *Habens* de no pocos problemas procesales. Del hecho de que el vocablo *usus* vale tanto como la tenencia de una cosa para su uso, dado que ello es, señala Kaser, una de las manifestaciones visibles de lo que acontece con el actual dominio o propiedad, resulta atractivo sugerir que *usus* es una arcaica expresión que posteriormente se deslizó como aplicable, conceptualmente, a la *possessio*, aspecto que se deduce de los efectos procesales del derecho a ejercitar la

⁷¹ Alan Watson. *Rome of XII Tables. Persons and Property*, pág. 132:
There is no sign anywhere of a early action claiming ownership -other than the legis action sacramento in rem -.

vindicatio, así como a aplicar sobre la *possessio* de la cosa el instituto legal de la *usucapio*. De todos modos, la palabra *auctoritas*, señala Kaser⁷², está en las XII Tablas con distinto significado y efectos.

El *usus* se transmite de quien lo venía ejerciendo pacíficamente, en la adquisición derivativa, mediante la práctica del rito formal para la *res Mancipi*. Este *usus* posibilitaba la legitimidad procesal para el ejercicio de una *rei vindicatio*. El paso de los plazos legales hace que dicho *usus* devenga inatacable. Sin embargo, durante el transcurso de los mismos, antes de que se culmine la totalidad del paso del plazo, es legítima que pueda ser pronunciada la invocación del *meum esse*.

Del texto de la ley 3 de la Tabla VI Michel Humbert⁷³, Michel Humbert aprecia en la expresión *usus auctoritas* dos efectos distintos, al entender que la inseparabilidad gramatical del término abarca una idea de *usus* como la posibilidad de que mediante el mismo se pueda llegar a alcanzar el *dominium* mediante la *usucapio*. Además, en dicha expresión está acogida la *auctoritas*, es decir, la garantía que debe prestar el transmitente. Para ambas, *usucapio* y *auctoritas*, el plazo es de dos años en lo que al fundo respecta. A lo largo de este plazo de dos años, es posible que un tercero alegue un mejor derecho sobre la cosa, justificándose que pueda afirmar con contundencia la fórmula del *meum esse*. Pasado el plazo legal sin haber sido discutido el *usus*, ya deviene consolidado, indiscutible, el *dominium*. *Dominium*, que no *possessio*.

Conviene deslindar los conceptos, pues en la época de las XII Tablas no existía, ni podía existir, la *possessio*, que es elaborada por la cultura jurídica romana en un momento muy posterior, precisamente coincidente con el reparto del *ager publicus* para el uso de los particulares. En el Derecho Arcaico las cosas no se poseían; simplemente se usaban, se tenían para su uso. El *dominium* se transmitía por *mancipatio* o *in iure cessio*; en la práctica

⁷² Max Kaser. *Eigentum und Besitz...*, pág. 88.

⁷³ Michel Humbert. *La loi des XII Tables*, pág. 261.

social se veía un cambio en el usuario, *civis* que tenía su *usus* por haberla tomado con su mano desde la procedencia o tenencia de otro *civis*, con la publicidad formal de los mecanismos transmisivos citados. El principio contenido en la ley 3 de la Tabla VI comentada conjugaba las posibilidades de consolidación e impugnabilidad dentro de los plazos legales. Cuando la *possessio* fue objeto de protección jurídica mediante los interdictos absorbió el *usus* como expresión de la *potestas*.

En la expresión *usus auctoritas* del Derecho Romano Arcaico conviven dos planos distintos de una misma realidad. Gayo no les pudo deslindar porque, en su tiempo, ya no existían. Uno es que el *dominium* sobre las cosas era un derecho relativizado por el elemento subjetivo, el poder del cedente, *potestas* que siempre estaba sometido a la sospecha de una delictiva procedencia, el *furtum*, que afectaba a las cosas muebles, por ser cosas trasladables de ubicación. Los fundos y las casas eran bienes inmuebles y por ello era imposible su movilidad. Y en el segundo plano, el procesal, dependía expresamente de las relaciones transmisivas, del mejor poder o mejor derecho que el cedente tuviera respecto de la cosa cedida. El *usus* era la manifestación visible de la *potestas* sobre la *res* recibida mediante su transmisión. El *dominium* se recibía y se respaldaba con la publicidad de la *mancipatio* o la *in iure cessio*, pero dada la relatividad que tenía aquél en el Derecho Romano Arcaico, siempre sobreolaba la incertidumbre. El *usus auctoritas* era un arma procesal absolutamente necesaria. Era la relatividad del *dominium* derivada de la inseguridad de su procedencia, siempre sometida a la posibilidad de verse el nuevo *dominus* sorprendido por el planteamiento de una reclamación, una *legis actio sacramento in rem*, y ser llevado ante el Pretor, alegando tener un mejor derecho sobre la cosa.

¿Por qué Gayo omite la concreta cita de *usus auctoritas* y, al referirse al *usus*, se inclina por hablar de *usucapio*, es decir, el hecho de tomar el uso de la cosa? ¿Qué ha sucedido para que, cuando Michel Humbert estudia con detalle esta ley VI. 3 de las XII Tablas, al comentar el texto *Topica* 23 de Cicerón *ut quoniam usus auctoritas fundi biennium est...*

lo traduzca por *ansi le délai d'usucapion et de garantie sont de deux ans pour un fonds de terre...* y un poco más adelante puede leerse: *...et sunt ceterarum rerum quarum annuus est usus*, texto que el citado autor traduce como *dont le délai d'usucapion est d'un an?* Bueno es recordar fundadamente que, sobre estos textos de estos dos autores, Cicerón y Gayo, así como otros párrafos de otros comentaristas, se procedió a reconstruir esta comentada ley de la legislación tabular.

Del texto ciceroniano vertido en *Pro Caecina* 54, *lex usum et auctoritatem fundi...* o en *Topica* 23, *usus auctoritatis fundi...* consistente en entender transfigurado el vocablo *usus* por *usucapio*, así como que Gayo llegue a afirmar

*rerum annua constituta sit usucapio, illa ratio est, quod alim rerum hereditariarum possessionis ut ipsae hereditates usucapi credebantur scilicet anno; lex enim XII tabularum soli quidem res bienio usucapi iussit, ceteras vero anno*⁷⁴

ya es posible deducir el destacado contraste entre el *dominium* arcaico romano y la concepción de la *proprietas* clásica. De las razones de tales diferencias conviene resaltar que:

Primero, es incomprensible para un romano de la época de las XII Tablas, que se desglosaran *usus* y *auctoritas*, como si de dos cosas distintas se tratara. En el complejo jurídico arcaico eran inseparables. Pero en este binomio, sin perder su esencia de ser la *auctoritas* una garantía, el *usus* fue tenido desde tiempos arcaicos como un modo de llegar a adquirir el *dominium*, siempre que se viera respaldado por el transcurso de los

⁷⁴ Gayo. *Instituciones*, 2, 54, traducida al español:

“incluso para el suelo, se estableciera la usucapión al año, está en que antiguamente se estimaba que las mismas herencias se usucapían por la posesión de las cosas hereditarias, y sin duda al año”.

En efecto, la ley de las XII Tablas estableció que los bienes inmuebles se pudieran usucapir a los dos años, y las demás verdaderamente al año.

plazos legales, durante los cuales quien se considerase *dominus* pudo y debió reivindicar la cosa, pero si no lo hizo dejando pasar el plazo, su derecho quedó perdido.

Segundo, un ciudadano romano de la época inaugural de la legislación tabular tampoco entendería que le hablaran de *possessio*. Este instituto se acuñó posteriormente, pues el *usus* fue asimilado de hecho a la *possessio*, conceptuada como la tenencia del *usus*. Con la *possessio*, concebida como la tenencia del *ager publicus*, ello no era posible. Aunque como el *dominus* era también un *possessor* de *ager privatus*, propició que se acuñara la figura de la *possessio ad usucapiendum*: elaboración jurisprudencial clásica que requiere que sea conforme al *ius*, *possessio iusta* adornada de la *bona fides* y exenta de vicios, que permite abrir el camino a la adquisición de la *proprietas*. De similar manera a cuanto sucedía en el Derecho Arcaico donde el *usus* de la *res* con el respaldo legal de los plazos, posibilitaba el acceso al *dominium*. Durante el transcurso de los plazos legales este *usus*, es decir, la *potestas* de la cosa, tal tenencia podría ser considerada como una situación de *possessio* cualificada.

Desde las XII Tablas hasta el Clasicismo, *usus* y *usucapio* ofrecen en sus rasgos generales, una línea de absoluta continuidad. En la legislación tabular, tomada probablemente, como señala Pugliese⁷⁵, de las costumbres de los antiguos, era un modo adquisitivo del *dominium*, enraizada en el *ius Quiritium*. El *usus* era el aspecto visible del poder sobre la cosa.

El *usus* se recibe de quien cede la *potestas* de una *res* con la publicidad que confiere la *mancipatio*. Cuando en el acto formal de una *mancipatio* se hace la entrega del precio pactado y de manera simultánea se recibe la *res* mediante su *traditio*, en ese momento el *dominus* recibe y hace suyo el *dominium* de la *res* adquirida. No tiene que esperar un año o dos, en función de la naturaleza del bien adquirido, para adquirir el *dominium*; no necesita estar usando la cosa comprada durante el pertinente plazo, a la vista y paciencia

⁷⁵ Giovanni Pugliese. *Instituzioni di Diritto Romano*, I, pág. 513.

de todos, para adquirir el dominio. El *usus*, en la sugerente expresión de Cicerón, citada, desglosando la *lex usum et auctoritatem*, proporciona el sentido de una realidad de distinto sentido del aplicable a la *auctoritas*, que Humbert⁷⁶ interpreta como *le délai d'usucapion et de garantie* refiriéndose al “plazo o término de usucapión y de garantía”, dos consecuencias jurídicas comprendidas en la tantas veces citada expresión *usus auctoritas*.

Por su parte, Max Kaser señala, al analizar el principio *usus auctoritas*, la diferencia entre la situación distinta de quien tiene un *fundus* en *usus* durante el plazo legal de dos años y la consecuencia jurídica que deriva del transcurso consolidado, ininterrumpido, de los dos años. Para Kaser, mediante este segundo supuesto, el tenedor del uso ha obtenido sobre el *fundus* una especie de *proprietas* absoluta, garantizada contra todos. Ante cualquier ataque procesal, frente a una *vindicatio*, tiene el mecanismo defensivo de demostrar que ha tenido la cosa durante tanto tiempo⁷⁷, orillando la prueba de cómo le llegó la cosa, de quién y si existía la capacidad necesaria para ello. Si hasta ese momento, el *dominus* era un tercero, éste pierde su *potestas* sobre la cosa, al no reivindicarla a tiempo, como sucede, dice Kaser, en el supuesto de la *rechten Gewere* germánica.

El *usus* es manifestación del poder real, efectivo sobre la cosa. En el Derecho Romano Arcaico, el mundo de los hechos y del Derecho aparecía como un bloque monolítico. Su eslabón central estaba situado en el *usus*, que parece ser un nexo cuya raíz es la *potestas*. En un principio fue el poder. Pero su reflejo social, el *usus*, podía ser impugnado, contradicho antes del transcurso de los plazos legales, los determinados expresamente en las XII Tablas. Para reivindicar las cosas robadas no hay límite de plazo alguno.

⁷⁶ Michel Humbert. *La loi des XII Tables*, pág. 261.

⁷⁷ Max Kaser. *Eigentum und Besitz im Älteren Römischen Recht. 1. Abhandlung*, pág.118: *...in seinem –ununterbrochenen – Besitz hat, gewinn damit ein gegenüber jedermann gesichertes, ein “absolutes” Eigentum....*

El derecho a la cosa, la estrecha vinculación del bien al *dominus*, se objetiviza e independiza de las situaciones basadas en los hechos. Hay una ruptura del hecho y del derecho. Cuando un *civis* afirma solemnemente *meum esse* – es mía- se entiende además sin duda que no es de ningún otro.

El Derecho Romano Arcaico la *potestas* era la base del derecho. La exclusividad del contenido del *meum esse* necesitó fundarse en un principio jurídico para desplazar a los hechos como realidad justificadora basada en el poder sobre la cosa. El poder sobre la misma, solo puede ser entregado por quien le tiene. Se presume que quien hace entrega de una cosa es dueño de la misma, pues nadie da lo que no tiene. Principio que hoy sigue resonando entre los juristas: *nemo dat quod non habet*. Es el principio de la adquisición *a domino*. En la asunción de este principio se puede resumir la revolución jurídica romana del hallazgo del concepto de propiedad absoluta. Era la *proprietas*.

El Derecho Romano Arcaico no necesitaba del principio de adquisición *a domino*. El *usus*, pacífico ejercicio de la *potestas* sobre las cosas, y la institución de la *mancipatio* eran significativos instrumentos que otorgaban legitimación que, ante todos, justificaba la tenencia, el *ius* sobre las cosas. Además, para resolver cualquier conflicto o controversia sobre a quién correspondía la *res*, la cosa, pues lo que se reclamaba era la cosa, no el derecho, *vindicatio rei*, el Pretor, enfocaba el problema en el examen de la comparación del *usus* de ambos contendientes.

Sin embargo, todo cambió cuando el *ager publicus*, su puesta a disposición de particulares, propició la innovación conceptual jurídica de la *possessio* y la necesidad de que el hecho posesorio necesitase la protección jurídica mediante los interdictos. Nuevamente era el derecho en conflicto con el hecho. La *possessio*, y su protección interdictal, introdujo la necesidad de investigar en cada *litis*, si la tenencia de la cosa venía enturbiada por la anómala situación de ser *vi*, *clam* y *precario*. Violencia, clandestinidad o precariedad en el origen de la tenencia. La *possessio* vino a significar para el tenedor de

la cosa la apariencia de legitimidad *prima facie*. Le era bastante hacer buena prueba respecto de que su *possessio* carecía de algunos de los citados límites, en su origen. Era la ventaja procesal que otorgaba estar en posesión *iusta*. En cambio para el contrincante procesal, tras la afirmación de su derecho sobre la cosa pretendida, sobre él pesaba la prueba de ser su derecho sobre la cosa, el mejor lo que le conducía a tener que demostrar que su mejor derecho procedía de haberlo adquirido de modo originario, o si su derecho provenía de un modo derivativo, de una transmisión de un tercero, acreditar toda la cadena de transmisiones hasta llegar a quien obtuvo la *potestas* de la cosa de un modo originario. Esto evitaba proseguir la búsqueda de transmitentes, de *auctores*.

La prueba de adquisición originaria, al no existir la posibilidad de invocar el transcurso de los plazos legales, ni su necesidad por no existir transmisor, de acudir a la ayuda procesal del principio de la *auctoritas* equivalía a haberse convertido en *dominus* de la cosa, al tomar el bien por *usucapio*. De esta manera, el principio contenido en el *usus auctoritas* de las XII Tablas, pasó a convertirse en un modo de adquirir el *dominium*. El *possessor civile* elevó su condición jurídica deviniendo un *dominus*.

El poseedor *a non domino* que, a pesar de estar amparado por el principio de la *bona fides* así como disponer del soporte de un justo título adquisitivo, llegare a perder la posesión de la cosa, conforme la legislación vigente no podía ejercer la acción reivindicatoria, por la imposibilidad procesal de justificar la cadena de anteriores dueños hasta culminar el proceso probatorio de llegar al propietario originario. Resultaba que este *civis* tenía un mejor y superior derecho a la cosa, basado en un título, que un mero poseedor-detentador que careciera de título adquisitivo. La *actio Publiciana* consiste en la ficción de haber transcurrido el tiempo necesario para la *usucapio*. Con su implantación, bajo la atenta ayuda del Pretor, la *actio Publiciana*⁷⁸ protegía el derecho de quien perdiera la

⁷⁸ Gayo. *Instituciones*, 4, 36:

Item usucapio fingitur in ea actione, quae Publiciana vocatur, datur autem haec actio ei, qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usu cepit eamque amissa possessione petit;

possessio de su cosa, recibida por *traditio* mediante *iusta causa* y a *non domino* pero que careció del tiempo legal para usucapirla. En el Digesto, la acción *Publiciana* es tratada como una acción real. Al comentar el Edicto del Pretor, Ulpiano⁷⁹ recoge lo que sigue, que pone en boca del Pretor:

“Si alguno pidiere lo que por justa causa es entregado por quien no es dueño y aún no fue usucapido, daré acción”,

pues con razón, señala el Pretor,

“que aún no fue usucapido, porque si fue usucapido, tiene la acción civil, y no solicita la honoraria”.

Daré acción, dice el Pretor, al referir que le concederá *iudicium*, es decir, la posibilidad de accionar en juicio ejerciendo una acción real, a quien, dado que perdió la *possessio* a pesar de que antes de tal pérdida había sido poseedor civil, conferida en justo título y adornada de la buena fe.

Para Cuesta Sáenz⁸⁰, la *actio Publiciana* es una acción real, mediante la cual el *dominus bonitario* o el poseedor de buena fe que hubiere perdido su *possessio* quedaban facultados para accionar contra el *possessor* actual del bien apoyándose en la ficción de que había transcurrido el plazo necesario para usucapir y por tanto había usucapido la cosa.

nam quia non potest eam ex iure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usu cepisse, et ita, quasi ex iure Quiritium dominus factus esset....

⁷⁹ Digesto, 6, 2, 1:

Ait Praetor: SI QUIS ID, QUOD TRADITUR EX IUSTA CAUSA NON A DOMINO, ET NONDUM USUCAPTUM PETET, IUDICIUM DABO

y 6, 2, 1.1: *Merito Praetor ait ·nondum usucaptum est, habet civilem actionem, nec desiderat honorariam.*

⁸⁰ Cuesta Sáenz, José María. *La acción Publiciana*, pág. 69.

Con distinto tratamiento legal, en relación con el *dominus ex iure Quiritium*, se encuentra quien adquiriese un bien *a non domino*. Para el Derecho Romano Arcaico se trataba de una especie de *dominium* no plenamente consolidado en tanto en cuanto no se hubiere completado el transcurso de los plazos citados. El *usus* de la cosa mientras durase el plazo convalidador necesitaba, en el supuesto de que un tercero alegase tener un mejor derecho sobre la cosa, de la garantía que aportaba la *auctoritas* del transmitente.

La relación del *civis* con la cosa, en rigor, seguía significativamente invariable. El sentimiento del *dominus* respecto de lo suyo permanecía inalterado. El hecho de que, para su designación, el nombre *dominium* simultanease con *proprietas*, lo que es propio, posiblemente desde incluso con anterioridad al periodo del Dominado, siglo I a. C., en nada variaba tal concepción de dominio. El nombre no aporta un *plus* de poder sobre la cosa. La *potestas* seguía invariable. El dato fundamental para este cambio cualitativo, sustancial, consistía en la reafirmación de ser la *proprietas* un derecho absoluto, es decir, que, en su traducción a términos procesales, el propietario sobre la cosa tenía, *prima facie*, un poder exclusivo para sí y excluyente respecto de los demás. Su fundamento radicaba en un principio general del Derecho, pues *nadie da lo que no tiene*.

4.- El *furtum*, extramuros del Sistema.

La legislación tabular⁸¹ contiene una norma imperativa que impide usucapir la cosa robada. Se trata de una protección genérica del *dominium*, contra cualquier *furtum* con el añadido normativo posterior de un acto de fuerza o potencia. Se trata de una protección legal, genérica, para las cosas. *REM FURTIVAM LEX XII TABULARUM USUCAPI PROHIBET*.

Conforme su literalidad, la *ratio* de esta norma consiste en rechazar que el *furtum* posibilite usucapir una cosa. Si *ex lege* se niega el momento *a quo*, jamás podrá llegarse a

⁸¹ Michel Humbert. *La loi des XII Tables*, págs. 567 y ss. Tabla VIII, ley 17: *Rem furtivam lex XII tabularum usucapi prohibet*.

computar plazo alguno para llegar al punto *ad quem*, es decir, al *dominium* mediante la *usucapio*. La exclusión de *usucapio* se funda en la autoridad de las XII Tablas y lo establecido en la *lex Atinia* para las cosas robadas, y para las poseídas con el vicio originado en un acto de violencia en la *lex Iulia* y *Plautia*.

De ello da noticia Gayo⁸², sobre cuya opinión se ha tratado de reconstruir el desconocido tenor de las XII Tablas. Justiniano⁸³ nada añade que no estuviera ya en Gayo. Salvio Juliano⁸⁴ enumera como destinatarios de la prohibición no solo a los compradores de la cosa robada, sino también a quienes posean por causa por la que se puede acceder a la *usucapio*.

La finalidad de esta legislación sería primordialmente erradicar los casos de *furtum*. Y la mejor de las maneras de atajarlo era cortar en el *fur* la más mínima posibilidad de quedarse con el *dominium* de lo robado. Atacando la raíz, encarnada en el *fur*, se impedían las derivaciones del hecho en las cosas, el cambio de *dominus*. Talamanca⁸⁵ opina que las XII Tablas sancionaron la incapacidad de la *res furtiva* para poder ser usucapidas, prohibición ratificada entre el siglo III a. C. y el siglo II a. C. por una *lex Atinia*. Objetivamente estos bienes no eran usucapibles por cualquier otro adquirente, aunque tuviese *iusta causa* y *bona fides*.

Pero una fuente muy seria viene a arrojar nuevos enfoques en este problema. Michel Humbert critica el texto propuesto por Gayo al carecer ésta de los exactos términos del texto *decenviral*. Se basa en un principio subyacente: la prohibición de usucapir las cosas robadas, principio seguido ciegamente. Es posible –aventura Humbert– que los *decenviros* hubieren usado términos muy próximos, tanto que pudieron incluso ser confundidos, a

⁸² Gayo. *Instituciones*, 2, 45.

⁸³ Justiniano. *Instituciones*, 2, 6, 2:

nam furtivarum rerum lex duodecim tabularum et lex Atinia inhibet usucapionem, vi possessorum lex Iulis et Plautia.

⁸⁴ Digesto, 41, 3, 33, pr.

⁸⁵ Talamanca, Mario. *Instituzioni di Diritto Romano*, pág. 422.

los vertidos en la *lex Atinia*. Por ello, Michel Humbert se atreve a proponer una nueva redacción a la ley 17 de la tabla VIII: “QUOD SUBRUPTUM ERIT, EIUS AETERNA AUCTORITAS ESTO”⁸⁶.

Hacia el siglo II a.C., se promulgó la *Lex Atinia*, que Gayo y Justiniano, en ambas *Instituciones* suyas, vinculan estrechamente a las XII Tablas, al referirse a la *res furtiva*. Parece ser, de su tenor, que en la ley Atinia se estableció la prohibición absoluta de poder ser objeto de *usucapio* la *res furtiva*. ¿Un contenido legislativo innovador? Resulta evidente que esta *lex Atinia* no era necesaria si su criterio rector hubiera estado expresamente prohibido desde las XII Tablas. O no se cumplían las XII Tablas o la legislación tabular no afrontaba este asunto.

Más de dos siglos después de las XII Tablas, en un texto, Aulo Gelio⁸⁷ se refiere a la *Lex Atinia* que abiertamente estableció la prohibición de usucapir la *res furtiva*. Y aparece consignada la expresión siguiente: “*Los términos de la antigua lex Atinia son: que la garantía de la cosa que haya sido objeto de un robo, sea eterna*”. La cita concreta, seguidamente plantea el interrogante respecto del hecho de que estas palabras puedan referirse a otra cosa sino respecto del porvenir, afirmación que formula una cuestión de muy amplio contenido jurídico. Añade el citado texto un hecho de la historia del Derecho Romano de cierto interés. Comenta *Quintus Mucius Scaevola* —afirma Aulo Gelio— que tanto su padre, *Publius*, como *Brutus* y *Manilius*, de los que predica ser varones muy doctos, dudasen que la *lex* contemplase solo los robos futuros, es decir, desde la entrada

⁸⁶ Michel Humbert. *La loi des XII Tables*, pág. 569.

⁸⁷ Aulo Gelio. *Noctes Atticae*, 17, 7:

Legis veteris Atiniaie verba sunt: Quod subruptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto. Quis aliud putet in hisce verbis quam de tempore tantum futuro legem loqui? Sed Q. Scaevolam patrem suum et Brutum et Manilium, viros adprime doctos, quaesisse ait dubitasseque, *utrumque in post facta modo furti lex valeret an etiam in ante facta; quoniam subruptum erit utrumque tempus videretur ostendere, tum praeteritum quam futurum.*

en vigor de la nueva ley, y se preguntaban si la nueva ley no afectase a los robos cometidos con anterioridad a la citada ley.

El interés de la autoridad jurídica de Publius Mucius Scaevola, Brutus y Manilius se resalta en el Digesto a quienes Pomponio⁸⁸ atribuye ser los creadores del *ius civile*. De esta referencia a las dudas que atenazaron a tan ilustres personajes, que tal vez tuvieron en mente la necesidad de justicia de aplicar esta novedosa legislación no solo a los robos de futuro sino también a los ya cometidos en el pasado y, por la misma razón jurídica, urgidos de ser objeto de similar solución, es decir, la aplicación de la *lex Atinia* con carácter retroactivo, pueden deducirse dos consecuencias: una, que este criterio de justicia influyó en juristas posteriores, al comentar estas situaciones, para llegar a la convicción de que ya desde la legislación tabular se aplicaba la regla de prohibición de usucapir la *res furtiva* por razones de estricta justicia; y dos, que hasta la entrada en vigor de la *lex Atinia*, la *res furtiva* podría ser objeto de *usucapio*.

El dilema planteado al ver confrontadas estas dos posiciones, la sustentada por Gayo y la que desliza Aulo Gelio, respecto de la *usucapio* de la *res furtiva* podría resolverse en el sentido de que hasta la *lex Atinia* se podría usucapir la *res furtiva* excepto por el *fur*. Siempre era posible restablecer la justicia mediante reclamación o demanda reivindicatoria por el *dominus*. En los tiempos próximos a la fecha de entrada en vigor de las XII Tablas Roma era una ciudad muy poco poblada y sus habitantes protegían sus cosas de manera directa, dado el conocimiento vecinal. Dos siglos después ya nada era lo mismo. De ahí que Aulo Gelio rememore los términos textuales de la *lex Atinia*: *La garantía del dominio de una cosa robada es eterna*. Expresión, dice Michel Humbert, que es coincidente con la usada en las transacciones con los peregrinos al decir de la Tabla VI, ley 4: *adversus hostem aeterna auctoritas esto*. Tal identidad formularia permite deducir que la norma ha privado al *usus* de su eficacia ordinaria⁸⁹, pues rechazado el *usus*

⁸⁸ Digesto, 1, 2, 39: ...*fuertunt Publius Mucius, et Brutus et Manilius, qui fundaverunt ius civile*.

⁸⁹ Michel Humbert. *La loi des XII Tables*, págs. 570-571.

originado en un *furtum*, desaparece la garantía de la *auctoritas*. Humbert se inclina, con el tenor tabular que propone, por la tesis de que toda *res furtiva* no es ucapible, pasando por alto las dudas que al respecto contiene el texto de Aulo Gelio. Asimila Kaser⁹⁰ en lo relativo a los mismos efectos contenidos en la citada ley 4, de la Tabla VI, de tratarse de una cláusula de excepción, lo tratado en la ley 17 de la Tabla VIII, retrotrayendo a la legislación tabular la prohibición de usucapir la *res furtiva*, y no solamente para el *fur*.

La tesis sostenida por Gayo en sus *Instituciones* sobre la *usucapio* de la *res furtiva*, desde las XII Tablas cuya norma es coincidente con el contenido de una ley muy posterior, la *Lex Atinia*, ley que no sería en este caso necesaria, podría ser tildada de un error de precisión técnica o en atribuir distinto alcance al originario contenido en la normativa tabular. Resalta Pugliese, por otra parte, tratando de oscurecer la autoridad de Gayo, la advertencia de que de igual modo Gayo simplifica las fuentes de las obligaciones, siendo la principal división de éstas, de dos clases: o nace de delito o nace de contrato⁹¹. Además, puntualiza citado romanista, Gayo considera como contrato real una entrega en *mutuo*, añadiendo a renglón seguido como un tipo de contrato real cuando uno recibe una cosa que no se le debe y que otro le paga por error. Añade Gayo⁹² que estas obligaciones no parecen nacer de un contrato, dado que quien entregue una suma con intención de pagar, tiene la intención de resolver un negocio jurídico, en vez de contraerlo. La obligación de devolver no puede surgir de un contrato. Recoge el Digesto⁹³ un texto, también de Gayo que señala como fuente de las obligaciones, el contrato, el maleficio así como por cierto derecho propio, según las varias especies de causas.

⁹⁰ Max Kaser. *Eigentum und Besitz im älteren Römischen Recht*. 1. Abhanlung, págs. 119-120.

⁹¹ Gayo. *Instituciones*, 3, 89: *omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*.

⁹² Gayo. *Instituciones*, 3, 90: *Re contrahitur obligatio velut mutui datione...* y 3, 91:

Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem soluit, re obligatur...non magis quam mutui datione. Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is, qui solvendi animo dat, magis distrahere vul negotiumquam contrahere.

⁹³ Digesto, 44, 7,1 [libro II, Aureorum]: *Obligaciones aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris.*

Imprecisiones que hacen llegar a Pugliese⁹⁴ a la conclusión de que, volviendo a la *usucapio* de *res furtiva*, Gayo incurrió en el error de identificar *fur* con *res furtiva*, por lo que la legislación tabular prohibía la *usucapio* al *fur*, y que solo desde la *lex Atinia* quedaba prohibida la *usucapio* de una *res furtiva*. Estas dudas sobre el texto comentado de las XII Tablas, solo podrán quedar resueltas definitivamente con el hallazgo de las XII Tablas.

BIBLIOGRAFÍA

Básica-Documental:

Domingo Oslé, Rafael (Coordinador); Cuenca, Francisco; De Churrua, Juan; De los Mozos, José Javier; Gómez Carbajo de V., Fernando; Gómez-Iglesias, Ángel; Linares, José Luis; Mentxaka, Rosa; Sánchez-Ostiz, Álvaro. *Textos de Derecho Romano*. Navarra. Editorial Aranzadi, 2002.

Gayo. *Instituciones*. En Rafael Domingo (Coordinador). *Textos de Derecho Romano*. Aranzadi. Navarra, 2002. También en Edición bilingüe a cargo de Abellán Velasco, Manuel; Arias Bonet, Juan Antonio; Iglesias-Redondo, Juan; Roset Esteve, Jaime. Coordinación general y prólogo: Hernández-Tejero, Francisco. Madrid. Civitas, 1985.

Kriegel, Hermann y Osenbrüngen. *Cuerpo de Derecho Civil Romano*. Editor J. Molinas. Barcelona, 1889. Traducción de I. García del Corral. De los Mozos Touya, José Javier presentó la obra en la edición facsímil de esta obra. Lex Nova. Valladolid, 1988.

Ley de las XII Tablas. En Rafael Domingo Oslé (Coordinador). *Textos de Derecho Romano*. Navarra. Aranzadi, 2002.

Complementaria: Estudios.

⁹⁴ Giovanni Pugliese. *Instituzioni de Diritto Romano*, I, pág. 143.

Watson, Alan. *Rome of the XII Tables. Persons and Property*. New Jersey. Princeton University Press. Princeton, 1975.

Watson, Alan. *The Law of Property in the later Roman Republic*. Oxford at the Clarendon Press, 1968.

José Arias Ramos y Juan Antonio Arias Bonet. *Derecho Romano*. Madrid. Edersa, 1990.

Pedro Bonfante. *Instituciones de Derecho Romano*. Madrid. Reus, 2002.

----- *Corso di Diritto Romano*. Milano, 1966.

Francisco Javier Casinos-Mora. *Auctoritas rerum decenviralis*. Revue internationale des droits de l'antiquité, págs. 47-96 (2003):50.

Marco Tulio, Cicerón. *De Amititia*. Madrid. Colección Gredos bilingüe. Gredos. 1966.

-----*Pro L. Murena Oratio*. Madrid. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1997.

José María Cuesta Sáenz. *La acción Publiciana*. Madrid. Montecorvo, 1984.

José Luis de los Mozos de los Mozos. *El Derecho de Propiedad: Crisis y retorno a la tradición jurídica*. Madrid. EDERSA, 1993.

-----*Tutela interdictal de la Posesión*. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado, 1962.

José Javier de los Mozos Touya. *El nacimiento de la ciencia jurídica en Roma al final de la Época Republicana*. Universidad de Valladolid, 2017.

Margarita Fuenteseca Degeneffe. *La seguridad del tráfico de bienes en Roma*. Madrid. Editorial Reus, 2019

Max Kaser. *El derecho romano vulgar tardío*. Madrid. AHDE, 1960.

----- *Compraventa y transmisión de la propiedad en el Derecho Romano y en la dogmática moderna*. Universidad de Valladolid, 1962.

----- *Eigentum und Besitz im älteren Römischen Recht*. Köln-Graz, 1956.

----- *Derecho Romano Privado*. Madrid. Editorial Reus, 1982.

Sílvio A. B. Meira. “Fragmentos da Lei das XII Tábuas. A Lei das XII Tábuas. Fonte de Direito Público e Privado”, en *História das Instituições (Aulas prácticas)*, 1º volume. Dir. Carlos Marques de Almeida. Porto. Universidade Portucalense, 1994.

Theodor Mommsen. *Historia de Roma*. Barcelona. RBA, 2005.

Luis Pericot García y Rafael Ballester Escalas. *Historia de Roma*. Barcelona. Montaner y Simon, 1963.

Giovanni Pugliese. *Istituzioni di Diritto Romani, I*, Padova, 1986.

António Santos Justo. *Direito Privado Romano -I. Parte Geral*. Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 2011.

----- *Direito Privado Romano,-III. Direitos reais*. Coimbra Editora. Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 2014.

Mario Talamanca. *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano, 1990.

DE DR. JULIO BAQUERO GUTIÉRREZ – UNIVERSIDAD VALLADOLID DE ESPAÑA
REVISADO POR DR. JOSÉ GERARDO BUSTAMANTE MORALES- UNIVERSIDAD MAYOR
DE SAN SIMÓN BOLIVIA

