

rBD 

REVISTA
BOLIVIANA
DE DERECHO

Publicación de circulación nacional.
Se distribuye además, en Argentina, Perú,
Colombia, Chile, México y España.

Iuris Tantum. Revista Boliviana de Derecho
Editorial: Fundación Iuris Tantum
Santa Cruz de la Sierra - Bolivia
Pasaje Tumusla 77
Telf. +591.3 3365875 / 3375330

Correo Electrónico:
contacto@revistabolivianadederecho.com

Página Web:
www.revistabolivianadederecho.com

Traducción: Horacio Andaluz

Diseño Original: Claudia Justiniano Suárez
c_justiniano@cotas.com.bo

Indexada en:
• LATINDEX (Producido por la Universidad Nacional Autónoma de México).
• INDEX TO FOREIGN LEGAL PERIODICALS (Producido por la Asociación Americana de Bibliotecas Jurídicas)

Depósito Legal: 4-3-18-06
ISSN: 2070-8157

© Derechos Reservados de los Autores

IMPRESO Y DISTRIBUIDO POR
EDITORIAL EL PAÍS
Calle Cronenbold N°6
Tel. +591.3 334.3996 / 333.4104
Casilla Postal: 2114
edpais@cotas.com.bo
Santa Cruz de la Sierra

Impreso en Bolivia
Printed in Bolivia

SUMARIO



01/ APUNTES SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN BOLIVIA René Baldivieso Guzmán (Bolivia)	32
02/ MÁS ALLÁ DE KELSEN: LAS NORMAS DE COMPETENCIA Y LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA JURÍDICO Horacio Andaluz Vegacenteno (Bolivia)	28
03/ DESOBEDIENCIA GUBERNAMENTAL DE SENTENCIAS TUTELARES DE DERECHOS FUNDAMENTALES José María Cabrera Dalence (Bolivia)	74
04/ PRINCIPIOS QUE LIMITAN LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Aldo Daniel Porras (Bolivia)	68
05/ EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO EN MATERIA DE CONTRATOS: EVOLUCIONES E INVOLUCIONES Luis Carrilo (Bolivia)	86
06/ LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y PROCESALES EN LA JURISPRUDENCIA PENAL EN MATERIA DE REVISIÓN Y LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA COMUNITARIA Y ORDINARIA Pedro Graeca Perales (Bolivia)	146
07/ EL ORIGEN Y DESARROLLO DE LA IDEA DE CODIFICACIÓN DEL DERECHO Alejandro Guzmán Brito (Chile)	170
08/ EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE RESPONSABILIDAD PERSONAL POR EL HECHO PROPIO. MANIFESTACIONES CUANTITATIVAS Antonio Cuerda Riezu (Bolivia)	204
09/ RÉGIMEN CONSTITUCIONAL TRIBUTARIO AUTONÓMICO BOLIVIANO Juan Alberto Martínez Bravo (Bolivia)	212
RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS	251
La prueba documental en el Proceso Penal Tutela civil declarativa	
CONVOCATORIA PREMIO AABIJUVA 2009	257
INSTRUCCIONES A LOS AUTORES	259

Director:

Orlando Parada Vaca
Universidad Autónoma Gabriel René Moreno (Bolivia)

Consejo Editorial

Antonio Andaluz Westreicher
Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia)

Alex G. Parada Mendiá
Universidad Autónoma Gabriel René Moreno (Bolivia)

Claudia J. Parada Algorañaz
Universidad Católica San Pablo (Bolivia)

Dorita Montenegro Caballero
Universidad Andina Simón Bolívar (Bolivia)

Horacio Andaluz Vegacenteno
Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia)

José Ramón de Verda y Beamonte
Universidad de Valencia (España)

Luis Alberto Arias Lazcano
Universidad Privada de Santa Cruz (Bolivia)

Pedro Talavera
Universidad de Valencia (España)

Rosa Moliner Navarro
Universidad Valencia (España)

Virginia Pardo Iranzo
Universidad de Valencia (España)



FINES Y OBJETIVOS

Nuestra finalidad es difundir el pensamiento jurídico boliviano y colocar al alcance de los juristas nacionales la doctrina en el ámbito iberoamericano.

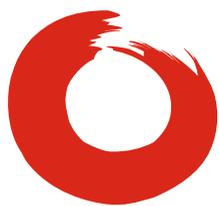
Tenemos como objetivo contribuir al desarrollo de la ciencia jurídica, promoviendo el debate sobre temas jurídicos relevantes ya que, el conocimiento de la doctrina y el pensamiento jurídico actualizado y moderno permitirá que, también los bolivianos, podamos integrarnos al mundo globalizado de hoy, intentando producción propia en la interpretación y aplicación de nuestra legislación, siempre en defensa de los derechos fundamentales.

COBERTURA TEMÁTICA:

Las áreas que intentamos abarcar son: Derecho Constitucional, Derecho Penal, Derecho Administrativo, Derecho Civil y Derecho Comercial o Mercantil.

PÚBLICO AL QUE ESTÁ DIRIGIDO:

Juristas, docentes, estudiosos e investigadores, estudiantes y curiosos de la ciencia del Derecho en sus diversas manifestaciones.



“JUSTICIA, DERECHO Y UNIVERSIDAD”

Dos aspectos para considerar: a) la creciente falta de credibilidad en el sistema jurídico nacional que provoca la desconfianza del ciudadano; b) la masiva producción de profesionales abogados sin una adecuada y necesaria formación jurídica.

El primero de los aspectos tiene que ver con la crisis del Derecho y la Justicia, el segundo con la crisis de la Universidad. Vivimos en un mundo en permanente transformación y, por tanto, de persistentes cuestionamientos a lo que es en busca de lo que, creemos, debe ser. Ello implica la búsqueda de valores que nos permitan identificarnos como miembros de una sociedad y la redefinición de objetivos que le otorguen sentido a nuestra vida social.

Ambos aspectos, a los que hacemos referencia, pueden ser vistos desde una perspectiva dialéctica, de interdependencia, de mutuo condicionamiento, en el que ambos son causa y, al mismo tiempo, efecto del otro. Tesis, antítesis y síntesis. He ahí los elementos de la dialéctica, vislumbrada por Heráclito de Éfeso y perfeccionada científicamente por Marx. Cada ente contiene en sí mismo su propia negación, confrontación que se resuelve en el resultado final de cada actuación o manifestación humana.

Somos testigos silenciosos de un fenómeno de regresión cultural con evidentes muestras de desapego intelectual en gran medida, causado por el alarmante descenso en la calidad de la educación universitaria, caracterizada por la abundancia de docentes improvisados y licenciados en Derecho, muchas veces, carentes de una formación jurídica básica adecuada.

Paralelamente, observamos la grave crisis cualitativa de la Justicia, con el frecuente efecto de una jurisprudencia desprovista de suficiente motivación, de expresión formal adecuada o de sólida materia justificativa. La crisis de la Justicia hunde sus raíces, desde luego, en la crisis universitaria, “que ha sido específicamente engendrada, al igual que ésta, por una legislación a media necia y a media imprudente, urdida de espaldas a la realidad, de un lado y, de otro, inspirada en un insensato desdén del elemento esencial a Universidad y Justicia: la calidad de los universitarios y de los profesionales del Derecho o la excelencia de jueces (y abogados) y profesores (y alumnos), que, aunque con ingredientes diversos, es en ambos casos de naturaleza sapiencial”. (DE

LA OLIVA SANTOS, en: CHOZAS ALONSO, JOSÉ MANUEL, La perpetuatio iurisdictionis: un efecto de la litispendencia, Comares, Granada, 1995, p. XVII)

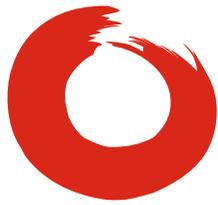
Para disimular las crisis a la que hacemos referencia, se hace gala y se recurre a lo que ORTEGA Y GASSET denominó democracia morbosa, instrumento para la producción de normas cada vez más casuísticas producto de legisladores mesiánicos e iluminados que, sin atender lo importante que implica la formación universitaria, se dedican a privilegiar lo urgente constituido en la preservación de los mecanismos del poder: Y los que estamos al margen del reparto de las cuotas del poder estatal, le hacemos coro a una sociedad muy poco acostumbrada y formada al examen crítico de las ocurrencias del poder; que nos permitiría desnudar las manifestaciones de la malentendida democracia y del Derecho torcido y no jurídico, producto de una universidad cada vez más vulgarizada.

Signos evidentes y patéticos de esta afirmación es el escaso crédito que les otorgamos a los pocos intelectuales que se dedican a la investigación jurídica con producciones encomiables que aportan a la configuración de una doctrina jurídica nacional. El poco aprecio a esos profesionales es su escasa retribución económica y la ausencia de mecanismos alternativos de reconocimiento social a ese esfuerzo.

La idoneidad y probidad de algunos jueces y magistrados, que se esfuerzan por ofrecer resoluciones fundadas en Derecho y suficientemente motivadas nos hacen abrigar esperanzas que la confianza ciudadana en la jurisdicción será recuperada. Si a ello le agregamos la remoción de los docentes en la carrera de Derecho con exigencias de formación postgradual, propiciada por las autoridades académicas, se afianza la confianza en que la crisis de la Universidad está siendo afrontada con seriedad.

Somos conscientes que el avance la ciencia jurídica se logra dando pasos pequeños pero firmes, motivando a estudiantes y docentes a la investigación de temas concretos, monográficos que, sin ser exhaustivos, promuevan cambios en la jurisprudencia, que se constituyen en las voces que claman por nuevas normas visando a una realidad social siempre en transformación.

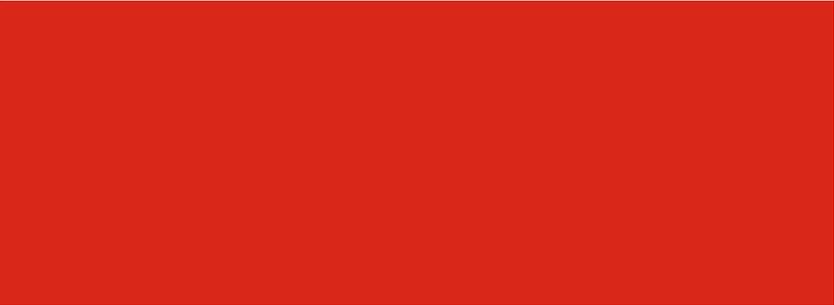
El Director



APUNTES SOBRE LA REFORMA
CONSTITUCIONAL EN BOLIVIA

NOTES REGARDING
THE BOLIVIAN CONSTITUTIONAL REFORM

Rev. boliv. de derecho n° 9, enero 2010, ISSN: 2070-8157, pp. 6 - 31



René
BALDIVIESO
GUZMÁN

RESUMEN: El presente trabajo está dedicado a un examen sucinto de dos temas que, en materia constitucional, tienen íntima relación con la vigencia de un Estado de Derecho y el sistema democrático, tal como lo conciben instrumentos internacionales, en este caso la Carta Democrática Interamericana de 11 de septiembre de 2001, y con la reforma total de nuestra Ley Fundamental que culminó con la promulgación de la nueva Constitución Política del Estado (NCPE), el 7 de febrero de 2009. Sobre este último aspecto se exponen criterios sobre puntos concretos del texto constitucional tales como: el modelo de Estado, la división de poderes y órgano judicial, para llegar a la conclusión de que hay necesidad de ir a la reforma de la Constitución, teniendo en cuenta, fundamentalmente, las circunstancias irregulares que se dieron en su aprobación.

PALABRAS CLAVE: Constitución, Estado de Derecho, democracia..

ABSTRACT: *This article's concern is to study, briefly, two issues that in Constitutional Law have a close relation with the effectiveness of the Rule of Law and of the democratic system of government, as they are defined by the international law instrument, such as the Interamerican Democratic Charter of September 11, 2001. Both issues are related with the total reform of our Fundamental Law, which finalized with the enactment of the new Political Constitution of the State (NCPE, in Spanish). About the new Constitution, the article analyses the model of State it proposes, the division of powers and the judiciary. Its conclusion is the necessity of modifying the Constitution, because of the non regular circumstances surrounding its approbation.*

KEYWORDS: *Constitution, Rule of Law, democracy.*

SUMARIO: Apuntes sobre la Reforma Constitucional en Bolivia. Introducción. I. Supremacía de la Constitución. Consideraciones generales. Jurisprudencia constitucional. II. Reforma total de la Constitución. a) Modelo de Estado. b) Derechos Fundamentales. c) Órgano Judicial. III. Conclusión.

INTRODUCCIÓN

Se tuvo la gran oportunidad en Bolivia de entregar al país una Constitución que sea la más sólida reafirmación del sistema democrático, la más indiscutible proclama de un auténtico Estado de Derecho en el que se dé la posibilidad de ir perfeccionando las instituciones depositarias y custodios de valores supremos como la igualdad, la libertad y la justicia. Y si para ello era necesario incorporar cambios, correspondía hacerlos pero sin el menoscabo de dichos valores, imponiendo un modelo de Estado permisivo de la conducta autoritaria de sus órganos, o con un texto excluyente que es reflejo del predominio unilateral de un partido político, en algo tan trascendental que, como es la reforma de la Ley Fundamental, demandaba pleno consenso. En ese orden, la Constitución española de 1978 es un ejemplo, pues pese a que en la época estaban latentes diferencias ideológicas que parecían ser insalvables, pero que fueron superadas con inteligencia y visión histórica, en beneficio del país. Un conocido profesor y magistrado de España decía¹: “No es éste el caso, natural y afortunadamente, de nuestra actual Constitución, cuyos autores, fueran cuales fueren las diferencias políticas que los separaban, coincidían plenamente en que la convicción de que la igualdad de los españoles y su plena libertad (que es tanto como decir su dignidad personal) eran el punto de partida necesario para su reorganización de nuestra vida política y la reforma de nuestro Derecho. Es esta convicción el **núcleo** del famoso “consenso” que hizo posible la Constitución de 1978, que es por ello la más sólidamente construida de todas nuestras constituciones, la que se asienta sobre bases más firmes”. Y hubiera sido posible hallar ese consenso en la Asamblea Constituyente que inició sus labores el 6 de agosto de 2006, si el encono partidario, la intolerancia y los afanes hegemónicos del partido gobernante, alentados desde los más altos círculos gubernamentales, hubieran dado paso a una amplia y fecunda discusión e intercambio de ideas. Pero, bien sabemos, no fue así y hoy tenemos una Constitución como resultado de la imposición y predominio cuantitativo del partido oficial, aprobada en medio de excesos y desbordes de violencia con el deplorable saldo de víctimas mortales, antecedente que no puede abonar por la legitimidad de la nueva Constitución.

Hemos titulado este trabajo *Apuntes sobre la Reforma Constitucional* porque contiene notas sobre puntos concretos que son abordados en la Nueva Constitución Política del Estado (NCPE). Es decir, se refieren a ciertos aspectos propios de la parte dogmática y otros de la parte orgánica, pero que, a nuestro juicio, son suficientes para identificar los rasgos definitivamente estatistas y centralizadores que tiene el

¹ Francisco Rubio Llorente, Catedrático español de Derecho Político, en la nota preliminar al texto de la Constitución española publicado en 1986 por la editorial Civitas, Madrid, España

nuevo texto constitucional que habrán de significar réditos políticos al partido gobernante en desmedro de un equilibrio democrático que se debe propugnar en toda Constitución. Vivimos ahora esa experiencia negativa cuando la nueva carta fundamental permite la reelección presidencial y descarta la alternabilidad que propugnan los instrumentos internacionales, o se elimina el sistema republicano para dar paso a un estatismo exacerbado que pertenece al pasado.

Aun así, parecería impertinente en las actuales circunstancias hablar de reformar la Constitución y calificar de peregrina la idea, si hace poco se ha promulgado la nueva el 7 de febrero de 2009. Pero creemos que no ocurre tal cosa y este trabajo se lo presenta para sostener lo contrario y plantear la necesidad de su reforma si queremos tener una Constitución con valores y principios propios de un Estado de Derecho y reafirmar la vigencia del sistema democrático tal como está concebido en los documentos internacionales suscritos por Bolivia. Una Constitución, particularmente en el caso de nuestro país, debe servir básicamente como instrumento de cohesión antes que alentar la confrontación interna. El que la actual tenga mayor número de artículos (411), o un catálogo más amplio de derechos fundamentales, un tratamiento especial a los pueblos campesino originario indígenas, o por mucho que esté enunciada la fórmula de que Bolivia es un “Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario...”, no quiere decir que los cambios hayan sido positivos y que aseguran un mejor futuro para el país. Lo cierto es que la actual Constitución tiene artículos en los que por su redacción y contenido ponen en duda todo aquello que se hubiera pretendido mostrar como expresión de cambio democrático, espíritu constructivo y consolidación del Estado de Derecho. Hay en su texto fórmulas que lo desvirtúan, al haberse insertado en la Constitución preceptos que pueden, en su momento, justificar la represión política, causar la inseguridad jurídica o debilitar la tutela a los derechos fundamentales. Léanse, para empezar, los arts. 123 y 124 de la NCPE. El primero que amplía los efectos retroactivos de la ley a los casos de corrupción, y el segundo que da una nueva y peligrosa tipificación del delito de traición a la patria. Más adelante hacemos un análisis de ambos preceptos que nos llevará a la conclusión de que se trata de un criterio regresivo, incompatible con el ejercicio de los derechos fundamentales porque tales artículos ponen en manos del Estado y por supuesto del partido gobernante, mecanismos de represión contra la disidencia democrática y llegar a lo que el escritor Víctor Hugo diría alguna vez: “la horrible lógica de la represalia”

Pero lo que no se puede ni debe olvidar es el hecho de que la Constitución fue aprobada bajo circunstancias totalmente irregulares, que la hacen cuestionable en cuanto a su legalidad y legitimidad, al margen de un marco jurídico-constitucional, sin la participación de un gran sector de la oposición, al que se le impidió por la fuerza intervenir en el debate. No sólo eso sino que la Asamblea Constituyente sesionó en

un recinto militar² que estuvo custodiado por miembros de la Policía y del Ejército y por grupos del partido oficial que asumieron actitudes intimidatorias. En esa situación de violencia fue aprobado en grande el proyecto de Constitución el 24 de noviembre de 2007, hecho que causó enfrentamientos de las fuerzas del ejército y de la policía que resguardaban el local, con la población civil, dando el lamentable saldo de muertos y heridos. Los hechos ocurrieron en el lugar denominado "La Calancha", a pocos kilómetros de la ciudad de Sucre, con ello se puso el signo de la violencia gubernamental en la aprobación del texto constitucional. Aparte de tan deplorable episodio, que será difícil justificarlo, debe considerársele como un serio y determinante antecedente fáctico que vicia todo el proceso que sirvió para aprobar el proyecto de Constitución, pues resulta difícil, si no imposible, admitir la validez de una Constitución que emergió de esas circunstancias.

La Asamblea Constituyente, prosiguiendo con las irregularidades, quince días después se trasladó a Oruro para sesionar en el local de la Universidad Técnica de ese distrito, a citación de su Directiva, con el respaldo de una Ley de convocatoria aprobada precipitadamente por el Congreso, con infracción evidente del procedimiento que debía observarse en este caso y con calculada prescindencia de otras fuerzas políticas de oposición a las que se negó, por la fuerza, el ingreso a las deliberaciones mediante cercos organizados. Fue allá donde la Asamblea aprobó en detalle y en revisión el nuevo texto constitucional propuesto solo por el partido oficial (MAS). Finalmente el Congreso Nacional, con sede en La Paz, en virtud de una ley interpretativa del art. 232 de la anterior Constitución, procedió a hacer "ajustes" previstos por dicho instrumento legal³, luego de lo cual sancionó la nueva Constitución Política del Estado (NCPE), para su promulgación, que después sería objeto del referéndum efectuado el 25 de enero de 2009.

La NCPE no fue pues aprobada dentro de un marco legal, menos con legitimidad, y peor como resultado de un amplio debate y de haberse seguido las reglas democráticas y, sobre todo, de haberse llegado a un consenso entre las diferentes corrientes representadas en el órgano legislativo encargado de la reforma, en nuestro caso la Asamblea Constituyente. Ninguno de estos factores, lamentablemente, concurrieron al proceso de reforma; por el contrario en las fases decisivas de aprobación del texto constitucional afloraron -según hemos visto- la intolerancia y la violencia. La primera porque no se permitió el debate ni se quisieron escuchar opiniones y criterios diferentes. La posición oficialista fue intransigente y la respaldó con el predominio cuantitativo a través de una mayoría guiada por la consigna partidaria antes que por la racionalidad del debate y la contienda democrática de

2 Nos referimos al Palacio de la Glorieta, situado a unos tres kilómetros de la ciudad, y ocupado hace décadas por el Liceo Militar.

3 En el párrafo II del art. 232 de esta ley interpretativa se establece: "Concluido el proceso constituyente y recibida la propuesta constitucional, para ser sometida a consideración del pueblo soberano, el Honorable Congreso Nacional podrá realizar los ajustes necesarios sobre la base de la voluntad popular y del interés nacional, por ley especial de Congreso aprobada por dos tercios de votos de sus miembros presente"

ideas. La segunda, porque fue con el uso de la fuerza y el amedrentamiento que impidieron a la disidencia participar en la Asamblea Constituyente y tener así el monopolio en el manejo del proyecto de Constitución sólo presentado por ellos y aprobarlo sin problema.

Tenemos que partir, entonces, de una inevitable referencia a los hechos y antecedentes que tuvieron lugar durante la etapa de aprobación del texto constitucional caracterizada por la irregularidad del procedimiento seguido que culminó, finalmente, el 7 de febrero de 2009 fecha de promulgación de la Nueva Constitución Política del Estado (NCPE) que, al ser resultado de semejantes antecedentes, pone a nuestro país en la necesidad de ir hacia su reforma para reemplazar su texto, con otro que refleje la verdadera voluntad de todo el pueblo boliviano que quiere perfeccionar sus instituciones democráticas y reafirmar la vigencia del Estado de Derecho, con cambios que nos lleven hacia delante y no hacia atrás, pues lo que se tiene actualmente es un documento ideológico-partidista, por lo tanto unilateral, producto de una incomprensible mezquindad sectaria con miras a sentar un poder hegemónico, anacrónico y contrario a los fines de integración y de unidad de los bolivianos (hombres y mujeres), prescindiendo inclusive de los principios sentados por la Organización de Estados Americanos (OEA), especialmente los proclamados en la Carta Democrática Interamericana de 11 de septiembre de 2001⁴. Y al parecer la comunidad internacional no ha compulsado los antecedentes que se los expone acá de modo sucinto e inexplicablemente se encuentra persuadida, tal vez con algo de generosidad o de ingenuidad, de que en nuestro país hay una nueva Constitución que le ha de permitir al país envidiables niveles de organización jurídica, política y económica.

Si bien encontramos en su texto un catálogo amplio de los derechos fundamentales que le dan en apariencia un carácter garantista, sin embargo y para frustración colectiva se han incorporado, contradictoriamente, preceptos que desvirtúan su enunciado haciéndolos vulnerables. Un ejemplo: dice el artículo 116 de la NCPE: "Se garantiza la presunción de inocencia. Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado". O sea que con esta redacción se debilita el principio de presunción de inocencia al decir que simplemente se lo garantiza en el proceso si es que fuera vulnerado, añadiendo que para caso de duda se estará a lo favorable. Aparentemente se da firmeza a este principio, pero no es así porque el condicionamiento al que se lo somete en la práctica a esta garantía procesal, dará lugar a incidencias dilatorias dentro de cualquier proceso penal, que disminuirán notablemente la efectividad del

4 Dice el artículo 3 de este documento: "Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas, basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos"

derecho. Con esta redacción, que aparentemente ratifica el principio de presunción de inocencia, se está más bien poniendo en manos de los órganos jurisdiccionales un peligroso arbitrio que podrá ser manejado políticamente en perjuicio de los derechos de la persona.

El artículo 16 de la Constitución abrogada, por el contrario, tenía una redacción más precisa al establecer de manera terminante en su párrafo I: "Se presume la inocencia del encausado mientras no se pruebe su culpabilidad". Su aplicación no estaba reatada a condición alguna y permitió, en la práctica enmendar graves injusticias.

De ahí que la reciente promulgación de la nueva Constitución el 7 de febrero de este año, luego de los accidentados afanes de una Asamblea Constituyente que funcionó bajo la égida de un sectarismo secante ha causado una creciente desazón en el ciudadano que esperaba tener señalada por la Constitución, una clara perspectiva democrática producto de una contienda de ideas civilizada donde no podía faltar la virtud de la tolerancia antes que acudir a la violencia y a la intimidación para imponer un texto constitucional que debió ser más bien el resultado de un histórico consenso. Éstos fueron los antecedentes que precedieron a su aprobación y bajo tales circunstancias se sancionó la nueva Constitución Política⁵.

Con esta explicación preliminar, ingresamos al desarrollo del presente trabajo que ha de versar sobre dos temas básicos: **Supremacía y Reforma Constitucional**. La primera cuestión que se relaciona con el lugar que ocupa la Constitución en el ordenamiento jurídico ocupando la cúspide del mismo. La segunda, que tiene actualidad permanente por haberse emprendido la reforma total de la Constitución, en cuyo contenido hemos considerado aquellos aspectos que, a nuestro juicio, dan señales inequívocas de que es una Constitución que no ha colmado la expectativa nacional, da precariedad a la vigencia del Estado de Derecho, alienta la fragmentación del país, se aparta de los cánones internacionales que garantizan y sustentan la institucionalidad democrática. Sobre todo, y esto es lo preocupante, tiene un texto que emerge de la imposición hegemónico - partidista, con la agravante de haberse usado la violencia para ello. En la historia republicana de nuestro país no se ha dado una situación parecida en los procesos de reforma constitucional.

5 El diario de Sucre *Correo del Sur* publicó un folleto con el título de "**Capitalidad: Cuando Sucre despertó**" en el que narra los acontecimientos producidos los días 24, 25 y 26 de noviembre motivados por la decisión de la Asamblea de no considerar el pedido de Chuquisaca para que sea tema de debate en la Asamblea, el retorno de los poderes públicos a la Capital. No se pedía que se apruebe ese retorno en el texto constitucional sino que sea punto de discusión para que decida luego la Asamblea Constituyente. Esta publicación documentada anota en su pág. 253: "Gonzalo Durán, Juan Carlos Serrano y José Luis Cardozo (...) fueron víctimas de la violencia desatada contra el pueblo chuquisaqueño el 23, 24 y 25 de noviembre, cuando centenas de efectivos del orden llegaron a Sucre para resguardar a la Asamblea Constituyente en el Liceo Militar, lugar donde el MAS aprobó su proyecto de Constitución y pasó por alto el pedido chuquisaqueño de restituir al debate el tema de la Capitalidad".

I. SUPREMACÍA Y REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

I.- Consideraciones generales

Si tanto la doctrina como la realidad jurídica coinciden en darle a la Constitución de cualquier país el carácter de norma suprema, podemos comprender la magnitud de esa inquietud que embarga a toda la Nación a raíz de lo que antes hemos anotado. Bien hubiera sido para el país que el proceso de reforma total de la Constitución, encomendado a la Asamblea Constituyente, se haya encaminado por la discusión edificante, la práctica democrática y el consenso. Lamentablemente no fue así y hoy estamos con un presente griego que nos han dejado tanto la Asamblea Constituyente como el Congreso Nacional.

Esto nos recuerda que todo legislador a quien se le ha dado la oportunidad y responsabilidad de redactar una ley, con mayor razón si se trata de la Constitución, debe hacer una cuidadosa compulsión de la realidad nacional y tener presente que los pueblos aspiran a desarrollarse en un marco de libertad, seguridad y convivencia pacífica y que las personas quieren alcanzar su plena individualidad, física e intelectual, dentro de un ambiente de garantías efectivas para el ejercicio de sus derechos. De ahí que una Constitución ha de ser la respuesta clara y categórica a esos anhelos legítimos en un Estado social y democrático de derecho, más aún si se ha planteado su reforma total. No en vano la comunidad internacional, luego de la dolorosa experiencia de la Segunda Guerra Mundial causada por regímenes totalitarios, tuvo urgencia de plasmar en fórmulas jurídicas y políticas las prerrogativas de la persona como ser humano y poner atajo, hasta donde sea posible, a los desbordes y excesos de gobiernos autoritarios que escarnecieron la dignidad humana bajo el signo de la intolerancia, la violencia y el racismo. En esas normas y reglas universales, que han dado lugar a sistemas de protección internacional de los derechos fundamentales, es siempre posible encontrar criterios básicos de orientación para incorporar en las constituciones modernas, instituciones democráticas como lo han venido haciendo la mayor parte de las naciones del mundo, porque una Constitución es esencialmente garantista ante la imprescindible y permanente necesidad, en cualquier tiempo y lugar, de que esa Ley Fundamental abarque un cúmulo de derechos esenciales del individuo, fije objetivos básicos del Estado y defina el funcionamiento y atribuciones de sus órganos, sin olvidar la prioridad que merece la preservación de los derechos fundamentales de hombres y mujeres.

2.- Supremacía de la Constitución

El tema cabe dentro del constitucionalismo contemporáneo que se universalizó como movimiento y evolución del pensamiento jurídico, particularmente reflejado en los cambios que se incorporan a una Constitución por ser ésta el marco obligado del ordenamiento jurídico en general, y porque de ella tienen que derivar todas

las normas legales que rijan las relaciones de las personas entre sí y de éstas con el Estado y la sociedad. Del constitucionalismo se ha dicho (Lowenstein) que durante mucho tiempo ha sido “el símbolo de la conciencia nacional y estatal, de la autodeterminación y de la independencia”. En nuestro país podríamos decir que el constitucionalismo –como corriente del pensamiento jurídico en la materia- arrancó el año 1826 con la Constitución promulgada el 26 de noviembre de ese año, para luego desarrollarse a través de las veintiún siguientes constituciones sancionadas durante los siglos XIX, XX y en la primera década del siglo XXI.

Digamos, entre tanto algo incuestionable: que una Constitución, al ser norma suprema, debe señalar los fines superiores que el Estado se encuentra obligado a cumplir en beneficio de la persona, individualmente considerada, y de la sociedad en la que desenvuelve su actividad. Es que, en el Derecho, las normas tienen como destinatario final al individuo con una importante incidencia en la organización y marcha de la sociedad. No queremos decir con ello que se tenga una Constitución de corte liberal, individualista, propia de la época decimonónica. De ninguna manera. Por el contrario nos alineamos junto a los instrumentos internacionales que desde el 10 de diciembre de 1948 han venido concretando en fórmulas universales los derechos de la persona humana y de los pueblos. Hecha esta digresión abordamos en seguida el tema de la supremacía de la Constitución.

La doctrina y la realidad jurídica y social coinciden en darle a la Constitución el valor de norma suprema situándola en la cima del ordenamiento jurídico de un país. Por ello se afirma con toda razón: “es (la Constitución) un sistema de normas jurídicas que organiza el poder político estatal y define la relación entre la esfera de la libertad y la de ese poder político”.

Las diferentes constituciones proclaman este principio de supremacía, algo inobjetable por el enorme y singular valor jurídico, político e histórico que ellas tienen, al ser fundamento insustituible de la organización y funcionamiento del Estado. La Constitución fija reglas y limitantes al ejercicio del poder público, evitando sus excesos o abusos. Hace expreso reconocimiento y otorga protección a los derechos de las personas y da las pautas básicas que deben seguir las leyes especiales para tener validez y evitar motivos de impugnación. Viene a ser, en última instancia, la condensación de las aspiraciones individuales y colectivas, una verdadera doctrina de la libertad y de la democracia, una filosofía puesta al servicio de la dignidad de la persona y de la soberanía de los pueblos y, finalmente, una garantía de convivencia social civilizada.

Sin embargo, está comprobado que no es suficiente invocar esta supremacía sino hacerla realidad ante un poder público siempre tentado a desconocerla. Si bien desde 1851 la Constitución boliviana sentó ya este principio de supremacía, reafirmado en la Constitución de 2004 (art. 228) y en la actual promulgada el 7 de

febrero del presente año (art. 410), tal principio no tendría efectividad en la práctica si no fuera por la presencia y la acción de un órgano jurisdiccional que defienda esa supremacía. Y esto ha ocurrido desde que la genialidad de Hans Kelsen creó en 1920 el Tribunal Constitucional en Austria, posteriormente imitado en Europa y América, para cumplir tan trascendental objetivo.

Los dos últimos textos constitucionales (2004 y 2009) mantienen este principio de supremacía aunque con diferente redacción como podrá apreciarse en la transcripción que al pie de página se hace de ambos, para tener un juicio comparativo que siempre será útil a un análisis del cambio en la redacción y en el contenido⁶.

En el ámbito de las garantías jurisdiccionales, reconocer a la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico, es dar a los jueces y tribunales reglas y criterios básicos de interpretación para aplicar la ley en situaciones concretas, resguardando el Estado de Derecho y, sobre todo, el valor superior de la justicia, partiendo de la Ley Fundamental. De otro modo quedaría librado al criterio personal o subjetivo de los jueces y de otras autoridades públicas el manejo de la jerarquía normativa que señala la Constitución poniendo en riesgo las garantías constitucionales, en diferentes esferas del derecho y provocar una verdadera anarquía en la interpretación y aplicación de las leyes sustantivas y adjetivas y afectar no sólo a la seguridad sino a otros derechos fundamentales..

3.- Jurisprudencia constitucional en Bolivia

El control de constitucionalidad que se ha aplicado en Bolivia desde el 1º. de junio de 1999 hasta fines del año 2007, hizo prevalecer el principio de supremacía constitucional, sobre todo tratándose de proteger a los derechos fundamentales de la persona y de definir la inconstitucionalidad o no de disposiciones legales cuestionadas, mediante sentencias emitidas en diferentes oportunidades, sentando jurisprudencia que por su solidez son ya precedente obligatorio para el nuevo órgano jurisdiccional que tenga a su cargo ese control de constitucionalidad (Tribunal Constitucional Plurinacional). Vemos, por consiguiente, oportuno citar algunos casos sobre la cuestión:

- *IV.3. Que, en consecuencia, la oposición de una norma de jerarquía inferior como la Resolución Ministerial No. 5333 con relación a la norma superior, en este*

6 Los textos son los siguientes: La Constitución anterior, o sea la de 2004, decía sobre el tema: "Art. 228.- La Constitución Política del Estado es la ley suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones". La redacción adoptada en la nueva Constitución promulgada el 7 de febrero de este año, es en los siguientes términos: "Art. 410. I La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa (...) La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a la competencia de las autoridades territoriales: 1.- Constitución Política del Estado. 2.- Los tratados internacionales. 3.- Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena 4.- Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes". Esta última redacción establece en forma expresa, la gradación normativa que está encabezada por la Constitución, seguida de otras normas jurídicas.

caso la Resolución Suprema No. 216145, se constituye en flagrante violación a la jerarquía de las normas jurídicas establecidas en el Art. 228 de la Constitución Política del Estado, concordante con el Art. 20 de la Ley 1788 de 16 de septiembre de 1997 (Ley de Organización del Poder Ejecutivo) por lo que la Resolución 44 Ministerial No. 5333 es contraria a los Arts. 7mo. incs. c) y d), 32, 228 y 229 de la Constitución Política del Estado (SC No. 003/2000 – RDI)

- (art. 228) Textualmente dispone: “La Constitución Política del Estado es la Ley Suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones”. Este precepto constitucional proclama, por un lado, el principio de supremacía constitucional, que implica que la Constitución Política del Estado es la Ley Suprema y fundadora de todo el ordenamiento jurídico del país, y de otro, el principio de jerarquía normativa, al señalar la estructura jurídica del Estado respecto de los niveles jerárquicos de las disposiciones que conforman el ordenamiento, constituyendo así la pirámide jurídica en la que las normas inferiores no pueden contradecir a las superiores (SC No. 019/2006)
- El art. 228 de la CPE textualmente dispone: “La Constitución Política del Estado es la ley suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones.” Este precepto constitucional proclama, por un lado, el principio de supremacía constitucional, y de otro, el principio de jerarquía normativa. El principio de supremacía constitucional nace de la cualidad específica de la Constitución Política del Estado, como base, sustento y marco que informa todo el sistema normativo. El principio de supremacía constitucional significa que el orden jurídico y político del Estado está estructurado sobre la base del imperio de la Constitución Política del Estado que obliga por igual a todos, gobernantes y gobernados. Dentro del orden jurídico, la Constitución Política del Estado ocupa el primer lugar, constituyéndose en la fuente y fundamento de toda otra norma jurídica, por lo que toda ley, decreto o resolución debe subordinarse a ella. Constituye una garantía de equilibrio en el ejercicio del poder político y de los derechos fundamentales de la persona, es el más eficiente instrumento técnico hasta hoy conocido para la garantía de la libertad, al imponer a los poderes constituidos la obligación de encuadrar sus actos en las reglas que prescribe la Ley Fundamental. (SC No. 075/2006 – RDI)

Estos casos de jurisprudencia constitucional, y muchos otros similares, ilustran de manera objetiva el lugar que la Constitución ocupa dentro de la gradación de las normas jurídicas, principio que hace posible poner límites al ejercicio del poder público y precautelar la vigencia del Estado Democrático de Derecho, de modo que la legislación se encuadre necesariamente al marco de la Constitución respetando

la supremacía que ella tiene, evitando su alteración a través de leyes que pudieran modificar sensiblemente este principio que finalmente se constituye en garantía y sustento del Estado de Derecho.

II. REFORMA TOTAL DE LA CONSTITUCIÓN

A partir del 20 de febrero de 2004, se incorpora a la Constitución la figura de la reforma total y se crea el órgano para ese objeto: la Asamblea Constituyente (art. 4), que será convocada por Ley Especial. El gobierno instaurado el 22 de enero de 2006 promulgó esa ley, y la Asamblea Constituyente inició su trabajo el 6 de agosto de 2006 en la ciudad de Sucre, declarada sede de la misma. Su accidentada labor dejó una estela de duda sobre la validez del proyecto de Constitución aprobado posteriormente, luego de que su trabajo durara desde el 6 de agosto de 2006 al 14 de diciembre de 2007. Pero no quedaron así las cosas sino que para despejar esas dudas y sospechas sobre la legalidad y legitimidad del texto constitucional aprobado, el Congreso Nacional sancionó el 28 de octubre de 2008 una ley interpretativa del art. 232 de la Constitución Política del Estado, para auto-habilitarse como última instancia en el proceso constituyente y realizar “ajustes” al Proyecto de NCPE. La citada ley interpretativa dispuso: “Art. 232.II.- (...) el H. Congreso Nacional podrá realizar los ajustes necesarios sobre la base de la voluntad popular y del interés nacional, por ley especial de Congreso, aprobada por dos tercios de votos de sus miembros presentes”.

Nos preguntamos: ¿Cabía encomendar al Congreso Nacional hacer una especie de supervisión o de refrendar, si se quiere, el texto aprobado por la Asamblea Constituyente a título de efectuar “ajustes”? ¿En cual de sus significados habría que tomar el concepto de “ajustes”? ¿Convenir, concordar, pactar, arreglar, componer o reconciliar? Pero cualquiera que fuera el sentido que se hubiere dado, al final resultó que se le disminuía notablemente a la Asamblea Constituyente esa facultad privativa, exclusiva, que se le había dado en la Constitución de 2004, recurriendo para ello a una ley interpretativa –según se ha visto- de dudosa raigambre constitucional. Algo más, esta ley le otorga al Congreso una facultad optativa de hacer o no esos ajustes. Y más adelante se complica la situación cuando en su parte final dice: “Los ajustes no podrán afectar la esencia de la voluntad del constituyente”. Surge la pregunta: ¿cómo identificar o descubrir esa “esencia”? En fin, tal es nuestra preocupación y, a la vez, nuestra reflexión en el tema. Al haber intervenido el Congreso Nacional en el proceso de reforma total de la Constitución, para hacer estos llamados “ajustes”, pareció más bien que de lo que se trataba era de encontrar una forma de dar legitimidad y legalidad a un texto que no satisfacía a la opinión nacional por las serias irregularidades en su aprobación y por carecer de consenso al haber sido impuesta con el uso de la fuerza. De este modo el Congreso Nacional más bien convalidó, a

título de “ajustes”, un proceso de reforma total de la Constitución llevado con serias irregularidades.

Hubo pues un accidentado y anómalo proceso para aprobar la Constitución – según lo hemos señalado-. En grande, en un recinto militar con la deplorable secuela de víctimas mortales en Sucre, más una aprobación en detalle y revisión en un local cercado por fuerzas del orden en Oruro para impedir la participación de los sectores de oposición o, por lo menos, someterlos mediante acciones de amedrentamiento.

Para desarrollar nuestro trabajo de crítica a algunas cuestiones del texto constitucional que está en vigencia desde el 7 de febrero de 2009, hemos tomado como temas centrales de referencia: modelo de estado, derechos fundamentales y división de poderes. En consecuencia, estos **Apuntes** están dirigidos a señalar la normativa constitucional pertinente a estas materias y su incidencia poco confiable en el fortalecimiento de un estado de derecho; todo ello, independientemente de haberse ya encontrado el justificado cuestionamiento a la NCPE por ser producto de la imposición por la fuerza y la convivencia cuantitativa del partido oficial.

1.- Modelo de Estado.

Dentro de este apretado análisis del nuevo texto de la Constitución, es posible hallar las pautas y orientación que ha seguido. Para ello utilizaremos glosas y comentarios que puedan satisfacer esa urgente como inaplazable necesidad de informarse sobre el nuevo enfoque normativo de las bases organizativas del Estado y que, desde luego, responde a una estrecha concepción, muy propia de una posición partidista con inconfundible tendencia hegemónica, por lo que no es precisamente una concepción renovadora y de cambio, sino más bien carente de la universalidad en el sentido de involucrar a todos los bolivianos (hombres y mujeres) que exige una Constitución moderna, omisión que puede apreciarse en el texto aprobado, esa universalidad que, además, la haría compatible con los objetivos que persigue la comunidad internacional en lo que es una democracia auténtica. No habiendo esa característica, mal podría afirmarse que se trata de una Constitución que garantiza el Estado de Derecho. De otro lado, por mucho que se pretenda encontrar bondades en el texto de la NCPE, o que ciertamente las tuviera, no deja de ser difícil para la convicción y sentimiento democráticos del pueblo, aceptar su contenido, por haber sido impuesto mediante la fuerza y la violencia, y por alejarse de los postulados democráticos de la comunidad internacional. Veamos:

Tiene un **Preámbulo**⁷ en el que se intenta justificar el nuevo texto constitucional. “Dejamos en el pasado -dice- el Estado colonial, republicano y neoliberal...”. O

7 Los constitucionalistas chilenos Humberto Nogueira y Francisco Cumplido, anotan en su libro *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional* (Editorial Universidad de Talca, Noviembre de 2002, Tomo II, pág. 53), anotan lo siguiente: “...En diversos ordenamientos, dentro de los cuales destacan el español, se considera el preámbulo

sea que se descarta todo lo relacionado con el carácter republicano del sistema. Evidentemente no encontramos ni la palabra ni el concepto “república” cuando en su primer artículo la Constitución define el modelo de Estado, un cambio de la palabra que solo parecería formal, pero que analizado en el fondo implica eliminar el modelo republicano que está más identificado con una institucionalidad democrática, para sustituirla por la de Estado, para asumir; ni duda cabe, otro modelo cuyas características no son compatibles con el sistema democrático y, sí más bien, con el autoritarismo.

Las constituciones modernas, en ese orden, no han encontrado motivo para abandonar el añejo concepto de “república”, ni siquiera lo hicieron los países de la Europa Oriental que durante el período de la guerra fría no tuvieron inconveniente en llamarse “Repúblicas”, claro está con el aditamento de “populares y democráticas” aunque en la práctica no tuvieron esas características al ser de corte totalitario bajo la hegemonía de un solo partido político, el partido comunista.

El modelo de Estado es algo primordial para definir la dirección y objetivos que se le quiere dar a éste⁸. En el derecho comparado las constituciones de países americanos y europeos definen el modelo de Estado sin eliminar –como dijimos– el concepto de “república” con todo lo que este concepto implica para identificar a un Estado democrático. Así la Constitución de la Nación Argentina dice en su artículo 1º: “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución”. Si bien no hace expresa alusión al régimen democrático, debe considerárselo implícito por su carácter republicano. Así lo sostiene el destacado constitucionalista argentino Néstor Pedro Sagües: “No dice “democrática” pero ello emerge tácitamente...”⁹– afirma.

En la Constitución de Colombia el artículo 1º proclama: “Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”. Puede advertirse en esta redacción que expresamente se declara el Estado Social de Derecho y la forma de República unitaria democrática, más otros rasgos esenciales del modelo republicano.

como un elemento orientador de la interpretación constitucional de carácter finalista, armónica y sistemática, además de un valor normativo limitador y vinculante respecto del desarrollo de las demás disposiciones integrantes de la Carta Fundamental”.

- 8 En nuestro opúsculo *Una Constitución para todos los bolivianos*, mayo 2007, decíamos sobre el modelo de Estado: “Viene a ser el punto de partida para el diseño y estructura de funcionamiento del Estado, del que depende toda la organización de las instituciones sobre las cuales éste descansa. El más interesado en este diseño es la persona como destinatario final de las normas constitucionales aprobadas. Esta premisa es esencial pues en última instancia es el individuo sobre quien recaerá las bondades o defectos de la norma jurídica, más aún si se trata de la Constitución que es el marco de todo el ordenamiento jurídico” (pág. 112)
- 9 Sagües, Néstor Pedro. *Constitución de la Nación Argentina*. El texto transcrito corresponde a la *Introducción* que hace en esta publicación, el destacado constitucionalista

En la Constitución de Guatemala hay dos artículos que sirven al propósito de este trabajo y expresan lo siguiente: “**Artículo 1°.- Protección de la persona.** El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia, su fin supremo es la realización del bien común.- **Artículo 2°.- Deberes del Estado.** Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona”. En esta Constitución –vemos– se reconoce como objetivo fundamental del Estado, la protección de la persona y el bien común, para luego señalar los deberes de éste de garantizar a los habitantes de la **República** y, por supuesto, resguardar los valores que se encuentran enunciados expresamente.

Dicho lo anterior y volviendo al **Preámbulo** de la NCPE, aparte de lo señalado, debemos formular una interrogante que emerge de una cuestión aparentemente formal pero que en realidad –según criterio nuestro– tiene relevancia. Tal vez en ello contribuyó la prisa en aprobar la Constitución o se aceptó (lo menos probable) el criterio de que el **Preámbulo** no era parte del texto constitucional. La interrogante es: ¿El **Preámbulo** aludido es parte del nuevo texto constitucional?, pues si leemos con algún cuidado el encabezamiento del texto de la ley que promulga la Constitución este **Preámbulo**, al parecer, no forma parte del texto constitucional si partimos de la misma publicación de la Gaceta Oficial de 7 de febrero de 2009, ya que dicho **Preámbulo** figura en otra página independiente, anterior a la ley que promulga la Constitución, como puede comprobarse cuando dice en la parte final del encabezamiento: “... **Por voluntad del soberano se proclama la siguiente: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO;...**”, y a continuación sigue la transcripción del texto íntegro en el que, como se ha indicado, no se incluye al **Preámbulo**, lo que nos lleva a pensar que no podría considerarse parte de la Constitución promulgada el 7 de febrero de 2009 y, por consiguiente, sin posibilidad de merecer una cita o mención dentro del manejo interpretativo de su contenido. Como información ilustrativa diremos que las constituciones de Alemania, España y Colombia tienen ese **Preámbulo** que, aparte de estar redactado en tono solemne e impecable ajeno a todo desliz de resentimiento, forma parte de la estructura misma del texto promulgado.

1.2.- Constitución boliviana de 7 de febrero de 2009

Su art. 1° tiene la siguiente redacción: “Bolivia se constituye en un Estado Unitario, Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”. No hallamos la palabra “república”.

En la anterior Constitución, el art. 1° al definir el modelo de Estado, sin mayores complicaciones y en forma precisa disponía que: “Bolivia, libre, independiente y soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República unitaria, adopta para su

gobierno la forma democrática representativa y participativa, fundada en la unión y solidaridad de todos los bolivianos". Finaliza con el párrafo II que tiene una fórmula igualmente clara, sin caer en la innecesaria ampulosidad al expresar: "II. Es un Estado Social y Democrático de Derecho que sostiene como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la igualdad y la justicia".

Salta a la vista la marcada diferencia entre ambos textos, un cambio conceptual por el que del sistema republicano se va al de tipo excesivamente estatista. Por otra parte, el art. 1º de la actual Constitución está redactado de modo que podría dar a entender que Bolivia recién a partir del 7 de febrero de este año 2009 "se constituye (antes no lo habría estado) en un Estado unitario social de Derecho", una sutileza gramatical si se quiere, pero que puede causar situaciones imprevistas cuando el nuevo órgano jurisdiccional de control de constitucionalidad (Tribunal Constitucional Plurinacional), que será elegido por voto popular, haga la interpretación de su texto y dé prioridad a una línea estatista más identificada con un régimen autoritario, sobre todo si la prevista elección popular de magistrados dé lugar al predominio gubernamental o del partido oficial dentro de la conformación del nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional. Inclusive, el acto de refundación que se invoca en la parte final del **Preámbulo**, podría servir también a este propósito, de riesgo para la subsistencia del Estado de Derecho, si se lo interpreta con ese criterio de predominio estatal que parece ser su finalidad.

2.- Derechos fundamentales

En esta materia, la nueva Constitución tiene un extenso repertorio. Antes estaban enunciados en once (11) incisos del art. 7 de la abrogada Constitución. Ahora, en la nueva (NCPE) el catálogo de los derechos fundamentales es mucho más amplio, desde el art. 13 al art. 75, se hace una enumeración, en algunos casos con más normas reglamentarias.

La inserción de un catálogo de los derechos fundamentales al texto de la Constitución, es una característica inherente a sus fines primordiales y responde a la necesidad de que la persona esté garantizada efectivamente en su libertad y su dignidad conforme plantea la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948. "En una democracia moderna- dice un estudioso del tema- quien toma las decisiones, directa o indirectamente, son siempre y solamente los ciudadanos, con su voto (...) Sin la concepción individualista de la sociedad no se puede justificar la democracia"¹⁰. Un criterio de fondo que, bajo un ligero análisis, podría considerarse liberal o conservador; pero no es así, porque hace una estimación justa, elevada y profunda al mismo tiempo, de la persona dentro de la sociedad en

¹⁰ Velasco Criado, Demetrio. *LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN SU CINCUENTA ANIVERSARIO*. Libro colectivo publicado por la Universidad de Deusto. Bilbao, España. 1998. Pág. 211.

una suerte de reciprocidad de intereses entre ambas: individuo y sociedad. No cabe duda de que en materia de derechos humanos se ha elaborado toda una doctrina que los afianza y los justifica: “La naturaleza del individuo, - se afirma- libre e igual, sigue siendo el fundamento ontológico de la humanidad regenerada reconciliada que postula la Declaración. Desde este nuevo orden ontológico “individualista”, en el que no caben discriminaciones ni los particularismos excluyentes, se proyecta un ideal universalista, de carácter democrático, que debe encontrar su participación jurídica, tanto en el ámbito estatal, como en el de las relaciones internacionales. La persona humana concreta, sujeto de derechos inalienables, es el fundamento ontológico de toda construcción social y política. Cualquier pretensión que busque priorizar otros potenciales derechos “colectivos”, socioeconómicos, políticos o culturales, a costa de los derechos individuales, queda deslegitimada como totalitario y ajena al espíritu de la Declaración”¹¹. Y no olvidemos que este documento tiene a Bolivia entre los primeros países que lo suscribieron.

Debe preocuparnos por ello que si bien, se tiene en la nueva Constitución un texto amplio relativo a los derechos humanos y están señalados los medios de defensa de los mismos bajo la denominación de “acción de defensa” (arts. 125 y siguientes), hay, sin embargo, preceptos que contradictoriamente los hacen vulnerables como por ejemplo: los arts. 123 y 124 de la propia Constitución, que antes los hemos mencionado. El primero en cuanto altera el principio de irretroactividad de la ley al posibilitar excepcionalmente esa retroactividad para investigar, procesar y sancionar los delitos de corrupción, no para beneficiar que es la finalidad de la retroactividad en casos especiales. Se recordará que el texto anterior correspondiente al art. 33 de la Constitución abrogada, sólo excepcionalmente admitía la retroactividad en dos situaciones, en materia social y en materia penal cuando la ley beneficiara al delincuente. La nueva versión de este principio dispone esa retroactividad excepcional, no precisamente para beneficiar a la persona, sino más bien para procesarla, tratándose de delitos de corrupción como lo establece el citado art. 123 cuando dispone: “La ley solo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo excepto (...) en materia de corrupción, para investigar procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado, y en el resto de los casos señalados por la Constitución”.

Es decir, que una ley anticorrupción podrá aplicarse, a instancia del Estado o de un particular, a servidores o funcionarios públicos que hubieran ejercido su cargo hace quince o veinte años. Se abre así una peligrosa compuerta a la revancha o a la represalia política y se pone en manos de los grupos de poder una herramienta ideal para usarla discrecionalmente contra los adversarios del régimen, y alentar una persecución que curiosamente podría respaldarse con una norma constitucional

¹¹ Ob. Cit., pág. 239.

contraria al principio de irretroactividad. ¿No será caer en lo que el escritor Víctor Hugo llama la “rutina del odio”?

El artículo 124 hace una nueva tipificación del delito de traición a la patria que solo podía darse en situaciones de guerra extranjera, en el tratamiento que se dio a este delito en nuestras constituciones pasadas. Así lo decía el art. 17 de la Constitución abrogada: “Se entiende por traición la complicidad con el enemigo durante el estado de guerra extranjera”. Ahora el citado art. 124 involucra otras situaciones a las que se asimila como delitos de traición a la patria –con una tipificación discutible- al señalar que comete delito de traición a la patria la boliviana o el boliviano que viole el régimen constitucional de los recursos naturales o que atente contra la unidad del país, dos figuras penales que también ponen en riesgo, ni duda cabe, la seguridad y la libertad del individuo porque se facilita al Estado (y por ende al partido político gobernante) la imputación de estos delitos en forma arbitraria y cuando así convenga hacerlo a los organismos gubernamentales o al partido oficial. Por la redacción del citado artículo es fácil suponer que detrás de una imputación de esta naturaleza estará la intención política de inhabilitar al adversario o a quien incomode al gobierno, sea dirigente sindical, universitario o cívico. Hasta le puede servir a quien utilice esta figura para venganza personal. Un verdadero retroceso dentro del sistema de garantías. Pero no sólo eso, sino que la aplicación posterior de este artículo puede resultar, en el futuro inmediato o mediato, un bumerán para sus mentores y para quienes actualmente están en función de gobierno, cuando dejen de ejercerla y aun estando en el desempeño de un cargo público, una perspectiva poco tranquilizadora, teniendo en cuenta que el mencionado delito está severamente sancionado con treinta años de presidio. En consecuencia no tiene el artículo citado alcances preventivos o disuasivos, dentro de una correcta política criminal, y será más bien utilizado para efectos intimidatorios a quienes se manifiesten contrarios a la política oficial.

Encontramos otra contradicción cuando la NCPE se refiere al derecho de participar en la formación del poder político pues no obstante que en su art. 26.II,2), reafirma el principio de que el voto es universal, directo, indivisible, secreto, libre y obligatorio y es en esa forma que se deberá ejercer el derecho Sin embargo y a renglón seguido fija un condicionamiento o una limitación poco democrática, cuando dice: “Donde se practique la democracia comunitaria los procesos electorales se ejercerán según normas o procedimientos propios, supervisados por el órgano electoral...” Y aunque en esta redacción se reitera el carácter universal, secreto, individual y directo del voto, no deja dudas de que se podrá imponer otra forma de votación, contraria al principio universal antes señalado haciéndolo más bien de carácter corporativo o comunitario, ajeno a una concepción y práctica democráticas, desde el momento en que se refiere a una democracia comunitaria a ser ejercida bajo sus propias normas y procedimientos. Lo correcto y admisible sería que esa

denominada “democracia comunitaria”, de carácter corporativo, ceda dentro del proceso electoral y dé paso a una democracia participativa.

Esta variante contradice abiertamente la esencia del derecho al voto universal, pues donde haya una “democracia comunitaria”, como dice el texto constitucional, los procesos electorales se realizarán según normas y reglas propias. ¿No será una forma de restablecer el voto corporativo propio de regímenes autoritarios que fueron derrotados en la Segunda Guerra Mundial?

2.1. Derecho de aislamiento de los pueblos indígena originario campesinos

Recordemos que en el Régimen Agrario Campesino incorporado a la Constitución de 2004, su art. 171, tenía un texto con sólidos principios a ser desarrollados mediante leyes orgánicas y especiales en beneficio de este sector. En la nueva Constitución, si bien se le dedica un texto mucho más extenso, a propósito de sus derechos, inclusive dando el concepto de lo que es nación y pueblo indígena originario campesino, en el art. 30 incurrir en una omisión al no precisar como objetivo específico del Estado la promoción cultural, económica y social de las naciones y pueblos indígena campesinos, su efectiva incorporación a los beneficios de la cultura y civilización. Por el contrario en el art. 31 se los condena a su aislamiento en lugar de ofrecerles mejores perspectivas de progreso para sacarlos de ese aislamiento denunciado por el citado art. 31.II y erradicar prácticas ancestrales de autoexclusión al plantear que: “II. Las naciones y pueblos indígenas en aislamiento y no contactados gozan del derecho a mantenerse en esa condición, a la delimitación y consolidación legal del territorio que ocupan y habitan”. O sea que el Estado empieza por institucionalizar esa situación de aislamiento y paradójicamente les reconoce a los pueblos que viven en esa situación precaria, el derecho de seguir viviendo así, aislados, sin contacto con el mundo civilizado que los rodea. Parece más bien que esta curiosa forma de reconocer el aislamiento como un derecho, tiene de trasfondo asegurar en un futuro inmediato el apoyo al régimen gobernante, algo que ciertamente no se articula o no concuerda con un Estado que siga una línea verazmente democrática que promueva la integración nacional. Suponemos que la prisa por aprobar la nueva Constitución a como dé lugar, por las buenas o por las malas –como dijo en su momento el primer ciudadano del país– nos ha llevado a tener un texto impuesto por intereses de hegemonía partidaria antes que por consolidar el Estado de Derecho. Y en medio de un frondoso repertorio de derechos se introduce una fórmula que exige al Estado de los fines que lo obligan a buscar medios de promoción de esos pueblos “aislados” y, por el contrario, los condena a vivir en su territorio, con la agravante de hacerlos vulnerables al manoseo del partido político en función de gobierno y someterlos a un régimen de servidumbre política. En el siglo pasado hemos tenido experiencias de esa naturaleza.

Se podría creer en las ventajas y bondades de este art. 31, parágrafo II si tuviera una redacción que permita esperar efectos saludables y que comprometa al Estado a encarar este problema del aislamiento¹² (que no puede ser un derecho), estableciendo por ejemplo que el Estado social y democrático tendrá, entre sus fines, el de promover en el campo social, económico y cultural de los pueblos indígenas y campesinos en aislamiento, su incorporación a los beneficios de la civilización y la cultura aplicando políticas adecuadas de integración, conforme a ley. Entonces no habría el enunciado de un derecho que no es tal, el de “mantenerse aislados” y sí, más bien, abrirles la oportunidad de integrarse a la Nación a más de plantear la necesidad de que se dicte una ley que desarrolle este principio de integración nacional. Inclusive se habría cumplido la importante misión del legislador: primero, dictar leyes que se puedan cumplir; segundo: hacer de ella un instrumento de unidad de los bolivianos; tercero: abrir posibilidades, en vez de cerrarlas, para una apertura democrática a favor de los pueblos indígenas que les permita un desarrollo pleno de su personalidad e individualidad, una efectiva promoción cultural, económica y social, y una verdadera integración en el país, en lugar de aplicar una política interna de aislacionismo desde el mismo Estado con el sólo propósito de facilitar el acceso exclusivo de los grupos de poder a estos pueblos y someterlos a la consigna partidaria.

2.3. Cuestión que atañe al derecho de familia

En el abreviado análisis que venimos haciendo en este trabajo, encontramos que en materia familiar, asunto que interesa a todos por ser el núcleo fundamental de la sociedad, la Constitución vigente le dedica los arts. 62 al 66 que no guardan precisamente una secuencia lógica, ni tienen asomo alguno de concordancia, características necesarias a los fines interpretativos y de aplicación de las normas jurídicas a casos concretos porque finalmente se trata de eso: la ley, como instrumento o herramienta de la justicia, es para aplicarla. En otras palabras, la normativa redactada para esta cuestión no responde a una correcta sistemática ni al título que lleva la Sección respectiva, como a continuación indicamos:

Bajo el rótulo “Derecho de las familias” (cuando mejor hubiera sido decir: “Derechos de la familia”), en la Sección VI del Capítulo Quinto de la NCPE (Derechos Sociales y Económicos), tan pronto se habla de las garantías que el Estado brindará a la familia, como en seguida pasa a dar una noción descriptiva de lo que debe entenderse por matrimonio: “El matrimonio –dice- entre una mujer y un hombre se constituye por vínculos jurídicos y se basa en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges”. Algo de prosaico tiene esta redacción en su primera parte cuando aclara que el matrimonio es entre una mujer y un hombre, lo que siempre se ha

¹² La acepción de la palabra “aislar”, según el Diccionario de la Lengua Española, es “Dejar una cosa sola y separada de otras (...) Retirar a una persona del trato y comunicación de la gente o de un grupo”, de manera que no sería apropiado hablar de un derecho de aislamiento.

sabido y se ha cumplido. Luego el art. 65 incursiona de manera impertinente en una regulación que corresponde hacerla a una ley especial, pues señala una incidencia procesal donde se establece el principio de presunción de filiación, salvo prueba en contrario. Aceptable hasta este punto pero innecesario, por no ser propio, el fijar elementos probatorios que corresponde presentarlos y valorarlos dentro de un procedimiento especial señalado por la ley respectiva.

Completa esta Sección VI, el art. 66 que contiene una norma en la que se garantiza a las mujeres y a los hombres el ejercicio de sus derechos sexuales y sus derechos reproductivos. Han debido darse razones de peso para introducir este artículo dentro del capítulo destinado a los "Derechos de las familias", antecedentes que deben constar en los archivos de la Asamblea Constituyente pues la ubicación y la redacción de la norma citada, no corresponderían a una adecuada estructura y sistemática, por cuanto ni el régimen familiar ni el matrimonio tratados en este capítulo guardan relación con las garantías que da la Constitución actual en el ejercicio de los derechos sexuales de hombres y mujeres y sus derechos reproductivos, pues se sobreentiende que las relaciones de esta naturaleza entre cónyuges no precisan de garantía alguna.

2.4. Garantías jurisdiccionales y acciones de defensa.

Hasta hace poco teníamos los recursos de hábeas corpus (1931) y de amparo constitucional (1967) como los medios que la Constitución estableció para resguardo de la libertad y de los derechos fundamentales de la persona. En la reforma constitucional del año 2004 se instituyó el *hábeas data* para protección de la honra y fama de la persona y la de su familia. La Constitución de 7 de febrero de 2009, amplía estos medios aunque dándoles distinta denominación bajo el Título general de **Garantías jurisdiccionales y acciones de defensa (Título IV, Primera parte arts. 109 a 136)**: acción de libertad, acción de amparo constitucional, acción de protección de la privacidad, de inconstitucionalidad, de cumplimiento, acción popular. En consecuencia son estas acciones, en lugar de los antes denominados **recursos**, las que conforman las garantías jurisdiccionales y proveen los medios de defensa en resguardo de los derechos fundamentales de la persona. La **acción de inconstitucionalidad**, la **acción de cumplimiento** y la **acción popular** son los nuevos recursos que la Constitución de 7 de febrero incorpora en su texto para la defensa de los derechos. La acción de inconstitucionalidad (art. 132), que en cierto modo restituye la demanda de inconstitucionalidad que podía plantear cualquier ciudadano ante la Corte Suprema de Justicia; la acción de cumplimiento (art. 134), para pedir el cumplimiento de normas constitucionales o de leyes, que los servidores públicos omitieran hacerlo; la acción popular (art. 135) dirigida contra actos u omisiones de autoridades o de personas que violen o amenacen violar derechos o intereses colectivos.

No obstante de que este capítulo de la Constitución está dedicado a las garantías jurisdiccionales, llama la atención que dentro de él se hayan introducido las figuras penales de genocidio, de lesa humanidad, de traición a la patria, crímenes de guerra, de los delitos cometidos por servidores públicos que atenten contra el patrimonio del Estado y causen grave daño económico, para sentar el principio de imprescriptibilidad de esos delitos. Nos parece en realidad, que correspondía hacer el enunciado de los mismos en otra sección de la nueva Ley Fundamental, más acorde con una apropiada sistemática o distribución de materias, o se haga una tipificación más técnica en el código de la materia, porque tal principio de imprescriptibilidad tiene que ver más bien con la sanción a quienes hubieran incurrido en éstos delitos y evitar su impunidad por el transcurso del tiempo y esté siempre vigente la acción penal. Mayor nuestra preocupación si algunas de estas figuras delictivas estarán sujetas al régimen excepcional de la retroactividad como se dispone en el art. 123 de la NCPE, entre ellas el delito de traición a la patria (art. 111).

III DIVISIÓN DE PODERES.

Una de las más firmes garantías para la vigencia de un Estado de derecho, es la división de poderes. Pese al tiempo transcurrido, más de dos siglos, la separación o división de poderes es un principio que se viene manteniendo vigente en las constituciones modernas como base de la organización del Estado. Se ha sostenido alguna vez por la doctrina, sin embargo, que tal principio ha sido superado por el de separación de funciones puesto que el Estado ha ampliado sus objetivos y se le han dado mayor número de responsabilidades, por lo que la clásica división de poderes ya no sería suficiente. No obstante todavía se la mantiene y no por ello resulta anacrónica. Y nos parece un acierto porque, jurídica y políticamente, será siempre más fácil identificar, en los ámbitos del legislativo, ejecutivo o judicial, a quienes ejercen correctamente el poder, o a quienes abusan de él, de manera que pueda tener más eficacia el control de constitucionalidad con relación a estos tres poderes (ahora son cuatro órganos: legislativo, ejecutivo, judicial y electoral), que en todo caso deben someter su ejercicio a la Constitución, alejando la posibilidad de que uno de ellos pretenda arrogarse ilegalmente las facultades que correspondan a otro, o particularmente incurra en excesos. Inclusive el término **poder**, como denominación, está en el uso diario de la opinión pública que, de ese modo, identifica de inmediato a quienes lo ejercen con legitimidad, o a quienes se sirven de él abusivamente. Ni en la dinámica de una teoría constitucional se ha prescindido de esa denominación. Inclusive en un instrumento internacional como es la Carta Democrática Interamericana, se utiliza el término, cuando en su Artículo 3 se refiere a la cuestión de **acceso al poder**.

En la práctica, además, resultaría de menor efecto o impacto hablar por ejemplo de “abuso de funciones” y no así de “abuso de poder”, de manera que no sólo

por razones histórico-políticas sino por la necesidad de hacer un control efectivo en el uso del poder cualquiera que sea su motivación y quienes lo ejerzan, era conveniente mantener el principio de **división de poderes**, con esa denominación que se ha impuesto tanto en la doctrina como en el derecho positivo, y asegurar la vigencia de un sistema democrático sin perjuicio, si se quiere, de ampliar y perfeccionar su contenido.

La Constitución española (1979) dentro de su redacción, alude en forma reiterada a los **poderes públicos**. Tenemos los siguientes textos: "Art. 9.1. Los ciudadanos y los **poderes públicos** están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico". Dentro de este mismo precepto se tiene el párrafo 3 con el siguiente texto: "La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas (...) la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los **poderes públicos**" (la cursiva es nuestra).

La Ley Fundamental para la República Federal de Alemania (1949), de manera explícita dice en su artículo 1. (3) "Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los **poderes legislativo, ejecutivo y judicial** como derecho directamente aplicable" (la cursiva es nuestra). Cabe anotar que aparte de mencionar a los tres poderes, la Constitución alemana establece el principio de vinculatoriedad que tienen dichos poderes del Estado con referencia a los derechos fundamentales de la persona y la aplicación directa de éstos, es decir sin necesidad de remitirse a ley especial alguna pues basta el enunciado constitucional de esos derechos para ejercerlos y protegerlos sin reserva alguna.

En la Constitución Política de la República de Costa Rica encontramos el Artículo 9 con la siguiente redacción: "El Gobierno de la República es popular, representativo,, alternativo y responsable. Lo ejercen **tres Poderes** distintos e independientes entre sí: **Legislativo, Ejecutivo y Judicial**.

"Ninguno de los **Poderes** puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias". (la cursiva nos corresponde).

El art. 2º. de nuestra anterior Constitución era bastante concreto y de manera precisa se refería a la soberanía popular y a la división de poderes¹³. En el contenido de este precepto está concentrada toda una doctrina político - constitucional, pues por una parte se declara que la soberanía reside en el pueblo, en otras palabras está enunciado el principio de soberanía popular la que está delegada a los tres poderes

¹³ Su texto es el siguiente: "La soberanía reside en el pueblo, es inalienable e imprescriptible; su ejercicio está delegado a los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. La independencia y coordinación de estos poderes es la base del gobierno. Las funciones del poder público: legislativa, ejecutiva y judicial, no pueden ser reunidas en el mismo órgano" (CPE de 2004)

del Estado, cuya independencia y coordinación es la base del gobierno; y por otra se prohíbe la concentración de poderes en un solo órgano.

Concluimos esta parte citando la opinión de un autorizado tratadista español: “Hemos de recordar (...) que la división de poderes no es ningún artificio ingenieril para distracción de constitucionalistas sino que fue concebida desde el principio precisamente como una técnica de garantía de la libertad...”

¿Cómo se encara este asunto en el nuevo texto de la Constitución? Desde luego que el término **poder** deja de tener preeminencia. En el art. 12 se habla de que “El Estado se organiza y estructura su poder público a través de los órganos Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral. La organización del Estado está fundamentada en la independencia, separación, coordinación y cooperación de estos órganos”.

La redacción de este artículo de la nueva Constitución boliviana deja en duda la eficacia de una auténtica división de poderes como antes se la enunciaba. Se identifica en el citado precepto a un Estado absolutista cuando en tono posesivo se refiere a “**su** poder público” por si acaso en el futuro tuviera que interpretarse con alguna sutileza en ese sentido para favorecer; no al Estado como tal que cumple o debe cumplir fines superiores, sino al partido en función de gobierno que esté a cargo del manejo del Estado. Constituciones modernas mantienen esta división de poderes según hemos indicado anteriormente, y no por ello puede afirmarse que están dentro de las superadas corrientes “neoliberales”, terminología que, según hemos visto, figura en el preámbulo de la NCPE con una clara intención peyorativa.

I.- Órgano judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional.

Finalizamos nuestro breve trabajo refiriéndonos al ahora llamado Órgano Judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional, correspondiente al Título III de la Segunda Parte de la Constitución, relativa a la **Estructura y Organización Funcional del Estado**. No olvidemos que en lugar de la clásica división de los tres poderes del Estado, ahora se tienen cuatro “Órganos”: Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral de acuerdo con el art. 12.I de la NCPE. Sólo nos concretaremos a señalar brevemente los siguientes aspectos:

a) Se reconocen las siguientes jurisdicciones: ordinaria, constitucional, agroambiental, indígena originaria campesina, sin contar con la de carácter disciplinario a cargo del Consejo de la Magistratura.

b) No se establece en el texto constitucional el número de miembros que debe tener cada uno de los órganos jurisdiccionales, como lo hacían las constituciones anteriores, de modo que será la ley especial la que determine ese número, lo que puede significar, en el futuro, aumento progresivo e irracional de miembros,

sea del Tribunal Supremo de Justicia, Tribunal Constitucional Plurinacional, Tribunal Agroambiental o Consejo de la Magistratura, en la medida en que se vayan presentando exigencias de carácter político partidista. O sea que no se mantiene el anterior criterio de que sea la Constitución la que fije el número de miembros de cada uno de esos órganos, como lo vino haciendo dándole jerarquía constitucional a la respectiva norma, aparte de que se evitaba que por circunstancias políticas o presiones partidistas coyunturales, se pretenda incrementar el número de miembros, modificando la ley respectiva, trámite más fácil que reformar la Constitución.

c) Estará seriamente afectada la independencia del Órgano Judicial porque sus miembros serán elegidos por voto popular, es decir basándose en preferencias partidistas antes que en la idoneidad, y peor aún si la selección de postulantes o candidatos, estará a cargo de la Asamblea Legislativa Plurinacional, órgano predominantemente político, pues el art. 182. I de la NCPE le asigna la facultad de efectuar la preselección de los postulantes.

d) Se añade a lo anterior el hecho de que se da al Consejo de la Magistratura la facultad de promover la revocatoria de mandato de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y del Tribunal Agroambiental. Esto significa que a instancia del Consejo de la Magistratura – movida o influenciada por intereses partidistas – podrá irse a la revocatoria de cualquiera de las autoridades que presuntamente hubieran cometido faltas disciplinarias gravísimas. Digamos que no es aconsejable este procedimiento, pues hace del Consejo de la Magistratura un organismo con semejante facultad que lo llevará a cometer arbitrariedades¹⁴

f) Se da también al Consejo de la Magistratura la facultad de ejercer el control disciplinario de los vocales, jueces y personal administrativo y auxiliar del órgano judicial, con la excesiva atribución de decretar la cesación en el cargo de los funcionarios que el Consejo los haya procesado, por la comisión de faltas disciplinarias gravísimas señaladas por ley. Se abre acá la tentación para caer en el abuso de poder o abuso de funciones y crear un factor de desestabilización del órgano judicial, con la consiguiente inseguridad jurídica.

IV. CONCLUSIÓN

Hemos hecho el análisis sucinto de una mínima parte del extenso texto constitucional que nos da una idea de la línea marcadamente estatista que sigue, producto de una imposición de corte hegemónico, Constitución aprobada por la

¹⁴ Nuestro temor lamentablemente se dio en la realidad, pues el todavía actual Consejo de la Judicatura, mediante uno de sus personeros, aplicó la pena de destitución contra un Vocal del Tribunal Agrario Nacional, en una franca infracción de las garantías constitucionales y en una usurpación de funciones, incurriendo en una grave arbitrariedad. Si bien esta situación fue reparada posteriormente mediante una acción de amparo constitucional, en todo caso ya mostró sus primeros efectos negativos.

Asamblea Constituyente en medio de hechos y circunstancias que hacen cuestionable su legitimidad y legalidad y que se han señalado en este trabajo. Habrá que pensar por ello en reformas posteriores del texto constitucional a fin de reencauzar los objetivos de un auténtico Estado de Derecho y cumplir el principio proclamado por la Carta Democrática Interamericana de 11 de septiembre de 2001 que en su art. I expresa: “Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla”.

MÁS ALLÁ DE KELSEN:
LAS NORMAS DE COMPETENCIA Y
LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA JURÍDICO

*BEYOND KELSEN:
SECONDARY RULES AND THE STRUCTURE
OF THE LEGAL SYSTEM*

Rev. boliv. de derecho n° 9, enero 2010, ISSN: 2070-8157, pp. 32-49



Horacio
ANDALUZ
VEGACENTENO

RESUMEN: Este artículo propone cuatro enmiendas a la teoría kelseniana de las fuentes del derecho. La idea general es demostrar que la estructura de un sistema jurídico no puede entenderse sin tomar en cuenta a las reglas secundarias de Hart. Estas reglas permiten que el derecho sea un sistema de normas coordinadas entre sí, contrariamente a la representación piramidal de Kelsen. En consecuencia, el diagrama de árbol genealógico propuesto por Raz es mucho más útil para graficar las relaciones entre las fuentes del derecho que el modelo piramidal.

PALABRAS CLAVE: Fuentes del Derecho, normas de competencia, condiciones de validez, estructura de un sistema jurídico.

ABSTRACT: *This article proposes four amendments to Kelsen's theory of the source of Law. The general idea is to demonstrate that the structure of a legal system cannot be understood without Hart's secondary rules. These rules let the Law to be a system of norms coordinated among them, contrary to Kelsen's pyramidal representation. Accordingly, Raz' three diagram is much more useful to graphic the relations among the sources of Law than the pyramidal model.*

KEYWORDS: Sources of Law, secondary rules, conditions of validity, structure of a legal system.

La estructura de un sistema jurídico la deciden las relaciones entre sus fuentes. Como categoría analítica, las fuentes se justifican como criterio de ordenación de los elementos que componen el sistema jurídico. Son un instrumento dogmático para el conocimiento del derecho positivo.

En el pensamiento jurídico el conocimiento formal antecede al conocimiento material. La determinación del significado jurídico de una norma (conocimiento material) depende de su posición en la estructura del sistema y de sus relaciones con las demás formas normativas del mismo (conocimiento formal). Para la obtención del conocimiento material la filosofía del derecho tiene a la teoría de la interpretación. Para la obtención del conocimiento formal tiene a la teoría de las fuentes. Su cometido queda cumplido si proporciona los instrumentos de análisis suficientes para (1) la individualización de las distintas formas normativas reguladas en un sistema y (2) la determinación de las relaciones formales entre ellas. La estructura del sistema jurídico es la representación gráfica de estas relaciones.

Kelsen cree haber cumplido esto.

Dice: "El análisis del derecho, que revela el carácter dinámico de este sistema normativo, así como la función de la norma fundamental, revela otra peculiaridad del mismo derecho: éste regula su propia creación en cuanto una norma jurídica determina la forma en que otra es creada, así como, en cierta medida, el contenido de la misma. Cuando una norma jurídica es válida por haber sido creada en la forma establecida por otra, la última constituye la razón de validez de la primera. La relación entre la que regula la creación de otra y esta misma norma, puede presentarse como un vínculo de supra y subordinación, siendo estas figuras de lenguaje de índole

• **Horacio Andaluz Vegacenteno**

Abogado, Árbitro (CAINCO), Profesor de Derecho (UPSA), Master en Derecho Internacional (Universidad Complutense de Madrid), antiguo alumno de la Academia de La Haya de Derecho Internacional, Master of Laws (Harvard Law School). Publicaciones relevantes: Bases jurídicas para la reintegración marítima de Bolivia. La regla pacta sunt servanda como punto cero (UPSA, 2002, 403 pp.); Coercive International Action, a Task for the International Court of Justice: The Case of the Attack on Iraq (UPSA, 2003, 42 pp.); Positivismo normativo y Derecho Internacional (Plural/CERID, 2005, 201 pp.); El derecho de la sucesión de Estados (Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVII, 2º semestre 2006, Revista Colombiana de Derecho Internacional No. 9, mayo 2007, y Revista Boliviana de Derecho No. 4, julio 2007); Crítica de juridicidad de un cuerpo normativo: el caso de la Ley de Reconducción de la Reforma Agraria (con ANDALUZ, Antonio) (ABEC/El País, 2007, 63 pp.); El Derecho Internacional en el sistema de fuentes, propuesta de artículos para la Nueva Constitución de Bolivia (Revista Boliviana de Derecho No. 6, julio 2008, Anuario Mexicano de Derecho Internacional Vol.VIII, 2008 y Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009); El control de la constitucionalidad desde la teoría del derecho (Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXI, 2º semestre, 2008); El significado jurídico de la cláusula de sumisión en la jurisprudencia (con ANDALUZ, Antonio) (Revista Boliviana de Derecho No. 6, julio 2008); La justicia constitucional en el Estado de Derecho (Revista General de Derecho Público Comparado, España, No. 4, 2009); y, La estructura del sistema jurídico: las relaciones entre las fuentes del derecho en la Constitución vigente (Revista Boliviana de Derecho No. 8, julio 2009).

espacial. La norma que determina la creación de otra, es superior a ésta; la creada de acuerdo con tal regulación, inferior a la primera. El orden jurídico, especialmente aquel cuya personificación constituye el Estado, no es, por tanto, un sistema de normas coordinadas entre sí, que se hallasen, por así decirlo, una al lado de otra, en un mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles. La unidad de esas normas hállase constituida por el hecho de que la creación de la de grado más bajo se encuentra determinada por otra de grado superior; cuya creación es determinada, a su vez, por otra todavía más alta. Lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal **regressus** termina en la norma de grado más alto, o básica, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico”.

Y subraya: “La norma básica aparece entonces como la fuente del derecho. Pero, en un sentido más amplio, cada norma jurídica es fuente del precepto cuya creación regula, al determinar el procedimiento de elaboración y el contenido de la norma que ha de ser creada. En tal sentido, toda norma jurídica superior es fuente de la inferior: Así pues, la constitución es fuente de las leyes creadas de acuerdo a ella; la ley es fuente de las resoluciones judiciales que en ella se fundan; la resolución judicial es fuente del deber que impone a las partes, y así sucesivamente. La fuente del derecho no es, por tanto, como la expresión parece sugerirlo, una entidad diversa del derecho, dotada de una existencia independiente frente a éste; por sí misma, la fuente es en todo caso derecho: una norma jurídica superior en relación con otra inferior; o sea el método de creación de una norma inferior determinado por otra, lo cual constituye un contenido específico del derecho”.

Luego resume: “Desde un punto de vista dinámico, la norma individual creada por la decisión judicial es una etapa de un proceso que principia con el establecimiento de la primera constitución, continúa con la legislación y la costumbre, y culmina en las decisiones judiciales”. “El proceso a través del cual el derecho constantemente se crea a sí mismo, va de lo general y abstracto a lo individual y concreto. Es un proceso de individualización y concreción siempre crecientes”¹.

Su teoría necesita enmiendas. Propongo cuatro.

|

Las referencias a la norma fundamental (**grundnorm**) no son necesarias. Aquí Kelsen confunde la identidad con la estructura de los sistemas jurídicos. Cada uno es un problema distinto.

El problema de identidad se ocupa de la pertenencia de las normas a un sistema jurídico determinado. Llama normas independientes a aquellas cuya pertenencia a

¹ KELSEN, Hans; *Teoría general del derecho y del Estado* (5ª reimpresión, México D.F., UNAM, 1995), pp. 146, 155-156, y 159.

un sistema no está condicionada por la previa pertenencia de otras normas. Esto permite a las normas independientes individualizar a los distintos sistemas jurídicos. Al contrario, son normas dependientes las que presuponen la existencia previa de otras normas en el sistema. Es un asunto de membresía; de determinación de los criterios que hacen que una norma sea parte de un sistema específico. Es un problema general, con una solución predicable por igual de todos los sistemas jurídicos. Por su parte, el problema de estructura trata de determinar si existe una estructura lógico-normativa común a todos los sistemas jurídicos. No tiene una solución general, no hay tal estructura común. La estructura de un sistema la determinan las relaciones formales entre sus fuentes normativas. Es, por tanto, una cuestión de derecho positivo. Aún si todos los sistemas compartieran la misma estructura (por ejemplo, constitución, tratados, ley, reglamento, etc.), ella no sería general. Se trataría de estructuras positivas, contingentes a sus respectivos sistemas jurídicos, no de una estructura lógico-normativa general.

La norma fundamental (o básica) es una solución al problema de identidad. Dice Kelsen que el sistema jurídico se funda en una norma presupuesta por el pensamiento jurídico. Al no ser una norma "puesta" (*positum*, positiva), la norma básica es una hipótesis. "Es simplemente la expresión de la suposición necesaria para cualquier entendimiento positivo del material jurídico"².

Tal suposición no es necesaria. Para entender el material jurídico basta con verificar su existencia. Para la filosofía positivista la validez significa que una norma existe como un hecho social empíricamente verificable. En consecuencia, la obligatoriedad del sistema jurídico es un dato formal objetivo, que no depende de la apreciación de sus méritos o deméritos. Por otro lado, para los naturalistas hay una relación necesaria entre el derecho y la moral. Para ellos, que un sistema normativo sea válido como derecho significa que es moralmente justificable. Con pie en esta distinción, Raz dice que la teoría pura es la "mejor teoría del derecho positivo que existe basada en un concepto de normatividad justificada"³. No le falta razón al decirlo. Que el sistema se asiente en una fundación presupuesta que confiere "sensación" de obligatoriedad al primer acto productor de derecho tal vez pueda no llevar a pensar en el naturalismo, pero tampoco lleva a pensar en la normatividad social que defiende el positivismo. Con el mismo argumento, Ross dice que la teoría pura es "*quasi*-positivista": como la norma básica se justifica como derecho y a la vez no es empíricamente verificable, estaría a mitad de camino entre el positivismo y el naturalismo⁴.

² KELSEN, Hans; *Introduction to the Problems of Legal Theory, a Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1ª reimpression, Nueva York, Clarendon Press, 2002), p. 58.

³ Cf. RAZ, Joseph; *Kelsen's Theory of the Basic Norm*, en PAULSON, Stanley; *Normativity and Norms, Critical Perspectives of Kelsenian Themes* (1ª edición, Nueva York, Clarendon Press, 1988), pp. 47-69.

⁴ Cf. ROSS, Alf; *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law*, en PAULSON, Stanley; en *ob. cit.* en nota al pie 3, pp. 159-161.

La solución al problema de identidad parece estar en las teorías del reconocimiento. Aquí el trabajo de Hart es el más divulgado. Su última regla de reconocimiento existe como una cuestión de hecho. Es un dato fáctico formado por la práctica (punto de vista externo) y actitud (punto de vista interno) de quienes participan en un sistema jurídico, que concuerdan en identificar las normas de su sistema según ciertos criterios⁵. Raz dice que la solución al problema de identidad está en un criterio jurisprudencial. "Las normas pertenecen a un sistema no por la regla de reconocimiento, sino porque son reconocidas por los órganos primarios"⁶. Su enmienda a la teoría de Hart es atractiva por asentarse en la naturaleza autoritativa de los órganos de aplicación. Pero no está libre de cuestionamientos. Qué pasaría, por ejemplo, con las normas promulgadas pero inaplicadas por los tribunales; o qué pasaría con las normas de competencia, cuya pertenencia al sistema tendría que presuponerse para que los tribunales pudiesen operar:

Una teoría de las fuentes no tiene que solucionar el problema de identidad. Para individualizar las formas normativas de un sistema y determinar las relaciones entre ellas no se necesita comenzar por la pertenencia de las normas independientes. La norma fundamental y las teorías del reconocimiento, así como en el siglo XVIII la noción de soberano de Austin, son intentos por explicar la identidad de los sistemas jurídicos. Todos coinciden en fundar la unidad del sistema en las normas independientes. MacCormick incluso dice que una versión mejorada de la norma básica sería más satisfactoria que la regla de reconocimiento para explicar la unidad del sistema jurídico en el Estado de Derecho⁷. Pero esto puede hacerse sin salirse del campo del derecho positivo, sin confundir el problema de identidad con el de estructura. Aquí lleva la razón Raz. Dice que la norma básica, "contra la más firme creencia de Kelsen", no tiene importancia real para ordenar las formas normativas en un sistema jurídico; que esto depende de la cadena de validez que se forma cuando una norma condiciona la validez de otra⁸. Esta cadena es la solución kelseniana al problema de estructura.

⁵ HART, H.L.A.; *The Concept of Law*, 2ª edición, Nueva York, Clarendon Press, 1994, p. 110.

⁶ Cf. RAZ, Joseph; *The Concept of a Legal System* (2ª edición, Nueva York, Oxford University Press, 1980), p. 200.

⁷ Dice MacCormick: "El análisis del Derecho como la unión de reglas primarias y secundarias, aunque lleno de intuiciones valiosas, es, al final, incompleto e insatisfactorio. Se necesita un nuevo comienzo. Una versión de una teoría de la norma básica es más satisfactoria que una teoría de una regla de reconocimiento para explicar la unidad de un sistema jurídico en el contexto de un Estado constitucional (*Rechtsstaat*, Estado de Derecho). Las instituciones jurídicas se conectan con la política y la economía y tienen carácter fundamental para el Estado y para la sociedad civil. El Derecho penal es una parte esencial de los fundamentos de la paz social y por tanto de la sociedad civil. Todo esto le aleja a uno bastante de la concepción hartiana del Derecho. El Derecho y la moral son de hecho conceptualmente distintos, pero sigue siendo cierto que elementos mínimos de respeto por la justicia son esenciales para el reconocimiento de que un orden normativo tiene carácter jurídico" (En ATIENZA, Manuel; *Entrevista a Neil MacCormick*, 29 *Doxa*, 2006, p. 482). MacCormick comenzó a alejarse de la teoría de Hart a partir de la publicación póstuma del *Postscriptum a El Concepto de Derecho* (1994) (cf. p. 484). Muestra de su fuerte filiación hartiana es que su primera teoría del razonamiento jurídico (*Legal Reasoning and Legal Theory*; 1978), a decir suyo, "en parte estaba basada en, y en todos sus aspectos era compatible con, la teoría general del Derecho de *El Concepto de Derecho*" (p. 481).

⁸ Cf. RAZ, Joseph; en *ob. cit.* en nota al pie 6, p. 104.

Para el estudio del material jurídico, el punto de partida de una teoría de las fuentes debe ser la norma fundacional de cada sistema jurídico. Digo norma "fundacional" a propósito, para que no sea confundida con la norma fundamental o básica de la teoría pura. A diferencia de la norma fundamental kelseniana, la norma fundacional es derecho positivo. Pero igual que con la norma kelseniana, ésta toma su nombre de la función que cumple: es fundamento, basamento, del sistema jurídico. Norma fundacional significa constitución, pero sin la carga ideológica que esta específica forma normativa conlleva. Como fundamento positivo de un sistema jurídico, la función de la norma fundacional es establecer las condiciones de validez de las normas que pertenecen a su sistema. Con esto, ella (1) asegura la unidad del sistema, (2) individualiza las formas normativas que pertenecen al sistema (no todas, pero sí las principales), y (3) determina las relaciones entre éstas.

También son fundacionales las normas que establecen las condiciones de validez de las normas que pertenecen a un subsistema jurídico. Las consecuencias son las mismas, sólo que a nivel del subsistema.

Acudir a la norma fundacional hace que el problema de estructura se aborde tal como es. Como un asunto de derecho positivo.

2

Kelsen dice que el derecho regula su propia creación en cuanto una norma jurídica determina la creación de otra. En un sentido general, esto le corresponde tratarlo a la filosofía del derecho; como descripción del proceso de producción jurídica, corresponde su tratamiento a una de sus parcelas, la teoría general del derecho.

Filosóficamente Kelsen tiene razón. Un entendimiento positivo del material jurídico requiere que su origen sea sistémico. Al condicionar la validez del derecho a la moral (tesis de la relación necesaria entre derecho y moral), la filosofía naturalista da al derecho un origen metasistémico. Sitúa la causa de su normatividad fuera del fenómeno jurídico. La autonomía conceptual del derecho exige que su producción deba explicarse a partir del propio sistema jurídico. Esto da a la teoría de las fuentes su carácter formal.

En tanto análisis de teoría general del derecho, Kelsen describe al orden jurídico como un sistema genético. Hay relaciones genéticas si la producción de nuevas normas jurídicas está sometida al cumplimiento de condiciones de validez determinadas por normas preexistentes. Este es el fundamento de la unidad del sistema jurídico. Ella resulta de la existencia de normas que determinan los elementos que componen el sistema. Tales normas son las fuentes. Ya que sirven como método para la identificación de otras normas, las fuentes también son denominadas "meta

normas”, “normas sobre la producción jurídica” o, en términos de Hart, “reglas secundarias”. Para Kelsen el proceso genético de producción jurídica describe una relación entre normas. De este modo: “norma-norma”. El nivel de abstracción de su razonamiento pone a un lado a la autoridad normativa que recibe del sistema el poder para crear derecho. Pero sin la autoridad normativa el vicio de competencia no puede describirse. Este vicio no afecta a la disposición jurídica como producto del proceso de creación; afecta directamente al acto normativo mismo, al acto de producir derecho. Como tal, el vicio se predica de la autoridad normativa. Es su falta de competencia lo que invalida el producto de sus actuaciones. Para individualizar a la competencia como condición de validez, la descripción de la relación genética debe ser “norma-autoridad normativa-norma”.

La diferenciación entre reglas primarias y reglas secundarias de Hart es la mejor construcción de una teoría del conocimiento jurídico alrededor del carácter dinámico del derecho. Las primarias son reglas de conducta, las secundarias lo son de competencia. Éstas permiten la introducción de nuevo derecho al sistema y la extinción o modificación del derecho existente. Quienes pueden aplicar las reglas secundarias tienen poderes normativos. Quedan autorizados por el sistema jurídico a introducir derecho, extinguirlo o modificarlo. En el derecho privado los poderes normativos se denominan capacidad; en el derecho público, competencia⁹. Esto permite una mejor comprensión de la producción jurídica. Que el derecho regule su propia creación significa que sus normas confieren el poder de producción jurídica a una autoridad normativa, privada o pública. Por tanto, que una norma condicione la creación de otra quiere decir que su contenido consiste en una concesión de poder a una autoridad normativa, para que ésta cree a la segunda norma. Con esto, (1) las fuentes se distinguen de las demás normas que componen el sistema por el poder normativo que confieren (*power conferring rules*); es su efecto jurídico lo que las define. (2) La relación “norma-autoridad normativa-norma” queda explicitada en la descripción del proceso de producción jurídica. A consecuencia de esto, (3) la competencia puede describirse como condición de validez autónoma. De lo contrario, habría que entenderla diluida en la idea general del procedimiento de creación normativa como condición de validez.

Normativamente, la individualización de la competencia como condición de validez significa (1) que opera como criterio formal de relacionamiento entre las fuentes y (2) que participa de la determinación de la estructura del sistema jurídico. Nada de esto es describable por la relación “norma-norma”.

⁹ Cf. HART, H.L.A.; en *ob. cit.* en nota al pie 5, p. 81.

Dice Kelsen que “cada norma jurídica es fuente del precepto cuya creación regula, al determinar el procedimiento de elaboración y el contenido de la norma que ha de ser creada”. Pero en el derecho positivo las fuentes no agotan su contenido en la regulación del procedimiento de creación jurídica (el contenido sustantivo, al que se refiere Kelsen, no es una norma-fuente).

La producción jurídica se regula a través de (1) normas de competencia formal, que confieren a una autoridad normativa específica la competencia para producir una determinada forma normativa. Verbigracia, es el caso del artículo 158.I.3 de la Constitución, que atribuye a la Asamblea Legislativa Plurinacional (autoridad normativa) la competencia para dictar leyes (forma normativa). (2) Normas de procedimiento, que disciplinan el curso procesal para el ejercicio de la competencia formal. Siguiendo con las leyes, se trata del procedimiento legislativo de los artículos 162 a 164 de la Constitución, en cuanto a la producción de leyes ordinarias. (3) Normas de competencia material, que determinan la materia en que puede ejercerse el poder de producir derecho. Por ejemplo, el artículo 298.I.21 de la Constitución, que reserva para el órgano legislativo central la codificación sustantiva y adjetiva en materia civil, familiar, penal, tributaria, laboral, comercial, minera y electoral. Y (4) el contenido de las normas cuya violación produzca la invalidez de la norma creada. Para que el vicio se produzca, entre la forma normativa que contiene la norma violada y la forma normativa creada deben existir relaciones formales que obliguen a la segunda a respetar el contenido de la primera.

Las condiciones de validez (1), (2) y (3) son los contenidos que puede tener una norma que confiere poder normativo. La condición (4) no es una norma-fuente. Su calidad de condición de validez para la producción jurídica no deviene de una regla secundaria, sino que es consecuencia de la unidad del sistema jurídico y del hecho que éste tenga un contenido sustantivo determinado (carácter estático).

Las condiciones de validez (1), (2) y (3) son condiciones de tipo dinámico (formal). Su infracción produce, respectivamente, vicios de competencia formal, de procedimiento y de competencia material. Estos vicios operan sobre las disposiciones jurídicas como formas continentales, cuyo contenido son las normas jurídicas. Por encima de la validez de su contenido, la comisión de estos vicios es suficiente para invalidar a la forma normativa. La condición de validez (4) es de tipo estático (material). Su infracción produce un vicio material o sustantivo. Opera sobre las normas jurídicas contenidas, no sobre las formas continentales (disposiciones jurídicas). Habida cuenta que todas las normas son resultado de un proceso de interpretación de las disposiciones que las contienen, el vicio material no significa que sea inválida la disposición que contenga una norma inválida, sino la disposición que no contenga ni

una sola norma (ni una sola interpretación posible) válida (principio de conservación de la norma).

Una forma normativa se distingue de otra por las múltiples combinaciones de las condiciones de validez (1) y (2). Incluso manteniéndose la condición de validez (1), las variaciones en la condición de validez (2) producen formas normativas distintas. Así, se llama ley a la forma producida por el órgano legislativo (competencia formal) según el procedimiento legislativo ordinario (procedimiento de creación); y se llama ley orgánica a la forma producida por el mismo órgano pero según un procedimiento caracterizado por exigir una votación calificada. Este análisis puede extenderse a todas las formas normativas que reconoce un sistema jurídico. En todos los casos la conclusión será la misma: una forma normativa específica es tal y no otra (verbigracia, la ley es ley y no decreto), por la combinación de la autoridad normativa y del procedimiento previsto para su producción. A partir de las condiciones de validez (1) y (2) el derecho positivo decide que las diversas formas normativas llevarán un específico nombre.

Las condiciones de validez (1) y (3) resultan de abrir la relación genética de producción jurídica a la autoridad normativa ("norma-autoridad normativa-norma"). En la relación "norma-norma" falta el órgano productor a quien imputar la competencia (formal y material). La falta del sujeto imputable lleva a que la competencia de la autoridad normativa quede relegada a ser parte de la condición de validez (2). La definición de las fuentes como normas que confieren poder normativo obliga a individualizar su centro de imputación, aquel a quien autorizan la producción jurídica. Tal autorización se da a través de las reglas de competencia. Sin éstas no hay producción normativa. Por tanto, la relación entre la competencia de la autoridad normativa y la condición de validez (2) se invierte: no es que la competencia pueda conceptuarse diluida en el procedimiento, sino que el procedimiento depende de la competencia. La autorización para producir derecho sin sujeción a un procedimiento es técnicamente posible. En estos casos, la autorización para producir derecho comprende también la autorización para decidir el procedimiento de producción. Esto es lo que pasa en el derecho privado. Acá la libertad de forma es una autorización a las partes para decidir el procedimiento de celebración de un acto jurídico. En cambio, no hay producción jurídica si se establece un procedimiento de creación, pero no la autoridad normativa para aplicarlo.

Que una norma condicione la creación de otra no significa que en una sola norma estén reunidas las cuatro condiciones de validez. Significa (1) que las normas que contienen las condiciones confluyen todas en una específica autoridad normativa, confiriéndole el poder de producción jurídica de una determinada forma normativa. (2) Que las condiciones de validez pueden estar contenidas en distintas formas normativas, cada una ocupando una posición distinta en la estructura del sistema. Y, (3) que la autoridad normativa puede recibir poder para producir más de

una forma normativa (es el caso de la Asamblea Legislativa Plurinacional, autorizada para reformar parcialmente la Constitución, para producir leyes ordinarias y para producir leyes que requieren de aprobación por dos tercios).

Esto es relevante para determinar las relaciones entre la forma normativa creada y las formas continentales de sus condiciones de validez. En términos lógico-normativos, la nueva forma normativa es antecedida por las normas que autorizaron su creación. Esto está expresado en la relación “norma-autoridad normativa-norma”.

4

Dice Kelsen que “el orden jurídico, especialmente aquel cuya personificación constituye el Estado, no es, por tanto, un sistema de normas coordinadas entre sí, que se hallasen, por así decirlo, una al lado de otra, en un mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles”. Esto no puede tomarse como una solución general al problema de estructura.

Resumidamente, su teoría dice: (1) La relación entre una fuente y otra se expresa en términos de delegación de poder: Una fuente sólo tiene poder normativo en la medida en que le haya sido delegado por otra fuente y dentro de los límites de tal delegación. (2) Cada delegación de poder determina el procedimiento para la introducción de nuevo derecho al sistema jurídico, así como su contenido. (3) Como las normas son creadas por aplicación de otras (aquellas que determinan sus condiciones de validez), las nuevas normas derivan de aquellas que las autorizan. Esta relación de derivación genética es representada jerárquicamente. (4) A consecuencia de lo anterior, todo acto normativo es a la vez la aplicación de una norma y la creación de otra. Por tanto, (5) se disuelve la distinción conceptual entre “actos fuente” y “actos no fuente”: si todos los actos normativos crean derecho, y no sólo lo aplican, todos son fuentes del derecho.

Del punto (1) se ha dicho que la relación genética en el proceso de producción jurídica no es “norma-norma”, sino “norma-autoridad normativa-norma”. Del punto (2) se ha dicho que las condiciones de validez son cuatro, y no dos. Aquí se dijo que la individualización de la competencia de la autoridad normativa (formal y material) es consecuencia de definir a las fuentes como normas que confieren poder normativo (a una autoridad normativa) para la producción de nuevo derecho.

Con el punto (4) no discrepo. Tampoco con el (5). El dualismo entre aplicación y creación del derecho confunde el proceso de producción jurídica con el ámbito de aplicación personal de las normas. Las teorías tradicionales definían las fuentes atendiendo al criterio sustantivo o al de la eficacia *erga omnes*. Por el primero, eran fuentes las normas generales y abstractas; por el segundo, lo eran aquellas cuya oponibilidad era absoluta. Ambos criterios estaban pensados para justificar una

decisión adoptada de antemano: limitar la creación del derecho a las legislaturas, y negársela a los tribunales. Su planteamiento se explica por el contexto histórico en el que surgieron. Ambas son fruto de la exégesis francesa posterior a la Revolución de 1789, que llevó a la dramatización de la división de poderes, sembrando la idea de que sólo la Asamblea producía derecho, y los tribunales sólo lo aplicaban. Pero ambos criterios fracasan en su intento. Los dos son criterios materiales de individualización. No individualizan formas, sino contenidos. "Lo general", "lo abstracto", "lo oponible contra todos" o "lo de efectos relativos" son cualidades que se predicán de los contenidos, con independencia de sus formas. Verbigracia: el Código Civil es una norma general que tiene forma de ley, pero el nombramiento del Presidente es una norma individualizada y también tiene forma de ley; y una decisión judicial tiene efectos relativos, pero las decisiones judiciales en acciones de inconstitucionalidad son oponibles contra todos. Por último, ambos criterios son inútiles para explicar la producción sistémica del derecho. Si la producción de nuevo derecho no entraña una concesión de poder normativo para crearlo, su origen sólo podría ser extrasistémico. Con esto, el poder normativo se definiría por la fuerza de lo fáctico. En conclusión, ambos criterios carecen de relevancia jurídico-positiva. Cayendo el punto (4), cae con él el punto (5). La diferenciación entre "actos fuente" (creación) y "actos no fuente" (aplicación) es artificial. El régimen jurídico de un acto normativo no depende de su categorización teórica como fuente del derecho. Depende de su regulación por el sistema jurídico; es un asunto de derecho positivo.

Queda el punto (3). De acá Kelsen concluye que el sistema jurídico "se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles".

Se ha dicho ya que la nueva forma normativa es antecedida por las normas que autorizaron su creación, y que esto está expresado en la relación "norma-autoridad normativa-norma". Esta es una relación de dependencia lógico-normativa, que puede representarse jerárquicamente como un vínculo de supra y subordinación entre normas (en el esquema de Kelsen es la relación "norma-norma"). Se forma así una "cadena de validez" (Raz) o "de subordinación" (Wright), según unas normas deriven su validez de otras.

Se ha dicho también que el problema de estructura (la determinación de una estructura común a todos los sistemas jurídicos) no tiene una solución general; la estructura de los sistemas es un asunto de derecho positivo. En la determinación de la estructura de un sistema jurídico las condiciones de validez operan como instrumentos dogmáticos para la determinación previa de las relaciones formales entre sus fuentes. Como se trata de una estructura formal, aquí no juega papel alguno el contenido de las normas. Una norma ocupa una posición determinada en la estructura del sistema por su forma, con independencia de su contenido. Su posición depende de las condiciones de validez (1) y (2) y de la condición de validez (3).

La combinación de las condiciones de validez (1) y (2) determina la fuerza jurídica de una forma normativa. La fuerza jurídica resulta del grado de complejidad del proceso de producción normativa, y consiste en la capacidad de una fuente para incidir en el sistema, ya sea introduciendo nuevas normas o derogando las existentes. A mayor complejidad del proceso de producción, mayor fuerza jurídica tendrá una fuente. A diferencia de la jerarquía que grafica la relación de dependencia lógico-normativa entre la norma creada y las normas que confieren poder normativo para su producción, la fuerza jurídica grafica una relación de derecho positivo. Es por esto una jerarquía positiva; la otra, en cambio, es una jerarquía lógico-normativa. Esta última (la relación "norma-autoridad normativa-norma") es común a todos los sistemas jurídicos. La jerarquía según la fuerza jurídica, por su parte, depende del derecho positivo de cada sistema (por ejemplo, la relación "Constitución-Asamblea Legislativa Plurinacional-ley"). Cada sistema establece los contenidos específicos de las condiciones de validez (1) y (2), para que de su combinación resulte una forma normativa determinada con una fuerza jurídica específica.

La jerarquía positiva expresa una relación de validez entre normas. Su determinación, por tanto, se hace a partir de la jerarquía lógica-normativa. Se trata de la aplicación de la relación de dependencia "norma-autoridad normativa-norma" a las distintas formas normativas de un sistema jurídico. El resultado será la individualización del contenido positivo específico de las condiciones de validez de cada forma. Con esto, lo que se obtiene son las relaciones formales entre las distintas fuentes.

Estructurado según la fuerza jurídica de sus fuentes, el sistema se ordena verticalmente, a través de vínculos de supra y subordinación entre sus formas normativas. Aquí el poder normativo para producir derecho se ejerce dentro de los márgenes de indeterminación dejados por la autoridad normativa que produjo la norma superior. Como la creación de una forma normativa conlleva la aplicación de las formas continentales de sus condiciones de validez, el acto de creación conlleva la determinación del significado jurídico de las formas cuyas normas se aplican para la producción de la nueva forma. Específicamente, la determinación de las formas que contienen la condición de validez (4).

En una estructuración jerárquica la invalidez se produce por violación de las condiciones de validez (1) y (2) y por violación de la condición de validez (4). En el primer caso, el vicio es formal; en el segundo, es material o de contenido. En ambos casos, el vicio se sustancia como un conflicto normativo entre la forma que contiene la condición de validez violada y la forma creada. Cuando la relación entre formas normativas es jerárquica, las antinomias entre normas válidas pueden resolverse por las reglas de especialidad y temporalidad.

Hasta aquí todo bien. Pero de aquí no puede concluirse que el sistema jurídico se estructure únicamente en términos de jerarquía. Se ha dicho ya que la estructura es la representación gráfica de las relaciones formales entre las fuentes de un sistema jurídico; y se ha dicho también que la condición de validez (3) participa en la definición de estas relaciones. Por tanto, en la determinación de la estructura de un sistema jurídico debe considerarse no sólo la jerarquía, sino también la competencia material de la autoridad normativa. Que Kelsen no la haya tomado en cuenta se explica por su relación de derivación genética "norma-norma". Abierta esta relación a la autoridad normativa, el orden jurídico puede ordenarse también como un sistema de normas coordinadas entre sí, contrariamente a lo que Kelsen afirma.

El derecho positivo puede regular la producción jurídica a través de normas de competencia material. Estas normas distribuyen las materias regulables entre distintas autoridades normativas, o las reservan a una sola. Ellas dan contenido a la condición de validez (3). Su violación produce la invalidez del acto normativo (el acto de crear derecho). No se trata de un conflicto normativo (entre normas, el producto del proceso de producción jurídica), sino que, en la relación "norma-autoridad normativa-norma", la invalidez se produce por la actuación *ultra vires* de la autoridad normativa. Este es un vicio formal. Aquí no interesa el significado jurídico específico de la norma creada. Aún cuando no violase la condición de validez (4), la invalidez queda asegurada por la violación de la condición de validez (3). El vicio se fundamenta en la relación positiva de dependencia entre la autoridad normativa y la norma de competencia material. Puesto que ésta decide las materias sobre las que aquella puede ejercer su poder normativo, la actuación válida de ésta está condicionada al cumplimiento de la norma de competencia material. Esta relación puede graficarse como la subordinación de la autoridad normativa a la norma de competencia material. Cuando la competencia material es condición de validez, las reglas de especialidad y temporalidad sólo son aplicables entre formas normativas producidas por la misma fuente competente.

La regulación de la competencia material produce las siguientes consecuencias en la ordenación del sistema de fuentes:

(1) Sólo la autoridad normativa con competencia material tiene poder para regular la materia objeto de la condición de validez (3). Por tanto, su regulación queda prohibida para cualquier otra autoridad normativa, invalidándose sus actos. Es el caso de los derechos y las garantías constitucionales, que sólo puede ser regulados por la Asamblea Legislativa Plurinacional (artículo 109.II de la Constitución).

(2) La autoridad normativa competente está prohibida de delegar su poder de producción jurídica a otra (*potestas delegata non potest delegari*). De hacerlo, violaría su propia norma de competencia material. La delegación y la actuación de la autoridad normativa delegada quedarían viciadas de invalidez por esta causa. Sería

inválida, por ejemplo, la ley que delegase al órgano ejecutivo la regulación de los derechos y garantías constitucionales, o la que le delegase la creación de impuestos nacionales. En el primer caso, la Asamblea Legislativa Plurinacional habría violado el artículo 109.II de la Constitución; en el segundo, habría violado el 158.23.

(3) Las normas de competencia material rigen las relaciones formales entre autoridades normativas. Sus relaciones no se rigen, como en el caso de la jerarquía positiva, por la fuerza jurídica de las formas normativas que producen. La fuerza jurídica no juega cuando el sistema ha optado por sujetar la validez de los actos normativos a la competencia material de las autoridades de producción. Sólo importa la relación de dependencia positiva entre la norma de competencia material y la autoridad normativa que deriva su poder de producción de ella. Tómese el ejemplo de los reglamentos camerales y de los decretos de nombramiento de ministros de Estado. Ninguna de estas fuentes mantiene relaciones jerárquicas con las leyes. No están subordinadas a ellas, ni a ninguna otra fuente de derecho ordinario. Sus relaciones con el derecho ordinario se hacen a través de las normas de competencia de la Constitución. Para los reglamentos camerales, la norma de competencia pertinente está en los artículos 159.I y 160.I, que reserva su factura al poder normativo de cada cámara legislativa; para los decretos, lo está en el artículo 172.22, que reserva el nombramiento de los ministros de Estado a la competencia del Presidente del Estado.

(4) El orden jurídico puede graficarse como un sistema de normas coordinadas entre sí. Su estructura coordinada es efecto de las normas de competencia material. Las fuentes se subordinan a la norma de competencia material y cada una es válida en el ámbito específico de las materias para las que es competente. Entre ellas no se producen vínculos formales de jerarquía. Verbigracia, las normas nacionales, las departamentales y las municipales están todas coordinadas entre sí. Sus relaciones formales se establecen a través de la Constitución, que distribuye las materias de competencia de cada una de dichas fuentes. Por tanto, las normas municipales no están subordinadas a las leyes nacionales, como tampoco lo están las normas departamentales. Una antinomia entre estas fuentes se plantearía como un conflicto de competencias entre sus respectivas autoridades normativas o como un conflicto normativo por violación de las normas de competencia material. En ambos casos la antinomia se sustanciaría por violación a la Constitución, no por violación a la fuente competente. Planteado como conflicto de competencias, le corresponde resolverlo al Tribunal Constitucional Plurinacional en virtud al artículo 202.3 de la Constitución; planteado como conflicto normativo, le corresponde resolverlo en virtud al artículo 202.1.

Y (5) el sistema jurídico no se reduce a una sola cadena de validez, que ordena las normas por vínculos de supra y subordinación. Las normas de competencia

material permiten la existencia de varias cadenas de validez coordinadas entre sí. En cada cadena pueden producirse relaciones de supra y subordinación normativa a su interior; y cada cadena puede también abrirse en subcadenas, a través de normas de competencia material. Esto mismo puede darse al interior de cada subcadena, produciendo subcadenas de segundo grado. Y esto puede prorrogarse hasta su agotamiento en el último acto enteramente coactivo del sistema (el acto que no crea, sino que sólo aplica derecho). Todo depende del criterio (jerarquía, competencia) empleado por cada cadena para estructurar sus subcadenas, y del empleado por cada subcadena para estructurar sus subcadenas de grado superior (segundo, tercer, cuarto grado, etc.). Con relación al sistema jurídico, cada cadena puede presentarse como un subsistema, y de cada subcadena puede decirse que es un subsistema de segundo grado de una cadena. La pluralidad de cadenas y subcadenas no quiebra la unidad del sistema. La unidad queda asegurada porque la validez de cada cadena, o de cada subsistema, depende, en última instancia, de la norma fundacional del sistema. Cada subsistema forma también una unidad, pero es una unidad lógico-normativa menor respecto a, o dependiente de, la unidad formada por la integridad del sistema.

La representación piramidal del sistema grafica un orden formado por una sola cadena de validez. Al darle autonomía lógica-normativa a la condición de validez (3), el grafico piramidal se muestra inútil para representar la estructura del sistema jurídico. Más sirve para distorsionarlo que para representarlo. Este punto ha sido tocado por Raz. Por su mayor plástica para graficar las relaciones formales entre las normas, reemplaza la pirámide por el diagrama en forma de árbol genealógico¹⁰. En él cada rama representa una cadena de validez; la unidad del sistema está representada por el tronco común a todas las ramas. Por su parte, cada cadena puede estructurarse por la jerarquía de sus formas normativas o por la competencia material de sus autoridades normativas. Esto último abre la cadena en subcadenas. A su vez, cada cadena forma una unidad porque ella es el tronco común para todas sus subcadenas. Tratándose del sistema que nace de la Constitución, cada subsistema (se tiene un subsistema nacional, una pluralidad de subsistemas autónomos y otros tantos descentralizados) representa una cadena de validez. La cadena del subsistema nacional está estructurada por la jerarquía de sus formas normativas y por la competencia material de sus autoridades normativas. Ejemplo de lo primero es la mayor fuerza jurídica de los decretos supremos respecto a las resoluciones ministeriales. Ejemplo de lo segundo son las resoluciones ministeriales, relacionadas

10 Dice Raz: "Algunos de los comentaristas de Kelsen usan la pirámide como modelo de los sistemas jurídicos. Prefiero el diagrama de árbol, porque deja en claro la organización jerárquica del sistema jurídico, que era el objetivo principal de Kelsen al usar el modelo piramidal, a la vez que evita algunas implicancias indeseables del uso del modelo piramidal. El diagrama de árbol esta libre de la implicancia de que una misma norma no puede autorizar la creación tanto de normas generales como de normas individuales, o de que una misma autoridad no puede legislar normas constitucionales (organizativas) e individuales. Quizás la más importante implicancia indeseable del uso del modelo piramidal es que siempre hay el mismo número de niveles en las pirámides de cada sistema jurídico" (cf. RAZ, Joseph; en *ob. cit.* en nota al pie 6, p. 99).

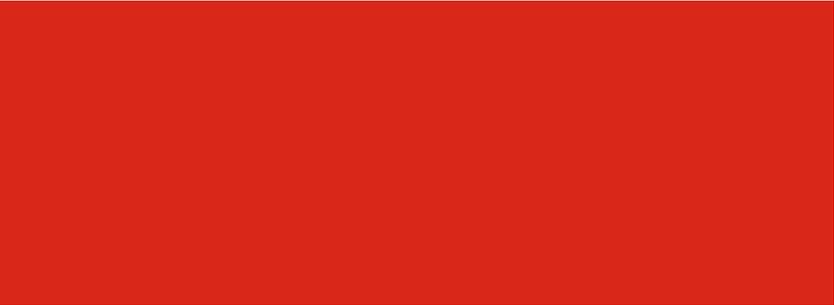
entre ellas por la competencia material del despacho que las produjo. Cada resolución ministerial es parte de una subcadena, que se funda en la competencia material de cada autoridad normativa ministerial. Todas las subcadenas dependen de la cadena (subsistema nacional), y ésta y las otras cadenas (los otros subsistemas) forman una unidad al entroncar todas en la Constitución.



DESOBEDIENCIA GUBERNAMENTAL DE SENTENCIAS
TUTELARES DE DERECHOS FUNDAMENTALES

*GOVERNMENTAL DISOBEDIENCE
OF FUNDAMENTAL RIGHTS DECISIONS*

Rev. boliv. de derecho n° 9, enero 2010, ISSN: 2070-8157, pp. 50-67



José María
CABRERA
DALENCE

RESUMEN: Estudio demostrativo de la vocación autoritaria del actual gobierno de Bolivia vía contrastación de las obligaciones internacionales en materia de derecho internacional de los derechos humanos asumidos por el Estado boliviano a partir de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), con el estudio de la casuística descriptiva y analítica de dos casos paradigmáticos, denominados como caso “Importadores de vehículos” y caso “Porvenir”, así como también la cita específica de otros casos análogos.

PALABRAS CLAVE: Derechos fundamentales, acciones judiciales, cumplimiento de resoluciones judiciales

ABSTRACT: *This is a demonstrative investigation. Its main purpose is to demonstrate the authoritarian vocation of the current administration. To do so, the article analyses the international human rights obligations assumed by the Bolivian State through the American Convention of Human Rights (San José Agreement) and applies them to two paradigmatic cases, named as “Vehicles” importers” and “Porvenir”. Similar cases are also quoted.*

Key Words: *Fundamental Rights, law suits, enforcement of judicial resolutions*

SUMARIO: Antecedente de derecho internacional y situación del constitucionalismo boliviano. II. Marco normativo boliviano para la ejecución y cumplimiento de las sentencias emergentes de recursos tutelares de derechos fundamentales. III. Estudio práctico de la desobediencia gubernamental de sentencias tutelares de derechos fundamentales en Bolivia. III. I. Caso “importadores de vehículos”. III. 2. Caso “Porvenir”. IV. Conclusiones generales

I. ANTECEDENTE DE DERECHO INTERNACIONAL Y SITUACIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO BOLIVIANO.

Bajo el *nomen juris* de “Protección Judicial” el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, más conocido como Pacto de San José, reconoce el derecho de toda persona a acudir en demanda de amparo en defensa de sus derechos fundamentales y la consiguiente obligación de todos los Estados americanos signatarios del mismo, entre ellos Bolivia, a prever en sus sistemas procesales para dicho efecto “un recurso sencillo, rápido y efectivo ante el Poder Judicial que sea capaz de amparar los derechos fundamentales de los ciudadanos frente los actos atentatorios de los mismos, aún cuando dichos actos fueren cometidos por funcionarios públicos”.

Dentro de la sistemática propia de la Convención, su primer acápite formula el reconocimiento expreso del derecho sustantivo, que en este caso es el derecho de toda persona a dicho recurso, y en el segundo apartado del artículo, desglosa ya las obligaciones explícitamente asumidas por los Estados signatarios para la efectiva realización del derecho fundamental reconocido, y en el caso que nos ocupa, siendo tres las obligaciones puntualizadas por la Convención, es la tercera la que más nos interesa a los fines del presente trabajo, pues es en ese tercer inciso donde se expresa que los Estados partes se obligan a garantizar el cumplimiento de dichas Sentencias emergentes de los referidos recursos de amparo que hubiesen sido declaradas procedentes por los Tribunales.

En concordancia con el derecho fundamental así reconocido por la Convención y las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos asumidas por los Estados signatarios, los diferentes ordenamientos nacionales americanos han previsto y desarrollado tanto en sus Constituciones como en su legislación especial, el aludido recurso específico bajo las denominaciones de Amparo Constitucional, Acción de Tutela y otros, así como con las peculiaridades de su procedimiento específico en

• José María Cabrera Dalence

El autor es abogado constitucionalista de Santa Cruz de la Sierra, miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales ABEC, con estudios de Maestría en Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional por la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno U.A.G.R.M. en convenio con la Universidad Valencia de España, y Especialidad y Diplomado en la misma área del derecho; docente de grado y posgrado en Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derecho Administrativo en diferentes Universidades locales y nacionales; autor de diferentes artículos en el área del derecho constitucional publicados en Libros colectivos y periódicos especializados; consultor, conferencista y causídico en el área del derecho constitucional y procesal constitucional.

cada país, pero siempre en el marco de la sencillez, rapidez y efectividad requeridos por la Convención.

En Bolivia, dicho recurso, reiteramos, requerido internacionalmente por el artículo 25 del Pacto de San José de 1.969, había incursionado en su ordenamiento jurídico con anterioridad a la suscripción del Pacto, y ello a través de la Constitución de 02 de Febrero de 1.967 bajo la denominación de Amparo Constitucional, y ello como resultado directo de una ampliación de la tutela que el *habeas corpus* brindaba ya en Bolivia desde la Constitución de 1.938, puesto que con el Amparo Constitucional se amplió prácticamente sin límites la tutela de los derechos fundamentales protegidos o tutelables por esta expedita vía procesal.

De igual manera, los aspectos procesales del Amparo boliviano, si bien esencialmente se consignaron en la propia Constitución, los mismos fueron a su vez mayormente desarrollados en el capítulo de procedimientos constitucionales consignados en el Código de Procedimiento Civil para posteriormente, en el año 1.998, ser finalmente desarrollados en la Ley del Tribunal Constitucional promulgada con ocasión de la implementación de la reforma constitucional de 1.994 que instituyó el establecimiento de éste órgano especializado del control de constitucionalidad en sustitución de la Corte Suprema de Justicia, que hasta dicho año era quien desempeñaba tales funciones.

En la actualidad, luego del referéndum constitucional de 25 de enero de 2.009 que aprobó la nueva Constitución, el Amparo Constitucional boliviano ha sido objeto de un sutil cambio en su denominación de “*recurso de amparo constitucional*” a “*acción de amparo constitucional*”, y de igual manera en lo que respecta al benemérito recurso tutelar de la libertad, que migró de su denominación universal como “*Hábeas Corpus*” a “*Acción de Libertad*”; para ambos casos vale indicar que si bien dentro de la doctrina procesal los términos de *recurso* y *acción* implican sustanciales diferencias conceptuales, sin embargo en el contenido normativo de estos dos instituto procesales no se verificaron reformas radicales, manteniéndose en esencia las características de “recursos sencillos, rápidos y efectivos” demandados por el Pacto de San José para la salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas.

Antes de concluir esta sucinta introducción de antecedentes, y a los fines de que el amable lector tenga un panorama real de la actualidad de la justicia constitucional en Bolivia, si bien la nueva Constitución prevé la existencia de un Tribunal Constitucional al cual le agrega el término de “Plurinacional”, el mismo no se encuentra en funciones, ya que su antecesor fue objeto de sucesivas renunciadas acontecidas en el marco de los conflictos del propio Tribunal con el poder ejecutivo, y las nuevas designaciones congresales nunca pudieron concretarse en atención a similares disputas entre el oficialismo y la oposición, de manera que en la actualidad,

las perspectivas de nominación de los nuevos Magistrados, procedimiento para el cual la nueva Constitución sólo prevé “elecciones populares” y cuya estimación más optimista las considera realizables tan sólo a partir del año 2011, ha devenido en que Bolivia no cuente con ningún control de constitucionalidad de su nuevo texto constitucional, y en cuanto a las acciones tutelares de los derechos fundamentales, como en el caso del amparo constitucional, tampoco se cuente con las Sentencias definitivas que únicamente el Tribunal Constitucional tiene competencia para emitir; sino que todas estas acciones sean objeto únicamente de las Sentencias emitidas por los Tribunales de Garantías, las cuales de oficio y por disposición constitucional, deben posteriormente pasar a engrosar los cada vez más atiborrados anaqueles de espera de la revisión y emisión de Sentencia definitiva que obligatoriamente deberá emitir en un futuro lejano, el Tribunal Constitucional Plurinacional.

II. MARCO NORMATIVO BOLIVIANO PARA LA EJECUCIÓN Y CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS EMERGENTES DE RECURSOS TUTELARES DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

Sabiendo ya, que en virtud del anteriormente tratado artículo 25 inciso c) del Pacto de San José, todos los Estados americanos signatarios del mismo, como es el caso de Bolivia, han asumido la obligación internacional de **“garantizar el cumplimiento de las decisiones en que los Tribunales de Justicia hayan emitido Sentencia estimatoria en los recursos tutelares de los derechos fundamentales”**, en la legislación constitucional y legal vigente en Bolivia, desarrollando esta obligación e incluso reforzando su indudable obligatoriedad, se ha normado la institución del cumplimiento inmediato e inexcusable de dichos fallos en los artículos 126 par. IV, 127, 129 par.V y 202 num. 6 de la Constitución vigente y en los artículos 93, 102 par. I y 104 de la Ley del Tribunal Constitucional N° 1.836, y finalmente en el artículo 179 *bis* del Código Penal, marco normativo que, a los fines de mejor precisión y claridad, en los siguientes párrafos se transcriben.

El artículo 126 párrafo IV de la Constitución, dispone que: **“El fallo judicial (emergente de la Acción de Libertad) será ejecutado inmediatamente. Sin perjuicio de ello, la decisión se elevará en revisión, de oficio, ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a su emisión.”**

El artículo 127 de la Constitución: **“I. Los servidores públicos o personas particulares que resistan las decisiones judiciales en los casos previstos por esta acción (de libertad), serán remitidos por orden de la autoridad que conoció de la acción ante el Ministerio Público para su procesamiento penal por atentado contra las garantías constitucionales. II. La autoridad judicial que no proceda conforme con lo dispuesto por este artículo quedará sujeta a sanción, de acuerdo con la Constitución y la ley.”**

El artículo 129 parágrafo V de la Constitución, establece que: *“La decisión final que conceda la Acción de Amparo Constitucional será ejecutada inmediatamente y sin observación. En caso de resistencia se procederá de acuerdo con lo señalado en la Acción de Libertad. La autoridad judicial que no proceda conforme con lo dispuesto por este artículo, quedará sujeta a las sanciones previstas por ley.”*

De igual manera, la Ley del Tribunal Constitucional N° 1.836, dispone:

Artículo 93: *“La sentencia pronunciada en el recurso (de hábeas corpus) se elevará de oficio en revisión, ante el Tribunal Constitucional en el plazo de veinticuatro horas, sin que por tal motivo se suspenda la ejecución inmediata del fallo, bajo responsabilidad.”*

Artículo 102 parágrafo I, cuyo tenor señala que *“La resolución concederá o denegará el Amparo. Será ejecutada, sin perjuicio de la revisión, inmediatamente y sin observaciones.”*; y el artículo 104 que prescribe que *“Los funcionarios públicos y personas particulares que recibieren una orden judicial dictada en recurso de Hábeas Corpus o Amparo Constitucional y no la cumplieren y no la hicieren cumplir, serán sometidos a proceso penal, a cuyo efecto se remitirán antecedentes al Ministerio Público.”*

Finalmente, el artículo 179 bis del Código Penal boliviano establece el tipo penal del delito denominado *“Desobediencia a resoluciones en procesos de hábeas corpus y amparo constitucional”*, y cuyo tenor textual es el siguiente *“El funcionario o particular que no diere exacto cumplimiento a las resoluciones judiciales, emitidas en procesos de hábeas corpus o amparo constitucional, será sancionado con reclusión de dos a seis años y con multa de cien a trescientos días.”*

III. ESTUDIO PRÁCTICO DE LA DESOBEDIENCIA GUBERNAMENTAL DE SENTENCIAS TUTELARES DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN BOLIVIA.-

Ahora bien, luego de haber constatado que la ejecución y cumplimiento de los fallos emitidos en Hábeas Corpus y Amparo Constitucional, se constituyen en primera instancia en una obligación internacional en materia de Derechos Humanos que los Estados americanos, como Bolivia, han asumido a través de la suscripción y ratificación del Pacto de San José y que además, tanto la propia Constitución como el resto de la legislación boliviana sobre la materia, son explícitas en el sentido de que dichos fallos son de ejecución inmediata y sin que corresponda ninguna clase de observación a los mismos, corresponde constatar ahora la aplicación de estos preceptos jurídicos a casos concretos en los que el Gobierno de Bolivia ha sido demandado.

III. I. Caso “Importadores de vehículos”.

En fecha 04 de Febrero de 2009 la Sala Civil Segunda de la Corte Superior del Distrito Judicial de La Paz, celebró la correspondiente Audiencia Pública para el conocimiento y resolución del Amparo Constitucional interpuesto por diferentes personas particulares dedicadas a la importación de vehículos usados, quienes indicaron haber sido seriamente afectados por la determinación asumida por el Poder Ejecutivo nacional a través del Decreto Supremo N° 29.836 de fecha 03 de Diciembre de 2.008.

A través de esta disposición normativa, el Presidente de la República¹ conjuntamente con su Gabinete de Ministros dispuso incorporar a la nómina de importaciones prohibidas, a los vehículos usados livianos con una antigüedad mayor a los cinco años, importación ésta que con fecha anterior a la referida prohibición, constituía una actividad comercial de grandes proporciones desde los puertos chilenos de Iquique y Arica hacia los puestos aduaneros fronterizos bolivianos y sus diferentes zonas francas en el interior del país.

La controversia emergente de tal determinación gubernamental no se fundó en cuanto a la decisión de la prohibición en sí misma, sino más bien con relación al momento en la cual la misma tendría que haber entrado efectivamente en vigor.

Al respecto, el decreto supremo en cuestión no preveía ningún plazo de diferimiento para su entrada en vigor; de manera que, conforme la previsión constitucional boliviana^{2b}, la misma se tornó eficaz el mismo día de su publicación en la Gaceta Oficial en fecha 04 de Diciembre de 2.008, lo que en los hechos equivalió a que entrara en vigor al día siguiente de su emisión, que fue el 03 de Diciembre de 2.008.

La única salvedad al respecto, era la indicada en su propia disposición transitoria, la cual excluyó de la prohibición de importación a aquellos vehículos que con anterioridad a la vigencia de la prohibición: *i)* hubieren sido ya embarcados con específico destino a Bolivia, o *ii)* se encontrasen ya en tránsito aduanero dentro del territorio nacional con destino a las zonas francas interiores o, finalmente, *iii)* los que se encontrasen ya en los almacenes de dichas zonas francas.

El resultado evidente de tal determinación, fue una gran conmoción social y económica del sector importador, que al margen de los grandes comercializadores, se encontraba innegablemente también conformado por una multitud de pequeños y medianos importadores, además de los demás agentes económicos que

1 En la nueva Constitución denominado ahora como Presidente del Estado Plurinacional Comunitario conforme sus artículos 1° y 165 par. I.

2 Artículo 81 de la anterior Constitución de 1.967 con su última reforma de 2005, vigente en esa fecha

conformaban la cadena comercial emergente a partir de dichas importaciones, tales como los talleres de transformación y adecuación mecánica entre otros.

Las inmediatas representaciones de los afectados por la abrupta prohibición ante el Poder Ejecutivo nacional, fueron rápidamente denegadas por éste, deviniendo indefectiblemente la situación, en una serie de protestas en las diferentes ciudades del país donde los importadores realizaban su actividad económica de comercialización final de dichos vehículos importados.

Crucifixiones, extracciones de sangre, protestas nudistas, enfrentamiento a la fuerza pública con espuma en aerosol, huelgas de hambre y demás, fueron las diferentes y llamativas formas de protesta que movilizaron persistentemente a los diferentes grupos de importadores afectados, incluso acompañados por todo su grupo familiar; quienes reclamaban haber sido gravemente afectados en su patrimonio y hasta en su forma de subsistencia con la abrupta prohibición gubernamental.

Finalmente, la interposición del amparo constitucional ahora en estudio y su correspondiente fallo por parte del Tribunal de Garantías Constitucionales, sosegó en aquel momento la ola de protestas, puesto que precisamente **el Tribunal resolvió la procedencia y concesión de la tutela requerida**, si bien no en los términos solicitados, que consistía en la ampliación de la exclusión de la prohibición de importación a las compras de mercadería efectuadas seis meses antes a la vigencia del decreto y también la misma exclusión respecto de los vehículos aún en espera de embarque, así como que se permitiera el ingreso a Bolivia de los vehículos existentes en zona franca de Iquique; siendo más bien, la disposición del Tribunal, **de que el Gobierno permita el ingreso de los vehículos que con anterioridad a la vigencia de la prohibición se encontraran en embarque hacia los puertos de Iquique y Arica, o a los que hubiesen sido adquiridos en los puertos referidos hasta el 14 de Diciembre de 2.008 inclusive, es decir, luego de diez días adicionales a la vigencia de la prohibición.**

No obstante la satisfacción de los recurrentes por el fallo concedido en su favor, de manera inmediata el Gobierno, a través de su Ministro de Hacienda, en conferencia de prensa emitió declaraciones en las que, a tiempo de anunciar que el acatamiento del fallo sería considerado por el poder ejecutivo, señaló también que se “debe lamentar que una vez más la justicia ha fallado a favor de los grupos de poder; ha fallado a favor de los que tienen negocios jugosos”, indicando también, con relación al amparo constitucional que al mismo le correspondió “un fallo que está violando la Constitución Política del Estado, así de paradójicas son las acciones que están cometiendo los vocales que fallan en contra del Estado”. De igual manera la directora general de asuntos jurídicos del ministerio de Hacienda, dijo en la misma oportunidad que el Tribunal no tiene la potestad de emitir fallos demandando a

todo el Ejecutivo y que “el DS 29836 está vigente desde el 4 de diciembre del 2.008 y es obligatorio para estantes y habitantes a partir de esa fecha”.

Ahora bien, más allá de las declaraciones de las autoridades y funcionarios gubernamentales, lo cierto es que no se acató el fallo constitucional de manera que se reportaron al menos dos mil vehículos en los almacenes aduaneros chilenos que siguen aguardando la internación en las condiciones instruidas por el Amparo Constitucional.³

De igual manera, ante el transcurso del tiempo sin cumplimiento de la Sentencia y el subsiguiente mantenimiento de los vehículos en almacenes aduaneros chilenos, las correspondientes autoridades y concesionarios portuarios anunciaron el remate por piezas o partes de dicha mercancía para el mes de Abril de 2.009, ampliando finalmente el plazo para la ejecución de tal medida hasta el mes de Octubre de 2.009 en atención a una comitiva de los Importadores, y ello bajo el argumento de la tolerancia en espera de la prosecución de las acciones legales en Bolivia, con relación al acatamiento del fallo del Amparo Constitucional.⁴

Ante la reticencia del gobierno boliviano al cumplimiento del fallo constitucional, los importadores recurrentes procedieron a representar dicho ilícito ante el propio Tribunal de Garantías emisor del fallo, para que éste, como ejecutor de su propia Sentencia, sustancie dicha denuncia de incumplimiento conforme las reglas generales de Ejecución de Sentencias que rigen en Bolivia⁵, sin embargo, dicho Tribunal rehusó sustanciar la representación del Incumplimiento bajo el argumento de que el expediente del Amparo Constitucional había sido remitido para revisión de oficio por el Tribunal Constitucional, y más bien autoriza a los importadores, si ellos viesan por conveniente, acudir “directamente” a la vía del Ministerio Público.

Nótese aquí una constante en la práctica procesal boliviana en materia de ejecución de sentencias sobre acciones tutelares, en donde, en mérito a la inexistencia de disposiciones normativas especiales para cualquier incidente durante la instancia de ejecución de dichas Sentencias, los Tribunales de Garantías emisores de dichos fallos se muestran constantemente reticentes a adoptar medidas de ejecución de sus fallos, y ello no obstante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que desde sus tempranos inicios y ante la carencia normativa al respecto, indicó que **“el seguimiento y control sobre el cumplimiento de la Sentencia Constitucional está encomendado al órgano jurisdiccional que conoció el Recurso”**⁶, aclarando

3 Periódico papeño La Prensa de 21 de Marzo de 2.009, “Aproximadamente 2.000 vehículos no pudieron ingresar en el país debido a la prohibición establecida en el Decreto Supremo 29836”.

4 Periódico papeño La Prensa del 18 y 21 de Marzo de 2.009.

5 El artículo 514 del Código de Procedimiento Civil boliviano señala que “Las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada se ejecutarán (...) por los jueces de primera instancia que hubieren conocido el proceso.”.

6 Auto Constitucional N° 15/2002-O de 31 de Julio de 2.002 el cual cita y glosa a su vez el anterior Auto Constitucional N° 04/01-O de 30 de julio de 2001.

de esta manera de forma expresa la competencia y obligación de los Tribunales de Garantías de ejecutar los fallos constitucionales que hubiesen emitido, no obstante la revisión de oficio que tenga pendiente el propio Tribunal Constitucional.

En vista de la determinación del Tribunal de Garantías para que los importadores victoriosos del Amparo Constitucional acudiesen directamente ante el Ministerio Público, los mismos procedieron en tal sentido y en fecha 13 de Marzo de 2.009 interponen la correspondiente querrela en contra del Ministro de Hacienda acusándolo de la comisión del delito de “Desobediencia a Resoluciones en procesos de Amparo Constitucional” previsto en el artículo 179 *bis* del Código Penal boliviano y cuyo tenor literal anteriormente ha sido transcrito en el presente trabajo.⁷

Ahora bien, la réplica y argumento del Gobierno boliviano al respecto, además de las declaraciones descalificativas hacia el Tribunal del Garantías y su Fallo, formuladas desde el momento mismo de la emisión de éste y que también han sido señaladas en los párrafos precedentes, ha consistido en argüir que la Sentencia no contiene ninguna orden específica y que por tanto no ha incumplido con la misma. En este sentido el Viceministro de Política Tributaria, de manera pública señaló que la Sentencia del Amparo Constitucional es ambigua y que ésta no obligaba al gobierno a satisfacer la pretensión de los importadores.⁸

Consiguientemente, constatada la relación del caso y los actuados procesales del mismo, resulta evidente la absoluta ineficacia de la Acción de Amparo Constitucional en estudio y ello como resultado directo de la simple descalificación de su *justicia* y *juricidad* por parte del mismo gobierno perdidoso dentro del proceso, **de suerte que de entre las muchas conclusiones al respecto del caso, la de mayor importancia y evidencia es el incumplimiento absoluto, por parte del Estado boliviano, en mérito a la política adoptada por su gobierno, de la obligación internacional de “garantizar la ejecución de los fallos estimatorios de los recursos tutelares de los derechos fundamentales” previsto en el artículo 25 inciso c) del Pacto de San José.**

Esta situación, en los hechos, finalmente ha devenido en que la parte victoriosa del Amparo Constitucional, se encuentre precipitada hacia un proceso penal cuya finalidad es más bien punitiva y no así restablecedora de los derechos fundamentales afectados, sin que el Tribunal de Garantías Constitucionales, no obstante su jurisdicción y competencia, haya querido asumir ninguna determinación para el aseguramiento

7 Periódico paceño La Prensa de 12 de Marzo de 2.009, “Los importadores de autos usados presentaron ayer, en la Fiscalía de Distrito de La Paz, una querrela penal contra del ministro de Economía y Finanzas Públicas, Luis Arce Catacora, por no haber dado cumplimiento al amparo constitucional emitido por la Sala Civil Segunda de la Corte de Distrito de La Paz que falló a su favor. El documento presentado dice: “Interponemos denuncia penal en contra del Ministro (...) por la comisión del delito de desobediencia a resoluciones en procesos de hábeas corpus y amparo constitucional, previsto en el artículo 179 del Código Penal””.

8 Periódico La Prensa de La Paz de 13 de Marzo de 2.009, “El viceministro de Política Tributaria, Roberto Ugarte, reiteró que la decisión de la Corte de Distrito es ambigua y no obliga al Gobierno a retroceder en la prohibición de internación.”

de siquiera algún efecto práctico de su propia Sentencia, que en la realidad, en atención a todas las circunstancias anotadas, ninguna incidencia ha logrado tener con relación a los derechos que fueron tutelados meramente en la literalidad del folio que la contuvo.

Sin embargo de lo anotado con relación a la displicencia del Tribunal de Garantías Constitucionales para llevar a cabo los más elementales actos de ejecución de su propia Sentencia, es necesario también, para la debida ponderación del caso, conocer que el principio de la Independencia Judicial en Bolivia, igualmente atraviesa una gravísima crisis, puesto que los dilatados conflictos entre los poderes ejecutivo y judicial actualmente cuentan con el saldo de un Tribunal Constitucional meramente nominal como consecuencia de las renunciaciones y procesamientos congresales en contra de éste pendientes, así como a una Corte Suprema de Justicia con su Presidente suspendido y procesado a instancias del enjuiciamiento congresal de la bancada oficialista, al igual que a otra de sus integrantes⁹, de manera que dichos precedentes, de un poder judicial casi desmantelado, evidentemente juegan un rol intimidador hacia el resto de los Jueces ordinarios que integran el Poder Judicial.

Por lo referido, una segunda conclusión que se extrae del caso en estudio, es que el sistemático menoscabo del principio constitucional de la Independencia del Poder Judicial por parte de los propios agentes gubernamentales, cierra el círculo que en los hechos configura, reiteramos, el incumplimiento del Estado boliviano respecto su obligación internacional en materia de Derechos Humanos, de garantizar el cumplimiento de las Sentencias estimatorias emergente de los recursos de tutela inmediata de los Derechos Fundamentales de las personas, consignado en el artículo 25 inc. c) del Pacto de San José.

III. 2. Caso “Porvenir”.

- Introducción

En fecha 12 de Septiembre de 2008, y bajo el justificativo del estado de sitio dictado por el gobierno nacional, se ejecutó un gran operativo militar y también político pues fue encabezado por el propio Ministro de la Presidencia, haciéndose por este medio efectivo el apresamiento del Prefecto del Departamento de Pando, y su inmediato traslado aéreo fuera de dicho Departamento para un ulterior periplo por diferentes recintos militares hasta su final conducción al centro penitenciario de San Pedro en la ciudad de La Paz, lugar donde actualmente continua privado de libertad.¹⁰

⁹ Periódico La Prensa de La Paz de 06 de Abril de 2009 y Periódico El Deber de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra de 28 de Julio de 2009.

¹⁰ Periódico La Razón de la ciudad de La Paz de 17 de Septiembre de 2009.

Es importante señalar que la autoridad así apresada, ejercía mandato popular como primera autoridad política del Departamento, es decir se trata de una autoridad electa y que además, luego del Referéndum sobre Revocatoria de mandatos celebrado el 10 de agosto de 2008 en todo el país, la misma fue a su vez ratificada para continuar en ejercicio de sus funciones hasta el cese constitucional de su periodo.¹¹

De igual manera, las previsiones constitucionales bolivianas preveían también para éstas autoridades Prefecturales, así como para el Presidente y Vicepresidente de la República, el procedimiento especial de juzgamiento por delitos propios denominado “Juicio de Responsabilidades”, el cual tenía prevista su sustanciación a través de una proposición acusatoria del Fiscal General de la República ante el Congreso Nacional, en vista de la cual éste emite la correspondiente autorización de juzgamiento final ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.¹²

Es también pertinente señalar que el estado de sitio dispuesto por el gobierno nacional en ese Departamento tenía por propósito enfrentar la grave crisis de gobernabilidad y los conflictos de violencia política suscitados en la región norte, este y sur del país (zona geopolítica comúnmente denominada en Bolivia como la “media luna”), pero que en el caso del Departamento norteño de Pando, implicó además luctuosos sucesos con un saldo fatal de víctimas mortales de al menos once personas.¹³

Ante el suceso del apresamiento gubernamental del Prefecto electo y ratificado democráticamente, el mando y la conducción del gobierno departamental de Pando fue conferido a una autoridad militar de la Fuerza Naval de Bolivia, para lo cual el gobierno nacional, legislando para el caso concreto a través del correspondiente Decreto Supremo¹⁴, modificó la disposición anteriormente existente que preveía que toda suplencia por impedimento temporal de dicha autoridad, debería haber sido cubierta por el Secretario General del mismo gobierno departamental¹⁵; consolidando a través de este mecanismo la anulación de línea opositora que había persistido en contra del oficialismo a nivel del gobierno nacional, y que no había podido ser sustituida por la vía electoral.

La justificación del gobierno nacional con relación a todas las medidas adoptadas por éste, fue que el mismo actuó en represalia y contención de lo que vino en denominar como un fallido “golpe de estado cívico prefectural”¹⁶.

11 Corte Nacional Electoral de Bolivia, www.cne.org.bo

12 Artículo 118 par I. num. 5 de la Constitución vigente hasta el 06 de Febrero de 2009, y Ley del Juicio de Responsabilidades N° 2.445 13 de Marzo de 2003

13 Periódico El Deber de Santa Cruz de la Sierra de 12 de Septiembre de 2008.

14 Gaceta Oficial de Bolivia, Decreto Supremo N° 29.711 de 19 de Septiembre de 2008

15 Periódico El Deber de Santa Cruz de la Sierra de 21 de Septiembre de 2008.

16 Agencia de Noticias Bolpress, despacho del 10 de Septiembre de 2008.

Ahora bien, con posterioridad a estos acontecimientos, y obligado por las reiteradas observaciones formuladas por la Corte Nacional Electoral y de finalmente una Resolución oficial de la misma, en donde comunicaba la suspensión del proceso del Referéndum Constitucional en caso de subsistencia del estado de sitio Periódico La Prensa de la ciudad de La Paz de 14 de Noviembre de 2008.¹⁷, el propio gobierno nacional en fecha 22 de Noviembre de 2008 dispuso el levantamiento del estado de excepción que inicialmente había justificado el apresamiento del Prefecto pandino¹⁸.

No obstante ello la autoridad prefectural no fue liberada, manteniendo su detención en el penal de San Pedro de la ciudad de La Paz, ahora con el justificativo del procesamiento penal ordinario que a instancias del propio gobierno había sido adelantado en contra del Prefecto por ante las autoridades jurisdiccionales del Distrito Judicial de La Paz.

- Instauración del recurso de Hábeas Corpus

Una vez precisados los antecedentes fácticos y jurídicos que hacen al contexto del caso en estudio, pasamos ahora a la descripción y análisis tanto del recurso de hábeas corpus como de la eficacia y efectos del fallo que le correspondió.

Fue así que en fecha 27 de Octubre de 2.008 en conocimiento del Hábeas Corpus que interpuso el Prefecto detenido, en contra del Ministro de Gobierno, Ministro de Defensa y el Juez de Instrucción Penal que conoció del proceso en la ciudad de La Paz, la Sala Penal de la Corte Superior del Distrito Judicial de Chuquisaca, reconociendo la inobservancia a la garantía procesal del debido proceso, emite Sentencia declarando procedente el recurso constitucional, disponiendo que las autoridades penitenciarias en un plazo de cuarenta y ocho horas pongan al Prefecto detenido a disposición del Fiscal General de la República en la ciudad donde éste desempeña sus funciones cual es la capital del país, Sucre, disponiendo a su vez que ésta autoridad jerárquica del Ministerio Público reasuma sus funciones de investigación de los hechos luctuosos acontecidos en septiembre de 2.008 en la localidad de Porvenir del Departamento de Pando.¹⁹

La motivación jurídica de la referida Sentencia, se fundamenta en la comprensión que ella hace con relación a la "garantía procesal del debido proceso", aplicado al caso concreto del procesamiento penal de una autoridad prefectural sobre la base de la acusación de su participación en los sucesos luctuosos acontecidos en la localidad de Porvenir del Departamento de Pando, en desempeño y abuso de sus funciones públicas como autoridad departamental, supuesto bajo el cual, en aplicación de la disposición constitucional contenida en el artículo 118 parágrafo I

17 Periódico La Prensa de la ciudad de La Paz de 14 de Noviembre de 2008.

18 Periódico La Prensa de la ciudad de La Paz de 23 de Noviembre de 2008.

19 Archivos Judiciales de 2008 de la Corte Superior del Distrito de Chuquisaca.

numeral 5° de la Constitución vigente en aquel momento, tiene expreso mandato de juzgamiento a través del denominado “Juicio de Responsabilidades” desarrollado en sus partes esenciales por el indicado artículo de la misma Constitución así como por la Ley N° 2.445 de desarrollo constitucional que explicita el indicado instituto procesal, sin embargo de lo cual, con abstracción absoluta de dichas preceptos normativos, las autoridades recurridas prosiguieron con el impulso y la tramitación del juzgamiento aplicando mas bien la normativa procesal prevista para las causas ordinarias, sustanciando ésta a través de la competencia y jurisdicción de los fiscales de materia y el juzgado cautelar de instrucción, respectivamente, y no así mediante el Fiscal General de la República y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del Nación, que son los órganos competentes para la realización de las investigaciones y procesamiento del Presidente y Vicepresidente de la República, así como los Ministros y Prefectos de Departamento conforme al expreso mandato constitucional anteriormente citado.

Ahora bien, ante la emisión de dicha Sentencia, la reacción pública del gobierno nacional no se dejó esperar y el mismo día tanto el Viceministro de Régimen Interior como el Viceministro de Justicia, anunciaron por separado que el Ejecutivo desacataría la Sentencia, justificando ésta última autoridad la posición indicando que los funcionarios en el gobierno “Estamos imposibilitados de cumplir un fallo que es totalmente ilegal”; asimismo el Viceministro de Régimen Interior anticipó también el inmediato inicio de un juicio por prevaricato en contra los Magistrados del Tribunal chuquisaqueño que había emitido la Sentencia en contra del gobierno.²⁰

De igual manera, en los días subsiguientes al fallo, y en plena correspondencia con las declaraciones oficiales previas, el propio Ministro de Gobierno, que fue uno de los corecurridos, expresó públicamente que “El Gobierno ha dicho con claridad que el hábeas corpus que se dictó en Sucre carece de legalidad”.²¹

En estas circunstancias, a tiempo de cumplirse el plazo de cuarenta y ocho horas dispuesto por el Fallo para su cumplimiento, consistente éste en la remisión del caso y del Prefecto apresado desde la ciudad de La Paz hacia la ciudad de Sucre, ello a los efectos de que el Fiscal General de la República aplicando la disposición del Fallo reasuma funciones de investigación, pero dentro del marco de un “Juicio de Responsabilidades”, **que finalmente el Gobernador del penal de San Pedro de la ciudad La Paz desató por completo la Sentencia del Hábeas Corpus y simplemente no dispuso la remisión del Prefecto hacia el recinto penal en la ciudad de Sucre.**²²

20 Periódico La Prensa de la ciudad de La Paz de 28 de Octubre de 2008.

21 Periódico La Prensa de la ciudad de La Paz de 04 de Noviembre de 2008.

22 Periódico La Prensa de la ciudad de La Paz de 08 de Noviembre de 2008.

Ante esta posición la defensa del Prefecto apresado hizo a su vez el anuncio del inicio de un proceso penal en contra del Gobernador del penal por el delito de “desobediencia a resoluciones en recursos de hábeas corpus”, situación que finalmente ameritó que el propio Ministro de Gobierno, como autoridad corecurrida en el Hábeas Corpus y responsable jerárquico del régimen penitenciario en el país, declarara que **“Si el Gobernador va a ser sujeto de algún tipo de represalias, tenga por seguridad el señor Leopoldo Fernández que el Ministerio de Gobierno y el Comando General de la Policía vamos a defenderlo”**.²³

Finalmente, luego de haber transcurrido ya más nueve meses desde la dictación de la Sentencia en el recurso de Hábeas Corpus, no obstante la estimatoria del mismo y la subsistencia de los mandatos constitucionales incluso en la nueva Constitución, en el sentido de la obligatoriedad de su cumplimiento de manera inmediata y sin excusas ni observación, la misma ha sido absolutamente desobedecida por las autoridades recurridas, cuales son los Ministros de Estado en las carteras de Gobierno y de Defensa, así como el Juez Instructor penal de la ciudad de La Paz que tampoco remitió el expediente a las autoridades competentes para el procesamiento por la vía del “Juicio de Responsabilidades”.

Ante esta situación, se constata que éste benemérito y universal recurso constitucional protector de la libertad y el debido proceso es completamente ineficaz frente al gobierno boliviano, quien arrogándose competencias ajenas al poder Ejecutivo, y con la sola descalificación de la legalidad del Fallo y el criterio jurídico de los jueces, se ha auto justificado en su desobediencia al mismo, vulnerando con ese proceder no solo los derechos fundamentales del recurrente victorioso, sino, lo que es aun más grave, el principio de separación de poderes que constituye una de las bases elementales de un gobierno democrático, develando así el carácter autocrático de un gobierno que adopta dicho proceder.

De igual manera, tal y como se constató en las conclusiones del primer caso estudiado, se evidencia objetivamente el incumplimiento de la obligación del Estado boliviano en materia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de garantizar el cumplimiento de las sentencias estimatorias de los recursos tutelares de los derechos fundamentales, en este caso uno de Hábeas Corpus, lo cual es una exigencia asumida expresamente en el artículo 25 inciso c) del Pacto de San José.

IV. CONCLUSIONES GENERALES DEL ESTUDIO.

Luego de haber realizado la inicial referencia a la normativa internacional como también a la interna, que en ambos casos rige la obligación del Estado boliviano con relación al acatamiento de los fallos estimatorios en los recursos tutelares de

23 Periódico La Prensa de la ciudad de La Paz de 08 de Noviembre de 2008.

derechos fundamentales, y haber contrastado la realidad de su aplicación mediante la descripción y análisis de dos casos paradigmáticos, a manera de reiterar algunas de las conclusiones ya señaladas en las partes finales de cada uno de los referidos acápite, pero así también complementar éstas de manera de extraer además de las conclusiones evidentes, también otras que resultan incluso aún mas reveladoras del panorama constitucional boliviano, es que a continuación se puntualizan las mismas:

I. Primera Conclusión.

De la descripción y análisis de los dos casos paradigmáticos desarrollados en el presente trabajo, el Amparo Constitucional de los importadores y el Hábeas Corpus del Prefecto procesado, resulta evidente que el Estado boliviano, por responsabilidad exclusiva de su gobierno, no está cumpliendo con la obligación en materia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de garantizar el cumplimiento de los fallos judiciales estimatorios emergentes de recursos constitucionales de tutela de los derechos fundamentales, obligación ésta emergente de la Convención Americana de Derechos Humanos conocida como el Pacto de San José, que consigna tal previsión en su artículo 25 inciso c).

2. Segunda Conclusión.

Esa violación por parte del Estado boliviano, de inacatar los fallos judiciales estimatorios en acciones tutelares de los derechos fundamentales, además de su evidencia constatada a través de la descripción y estudio de los dos casos analizados, no representan hechos aislados y esporádicos en la práctica gubernamental, sino más bien una constante en su política interna, pues existen más casos análogos como los referidos a los Amparos Constitucionales relativos a la controversia por el debate constituyente sobre la capitalía de la República, y el atinente a la exclusión de un constituyente en la votación de una de las Comisiones de la referida Asamblea, así como el Hábeas Corpus interpuesto por otros procesados en la ciudad de La Paz dentro del caso de los sucesos de Pando, por un Juez que no es el Natural, entre otros.

3. Tercera Conclusión.

Un agravante del ilícito proceder gubernamental en cuanto al artículo 25 inc. c) del Pacto de San José, se constituye en el hecho de que, a mas de la afectación directa de los derechos fundamentales del recurrente victorioso cuyo Fallo a su favor se desobedece, la violación mayor se efectúa en contra de uno de los principios constitucionales mas caros de un estado democrático, cual es el principio de la Independencia de Poderes, que en la especie implica, con el desobedecimiento flagrante y público de las Sentencia por parte del Gobierno, una apología de violación de la Independencia del Poder Judicial y de los jueces, puesto que los

descalificativos y paradójicamente el desconocimiento de la "legalidad" de los Fallos por parte del gobierno, como justificativo para su desobediencia, así como la sostenida y sistemática cacería punitiva de todo juez emisor de fallos desfavorables para el gobierno, no son otra cosa que la prueba del repudio gubernamental a este esencial principio constitucional.

4. Cuarta Conclusión.

Finalmente, siguiendo un orden de razonamiento lógico, la conclusión subsiguiente a las anteriormente deducidas, no puede ser otra que la constatación de que un gobierno que no cumple con la obligación de garantizar el cumplimiento de los Fallos judiciales estimatorios emergentes en recursos de tutela de los derechos fundamentales, desconoce la Independencia del Poder Judicial y de sus magistrados al descalificar e inacatar sus fallos, e incluso lleva a cabo una campaña punitiva de todos aquellos que pronuncien resoluciones desfavorables al mismo, **tiene por objetivo explícito concentrar absolutamente el poder público en el poder Ejecutivo**, lo cual, es sabido ya, es diametralmente opuesto al constitucionalismo que más bien procura, a través del Principio de Independencia de Poderes, garantizar la libertad en el seno de las sociedades frente a las arbitrariedades y excesos de los gobernantes.



**PRINCIPIOS QUE LIMITAN LA ACTIVIDAD
JURISDICCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

***PRINCIPLES THAT LIMIT THE ADJUDICATORY FUNCTION
OF THE PUBLIC ADMINISTRATION***

Rev. boliv. de derecho n° 9, enero 2010, ISSN: 2070-8157, pp. 68-85



Aldo Daniel
PORRAS

RESUMEN: El Decreto Supremo 29894 de 7/02/09 dispuso la extinción del Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE) creado por ley No. 1600 de 28/10/94, lo que significa –según el Decreto 0071 de 9/04/09- que las “Autoridades de Fiscalización y Control Social” y los “Ministerios cabeza de sector” asumen todas las competencias -entre ellas las jurisdiccionales para resolver recursos administrativos- de las Superintendencias Sectoriales y General del SIRESE. Al margen de la relación incompatible entre normas que poseen distintos rangos jerárquicos, este artículo tiene por finalidad identificar límites a la actividad jurisdiccional de la Administración Pública en base a las decisiones del Tribunal Constitucional y de las Superintendencias del SIRESE que aplican los principios que rigen el accionar de la Administración establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo y reconocidos en la Constitución boliviana de 2009.

PALABRAS CLAVE: Administración pública, actividad jurisdiccional de la administración pública, procedimiento administrativo, fundamentación jurídica, precedente administrativo.

ABSTRACT: *Supreme Decree 29894, February 7, 2009, extinguished the Sectorial Regulation System (SIRESE), created by Law No. 1600, October 28, 1994, which means that, according with Supreme Decree 0071, April 9, 2009, the Supervision and Social Control Authorities and the Secretaries head of each sector assumes all the legal power, including those about law-application, of the last Sectorial Superintendences and of the SIRESE General Superintendence. Besides the incompatible relation between dispositions of different hierarchy, this article's purpose is to identify the limits of the judicial activity developed by the Public Administration, according with the decisions of the Constitutional Court and the decisions of the SIRESE Superintendences that apply the principles that rule the proceedings of the Administration according with the Administrative Procedure Act recognized by the Bolivian Constitution of 2009.*

KEY WORDS: *Public Administration, law-applying functions of the executive, administrative procedure, legal argumentation, administrative precedent*

SUMARIO: I. Introducción.- II. Actividad jurisdiccional de la administración: procedimiento administrativo: II.1. Particularidades, II.2. Principios implicados.- III. Principios que rigen el accionar de la Administración Pública.- IV. Observaciones finales.

I. INTRODUCCIÓN

La actividad jurisdiccional del Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE) -creado por Ley No. 1600 de 28/10/94¹ como parte de Administración Pública² se traduce en las decisiones de alcance particular que resuelven³ motivadamente los recursos de revocatoria y jerárquico a través de la Superintendencia General y las Superintendencias Sectoriales⁴; no estando permitido, aducir falta, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables⁵ en virtud a la plenitud del ordenamiento jurídico⁶.

El Decreto Supremo No. 29894 de 7 de febrero de 2009 dispuso la extinción⁷ del SIRESE exceptuando la Superintendencia de Hidrocarburos que cambia de

- ¹ El Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE) fue creado por la Ley No. 1600 de 28 de octubre de 1994 con el objeto de regular las actividades de ciertos sectores, a saber: telecomunicaciones, electricidad, hidrocarburos, transporte, aguas.
- ² La "Administración Pública" puede ser definida como *actividad* y como *estructura*. En esta investigación se utilizan ambos significados; el *segundo*, cuando se hace referencia a las Superintendencias -o en su defecto a las "Autoridades de Fiscalización y Control Social" y "Ministerios cabezas de sector"-; y el *primero*, cuando se indica el accionar general y jurisdiccional de la estructura administrativa que se encuentra regida por principios. Las Superintendencias se definen como "sujetos no rentables" encuadrados en la descentralización administrativa institucional (MARTINEZ, Juan. **Derecho Administrativo boliviano**, UPSA, 2002, pp. 51-53, 91 y 94; DERMIZAKY, Pablo. **Derecho Administrativo**, 8° ed., Ed. J.V., 2008, pp. 84, 233-243; CASSAGNE, Juan Carlos, **Derecho Administrativo**, Tomo I, 5ta ed. Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1996, pp. 353-354). En ese sentido el art. 2 de la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 de 23 de abril de 2002 (LPA), señala que las superintendencias se encuentran en su ámbito de aplicación, -claro está- salvando las disposiciones especiales.
- ³ CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo**, Tomo I, ... pp. 84-85.
- ⁴ Según el art. 2 de la Ley No. 1600 de 28/10/94: "*La superintendencia General y las Superintendencias Sectoriales, como órganos autárquicos, son personas jurídicas de derecho público, con jurisdicción nacional, autonomía de gestión técnica, administrativa y económica*". Las resoluciones de los entes reguladores sectoriales pueden ser impugnadas por medio del recurso de revocatoria, y en caso de denegatoria, se puede interponer el recurso jerárquico ante la Superintendencia General. Así lo establecen los artículos 22 y 23 de la Ley No. 1600. La citada ley señala que el Superintendente General y los Superintendentes Sectoriales son designados "*por el Presidente de la República, de ternas propuesta por dos tercios de votos de los miembros presentes de la Cámara de Senadores*" (arts. 4 y 8) diferenciándose en el periodo de funciones: siete y cinco años respectivamente (arts. 4 y 8).
- ⁵ Art. 52.II de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA).
- ⁶ "*el orden constitucional tiene vocación de plenitud, de certeza plena*" (Declaración Constitucional 004/2004, 12 de noviembre de 2002, 5to "considerando").
- ⁷ El Decreto Supremo 29894 de 7 de febrero de 2009 en su Título X establece la "*Extinción de las Superintendencias*", asimismo su art. 138 indica: "*todas las superintendencias de los sistemas de regulación sectorial -SIRESE...se extinguirán en un plazo máximo de sesenta días. Sus competencias y atribuciones serán asumidas por los Ministerios correspondientes o por una nueva entidad a crearse por norma expresa*".

• Aldo Daniel Porras

Doctorando en Derecho por la Universidad del País Vasco. Profesor de las asignaturas de Derecho Administrativo y Derecho Municipal de la Universidad Privada de Santa Cruz. Publicaciones: *Lógica Jurídica* (Ed. UPSA, Santa Cruz, 2005, 118 pp.); *Aspectos Jurídicos de la Conservación de los Glaciares* (con otros autores, Publicado por IUCN, Gland, Suiza, en colaboración con el Centro de Derecho Ambiental de la IUCN, Bonn, Alemania, 2006, 270 pp.); *Régimen Jurídico del Río Piráí* (Revista de Investigación Jurídica, UPSA, 2006); *Derechos Reales -síntesis didáctica* (Digitalizado, UPSA Virtual, 2007, 143 pp.); *Síntesis de Derecho Comparado y Comunitario* (Digitalizado, UPSA Virtual, 2009, 196 pp.).

denominación⁸. Complementando esa disposición, el Decreto 0071 de 9/04/09 crea las “Autoridades de Fiscalización y Control Social” como “*instituciones públicas técnicas y operativas, con personalidad jurídica y patrimonio propio...supeditadas al Ministro cabeza del sector*” (art. 5) en los sectores –similares al SIRESE- de “*Transporte y Telecomunicaciones; Agua Potable y Saneamiento Básico; Electricidad...*” (arts. 1 y 3). Las competencias de las Superintendencias Sectoriales son “*asumidas por las Autoridades de Fiscalización y Control Social*” (art. 4.I) entre las cuales se encuentra la resolución de los recursos de revocatoria (art. 10). La máxima autoridad ejecutiva de las Autoridades de Fiscalización es el Director Ejecutivo “*designado por el presidente del Estado Plurinacional mediante Resolución Suprema*” (art. 7.II). Por su parte, las atribuciones de la Superintendencia General son “*asumidas por los Ministerios cabeza de sector*” (art. 4.II) entre las cuales se encuentran la resolución de los recursos jerárquicos (art. 11). Es decir, los ministros designados por el presidente del Estado (arts. 172.22 de CPE 09; 127.I de DS 29894 de 7/02/09) realizarán actividades jurisdiccionales en los sectores del SIRESE en virtud a que el Decreto 0071 centraliza esa función.

La relevancia de los quince años de funcionamiento del SIRESE, más allá de la relación incompatible entre normas que poseen distintos rangos jerárquicos⁹, radica en que el conjunto de sus decisiones permiten identificar límites a la actividad jurisdiccional de la Administración Pública, con mayor razón, si ha aplicado principios que están reconocidos en la Constitución boliviana de 2009 (CPE 2009).

Por lo anotado y en vista de que los “*principios son directrices... para la labor interpretativa*”¹⁰ este artículo examina los principios positivos¹¹ que rigen el accionar de la Administración Pública -con énfasis en la actividad jurisdiccional-, expresados en la Constitución¹² y en la Ley de Procedimiento Administrativo¹³, desde la visión preferente de las decisiones del Tribunal Constitucional y de las Superintendencias del SIRESE¹⁴.

⁸ La Superintendencia de Hidrocarburos pasa a denominarse “*Agencia Plurinacional de Hidrocarburos*” (art. 138 DS 29894 de 7 de febrero de 2009). Por su parte la Superintendencia de Bancos y Entidades financieras -que no pertenece al SIRESE- también se conserva con otra denominación “*Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero*” (art. 137 DS 29894 de 7 de febrero de 2009).

⁹ Con relación a esta cuestión, si se evidencia una antinomia entre dos normas que poseen distintos rangos jerárquicos, la inferior debe ser considerada inválida e inaplicada. En ese sentido, aplicando el criterio de jerarquía se prefiere la norma superior sobre la norma inferior. La profundización de este análisis no es objeto del presente trabajo.

¹⁰ SC 773/2005-R, de 7 de julio de 2005, III. I FJF.

¹¹ Siguiendo a Wróblewski, los *principios positivos del derecho*, son normas del derecho en vigor, es decir, normas explícitamente promulgadas en una disposición o enunciado, o normas construidas con elementos pertenecientes a varias disposiciones, pero que son consideradas más importantes que las demás. (WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Sentido y Hecho en el Derecho**. Fontamara, México, 2001, pp. 205-209)

¹² Art. 232 de la Constitución Política del Estado 2009 (CPE 2009).

¹³ La Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 de 23 de abril de 2002 (LPA) establece dos tipos de principios: 1°) los “*Principios generales de la actividad administrativa*” (artículo 4) y 2°) los “*Principios generales del procedimiento sancionador*” (artículos 71-77). Los primeros son objeto de la presente investigación. Esta delimitación no significa que los segundos no rigen la Administración Pública.

¹⁴ Los Superintendentes Sectoriales se encargarán de “*la correcta aplicación de sus principios*” (art. 10 inc. a Ley SIRESE).

II. ACTIVIDAD JURISDICCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN: PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

II.1. Particularidades

El Tribunal Constitucional advierte las diferencias entre *procedimiento* y *proceso*: *“de manera general, el procedimiento es el conjunto de actos realizados ante la autoridad administrativa, por parte del administrado, tendientes a obtener el dictado de un acto administrativo. En cambio el proceso es el conjunto de actos recíprocamente coordinados entre sí, conforme a reglas preestablecidas, que tienen por fin decidir una controversia entre partes (litigio), por una autoridad imparcial e independiente (juez) mediante una decisión o sentencia con fuerza legal (cosa juzgada)”*¹⁵.

La actividad jurisdiccional de la Administración Pública se diferencia de la administración de justicia en que, en ésta, el juez o tribunal tiene ante sí a dos partes, mientras que en aquélla la administración tiene al recurrente y a un órgano administrativo, o sólo al acto, cuando se pronuncian de oficio sobre una decisión administrativa. La justicia administrativa tiene un doble carácter: objetivo, en cuanto controla la legitimidad y oportunidad de los actos de la administración y puede revocarlos de oficio; y subjetivo, en cuanto admite las denuncias, reclamaciones y recursos que le presentan los administrados.¹⁶

Bajo esa diferenciación, la Superintendencia de Transporte aplica el principio de legitimidad con preferencia al principio de preclusión en razón a que el segundo implica que el *“proceso se divide en etapas, cada una de las cuales supone la clausura de la anterior, sin posibilidad de renovarla”*¹⁷ sin embargo en el procedimiento administrativo se debe respetar y observar el principio de legitimidad que se compone de dos facetas distintas: por una parte, la legalidad que procura ajustar el obrar administrativo al ordenamiento jurídico positivo mediante la limitación o el condicionamiento del poder jurídico del órgano que lleva a cabo la función administrativa y por otra parte, la razonabilidad o justicia de la actuación administrativa, en cuanto exige que los actos y conductas estatales posean un contenido justo, razonable y valioso. Este principio se constituye en la piedra angular de todo el procedimiento administrativo en cuanto de él derivan los demás principios que informan la serie de actos que lo configuran.¹⁸

Como muestra el derecho de petición de los arts. 1° inc. b) de la LPA y 24 de la CPE 2009¹⁹, el administrado puede impugnar las actuaciones de la Administración

¹⁵ SC 09/2004, de 28 de enero de 2004, III.4 FJF.

¹⁶ DERMIZAKY, Pablo. **Derecho Administrativo**..., pp. 251-252.

¹⁷ Resolución Administrativa No. 34/2003 (Superintendencia de Transporte).

¹⁸ Resolución Administrativa No. 34/2003 (Superintendencia de Transporte).

¹⁹ Concordante con el art. 24 de la CPE 2009 que señala: *“Toda persona tiene derecho a la petición de manera individual o colectiva, sea oral o escrita, y a la petición de respuesta formal y pronta”*.

Pública cuando afecten sus derechos subjetivos o intereses legítimos.²⁰ La impugnación se realiza presentando los recursos administrativos de revocatoria y jerárquico²¹, con lo cual se agota la vía administrativa según el art. 69 inc. a) de la LPA y queda expedita la vía del **proceso** contencioso administrativo de acuerdo al art. 70 de la misma ley. La LPA regula de forma general el procedimiento administrativo salvo las disposiciones especiales de aplicación preferente. Puede iniciarse de oficio o a solicitud de parte (art. 39 LPA). El órgano administrativo calificará y determinará el procedimiento que corresponda (art. 42 LPA), los hechos relevantes para la decisión podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho y serán valoradas de acuerdo al principio de la sana crítica (art. 47 LPA), decretada la clausura del periodo probatorio y si la Administración Pública considera pertinente otorgará un plazo para que se alegue sobre la prueba producida (art. 49 LPA), si la naturaleza del procedimiento lo requiere la Administración podrá convocar a audiencia pública (art. 50 LPA), el procedimiento administrativo termina por medio de una resolución del órgano administrativo, o con el desistimiento, la extinción del derecho, la renuncia del derecho y la imposibilidad material de continuar por causas sobrevinientes (art. 51 LPA).

II.2. Principios implicados

En el procedimiento administrativo -en íntima relación con el principio de la instrucción²²-, se encuentra el principio de la verdad material (art. 4 inc. d LPA); mientras que en el proceso civil el juez, en la práctica se constriñe a juzgar según las pruebas aportadas por las partes (verdad formal), en el procedimiento administrativo el órgano que debe resolver está sujeto al principio de la verdad material y debe ajustarse a los hechos. Si la administración no se ajusta a los hechos materialmente verdaderos, su acto estará viciado. En efecto, la decisión administrativa debe ser independiente de la voluntad de las partes. Un acuerdo de partes sobre los hechos en el proceso civil es obligatorio para el juez pero no resulta obligatorio para el administrado, que debe comprobarlos. A la inversa, tampoco puede la decisión administrativa depender de la voluntad del administrado de no aportar las pruebas del caso: aquella debe ajustarse al principio de la verdad material.²³

El principio de verdad material implica que ***“la Administración, al resolver, debe ajustarse a los hechos reales, más allá de que hayan sido alegados y***

²⁰ El art. 3.II de la LPA precisa los actos de la Administración Pública que no están sujetos esa ley.

²¹ Las directrices generales de estos recursos se regulan en los arts. 64 al 68 de la LPA.

²² El principio de la instrucción, en el sentido de que la obtención de las pruebas o certificación o averiguación de los hechos no corresponde exclusivamente a la parte, sino que también debe ser efectuada de oficio, es decir que, la administración es responsable en la reunión de los elementos de juicio necesarios para decidir. Resolución Administrativa 034/2003 (Superintendencia de Transporte).

²³ Resolución Administrativa No. 034/2003 (Superintendencia de Transporte).

*probados por el interesado. Este principio implica que la Administración tiene el derecho y el deber de reunir toda la prueba relativa al conocimiento real de los hechos sobre los cuales se debe resolver. Ello sin perjuicio de la atribución del interesado de aportar la que estime pertinente*²⁴.

El procedimiento administrativo, “*tiende a asegurar que la norma entendida en sentido amplio, sea cumplida, tanto por el administrado como por la Administración. En este sentido la intervención del particular puede ser vislumbrada desde una doble perspectiva: como ejercicio de su derecho de defensa y como colaboración a fin de que prive la legalidad, contribuyendo a que la Administración advierta las irregularidades cometidas y las subsane. En este sentido, la Administración y el particular no son contrapartes, sino que ambos, colaboran en el procedimiento a los efectos de descubrir la verdad material y asegurar la vigencia del orden jurídico.*”²⁵.

La Administración debe considerar en sus fundamentos al principio de informalismo (art. 4 inc. I LPA) que “*consiste en la excusación de la observancia de exigencias formales no esenciales y que pueden cumplirse después, por ejemplo la errónea calificación del recurso*”²⁶.

La excusación referida, “*debe ser interpretada siempre a favor del interesado o administrado, pues traduce la regla jurídica in dubio pro actione, o sea, de la interpretación más favorable al ejercicio al derecho a la acción, para asegurar, más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento.*”²⁷.

Por consiguiente en virtud a ese principio de informalismo, “*la autoridad administrativa podrá interpretar el recurso no de acuerdo a la letra del escrito, sino conforme a la intención del recurrente, corrigiendo equivocaciones formales de los administrados*”²⁸.

Dado que la carencia de fundamentación “*vulnera el principio de motivación de una resolución judicial, puesto que la parte que alega algo, tiene derecho a conocer las razones y motivos por los que su pretensión es negada*”²⁹; en la emisión de una decisión “*la responsabilidad del ente regulador no se agota*

²⁴ Resolución Administrativa No. 1441/2007, 17 de diciembre 2007 (Superintendencia de Hidrocarburos). En virtud “*del principio de verdad material... la Superintendencia de Transportes se encuentra facultada para investigar y, en su caso, determinar la vulneración de normas, más allá de los hechos alegados por la reclamante, sin que exista impedimento legal alguno para dicho efecto*” (Resolución Administrativa No. 045/2006 (Superintendencia de Transporte).

²⁵ Resolución Administrativa No. 1441/2007, 17 de diciembre 2007 (Superintendencia de Hidrocarburos).

²⁶ SC 642/03-R, de 8 de mayo de 2003, III.2 FJF.

²⁷ SC 642/03-R, de 8 de mayo de 2003, III.2 FJF.

²⁸ SC 642/03-R, de 8 de mayo de 2003, III.2 FJF.

²⁹ SC 1360/03-R, de 18 de septiembre de 2003, III.2 FJF.

en la legalidad de sus resoluciones, sino que es una exigencia insoslayable la fundamentación clara, coherente y precisa de toda decisión administrativa... la claridad que exige el principio de certeza, obliga a la administración pública en general, a ser clara, puntual y precisa en sus resoluciones”³⁰.

En el plano legal, es un derecho de las personas -en su relación con la Administración Pública- **“obtener una respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que formulen”** (art. 16 inc. h de la LAP). Por ello el **“fundamento”** es un elemento esencial del acto administrativo y debe expresar **“en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto”** (art. 28 inc. d de la LPA)³¹. De esa manera las decisiones que **“resuelvan recursos administrativos”** tienen que ser **“motivados con referencia a los hechos y fundamentos de derecho”** (art. 30 LPA). Así deben ser resueltos los recursos de revocatoria³² y jerárquico³³.

III. PRINCIPIOS QUE RIGEN EL ACCIONAR DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El art. 232 de la CPE 2009 señala que: **“La Administración Pública se rige por los principios de legitimidad, legalidad, imparcialidad, publicidad, compromiso e interés social, ética, transparencia, igualdad, competencia, eficiencia, calidad, calidez, honestidad, responsabilidad y resultados”**. Estos principios coinciden con los establecidos en el artículo 4 de la LPA. Se examinan los siguientes:

1. *Principio de interés social (art. 232 CPE 2009) y Principio fundamental (art. 4 inc. a LPA): “El desempeño de la función pública está destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad”*.

El art. 43 de la Constitución anterior establecía el **“principio fundamental de que los funcionarios y empleados públicos son servidores exclusivos de los intereses de la colectividad y no de parcialidad o partido político alguno”**. Redacción que coincide con el art. 1 inc. a) del Estatuto del Funcionario Público³⁴. Por su parte el art. 232 de la CPE 2009 indica que la Administración Pública se rige por el principio de **“interés social”**.

³⁰ SC 771/2003-R, de 6 de junio de 2003, III.I FJF.

³¹ El Reglamento de la LPA, Decreto Supremo No. 27113 de 23 de julio de 2003 (RLPA) indica en su 29 inc. d) que la motivación es un requisito de forma de los actos administrativos, además en su art. 31 puntualiza que se deben ser motivados los actos que decidan sobre derechos subjetivos e intereses legítimos, peticiones y decisiones que resulten del ejercicio de atribuciones discrecionales. El mismo artículo en su parágrafo segundo indica que **“la motivación expresará sucintamente los antecedentes y circunstancias que resulten del expediente; consignará las razones de hecho y de derecho que justifica el dictado del acto, individualizará la norma aplicada, y valorará las pruebas determinantes para la decisión”**

³² El art. 10 inc. i) de la Ley SIRESE establece que las superintendentes sectoriales tienen que **“resolver, de manera fundamentada, en primera instancia los recursos de revocatoria”**.

³³ El art. 7 de la Ley SIRESE expresa que la Superintendencia General del SIRESE debe **“resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos”**.

³⁴ Ley No. 2027 de 27 de octubre de 1999.

Las expresiones “*intereses de la colectividad*” o “*interés social*” desentrañan su significado en el momento que la entidad pública estudia las características de un caso concreto. Es relevante destacar que en mérito a estas expresiones se deriva para la Administración un amplio margen de discrecionalidad que se da “*cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada*”³⁵, se refiere a la “*libertad de elección entre alternativas igualmente justas, según los intereses públicos*”³⁶. Sin embargo, “*la discrecionalidad administrativa no implica ausencia de control, menos arbitrariedad, sino una discrecionalidad jurídicamente vinculada a los principios de objetividad, razonabilidad; consiguientemente, conlleva el reconocimiento del principio de interdicción de la arbitrariedad*”³⁷. En caso de generarse decisiones arbitrarias “*pueden ser objeto de control judicial (vía contenciosa administrativa), como lo reconoce el art. 4 inc. i) de la LPA*”³⁸.

El Tribunal Constitucional extrae del artículo 4 inc. p) de la LPA el “principio de los límites a la discrecionalidad” que obliga a la Administración Pública a fundamentar sus decisiones tomando en cuenta: la “*adecuación a los fines de la norma*”³⁹ y la proporcionalidad entre el acto y “*los hechos o causa que los origino*”⁴⁰. Del “principio de límites a la discrecionalidad” también se extraen “*los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad*”⁴¹.

Consecuentemente la Administración Pública con el objeto de restringir el margen de la discrecionalidad en sus decisiones, debe aplicar el “principio de límites a la discrecionalidad” extraído del art. 4 inc. p) de la LPA, que la obliga a fundamentar sus actos recurriendo a los “*principios de racionalidad, razonabilidad*”⁴², *justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad*”⁴³.

La razonabilidad de la decisión debe basarse “*en criterios de mérito, oportunidad o conveniencia, entendidos estos como “...la razón suficiente que el acto tiene, desde el punto de vista axiológico, no expresado por la ley, salvo cuando es mentado por fórmulas elásticas, en cuyo caso, éstas constituyen fundamentos de legalidad*”⁴⁴

³⁵ SC 1464/2004-R, de 13 de septiembre de 2004, III.1.3 FJF.

³⁶ “Esta discrecionalidad se diferencia de la potestad reglada, en la que la Ley de manera imperativa establece la actuación que debe desplegar el agente” (SC 1464/2004-R, de 13 de septiembre de 2004, III.1.3 FJF).

³⁷ SC 771/03-R, de 6 de junio de 2003, III.1 FJF.

³⁸ SC 1464/04-R, de 13 de septiembre de 2004, III.1.1 FJF.

³⁹ SC 1464/2004-R, de 13 de septiembre de 2004, III.1.3 FJF.

⁴⁰ SC 1464/2004-R, de 13 de septiembre de 2004, III.1.3 FJF.

⁴¹ SC 1464/2004-R, de 13 de septiembre de 2004, III.1.3 FJF.

⁴² La razonabilidad según el art. 26 inc. e) del RLPa determina que: “Los servidores públicos deben valorar razonablemente las circunstancias de hecho y la norma jurídica aplicable al caso y disponer medidas proporcionalmente adecuadas al fin perseguido por el orden jurídico”. El principio de razonabilidad, determina “la exclusión de la arbitrariedad no solamente en la creación de las normas, sino en la interpretación y aplicación de las mismas, permitiendo ejercer la dimensión crítica de los valores superiores” (SC 342/05-R, de 8 de abril de 2005, III.6 FJF). No pudiendo omitirse mínimamente “una argumentación gramatical, literal, histórica, axiológica o de cualquier naturaleza ... proporcionalidad entre medios y fines (razonabilidad técnica) ... adecuación a la Constitución y a las leyes (razonabilidad jurídica), lesionando en consecuencia el debido proceso-fundamento último del principio de razonabilidad y por consiguiente la seguridad jurídica como principio y como derecho.” (SC 342/05-R, de 8 de abril de 2005, III.6)

⁴³ SC 1464/2004-R, de 13 de septiembre de 2004, III.1.3 FJF.

⁴⁴ Resolución Administrativa No 1294/2006, 21 de Septiembre de 2006 (Superintendencia de Hidrocarburos).

La Superintendencia de Hidrocarburos afirma que: *“Uno de los principios esenciales en la sanción administrativa es el principio de la razonabilidad, cuya característica es que tiene que haber una relación lógica y proporcionada entre el consecuente y los antecedentes, entre el objeto y el fin. Por ello los agentes públicos deben valorar razonablemente las circunstancias de hecho y el derecho aplicable y disponer medidas proporcionalmente adecuadas al fin perseguido por el orden jurídico”*¹⁴⁵

2. Principio de legalidad (art. 232 CPE 2009), Principio de sometimiento pleno a la ley (art. 4 inc. c LPA): *“La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso”*, Principio de legalidad y presunción de legitimidad (art. 4 inc. g LPA): *“Las actuaciones de la Administración Pública por estar sometidas plenamente a la Ley, se presumen legítimas, salvo expresa declaración judicial en contrario”*

La Superintendencia de Hidrocarburos establece que *“la función inspectora es en principio una actividad que pertenece al campo filosófico de la criteriología, que ejercido por el poder público debe estar revestido de un conjunto de garantías para el inspeccionado, dado que se realiza invadiendo la esfera jurídica del particular”*¹⁴⁶. De ahí que el accionar y la fundamentación de las decisiones de la Administración Pública debe considerar que *“El respecto al administrado es un derecho fundamental establecido por los principios administrativos de sometimiento pleno a la ley, el debido proceso, y de razonabilidad, entendido como que todo acto de la administración debe encontrar su justificación en preceptos legales y en hechos, conductas y circunstancias que lo causen”*¹⁴⁷.

El principio de sometimiento pleno a la ley significa: *“la aplicación estricta de la normativa vigente (principal y secundaria o análoga) y de las fuentes del derecho en su caso, además del procesamiento de los casos administrativos en observancia del procedimiento señalado”*¹⁴⁸. Lo que conlleva a *“la estabilidad jurídica de que ciertas condiciones solo pueden ser cambiadas por la autoridad competente en la oportunidad prevista por ley y no en cualquier momento... de acuerdo al principio de sometimiento a la Ley, establecido por el Art. 4 (c) de la Ley 2341”*¹⁴⁹.

El principio analizado se relaciona con el principio de legalidad en el ámbito administrativo, porque implica *“el sometimiento de la Administración al derecho, para garantizar la situación jurídica de los particulares frente a la actividad administrativa”*¹⁵⁰. Este principio es denominado por la doctrina como “principio de legalidad objetiva”, en razón a que la Administración Pública debe aplicar objetivamente la ley en

⁴⁵ Resolución Administrativa No. 1142 / 2006, 18 de agosto de 2006 (Superintendencia de Hidrocarburos).

⁴⁶ Resolución Administrativa No. 1020/2006, 24 de julio de 2006 (Superintendencia de Hidrocarburos).

⁴⁷ Resolución Administrativa No. 1020/2006, 24 de julio de 2006 (Superintendencia de Hidrocarburos).

⁴⁸ Resolución No. 237/2006, de 5 de septiembre de 2006 (Superintendencia de Electricidad).

⁴⁹ Resolución 1316/2004 del 17 de noviembre del 2004 (Superintendencia de Hidrocarburos).

⁵⁰ SC 1464/04-R, de 13 de septiembre de 2004, III. I. I FJF.

defensa de sus prerrogativas y proteger los derechos de los administrados.⁵¹ Exige que se observen la jerarquía de las normas, la igualdad de los administrados frente a aquellas y el control judicial de dichas actuaciones.⁵²

En *“el Estado de Derecho se considera, bajo el principio de legalidad, que el ejercicio de la actividad administrativa resulta producto del ejercicio de las potestades atribuidas previamente a la Administración, lo que exige la existencia de una norma que configure las potestades administrativas y las atribuya en concreto”*⁵³. En ese marco, *“el ejercicio de la actividad administrativa es producto de potestades atribuidas previamente a la Administración lo que conlleva la existencia de una norma que configure dichas potestades administrativas y las atribuya concretamente”*⁵⁴.

En la práctica del SIRESE, *“sólo la ley puede establecer privilegios, preferencias y garantías para el cobro de las obligaciones tributarias”*⁵⁵.

Bajo la premisa del sometimiento a la legalidad, la Administración debe asegurar el debido proceso a los administrados. Al hilo de ello el “principio del debido proceso” se extrae del artículo 4 inc. c de la LPA y es concebido *“como el derecho que tienen las partes a exponer sus pretensiones y defensas, ofrecer y producir pruebas pertinentes, presentar alegatos, obtener resoluciones fundamentadas e interponer recursos”*⁵⁶ todo ello bajo el revestimiento de la presunción de inocencia⁵⁷.

Observando el principio del debido proceso, la Superintendencia de Hidrocarburos dispuso *“la apertura de un término de prueba de veinte (20) días a fin de que... pueda presentar cuanta prueba de la cual pueda valerse para hacer valer sus derechos y enervar los cargos formulados en su contra”*⁵⁸. Se viola este principio cuando *“se sanciona por la infracción... que no fue objeto de imputación en el cargo”*⁵⁹.

La presunción de legitimidad del acto administrativo se funda en: *“la razonable suposición de que el acto responde y se ajusta a las normas previstas en el ordenamiento jurídico vigente a tiempo de ser asumido el acto o dictada la resolución,... por lo que el acto administrativo es legítimo con relación a la Ley y válido con relación a las consecuencias que pueda producir”*⁶⁰. De ahí que los actos administrativos *“tienen el sello de validez mientras su posible nulidad no haya sido declarada por autoridad competente”*⁶¹.

51 DERMIZAKY, Pablo. **Derecho Administrativo**..., p. 273.

52 MARTÍNEZ, Juan. **Derecho Administrativo**..., p. 124.

53 Resolución Administrativa No. 1142 / 2006, 18 de agosto de 2006 (Superintendencia de Hidrocarburos).

54 Resolución Administrativa, No. 0020/2007, 8 de enero de 2007 (Superintendencia de Hidrocarburos).

55 Resolución No. 060/2003 (Superintendencia de Transporte).

56 Resolución Administrativa No. 1467/2007, 21 de diciembre de 2007 (Superintendencia de Hidrocarburos).

57 DERMIZAKY, Pablo. **Derecho Administrativo**..., p. 274.

58 Resolución Administrativa No. 1467/2007, 21 de diciembre de 2007 (Superintendencia de Hidrocarburos).

59 Resolución No. 044/2003 (Superintendencia de Transporte).

60 SC 95/01, 21 de diciembre de 2001, el considerando V.2.

61 SC 95/01, 21 de diciembre de 2001, el considerando VI.5.

La presunción de legitimidad radica *“en las garantías subjetivas y objetivas que preceden a la emanación de los actos administrativos, que se manifiesta en el procedimiento que se debe seguir para la formación del acto administrativo, que debe observar las reglas del debido proceso, que comprende el derecho del particular de ser oído y en consecuencia exponer la razón de sus pretensiones y su defensa”*⁶².

En virtud a los principios de legalidad, presunción de legitimidad, y buena fe, *“no es posible que fuera de los recursos y del término previsto por ley se anulen los actos administrativos, aún cuando se aleguen errores de procedimiento cometidos por la propia administración, pues la Ley, en defensa del particular, ha establecido expresamente los mecanismos que se deben utilizar para corregir la equivocación; por ende, fuera del procedimiento previsto y los recursos señalados por la ley, un mismo órgano no podrá anular su propio acto administrativo (conocido en la doctrina como acto propio...”*⁶³.

3. Principio de imparcialidad, de igualdad, de honestidad (art. 232 CPE 2009), Principio de imparcialidad (art. 4 inc. f LPA): *“Las autoridades administrativas actuarán en defensa del interés general, evitando todo género de discriminación o diferencia entre los administrados”*

Debe ser entendido como *“aquella garantía orientada a lograr la transparencia, probidad e imparcialidad de los actos y decisiones del juez o tribunal sobre la base de que la tramitación del proceso (...), en todas sus instancias y fases, sea público evitándose trámites reservados (...)”*⁶⁴. De ahí que *“el ente regulador no puede asumir la carga de la prueba que le corresponde al operador presunto infractor y producir prueba que en suma éste está plenamente habilitado a producir, lo contrario significaría conculcar la imparcialidad del ente regulador, como principio rector de su accionar, y en suma violentar el debido proceso y la legalidad establecidos por el ordenamiento jurídico”*⁶⁵.

El principio de imparcialidad se relaciona con los principios de buena fe (art. 4 inc. e LPA) de igualdad y de seguridad (arts. 8.I, 232 y 9.I CPE 2009) en razón al precedente administrativo.

Para GARCÍA DE ENTERRÍA el precedente administrativo, cuando tiene una aplicación reiterada por parte de los órganos del Estado, constituyen, una fuente del derecho, ya que configura una forma peculiar en que se manifiesta la costumbre del Derecho Administrativo. El precedente tiene un cierto valor vinculante para la propia administración, en el sentido de que apartarse de él en un caso concreto puede ser indicador de un trato discriminatorio, de una falta de buena fe, de una actitud arbitraria.⁶⁶

⁶² SC 95/01, 21 de diciembre de 2001, el considerando V.2.

⁶³ SC 908/05-R, de 8 de agosto de 2005, III. 1.5 FJF.

⁶⁴ SC 41/05-R, de 10 de enero de 2005, III.3.2 FJF.

⁶⁵ Resolución Administrativa No. 2208/0002, 2 de enero de 2008 (Superintendencia de Telecomunicaciones).

⁶⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**, Tomo I, Madrid, 1977, p. 57.

El principio la buena fe es “*la confianza expresada a los actos y decisiones del Estado y el servidor público, así como a las actuaciones del particular en las relaciones con las autoridades públicas*”⁶⁷. La buena fe, al igual que la cooperación, la lealtad, la honestidad son aplicables a las actuaciones de la Administración y del administrado.

En ese orden de ideas es necesario precisar los supuestos sobre: cuándo se cumple el principio de buena fe y así entender cuándo se incumple.

El cumplimiento del principio de buena fe en las relaciones entre las autoridades públicas y los particulares “*exige que la actividad pública se realice en un clima de mutua confianza que permita a éstos mantener una razonable certidumbre en torno a lo que hacen, según elementos de juicio obtenidos a partir de decisiones y precedentes emanados de la propia administración, asimismo certeza respecto a las decisiones o resoluciones obtenidas de las autoridades públicas.*”⁶⁸[El subrayado es nuestro].

De ello se puede inferir que el respeto de la Administración Pública a sus propios precedentes implica cumplir el principio de buena fe porque genera certeza. A contrario sensu, si la Administración no respeta sus precedentes incumple el principio de buena fe porque genera incertidumbre.

Para el Tribunal Constitucional con relación a la vinculatoriedad de sus interpretaciones, afirma que el respeto de los precedentes preserva la seguridad jurídica, la coherencia del orden jurídico y el valor supremo de la igualdad:

“*El respeto a los precedentes... preserva la seguridad jurídica y la coherencia del orden jurídico;...evitando variaciones injustificadas o caprichosas de los criterios de interpretación; precautela el valor supremo de la igualdad, impidiendo que casos iguales, con identidad de los supuestos fácticos, sean resueltos de manera distinta*”⁶⁹.

La seguridad se entiende cuando “*el Estado realiza un acto jurídico o emite una disposición, ésta no sólo compromete a los funcionarios que circunstancialmente firmaron la misma, sino al organismo en cuestión, que está obligado a su cumplimiento y, consecuentemente, a respetar el derecho que tiene el ciudadano a que no se cambien las reglas del juego preestablecidas.*”⁷⁰[El subrayado es nuestro].

La seguridad jurídica supone “*que en el momento en que el acto ha sido pronunciado por la autoridad pública, el mismo se ajusta a normas legales que existen en el ordenamiento jurídico, de manera que se permita a los particulares tener una razonable certeza de las decisiones o resoluciones*”⁷¹.

⁶⁷ SC 95/01, 21 de diciembre de 2001, el considerando V.2.

⁶⁸ SC 95/01, 21 de diciembre de 2001, el considerando V.2.

⁶⁹ SC 1781/04-R, de 16 de noviembre de 2004, III.2 FJF.

⁷⁰ SC 223/00-R, de 15 de marzo de 2000, en el 4to “considerando”.

⁷¹ SC 93/03-R, de 24 de enero de 2003, III.3 FJF.

En el SIRESE “el servicio público está revestido de igualdad, es decir que debe ser prestado a todos por igual, es decir en igualdad de condiciones, debiendo darse a todos el mismo tratamiento”⁷². “Las reglas del juego deben expresar un trato igualitario y recíproco respecto a la operación de aerolíneas bolivianas en países extranjeros y líneas aéreas extranjeras en la República de Bolivia, a fin de que nacionales y extranjero tengan las mismas condiciones para competir en las rutas a ser operadas entre los países, igualdad de condiciones”⁷³.

Se conculca la igualdad contraviniendo los “principios de libre competencia, aplicando condiciones desiguales y de desventaja para los demás proveedores o competidores”⁷⁴. El art. 15 de la ley SIRESE hace referencia a los “principios que garanticen la libre competencia” y el art. 17 inc. c) de la misma ley describe como práctica abusiva “la aplicación de condiciones desiguales para operaciones equivalentes”. Esta prohibición “precautela el valor supremo de la igualdad, impidiendo que casos iguales, con identidad de los supuestos fácticos, sean resueltos de manera distinta”⁷⁵.

Esta peculiaridad que reviste el precedente como fuente del Derecho Administrativo se refleja en la relatividad de su fuerza vinculatoria y en las garantías jurídicas que deben rodear a la decisión que se aparte de una práctica constante.⁷⁶

Lo anotado no significa que con la debida fundamentación como exige el art. 30 inc. c) de la LPA⁷⁷ no se pueda apartar de las decisiones anteriores. Como muestra el Tribunal Constitucional: “esta obligatoriedad de los precedentes no es un valor absoluto, pudiendo los jueces y tribunales apartarse de sus propios precedentes sin importar discrecionalidad, sino con la limitación de la debida y adecuada fundamentación de las razones que llevan a distanciarse de sus decisiones previas, por lo que el principio del stare decisis o estarse a lo resuelto en casos anteriores, no es absoluto”⁷⁸ [El subrayado es nuestro].

Según CASSAGNE el apartamiento de los precedentes administrativos por parte de la Administración Pública estaría sujeto al cumplimiento de las siguientes condiciones⁷⁹:

- 1) *La modificación de una práctica o precedente administrativo debe hallarse precedida de una motivación que exteriorice las razones concretas que han*

⁷² Resolución Administrativa No. 1467/2007, 21 de diciembre de 2007 (Superintendencia de Hidrocarburos).

⁷³ Resolución Administrativa No. 0201/2005 (Superintendencia de Transporte).

⁷⁴ Resolución Administrativa No. 2001/0001, 5 de enero de 2001 (Superintendencia de Telecomunicaciones).

⁷⁵ SC 1781/04-R, de 16 de noviembre de 2004, III.2 FJF.

⁷⁶ CASSAGNE, Juan Carlos, **Derecho Administrativo**, Tomo I..., p. 172.

⁷⁷ El art. 30 inc. c) de la LPA manda que “Los actos administrativos deben ser motivados con referencia a los hechos y fundamentos de derecho cuando: se aparten del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos o de control”

⁷⁸ SC 1781/04-R, de 16 de noviembre de 2004, III.2 FJF.

⁷⁹ CASSAGNE, Juan Carlos, **Derecho Administrativo**, Tomo I..., p. 172.

conducido a esa decisión. Con ello se pretende controlar la desviación de poder o arbitrariedad encubierta que puedan tener ciertos actos administrativos.

- 2) *Tratándose del ejercicio de facultades discrecionales, el cambio de criterio ha de formularse de un modo general y no como criterio para decidir un caso concreto.*
- 3) *El cambio de criterio, por razones de oportunidad, cuando la apreciación de estas razones tuviera carácter discrecional, no puede tener efecto retroactivo, salvo a favor del administrado.*

En consecuencia, la autonomía interpretativa de jueces, de tribunales y de la Administración Pública, para modificar los criterios que fundaron decisiones anteriores, “**no implica la facultad discrecional de hacer cambios no justificados**”⁸⁰.

Por el contrario, “**ese nuevo criterio o entendimiento deberá obedecer a una interpretación conforme a la Constitución Política del Estado y a los principios informadores del ordenamiento jurídico, entre ellos, los de legalidad, seguridad jurídica, igualdad, proporcionalidad, jerarquía normativa y debido proceso; principios a los que se hallan vinculados todos los operadores jurídicos de la nación**”⁸¹.

Los precedentes administrativos contribuyen a la seguridad jurídica, a la observancia de la igualdad ante la ley y a la coherencia, evitando la consumación de la arbitrariedad en el ámbito de la Administración Pública.⁸²

IV. OBSERVACIONES FINALES

Con la finalidad de identificar límites a la actividad jurisdiccional de la **Administración Pública** -sean “Superintendencias”, “Autoridades de Fiscalización y Control Social” o “Ministerios cabezas de sector”- y en mérito a que el SIRESE en sus quince años de funcionamiento -con el apoyo de las decisiones del Tribunal Constitucional- ha aplicado los principios de la Ley de Procedimiento Administrativo que concuerdan con los que se expresan en la Constitución boliviana de 2009, se subraya lo siguiente:

- 1) *Toda la actividad administrativa se rige por “el sometimiento de la Administración al derecho”⁸³ que define al principio de legalidad, el mismo que se relaciona -en un Estado de Derecho- con dos principios: la presunción de legitimidad de la administración y el sometimiento pleno a la ley (arts. 232 CPE 2009 y 4 inc. g LPA). El primero se sustenta en “la razonable suposición de que...el acto administrativo es legítimo con relación a la Ley y válido con relación a las*

⁸⁰ SC 819/06-R, de 22 de agosto de 2006, III.2 FJF.

⁸¹ SC 819/06-R, de 22 de agosto de 2006, III.2 FJF.

⁸² CASSAGNE, Juan Carlos, **Derecho Administrativo**, Tomo I..., p. 173.

⁸³ SC 1464/04-R, de 13 de septiembre de 2004, III.1.1 FJF.

consecuencias que pueda producir”⁸⁴. El segundo manda que “todo acto de la administración debe encontrar su justificación en preceptos legales y en hechos, conductas y circunstancias que lo causen”⁸⁵.

- 2) Las expresiones “intereses de la colectividad” o “interés social” (arts. 4 inc. a LPA y 232 CPE 2009) conllevan a un amplio margen de discrecionalidad, lo cual exige aplicar el “principio de límites a la discrecionalidad” extraído del art. 4 inc. p) de la LPA, que obliga a la Administración a fundamentar sus actos recurriendo a los “principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad”⁸⁶.
- 3) El procedimiento administrativo debe ajustarse a los hechos reales (principio de verdad material⁸⁷) aplicando cuando corresponda la interpretación **indubio pro actione**⁸⁸ (principio de informalismo⁸⁹).
- 4) Todas las personas gozan del derecho a obtener una respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que formulen (art. 16 inc. h LPA). En contraparte, la Administración Pública tiene la obligación insoslayable de fundamentar de manera clara, coherente y precisa toda decisión administrativa, caso contrario incumple el principio de certeza⁹⁰, de motivación⁹¹, y los elementos del acto administrativo (art. 28 LPA).
- 5) El principio de imparcialidad se relaciona con los principios de buena fe (art. 4 inc. e LPA) de igualdad y de seguridad (arts. 8. I, 232 y 9.1 CPE 2009) en base al precedente administrativo debido a que tiene un valor vinculante para la propia administración. Esto significa que apartarse del precedente en un caso concreto puede ser indicador: de un trato discriminatorio (que viola la igualdad), de ausencia de certeza (principio de certeza), de falta de buena fe, de una actitud arbitraria, de inseguridad (cambiando las reglas de juego preestablecidas). Ciertamente la Administración puede modificar los criterios que fundaron sus decisiones anteriores, pero ello “no implica la facultad discrecional de hacer cambios no justificados”⁹² y “ese nuevo criterio o entendimiento deberá obedecer a una interpretación conforme a la Constitución Política del Estado y a los principios informadores del ordenamiento jurídico, entre ellos, los de legalidad,

⁸⁴ SC 95/01, 21 de diciembre de 2001, el considerando V.2.

⁸⁵ Resolución Administrativa No. 1020/2006, 24 de julio de 2006 (Superintendencia de Hidrocarburos).

⁸⁶ SC 1464/2004-R, de 13 de septiembre de 2004, III.1.3 FJF.

⁸⁷ Resolución Administrativa No. 1441/2007, 17 de diciembre 2007 (Superintendencia de Hidrocarburos) y Resolución Administrativa No. 045/2006 (Superintendencia de Transporte). Art. 4 inc. d LPA.

⁸⁸ SC 642/03-R, de 8 de mayo de 2003, III.2 FJF.

⁸⁹ SC 642/03-R, de 8 de mayo de 2003, III.2 FJF. Art. 4 I) LPA.

⁹⁰ SC 771/2003-R, de 6 de junio de 2003, III.1 FJF.

⁹¹ SC 1360/03-R, de 18 de septiembre de 2003, III.2 FJF.

⁹² SC 819/06-R, de 22 de agosto de 2006, III.2 FJF.

*seguridad jurídica, igualdad, proporcionalidad, jerarquía normativa y debido proceso; principios a los que se hallan vinculados todos los operadores jurídicos de la nación*⁹³.

⁹³ SC 819/06-R, de 22 de agosto de 2006, III.2 FJF.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINAL

CASSAGNE, Juan Carlos, **Derecho Administrativo**, Tomo I, 5ta ed., Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1996.

DERMIZAKY, Pablo. **Derecho Administrativo**, 8° ed., Ed. J.V., 2008.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**, Tomo I, Madrid, 1977.

MARTINEZ, Juan. **Derecho Administrativo boliviano**, UPSA, 2002.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Sentido y Hecho en el Derecho**, Fontamara, México, 2001.

DISPOSICIONES NORMATIVAS

Constitución Política del Estado 2009 (CPE 2009).

Ley No. 1600 de 28 de octubre de 1994 (Ley SIRESE)

Ley No. 2027 de 27 de octubre de 1999 (Estatuto del Funcionario Público)

Ley No. 2341 de 23 de abril de 2002 (Ley de Procedimiento Administrativo-LPA)

Decreto Supremo No. 27113 de 23 de julio de 2003, El Reglamento de la LPA (RLPA)

Decreto Supremo No. 29894 de 7 de febrero de 2009 (Extinción del SIRESE)

Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009 (Concentra las competencias de las Superintendencia General en los ministerios cabeza se sector)

JURISPRUDENCIAL

Tribunal Constitucional

Superintendencia de Telecomunicaciones

Superintendencia de Electricidad

Superintendencia de Transporte

Superintendencia de Hidrocarburos

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO
EN MATERIA DE CONTRATOS:
EVOLUCIONES E INVOLUCIONES

*THE NEW EUROPEAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW
REGARDING CONTRACTS:
EVOLUTIONS AND INVOLUTIONS*

Rev. boliv. de derecho n° 9, enero 2010, ISSN: 2070-8157, pp. 86-119



Luis
CARRILLO

RESUMEN: Este artículo analiza las normas de derecho internacional privado aplicable a los contratos internacionales en europa. La necesidad de una regulación coherente, moderna y razonable en esta materia es impuesta por las necesidades del comercio global. Una muestra de esto es la regulación europea. En cambio, las normas bolivianas sobre esta materia aún están reguladas por convenios del siglo diecinueve. Para actualizar esta regulación, bolivia tiene que ratificar el convenio CIDIPV.

PALABRAS CLAVE: Derecho Internacional Privado, derecho contractual, Convención de Viena de 1980.

ABSTRACT: *This article analyses the rules of conflict applicable to international contracts in Europe. The necessity of a coherent, modern and reasonable regulation in this issue is imposed by the necessities of global commerce. The European regulation shows this. In contrast, Bolivian rules of conflict are still regulated by covenant of the nineteenth century. In order to up date this regulation, Bolivia has to ratify the CIDIPV covenant.*

KEYWORDS: *Private International Law, Contracts Law, Convención de Viena de 1980.*

SUMARIO: 1. LOS PRECEDENTES NORMATIVOS: EL MARCO DE REFERENCIA. 2. LOS PROBLEMAS: GOOD CASES. GOOD LAW? 3. EL TEXTO DEFINITIVO: LA VIDA SIGUE IGUAL. 3.1. Las grandes opciones: Lo que permanece. 3.2. Las grandes opciones: Lo que podría cambiar. 3.3. Normas de conflicto sectoriales. 3.4. *Las normas imperativas del foro y de terceros Estados*. 4. A MODO DE CONCLUSIÓN.

A lo largo de 2008, Bolivia exportó bienes y servicios por valor de 6.836,46 millones de dólares USA, e importó por valor de 4.986,80 millones de dólares USA. En ambas partidas, los incrementos respecto al año anterior superan el 40 por ciento, lo que da la idea del espectacular nivel de desarrollo de la internacionalización de la economía boliviana. Un segundo dato relevante: La inversión extranjera en 2005 fue de 488.184 millones de dólares USA¹. Es evidente que en un mundo progresivamente globalizado al ordenamiento jurídico se le pide que facilite los intercambios: Respuestas sencillas, facilitadoras, flexibles, razonables. El valor económico de la seguridad jurídica está fuera de duda. En este contexto, el sistema de Derecho internacional privado en materia de contratos juega un papel crucial, porque es el encargado de tender puentes entre los diversos sistemas jurídicos, resolviendo las posibles dudas que puedan generarse en torno a la disciplina de un negocio con elementos plurilocalizados y garantizando la continuidad de los derechos subjetivos².

A día de hoy, es sabido que el modelo boliviano de normas de conflicto en este sector vive en varias fuentes³. De un lado, el Código Bustamante para las relaciones recíprocas entre los Estados que lo han ratificado, que además genera un grave problema derivado de la existencia de multitud de reservas nacionales. De otra parte, el tratado de Derecho civil internacional de Montevideo de 1889, aplicable también inter partes. Sin ánimo de entrar en consideraciones de gran alcance, que no corresponden a quien esto firma ni por el objeto del presente escrito ni por formación, sí que nos interesa detenernos en dos elementos cruciales: El rechazo –o desconocimiento– por el tratado de Montevideo de la autonomía de la voluntad como criterio de conexión y el empleo en su lugar de un criterio general (art. 32, ley del lugar de cumplimiento) seguido de criterios especiales no siempre coherentes con aquel (art. 34 en particular); de otro lado, la utilización en el art. 186 del Código Bustamante de dos conexiones escasamente viables hoy por hoy, por no estar adaptados a la realidad del momento y el entramado fáctico en el que se tienen que desenvolver: La ley personal común y en su defecto la del lugar de conclusión de las obligaciones. Cuando ello se pone en contacto con la regla del art. 7 que permite a

¹ Extraemos los datos de la página web del Instituto Nacional de Estadística.

² V. BAR, BEALE, CLIVE y SCHULTZE-NÖLKE identifican cuatro principios inspiradores del llamado Draft Common Frame of Reference: Libertad, seguridad, justicia y eficiencia (*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Munich, 2009, p. 60). Nadie podría decir que esos cuatro principios no deben inspirar el sistema de normas de conflicto en materia de contratos, corolario al fin y al cabo de las normas materiales.

³ Para el estudio del sistema boliviano seguimos a SALAZAR PAREDES, *Derecho internacional privado boliviano*, La Paz, 2004, pp. 399 ss. y pp. 501 ss.

cada Estado utilizar el criterio de conexión que desee para concretar la ley personal (nacionalidad, domicilio o las que guste), se comprenderá que las dificultades de puesta en funcionamiento son enormes. Y por último, el CC y el CCom, huérfanos de normas de conflicto omnicomprendivas (arts. 462 y 804 respectivamente). Para el operador extranjero es complejo llegar a saber qué ley determinará, desde la perspectiva del sistema judicial boliviano, la validez de su contrato, el haz de derechos y obligaciones que derivan de él, las vicisitudes del cumplimiento o las sanciones para el caso de que una parte no haga honor a sus compromisos. Y eso o desincentiva la contratación o -mejor- fomenta la huida del ordenamiento: Se negocia a la sombra del Derecho, y el arbitraje se convierte así en la alternativa al sistema judicial, pero se trata de una fórmula muy cara, accesible sólo a un selecto sector de contratantes, y que tarde o temprano puede tropezar con la necesidad de judicializar la controversia, y ahí, de nuevo, se detectan los déficits de seguridad⁴.

Es altamente elogiada una iniciativa como la del proyecto de ley de Derecho internacional privado elaborado por el doctor Fernando Salazar Paredes, que si triunfara colocaría al sistema boliviano en una posición competitiva similar a la de los sistemas más desarrollados; no obstante, se le puede hacer la misma crítica que a otras leyes con el mismo objeto recientemente aprobadas, y es que no han podido introducir unidad y sistema; sólo en apariencia recoge el cuerpo de normas de conflicto y de derecho procesal civil internacional: Sin salir de nuestro ámbito material, véase, por ejemplo, el art. 31, que determina que en defecto de elección es aplicable a los contratos la ley que presenta los vínculos más estrechos. En realidad, una ley estatal no puede decir eso sin formular implícitamente una reserva a favor de los convenios suscritos por Bolivia, cuya primacía está fuera de dudas. Al operador económico esa norma le ofrece una información limitada. Se necesita, por tanto, una política decidida de ratificación de convenios, denuncia de los que ya no satisfagan las necesidades actuales (entre otros motivos, porque su objeto está mejor regulado en otro posterior) y, sobre todo, garantizar la continuidad de las soluciones: En derecho procesal, donde la cooperación se basa en la confianza, sí tiene sentido un convenio aplicable sobre una base de reciprocidad, pero las soluciones de las normas de conflicto deben ser aplicables erga omnes, también cuando sea designado un Derecho de un Estado tercero, sin importar cuáles son sus soluciones y principios, porque el sistema del foro puede hacer frente a las que sean incompatibles con los propios valores gracias a la reserva del orden público y a las normas imperativas. En otras palabras: Mientras que no sea fácil saber

⁴ Recuérdese que Bolivia es parte del convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.

cuál es la norma de conflicto relevante para resolver un concreto problema, no estará garantizada la seguridad jurídica⁵.

El presente escrito no es una exposición del reglamento del Parlamento europeo y del Consejo, n° 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)⁶: No tendría sentido un trabajo de esa naturaleza, cuando, en gran parte, sigue el CR, y sobre éste existen ya multitud de estudios. Pero sí que tiene un objeto y una tesis. El primero es ofrecer al operador boliviano una visión general de los cambios a nuestro juicio más relevantes. Hay dos razones que justifican la atención a ese texto: La primera, que para los contratos concluidos a partir de 17 de diciembre de 2009 con operadores europeos puede ser la norma de conflicto relevante; en segundo lugar, la experiencia de la Convención interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales, de 17 de marzo de 1994 ilustra claramente hasta qué punto ha sido poderosa en los ambientes jurídicos iberoamericanos la influencia del precedente Convenio de Roma (CR en lo sucesivo); incluso el proyecto Salazar incorpora bastantes de sus soluciones. El reglamento ofrece un modelo depurado, corregido en muchos aspectos, sabio a la hora de rectificar lo que ha sido necesario rectificar. Copiar no es malo, si se elige un buen modelo y se copia bien: Con luces y sombras, puede convertirse en una referencia útil para la comunidad americana. Visto lo anterior, la tesis es muy simple: Bolivia necesita una depuración normativa, y en ese sentido lo más eficiente a medio plazo sería ratificar la mencionada Convención de la CIDIP V, y que la norma de conflicto en materia de contratos se limite a reenviar a ella.

I. LOS PRECEDENTES NORMATIVOS: EL MARCO DE REFERENCIA.

El considerando séptimo del Reglamento Roma I expresa el deseo de coherencia con el Reglamento 44/2001 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y con el Reglamento 864/2007 sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. En efecto, los tres constituyen el núcleo duro de la disciplina comunitaria en asuntos patrimoniales (al que hay que incorporar la normativa -fundamental- sobre tutela del crédito, culminada con los reglamentos sobre concurso de acreedores y sobre proceso monitorio), y por lo tanto existe continuidad en sus soluciones y conceptos.

Dicho muy en general, todo derecho subjetivo tiene una vertiente fisiológica y una eventualidad patológica, y se empezó por aquí. En el principio fue el Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de

⁵ O sea, lo mejor sería una norma como las de las leyes suiza o italiana de derecho internacional privado, que en materia de venta internacional de mercaderías se abstienen de decir nada y se limitan a remitir al Convenio de La Haya de 1955.

⁶ DOUE L 177 de 4 de julio de 2008. Todos los documentos (normas, estudios, jurisprudencia) a los que se hace referencia en el presente escrito están disponibles en la página web de la Unión Europea.

decisiones. Con él se ponen las bases para articular ese sistema global de tutela del crédito: Si alguien se ve forzado a acudir a los tribunales para hacerlo valer, habrá que informarle –a efectos de cálculo anticipado del coste de contratar- de dónde puede ir a reclamar, dónde puede ser obligado a defenderse y de qué valen en los demás países los pronunciamientos judiciales emanados por un tribunal europeo integrado en otro sistema judicial. A su vez, la alternatividad de foros que incorporaba era tolerable sólo en la medida en que los litigios fueran resueltos de un modo al menos similar, y de ahí los esfuerzos, iniciados tempranamente, para uniformar el mecanismo de determinación del ordenamiento competente. Esa es la función del CR: Para garantizar el reconocimiento hay que empezar por armonizar mínimamente. La tercera dimensión de los derechos subjetivos aparece en los casos de insolvencia del deudor, y para asegurar el reparto equilibrado de su patrimonio se elaboró el reglamento 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia.

Pues bien, la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam supuso un cambio en la perspectiva de cooperación entre los Estados europeos, pasando del nivel de los convenios de Derecho internacional público a fórmulas reforzadas que encuentran su mejor expresión en los reglamentos, directamente aplicables por los jueces nacionales sin necesidad de acto alguno de aceptación por los poderes legislativos y sin posibilidad de matizar o restringir su eficacia⁷. A su amparo se han ido emanando diversos textos que regulan el sistema de competencia judicial y los actos procesales básicos. La disciplina del otro gran pilar de la responsabilidad exigible a un particular (la derivada de delitos y cuasidelitos) tardó en aparecer, pero el caso es que desde 2007 el único Convenio “decimonónico” vigente en la Unión europea era el CR (y en el horizonte ya aputaba el reglamento sobre obligaciones alimenticias –ya publicado- y el de regímenes matrimoniales y divorcio). Era necesario reformar el Convenio, depurando los elementos consustanciales a su naturaleza, solventando alguna de las dificultades de interpretación detectadas, mejorando su precisión y tratando de dotar de coherencia al conjunto disperso de reglas en materia de contratos que actualmente viven en las directivas sectoriales. Este es el proceso que se inicia con el Plan de acción de Viena, cuyo punto 40.c plantea la eventual revisión del CR teniendo en cuenta las disposiciones especiales sobre normas de conflicto de otros instrumentos comunitarios (ciertamente parece estar pensando en consumo, trabajo y seguros)⁸. A partir de ese punto todo se precipita a gran

⁷ Recuérdese además que los reglamentos son Derecho comunitario y por lo tanto el tribunal de Justicia tiene competencia para interpretarlos, cosa que no ocurre con los Convenios si no se le atribuye expresamente. De hecho, no es hasta el 1 de agosto de 2004 cuando entran en vigor los Protocolos en virtud de los cuales se atribuye (desde fuera y no por la propia naturaleza de las cosas) competencias interpretativas al Tribunal de Justicia. Es evidente que no han tenido tiempo de dar sus primeros frutos, que posiblemente nunca lleguemos a tener una idea cierta de la manera en que el Tribunal concebía el Convenio y por consiguiente de su juicio acerca de la necesidad de reformarlo o no. De hecho, en el momento de redactar estas líneas sólo contamos con las conclusiones del abogado general en el asunto C-133/08, que si bien no son un prodigio de profundidad en el análisis, al menos tienen el mérito de dar una pista sobre los elementos que a su juicio deben usarse para determinar la ley de los vínculos más estrechos (considerando 105: En particular, lugares de celebración y ejecución del contrato, residencia de las partes, objeto del negocio).

⁸ Véase en DOCE C19 de 23 de enero de 1999.

velocidad. En el Consejo europeo celebrado en Tampere en octubre de 1999 se habla de convergencia en Derecho civil, aunque sus conclusiones tocaban más a aspectos de acceso a la justicia. El programa plurianual de La Haya aprobado por el Consejo Europeo celebrado los días 4 y 5 de noviembre de 2004 hablaba de “proseguir con el establecimiento del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y certificados tanto en materia civil como penal, y eliminar obstáculos legales y judiciales en los litigios en asuntos civiles y familiares con repercusiones transfronterizas (...) mejorando el acceso a los tribunales, la cooperación policial y judicial en la práctica, la aproximación de las legislaciones”.

No se trataba sólo de incorporar reformas de origen jurisprudencial o doctrinal, ni siquiera de anticiparse a los posibles problemas que puedan ir generándose. Como apuntábamos, el cambio en la naturaleza del texto asegura la desaparición de tales caracteres propios de los convenios: Será fundamental la asunción de competencias interpretativas por el Tribunal de Justicia, pero también el fin de la posibilidad de formular reservas, de la duración limitada y de la preeminencia de otros instrumentos. Al mismo tiempo, se permiten procesos de reforma mucho más dinámicos. No en vano, el texto convencional ha dado lugar a problemas prácticamente desde que nació, y se ha tardado demasiados años en poder modificarlo. El reglamento es esencialmente comunitario y no depende en cuanto a su reforma y entrada en vigor de la voluntad de los Estados.

La dedicación a la materia contractual en las instancias europeas tiene un hito fundamental en 2001, cuando la Comisión presenta su Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo⁹, seguida del Plan de acción adoptado en 2003¹⁰. Ni uno ni otro inciden en la selección de la ley aplicable, limitando su preocupación a la elaboración y puesta a disposición de los particulares de una disciplina sustantiva, que, estando necesariamente restringida a algunos aspectos, no evita determinar la ley aplicable al conjunto del contrato¹¹.

⁹ DOCE C 255, 13 de septiembre de 2001.

¹⁰ Evidentemente podemos retroceder en el tiempo hasta 1979, cuando el TJCE dicta la sentencia en el asunto *Cassis de Dijon*, al que sigue la comunicación de la Comisión sobre las consecuencias de la sentencia de 20 de febrero de 1979 (JOCE n° C 256 de 3 de octubre de 1980), ponderando la necesidad de poder comercializar en cualquier Estado miembro los productos válidamente puestos en el mercado de otro Estado. A estos precedentes sigue, en 1985, el fundamental libro blanco sobre la realización del mercado interior, que inicia una metodología diversa, expresando la insuficiencia de la armonización normativa y poniendo de relieve el valor del principio de reconocimiento mutuo asociado a la presunción de equivalencia de las legislaciones nacionales en vigor. La idea de la sujeción de las actividades económicas con transcendencia europea a la ley del país de origen –que, evidentemente, desborda la materia contractual– es formulada por primera vez en el informe del Ministerio de economía alemán de 22 de febrero de 1986. Sigue una abundante elaboración jurisprudencial y la evolución lógicamente augurable no podía no culminar en el mencionado plan de acción de Viena de 1999 y el plan de acción en materia de reconocimiento mutuo de enero de 2000, con el que finalmente entroncan los trabajos en materia de contratos aludidos en el texto. Puede verse una rápida exposición de las fases por las que se ha pasado en P. de VAREILLES SOMMIÈRES, «La communautarisation du droit international privé des contrats: Remarques en marge de l'uniformisation européenne du droit des contrats», en VVAA, *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, París, 2005, pp. 784 ss.

¹¹ Sobre estos trabajos remitimos a D. STAUDENMAYER, «The Commission Action Plan on European Contract

En paralelo a estos trabajos ve la luz el Libro verde sobre la transformación del CR, de 14 de enero de 2003¹². En diciembre de 2005 la Comisión presentó una propuesta de reglamento sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, que, en general, supo concitar unánime rechazo: En particular, las normas sobre ley aplicable en defecto de elección y sobre contratos concluidos por consumidores eran un verdadero despropósito¹³.

No faltará el consenso al definir los elementos estructurales del CR (amplia autonomía conflictual y la búsqueda de los vínculos más estrechos en los contratos con simetrías de información entre los contratantes; para los demás supuestos, normas de protección; el respeto de las exigencias básicas de ordenación de la economía merced a las disposiciones imperativas del foro y de terceros Estados; su carácter cedible respecto a las normas de conflicto contenidas en otros instrumentos de Derecho comunitario¹⁴). Sin abandonar un elevado nivel de abstracción, cabría admitir que nada de eso ha cambiado de forma radical en el reglamento, y que ha existido sólo depuración de sus elementos básicos, sin traicionar el espíritu originario. O sea, evolución. Queda la duda de saber qué va a pasar con la norma sobre ley aplicable en defecto de elección —y la duda es ya una involución—, porque se ha perdido el norte, quedando todo en un no se sabe qué indefinido y preñado de incertidumbre.

2. LOS PROBLEMAS: GOOD CASES. GOOD LAW?

Si un texto normativo cualquiera adolece de un defecto (por ejemplo, una laguna) un legislador sensato debe colmarla; pero si no es una laguna sino una simple duda de interpretación, hay que dejar que los mecanismos de autointegración del sistema funcionen. En nuestro caso, disponemos de una instancia idónea, capaz de orientar con fuerza vinculante a todos los operadores jurídicos, el Tribunal de Justicia. Piénsese que toda modificación legislativa genera costes de adaptación al nuevo sistema (hay que formar a los operadores en él, divulgar la doctrina que se vaya creando) y el riesgo de petrificación de las soluciones (si las nuevas normas no dejan espacio para desarrollos ulteriores). Por ello, compensa incurrir en ellas sólo si las

Law», en *European Review of Private Law*, 2003, 2, pp. 113 ss.; Y. LAHLOU, «L'avenir du droit européen des contrats. Le programme d'action de la Commission Européenne», en *RDAll/IBLJ*, n° 5, 2003, pp. 473 ss.

¹² Libro verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización, COM(2002) 654 final.

¹³ Por todos, P. LAGARDE en «Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)», en *Revue critique de droit international privé*, 2006, pp. 331 ss.

¹⁴ Es evidente que no podemos entrar a examinar el CR. Una visión general del tema en M. VIRGÓS SORIANO, «El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales», en GARCIA DE ENTERRÍA, GONZÁLEZ CAMPOS, MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho comunitario europeo*, vol. III, Madrid, 1986, pp. 758 ss. Puede verse igualmente, con interesante base jurisprudencial, P. PARADELA AREÁN, «Quince años de aplicación del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», en *Anuario español de Derecho internacional privado*, 2008, pp. 469 ss. Para seguir la evolución desde el CR hasta el reglamento pasando por la propuesta es muy útil la lectura de la recopilación de B. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Padua, 2008.

ventajas esperadas son superiores a los inconvenientes (o si no hay más remedio, por imperativo de alguna norma o principio de rango superior¹⁵). Eso no se ha hecho. Se ha preferido redactar las normas ex novo, cercenando en algún caso el margen inherente a un texto flexible, apto para ir adaptándose a las circunstancias sociales y económicas cambiantes, sustituyéndolo -al menos esa parece ser la voluntad- por un texto fósil.

La reforma ha tomado como punto de partida, explícitamente o no, algunos puntos controvertidos –eventualmente algunos casos resueltos por los tribunales– que han provocado cierto estupor (o discusión al menos) en los ambientes jurídicos europeos. Asuntos que han servido para poner de manifiesto ya las insuficiencias del texto articulado ya las dudas interpretativas que se suscitaban al respecto.

1. Lo elegible: Bien pronto empezó a hablarse de las insuficiencias del art. 3 CR cuando restringe el abanico de posibles leyes elegibles por las partes a los sistemas estatales. Se trataba de poner de manifiesto cómo la imposibilidad de introducir en el contrato una cláusula de elección de usos y principios del comercio internacional colocaba a los operadores europeos en una posición de desventaja competitiva, obligándoles a acudir a arbitraje cuando querían escapar del rígido corsé de las leyes nacionales. Una solución desnacionalizada tiene una clara ventaja, muy bien resumida en el laudo arbitral de la CCI de 5 de junio de 1996: «...to protect both Parties against the application of a national law which might contain particular provisions which they had not expected, and which may not be suitable in a truly international context of the present nature. Freeing the Parties from the constraints of a national law thus would ascertain and warrant that the dispute shall be decided by having regard to those rules of law and notions which deserve to be qualified as being “generally accepted”. Thus, a decision based on generally accepted principles has moreover the advantage to ascertain foreseeability of the outcome and certainty of law»¹⁶.

2. Elección de ley y Derecho derivado: La sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 9 de noviembre de 2000 (asunto C381-98, *Ingmar c. Eaton*) afrontaba las consecuencias de la extinción del contrato de agencia comercial suscrito en 1989 entre Eaton Leonard Technologies Inc. (principal) e *Ingmar GB Ltd.* (agente), domiciliadas en California y Reino Unido respectivamente. En el contrato se eligió el Derecho de California. El problema surge en relación con la aplicabilidad de las normas de la Directiva de 18 de diciembre de 1986, sobre el contrato de agencia, que disciplina las consecuencias de la extinción de la relación, reconociendo al agente el derecho a cobrar una indemnización o la reparación del perjuicio que le haya irrogado tal extinción. Si se puede evitar la aplicación de las normas de

¹⁵ Lo que no es el caso, frente a lo que se entendió cuando se estaba gestando la directiva sobre servicios del mercado interior, que parecía que iba a imponer el principio de la ley del país de origen.

¹⁶ En ese caso resultaba aún más elocuente la necesidad de huir de las leyes estatales por tratarse de un contrato entre una empresa italiana y una agencia estatal de un país de Oriente medio.

protección de una categoría de contratantes y de la concurrencia en el mercado mediante la simple inclusión de una cláusula de elección en el contrato, es claro que resultarán baldíos los esfuerzos de regulación. Por ello, sanciona el Tribunal, «... la función que desempeñan las disposiciones de que se trata exige que éstas se apliquen cuando la situación tenga una relación estrecha con la Comunidad, en particular, cuando el agente comercial desempeñe su actividad en el territorio de un Estado miembro, sea cual fuere la ley a la que las partes hayan pretendido someter el contrato». La solución dada por la jurisprudencia provocó un verdadero terremoto¹⁷, porque era susceptible de ser aplicada a todos los sectores en los que existieran normas de protección, desplazando el juego normal de la norma de conflicto convencional¹⁸.

3. La ley aplicable en defecto de elección. *El asunto Definitely Maybe (Touring) Ltd c. Marek Lieberberg Konzertagentur GmbH*. El litigio enfrentaba a los managers de un grupo musical inglés, Oasis, y los organizadores de un concierto de tal grupo en Alemania, que se negaban a pagar todo el precio pactado alegando que había existido deficiente cumplimiento del contrato, porque uno de sus carismáticos componentes no había actuado. La *Queen's Bench Division (Commercial Court)*, si bien se niega a desplazar la presunción cada vez que existe una disparidad entre la residencia habitual del deudor de la prestación característica y el lugar de su ejecución, termina reconociendo que es uno de los casos típicos en los que tal cosa puede ocurrir y que «*apart from the location of the claimants and the group, and the place of payment, there is no other connection between England and the contract*», por lo que aplica Derecho alemán (sentencia de 30 de marzo de 2001)¹⁹. El caso ilustra bien claramente el problema suscitado por la yuxtaposición aparente de posiciones metodológicas en el art. 4 CR, conviviendo la norma de conflicto (vínculos más estrechos), y sistema de presunciones (la general, residencia habitual, sede o establecimiento del deudor de la prestación característica) y una norma de cierre que reproduce el criterio de conexión con la formulación típica de una cláusula de excepción. Fruto de esa acumulación han sido las diversas lecturas jurisprudenciales, donde, si bien mayoritariamente se ha entendido que las presunciones eran débiles, no han faltado posicionamientos que terminaron por dotarles de la fuerza obligatoria de una verdadera norma de conflicto.

¹⁷ Puede verse una completa recopilación de los trabajos realizados a raíz de esta sentencia en J. J. EZQUERRA UBERO, «La sentencia "Ingmar" y la evolución del Derecho internacional privado de los contratos», en A. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, 2006, pp. 193 ss.

¹⁸ No obstante, la sentencia del Tribunal de casación de París de 28 de noviembre de 2000 afirma que las disposiciones de protección del agente no son internacionalmente imperativas.

¹⁹ Véase un completo análisis en W. E. O'BRIAN JR, «Choice of Law under the Rome Convention: the Dancer or the Dance», en *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2004, pp. 375 ss. Recientemente, la sentencia de 23 de enero de 2007 de la *High Court (Chancery Division)* de Inglaterra y Gales afronta un caso similar: ¿Qué ley puede regir el contrato en virtud del cual un individuo establecido en Inglaterra se compromete frente a una empresa malaya a llevar vehículos desde Sudáfrica a Malasia? La inglesa desde luego no. Para el tribunal, la sudafricana.

4. El alcance de las normas imperativas y la protección del consumidor activo²⁰. Durante una estancia en Las Palmas de Gran Canaria, un grupo de turistas alemanes recibe una oferta para realizar una excursión por esta isla española. En el momento de servir el almuerzo, y después de haber sido generosamente agasajados con todo tipo de bebidas, aparece un vendedor de artículos de cama de fabricación alemana, que les induce a comprar, cosa que efectivamente hacen. Resulta que en el contrato no se especificaba cuál debía ser su ley rectora, señalando sólo que el lugar de ejecución sería Alemania, tras la cesión del negocio a una empresa de este país. En ese momento el ordenamiento alemán concedía un derecho de desistimiento sin causa a los adquirentes de mercancías fuera de establecimiento, mientras que el español no lo hacía, por no haber traspuesto en tiempo la directiva comunitaria sobre ventas celebradas fuera de establecimiento mercantil. Cuando los adquirentes advierten que han sido víctimas de algo parecido a un fraude, y al amparo de las facultades reconocidas por su propia ley, comunican a su contraparte que desean apartarse de ese negocio; reclamado a pesar de ello el pago del precio, surge el contencioso, y ahí es donde los tribunales alemanes despliegan su mejor técnica para conseguir la aplicación del Derecho del foro a un contrato que no podía quedar sometido a la ley de la residencia habitual de los compradores, por no ser consumidores en los términos que el art. 5 del CR los definía. Lejos de emplear los mecanismos de protección (generales o específicos para contratantes débiles) conocidos en el ordenamiento aplicable sin duda —el español—, se acude a diversos artificios para terminar afirmando que los negocios pertenecían por su propia naturaleza al mercado alemán y a la *lex fori*, y uno de ellos es el recurso a las normas imperativas del foro del antiguo art. 7. A partir de ahí se hace más viva la discusión sobre la identificación de las normas de policía del art. 7 (¿se refiere a normas de Derecho privado o público, o de ambos tipos?) y la manera en la que se relacionan las disposiciones imperativas referidas en normas de conflicto de sectores específicos (consumo y trabajo) y las de esa disposición (exclusión o alternatividad)²¹.

3. EL TEXTO DEFINITIVO: LA VIDA SIGUE IGUAL.

En relación con el CR, no existen grandes transformaciones en los dos primeros artículos del reglamento. Ámbito de aplicación y carácter universal permanecen sustancialmente.

²⁰ Para un estudio más detallado de las respuestas, vid. P. MANKOWSKI, «Zur Analogie im internationalen Schuldvertragsrecht», en *IPrax*, 1991, pp. 305 ss.

²¹ Así, el *BGH* alemán considera que quien no se beneficia de las normas de protección ex art. 5 no tiene derecho a recibir esa misma protección por la vía secundaria del art. 7 (sentencia de 26 de octubre de 1993); por el contrario, la *Cour de Cassation* francesa entiende que se puede aplicar la ley de la residencia habitual del consumidor por el cauce de las normas imperativas del mencionado art. 7 (sentencia de 23 de mayo de 2006).

Conviene destacar cuatro exclusiones expresas²²: La no aplicación, en particular, a las materias fiscales, aduaneras y administrativas, con lo que deja abierta la duda de si vale o no para los contratos suscritos por las Administraciones públicas; la exclusión de las relaciones que la ley considere que tienen efectos comparables a las de familia, con lo que se da respuesta a un problema -el de las parejas de hecho- inexistente en 1980, con la importancia cuantitativa que tiene hoy en día, pero cuyo alcance debería ser relativizado para permitir que las parejas heterogéneamente conectadas residentes en países que (como España) no tienen legislación específica en la materia, puedan seguir confiando en las soluciones del reglamento en cuanto a organización de las consecuencias patrimoniales de su unión; las obligaciones que se derivan de los tratos previos a la celebración de un contrato, que habían recibido una calificación extracontractual (aunque la *lex contractus* termine extendiendo su sombra también en este sector: art. 12 del reglamento Roma II); por último, quedan fuera los seguros que por razón de su finalidad se emparentan más con los sistemas de previsión social que con el derecho de contratos.

Los artículos sucesivos mantienen en lo esencial la estructura del CR: Empezando por los dos grandes “momentos caracterizantes del sistema”²³, uno de los cuales permanece en lo esencial y el otro ha sido transformado en el sentido de la amputación: Puestos en la tesitura de cambiar las normas, no parece que se haya dudado ni un momento en que el criterio de conexión principal tiene que seguir siendo la autonomía de las partes. Lo malo son las otras opciones: En defecto de elección, ¿flexibilidad o rigidez? Aquí el legislador de 2009 ha actuado como una especie de intérprete auténtico del de 1980, ha buscado en las fuentes de lo que se quiso hacer; ha descubierto que la idea era una norma rígida, y eso ha hecho. Curioso que no haya planteado una adaptación a los hábitos recién adquiridos por los operadores jurídicos europeos, sino un regreso al pasado. Sigue una pléyade de normas para contratos concretos (consumo, trabajo, seguros y transporte), para terminar con reglas que contemplan situaciones negociales concretas (básicamente, normas imperativas, cuestiones de capacidad, ámbito de aplicación de la ley aplicable, cesión, subrogación, compensación, pluralidad de deudores). En las páginas que siguen utilizaremos esta estructura.

3.1. Las grandes opciones: Lo que permanece.

No puede decirse que haya existido un notable cambio en el primero de los criterios de conexión retenidos. La autonomía de la voluntad sigue siendo la regla,

²² En lo esencial seguimos en este punto a S. BOLLÉE y S. LAMAIRE, «Le règlement n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit Rome I. Présentation générale», en *Recueil Dalloz*, 2008, p. 2156.

²³ La expresión es de U.VILLANI

carente prácticamente de limitaciones (art. 3). Eso no se discutió en el momento de elaborar el CR -más que nada porque constituye un principio casi universal de ordenación, de indiscutible utilidad económica- y no se discutió en el trámite de la reforma. Las partes van a poder seguir eligiendo el ordenamiento que más les guste, conectado o no con el caso, de forma expresa o tácita (con todas las reservas que ésta pueda suscitar, porque cuando dos contratantes quieren elegir un Derecho lo hacen sin más, y no van dejando pistas al juez reconvertido en una especie de Hercule Poirot resucitado), elección única o múltiple (algo bastante irreal, por lo demás)... Única limitación es la prohibición de expropiar derechos adquiridos por terceros mediante el cambio posterior de la ley aplicable (no tiene la misma naturaleza ni se dirige a los mismos destinatarios la garantía de que el contrato no pierde su validez porque la ley posteriormente elegida sea más estricta desde el punto de vista formal)²⁴.

La expresión "los contratantes votan con los pies" aplicada a los conflictos de leyes puede ser impactante, pero está hueca por dentro. Eso vale para los impuestos o para las contribuciones a los sistemas de previsión social, pero no para el Derecho privado²⁵. No está al alcance de un contratante medio realizar todas las inversiones que comporta una cláusula de elección de ley (y mucho menos desplazarse en busca del sistema jurídico técnicamente mejor): Identificar posibles leyes en concurrencia, conocerlas suficientemente bien para deducir qué ventajas presentan y qué inconvenientes ofrecen, negociar sobre ellas, redactar una cláusula de elección que valga en los posibles foros que podrían conocer de una controversia derivada del contrato²⁶. Más que la posibilidad de optar por el mejor o más adaptado sistema, la regla de la autonomía presenta una ventaja innegable, que es aportar certeza desde el primer momento en cuanto al contenido de derechos y obligaciones y convertirse en un elemento más en el intercambio, en el bien entendido de que no es demasiado frecuente que se elija la ley de ese Estado tercero que ofrece la mayor calidad sino la ley de uno de los dos contratantes, al que se beneficia por reducirle los costes de información del Derecho rector.

Lo que es cierto es que para los operadores más sofisticados sí que es real la posibilidad de huir de un sistema legal y judicial, y eso coloca al legislador nacional ante la evidencia de que no tiene el monopolio para

²⁴ Con carácter general sobre el art. 3 CR, *vid.* F. VON WILMOWSKY, «EG-Vertrag und kollisionsrechtliche Rechtswahlfreiheit», en *RebelsZ*, 1998, pp. 1 ss.

²⁵ G. WAGNER, «The Economics of Harmonization: The Case of Contract Law», 39 *Common Market Law Review*, 2002, pp. 1006 ss.

²⁶ Si la determinación de la ley se hace *ex post*, los costes de búsqueda sólo se retrasan en el tiempo pero no desaparecen, y crecen los de error del tribunal, cuando su decisión no maximiza el valor del intercambio. Además, hay que contar con el uso oportunista del litigio y la mayor duración de éste: *Cfr.* M. WHINCOP y M. KEYES, Putting the "private" back into private international law: Default rules and the proper law of the contract, 21 *Melbourne University Law Review* 1997, p. 532. En nuestro ámbito los costes de redacción son casi inexistentes, al no exigir el art. 3.I RR especiales requisitos de ningún tipo.

disciplinar las relaciones contractuales, y eso a su vez genera incentivos para legislar mejor²⁷.

A partir de ahí, el art. 3 recoge dos referencias a disposiciones imperativas, una ya conocida y la otra que codifica algo parecido a la doctrina sentada en la precitada sentencia Ingmar:

Art. 3.3. Cuando todos los demás elementos relevantes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese país que no puedan excluirse mediante acuerdo.

Art. 3.4. Cuando todos los demás elementos relevantes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro no impedirá la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo.

Nada nuevo se puede decir respecto a la primera: De un lado, es difícil que en un contrato en el que se incluya una cláusula de elección de ley todos los elementos (salvo la cláusula, claro) se encuentren vinculados a un solo ordenamiento; de otra parte, lo que se permite no es un verdadero ejercicio de autonomía conflictual sino más bien una especie de incorporación por referencia, integrando con materiales procedentes de una ley extranjera lo que los contratantes pueden estipular específicamente porque la ley del foro se lo permite, en los huecos dejados por las normas imperativas. La norma no es "eurocéntrica", sino que obliga al juez comunitario a salvaguardar la imperatividad del sistema mayoritariamente afectado, europeo o no.

La segunda es la gran novedad, y habría que empezar por corregir su tenor: La hipótesis que regula no es la de elementos negociales "localizados en uno o varios Estados miembros", sino sólo la segunda. Cuando se acumulen en un solo territorio estaremos en la hipótesis del artículo anterior, y las disposiciones imperativas del foro incluirán las del Derecho comunitario. En segundo lugar, hablamos de normas de Derecho derivado siempre que no sean normas de conflicto: Las de Derecho comunitario originario (las libertades comunitarias) se aplican sin condición alguna, unilateralmente, por su propia naturaleza; las normas de conflicto contenidas en directivas o reglamentos, por ser ley especial cuya primacía asegura el art. 23 del reglamento²⁸. Tercero, recuérdese que la imperatividad de las normas del Derecho

²⁷ Cfr. Ch. KIRCHNER, «An Economic Analysis of Choice of Law and Choice of Forum Clauses» en J. BASEDOW y T. KONO, *An Economic Analysis of Private International Law*, Tubinga, 2006, p. 47.

²⁸ Cfr. L. D'AVOUT, «Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I», en *Recueil Dalloz*, 2008, p. 2167.

comunitario y la consiguiente indiferencia a las cláusulas de elección de ley no es algo inventado por el Tribunal de justicia en la sentencia Ingmar; sino que existía ya en las directivas sobre protección de consumidores (por ejemplo en la de cláusulas abusivas de 1993). En cuarto lugar; se ha partido de una falsa idea de correcta transposición de las directivas en los ordenamientos nacionales y de ahí la fungibilidad de los sistemas, única razón que explica que se hayan de aplicar las normas imperativas tal y como existen en el Derecho del foro: Nada garantiza que se llegue así al mismo resultado en todos los Estados miembros de la UE, y sin salir del propio ámbito de la agencia es conocida la disparidad de soluciones en cuanto a consecuencias de la extinción de la relación, o en tema de multipropiedad el abanico de modalidades en las que se ha entendido la relación entre empresa y usuario es más que notable (sociedad, club, derecho real limitado, derecho de crédito). Por último, es paradójico que con el actual art. 3.4 no se podrían alcanzar los resultados presumiblemente queridos por el legislador; en la medida en que existen elementos relevantes en la relación situados fuera del espacio comunitario. Dicho de otro modo, si lo que se quería era trasladar el fallo de la mencionada sentencia al reglamento, la verdad es que no se ha logrado.

En la parte más positiva del art. 3.4, dos elementos destacan: Su flexibilidad y su apertura hacia el futuro. Las normas europeas no tienen que ser aplicadas en todo caso, sino que parece razonable deducir de su tenor que la expresión “no impedirá” es sólo una salvaguardia en manos del juez. Nada le obliga a dar eficacia a las disposiciones imperativas del Derecho comunitario (no se dice “se aplicará”), sino que su función consistirá en comparar los standards de protección vigentes en el ordenamiento designado y en el sistema europeo, aplicando éstos sólo si en otro caso no se consiguen los objetivos diseñados. En fin, es una norma abierta a futuras evoluciones, y jugará un papel importantísimo a la hora de asegurar la compatibilidad del derecho derivado y el reglamento. Además, puede coadyuvar – aunque sin garantizar nada- a la protección de aquellos profesionales que por serlo no se benefician de ninguna norma de conflicto de contenido tuitivo pero que han sido objeto de atención comunitaria por su menor poder de negociación. Va de suyo que no puede funcionar en los ámbitos materiales cubiertos por normas de conflicto especiales (consumo, trabajo en particular; que es donde podría tener un enorme espacio de desarrollo).

La gran sorpresa del reglamento ha sido la omisión final de referencias a la posibilidad de elegir un ordenamiento de origen no estatal. En la propuesta de reglamento presentada el 15 de diciembre de 2005 se contenía una norma en el art. 3.2 de acuerdo con la cual «las partes también podrán elegir como ley aplicable principios y normas de Derecho material de los contratos, reconocidos a escala internacional o comunitaria». La Comisión explicaba que se quería hacer alusión

a los principios Unidroit, a los Principles of European Contract Law, a un eventual futuro instrumento europeo opcional, pero en ningún caso a la *lex mercatoria*. La respuesta a esa propuesta fue, en este tema, prácticamente única, favorable. Por fin los tribunales podrían dar validez a pactos de elección de sistemas que incorporan soluciones no nacionales. Y sin embargo en el texto final esa opción ha desaparecido, manteniendo sólo una formulación *light* en el considerando 13: «El presente Reglamento no impide a las partes incorporar por referencia a su contrato un Derecho no estatal o un convenio internacional»²⁹. El problema es hartamente falso: Es arduo imaginar una ley estatal que no permita albergar en su seno mediante elección por los privados de alguno de estos cuerpos de principios, usos y reglas, pero no se ha podido dar el paso de permitirles la absoluta desnacionalización de los contratos, y todo tiene que pasar por un ejercicio de autonomía conflictual clásico.

Permítasenos insistir en que el art. 3 contiene las condiciones europeas de uso de la autonomía de la voluntad como criterio de conexión. El objetivo es la uniformidad, de manera que no es que se haya dejado a cada jurisdicción nacional la decisión última acerca de si admite o no cláusulas de elección de la *lex mercatoria*. Ningún tribunal de un Estado miembro podrá dar validez a un pacto con ese contenido (aunque es defendible que sea construida una cláusula de ese tenor como elección de ley estatal e incorporación por referencia).

La consecuencia de ese temor final será el incentivo del arbitraje: Los árbitros sí que pueden actuar con libertad, seleccionar la norma de conflicto que les parezca oportuna y aplicar el sistema normativo que mejor se adapte al caso concreto. Si a eso le agregamos el éxito universal del Convenio de Nueva York de 1958 y la consiguiente improbabilidad de que el laudo tropiece con dificultades de ejecución, el resultado es diáfano³⁰. Existen en este tema, a nuestro juicio, varios niveles de construcción. En principio, lo que es evidente es que si las partes quieren desnacionalizar su contrato pueden hacerlo, incluso con esa opción a favor de la incorporación por referencia, y sin necesidad de acudir al arbitraje; basta elegir materiales normativos bien sistematizados y exhaustivos: La exitosa experiencia con las reglas de la Cámara de Comercio Internacional en materia de crédito documentario es un ejemplo excepcional. De la misma manera, nada impedirá que se elijan los Principios europeos sobre Derecho contractual o el Convenio de

²⁹ He aquí un ejemplo de los compromisos a los que se ha tenido que llegar en la redacción del Reglamento, evidenciados por S. LEMAIRE, «Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement Rome I», en *Recueil Dalloz*, 2008, p. 2160: Las aspiraciones que no han podido convertirse en norma han quedado relegadas a criterio de interpretación en los considerandos iniciales.

³⁰ «The parties may have an additional reason to prefer their disputes to be resolved by arbitration rather than by national courts», sostienen BOELE WOELKI y LAZIC, postulando una admisión de la posibilidad de elegir una ley no estatal al menos en las relaciones entre profesionales: Where do we stand on the Rome I Regulation?, en *The future of European Contract Law. Liber amicorum E. H. Hondius*, Alphen aan den Rijn, 2007, pp. 29 ss. Observaciones similares en O. LANDO y P. RANT NIELSEN, «The Rome I Proposal», en *Journal of Private International Law*, 2007, pp. 31 ss.

Viena de 1980 sobre compraventa de mercaderías, siempre dentro del marco de la normativa estatal aplicable. La típica objeción de su difícil conocimiento o de su carácter lagunoso está perdiendo base real a marchas forzadas, de modo que las más de las veces, si los contratantes seleccionan con cuidado las normas correctas, será una elección autosuficiente. En segundo lugar, en la realidad del arbitraje es muy raro que las partes escojan la *lex mercatoria* o alguna de sus manifestaciones como normativa aplicable³¹. En último término, para los jueces estatales sería muy difícil resolver de acuerdo con ese Derecho no estatal, porque su formación es en su propio ordenamiento y porque la descomunal carga de trabajo que padecen no les permite realizar las indagaciones que estimen necesarias, tratándose de sistemas a veces fragmentarios y de contenido vago, difuso o indeterminado. Dicho de otro modo, una elección con ese tenor sigue teniendo mayor sentido en el marco del arbitraje, no fuera de él.

3.2. Las grandes opciones: Lo que podría cambiar.

No siempre es posible elegir el Derecho rector del contrato. A veces los negociadores no son juristas y por lo tanto no llegan a entender las consecuencias legales de la internacionalidad de la relación. Más incluso: La cláusula de *electio iuris* es cara, y es por ello tarea del legislador prever una respuesta para esos casos en los que no se ha querido o no se ha podido hacer un ejercicio de autonomía conflictual, suministrando soluciones que no quiebren las expectativas de los contratantes y que seleccionen aquel sistema de entre los presentes -y con vocación de encontrar aplicación- que contribuya al desarrollo del comercio internacional (o, al menos, que no suponga una rémora), entendiendo por tal aquel cuya aplicación sea menos costosa. De esta forma las empresas se dedican a hacer lo que saben, con la confianza de que el legislador les asiste en lo que no es propio de su objeto social.

En el proceso de ejecución del contrato habrá una parte cuyas prestaciones están más reguladas que las de la otra, caso en el que la aplicación del ordenamiento de aquélla es globalmente más beneficioso. Esta es la idea de la que parte la construcción vertebrada en torno a la noción de prestación característica: Quien se limita a pagar dinero no merece igual protección que quien exporta bienes y servicios. Ni que decir tiene que como método encuentra dos serios obstáculos: Su incapacidad para dar respuesta a los contratos en los que ambas partes realizan prestaciones sustancialmente iguales y a los contratos complejos en general; el ahorro se explica bien cuando se coloca en la perspectiva del fabricante, pero no en la de los restantes operadores de la cadena de comercialización. No obstante las críticas, la necesidad de dotar al intérprete —en particular al

³¹ Menos del 1% de los casos, según la información que ofrece F. GARCIMARTÍN en «El reglamento “Roma I” sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?», en *Diario La ley*, n° 6957, 30 de mayo de 2008, p. 9.

continental- de una guía para la aplicación del criterio de la vinculación más estrecha condujo al hasta ahora vigente sistema de presunciones de los párrafos 2 al 4 del art. 4 CR. Sobre ellas tendría que detenerse y argumentar específicamente si seguía sus resultados o no. No podemos despreciar un dato relevante, y es que la norma tuvo el dudoso mérito de generar tantas interpretaciones sobre la forma correcta en que debía ser aplicada cuantos intérpretes la estudiaron: Presunciones fuertes, presunciones débiles, normas sobre inversión de la carga de la prueba, guías utilizables sólo en casos de extrema dispersión...³² Más allá de los detalles concretos del debate, no es de recibo que se defiendan soluciones que hacen superfluo alguno de los párrafos de la norma, como si el legislador se dedicara a emanar disposiciones sólo por el gusto de animar la cuenta de resultados de las empresas papeleras. En particular, es intolerable una idea extendida según la cual bajo ningún concepto podría el juez preferir la ley de los vínculos más estrechos cuando no coincidiera con la de la residencia habitual, sede o establecimiento del deudor de la prestación característica, derogando el criterio de conexión del apartado I por la discutible vía de la interpretación doctrinal. Lo peor es que algunas jurisprudencias nacionales habían llegado a resultados abiertamente contradictorios con el principio retenido, aplicando la presunción de la prestación característica sin admitir desviaciones³³.

Con todas las incertidumbres colaterales que se quisiera, en el CR estaba claro que el criterio de conexión era el de los vínculos más estrechos. No cabe duda de que necesitaba una labor cosmética (en su momento defendimos la supresión del párrafo 5), o simplemente esperar a que el Tribunal de Justicia tuviera tiempo de aquilatarlo. Pero el Libro verde para la reforma del CR describía un panorama desalentador. Después de reconocer que la materia no se presta a precisiones rigurosas, que debe alcanzarse un equilibrio entre las normas que otorgan una total libertad a los jueces y las rígidas que no dejan espacio para la adaptación al supuesto concreto, alertaba de que se habían detectado varias resoluciones que buscaban

³² El problema del art. 4 no es en sí la presunción sino la delicada relación, no del todo clara, que la norma establece entre las diversas presunciones y la cláusula de excepción (N. BOSCHIERO, «Verso il rinnovamento e la trasformazione della CR: problemi generali», en P. PICONE ed., *Diritto internazionale privato e Diritto comunitario*, Padua, 2004, p. 415).

³³ En la jurisprudencia holandesa es muy significativa la sentencia dictada en el caso *Société Nouvelle des Papetries de l'Åa c. Maschinenfabrik BOA (Hoge Raad, 25 de septiembre de 1992)*, con nota de STRUYCKEN en *LLMCLQ*, 1996, p. 18. Se trataba de un contrato para la compra de maquinaria concluido entre un comprador establecido en Francia y un vendedor holandés. Se aplica Derecho holandés a pesar de que todos los factores (salvo la residencia del deudor de la prestación característica) apuntaban hacia el ordenamiento francés: lugar de negociación, lengua, moneda, nacionalidad del agente del vendedor y lugar de ejecución (entrega y ensamblaje). Se sienta la regla según la cual tanto el tenor como la estructura del art. 4 y la uniformidad en la aplicación de la ley a que el CR apunta significan que la excepción a la *regla principal del párrafo 2* debe ser aplicada restrictivamente, en el sentido de que cabe apartarse de ella sólo si en las particulares circunstancias del caso se tiene que concluir que el lugar de negocio de la parte que tiene a su cargo la prestación característica no tiene significación real como factor de conexión. Críticos con la utilización de las fórmulas regla principal y excepción R. PLENDER y M. WILDERSPIN, *The European Contracts Convention*, Londres, 2001, p. 122. Idéntica orientación en la jurisprudencia belga: Sentencias de la *Cour d'appel d'Anvers* de 3 de enero de 1995, del tribunal de primera instancia de Hasselt de 24 de febrero de 1992 o de la *Cour d'appel de Mons* de 4 de mayo de 1987.

inmediatamente la ley correspondiente al criterio de proximidad, sin pasar por la presunción del número segundo, y advertiría de que la cláusula de escape tenía que ser raramente utilizada. Se proponían dos posibles soluciones: a) Supresión pura y simple del apartado primero del art. 4, subrayando así el carácter excepcional del parágrafo 5; b) Modificación del número 5, para redactarlo "a la suiza", es decir exigiendo una condición negativa para entrar en juego (que la ley designada no presente vinculación significativa con el caso) y otra positiva (que presenta éste vínculos substancialmente más estrechos con otra ley)³⁴. Teniendo en cuenta que será realmente difícil que se dé la primera (alguna relevancia tendrá la ley del prestador característico), los resultados de las opciones venían a ser prácticamente iguales. Pero en todo caso la filosofía de la norma seguía intacta, siendo necesario individualizar la ley de los vínculos más estrechos, como paso intermedio en la justificación del juego o descarte de la ley del prestador característico.

Pero el producto final es una fórmula de resultados imprevisibles. Realmente no se sabe qué se ha querido hacer ni a dónde va a llevar esta nueva redacción del art. 4. No hace falta insistir demasiado en que cuando hablamos de involución hablamos de esta norma.

Su tenor es el siguiente:

- I. A falta de elección realizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 a 8, la ley por la que se regirán los contratos se determinará de este modo:
 - a) el contrato de venta de bienes se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual;
 - b) el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual;
 - c) el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se regirá por la ley del país donde esté sito el bien inmueble;
 - d) sin perjuicio de la letra c), el arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos se regirá por la ley del país donde el propietario tenga su residencia habitual, siempre que el

³⁴ Evidentemente no son fórmulas inconciliables: la propuesta del Grupo Europeo de Derecho internacional, coetánea, abogaba por convertir la prestación característica en criterio de conexión e introducir la doble condición antes mencionada en la cláusula de escape o excepción, limitando el papel de la conexión vínculos más estrechos a los supuestos de imposible individualización de tal prestación.

- arrendatario sea una persona física y tenga su residencia habitual en ese mismo país;
- e) el contrato de franquicia se regirá por la ley del país donde el franquiciado tenga su residencia habitual;
 - f) el contrato de distribución se regirá por la ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual;
 - g) el contrato de venta de bienes mediante subasta se regirá por la ley del país donde tenga lugar la subasta, si dicho lugar puede determinarse;
 - h) el contrato celebrado mediante un sistema multilateral que reúna o permita reunir, según normas no discrecionales y regidas por una única ley, los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros, tal como estipula el artículo 4, apartado 1, punto 17), de la Directiva 2004/39/CE, se regirá por dicha ley.
2. Cuando el contrato no esté cubierto por el apartado 1 o cuando los elementos del contrato correspondan a más de una de las letras a) a h) del apartado 1, el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte a la que se exija la ejecución de la acción que caracteriza el contrato.
 3. Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país.
 4. Cuando la ley aplicable no pueda determinarse con arreglo a los apartados 1 o 2, el contrato se regirá por la ley del país con quien presente los vínculos más estrechos.

Esto suena a música dodecafónica, caos igualitario. Porque vamos a ver: ¿Cuál es el criterio de conexión? Leyendo los antecedentes y la norma se puede pensar que el legislador quiere que el aplicador busque la prestación característica del contrato y esté a la ley de quien la tenga a su cargo (no se pierda de vista que hablamos de un sistema rígido de selección de la ley aplicable). Es la idea que late en el apartado segundo. Pero si el apartado tercero garantiza la aplicación de la ley que presenta los vínculos más estrechos (método flexible), aunque sea como excepción,

lo cierto es que el juez tiene que verificar cuál es ese Derecho más vinculado, que en tanto que ostenta cierta primacía podemos entender que sigue presidiendo el sistema. Más incluso: No parece demasiado previsible que un legislador racional haya querido abandonar radicalmente las posibilidades de adaptación del resultado a las peculiaridades del caso³⁵. Así las cosas, podemos formular las siguientes proposiciones:

1. No se ha solventado el problema de la interrelación entre los párrafos (métodos) que conviven en el art. 4. En el texto convencional las dudas se centraban básicamente, como vimos, en el carácter de la presunción y la excepcionalidad de la cláusula de escape; ahora la duda estriba en las condiciones de entrada en juego del párrafo tercero.

2. El párrafo primero recoge criterios de conexión, aunque en puridad deban funcionar como presunciones, con la peculiaridad de que no responden todos al mismo principio. El resultado es ciertamente impactante: Se empieza generando la apariencia de que la clave fundamental del modelo es la regla de la prestación característica, y se le convierte en criterio de cierre en el apartado segundo. Pero el presunto principio básico no ha sido capaz de inspirar el primer párrafo, y queda sometido a vigilancia en el tercero:

2.1. Se ha abandonado la idea de prestación característica en la selección de la ley aplicable a algunas categorías negociales; de hecho, si la intención del legislador fuera acogerla, no existiría el párrafo primero: Admitamos en todo caso que aparece en las letras a (contratos de venta) y b (prestación de servicios); mas cuando se introduce en el mundo de los contratos complejos (distribución, franquicia) cabe pensar o bien que ha querido seguir apoyándose en el método y selecciona lo que a su juicio es la prestación más característica o bien que ha prescindido de él. Si ha hecho lo primero ha evidenciado las carencias y decisiones caprichosas a que conduce³⁶; si ha optado por lo segundo ha evidenciado que no vale más que para especies sencillas, en las que además no aporta nada.

³⁵ Un panorama de Derecho comparado elocuente de hasta qué punto se imponen soluciones flexibles en todos los sectores del ordenamiento, en S. SYMEONIDES, *The American Choice of Law Revolution in the Courts: Today and Tomorrow*, BRILL, 2006, pp. 417 ss.

³⁶ Una exposición de las variadas soluciones legales y jurisprudenciales y de sugerencias doctrinales relativas a los contratos de distribución en J. J. FORNER DELAYGUA y otros, *Materiales de Derecho del comercio internacional*, Barcelona, 2006, p. 323. En materia de contrato de franquicia, se pondera con razón que no puede predeterminarse dónde está el centro de gravedad del contrato, vista la variedad de cláusulas que suelen incluirse, y que no existe consenso en cuanto a la individualización de la prestación característica (cfr. C. PELLISÉ de URQUIZA, *Los contratos de distribución comercial. Problemas de derecho internacional privado en la Comunidad europea*, Barcelona, 1999, pp. 202 ss.; no obstante, la A. termina defendiendo una presunción que predetermine la ley aplicable, que sería la del distribuidor, usando al efecto las denostadas presunciones). Una brillante exposición de las razones que militan a favor de la ley del franquiciador, si perjuicio de que se llegue a conclusiones diferentes, en J. C. FERNANDEZ ROZAS y otros, *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, 2007, p. 518. Por ello, es lógico que P. LAGARDE denuncie la apariencia de arbitrariedad en la selección: Remarques sur la proposition..., *op. cit.*, p. 339. Un ulterior ejemplo en la sentencia de la *Court of Appeal (Civil Division)* de Inglaterra y Gales de 10 de abril de 2006, que, llamada a pronunciarse sobre la ley rectora del reaseguro, concluye que la prestación característica es el pago en caso de siniestro (otra cosa es que determine que la ley rectora es la inglesa porque ese pago tendría que realizarse en Inglaterra). En el mismo sentido pero con localización *legal* en la sentencia de la *High Court (Commercial Court)* de Inglaterra y Gales de 19 de agosto de 2005.

Tercera opción: A su juicio, el distribuidor y el franquiciado son contratantes débiles que necesitan especial protección. Semejante disparate –en particular cuando hablamos de distribución- tropieza con la realidad de un mercado dominado por las grandes empresas francesas de distribución, capaces de imponer sus condiciones a los fabricantes; en segundo lugar, es patente la falta de continuidad con la disciplina sobre competencia judicial internacional con la que se quiere alinear este reglamento.

Por supuesto, para los contratos de arrendamiento e inmobiliarios y las ventas en subasta y en mercados financieros ha respetado la tradición y no la ha sido seguido en absoluto.

2.2. El problema de los catálogos de tipos contractuales es que siempre hay espacios grises, donde caerán especies negociales de dudosa calificación³⁷. Si finalmente se opta por un molde u otro las consecuencias son gravísimas, porque la elección es entre métodos no inspirados en la misma filosofía³⁸. Lo anormal es que encontremos tipos tan definidos como los que recoge el número primero.

3. El método de la prestación característica no es el paradigma de la certeza o la previsibilidad, porque es tan maleable como el de vínculos más estrechos; por ello no puede convertirse en instrumento aislado de selección de la ley aplicable. Incluso para los contratos más sencillos, la experiencia ha demostrado hasta qué punto los jueces han hecho caso omiso de las enseñanzas tradicionales de quienes lo cincelaron, han olvidado los ejemplos que recogía el informe oficial que acompañaba el CR, llegando incluso a considerar característico de una compraventa el pago del precio –grave herejía que convulsiona los cimientos del método³⁹, ante la que

A propósito de la identificación del concepto en cada categoría de contratos, *vid.* F.VISCHER, «The Concept of Characteristic Performance Reviewed», en A. BORRÁS y otros (eds.), *E pluribus unum. Liber amicorum G. A. L. Droz. On the Progressive Unification of Private International Law*, La Haya, 1996, p. 507. El legislador comunitario tenía modelos claros de identificación cerrada de la prestación más característica, el suizo en particular (por tipos negociales) y el austriaco (casi una definición, aquella por la que se paga dinero). Podemos pensar que si no usó ninguno de ellos es porque prefería una fórmula deliberadamente flexible (por no decir ambigua). La respuesta al Libro verde sobre la reforma que da el GEDIP es elocuente: Habrían querido ofrecer una lista de contratos para los que la prestación característica puede ser determinada con utilidad, aseguran, pero no se pudo completar porque algunos ofrecen dudas. Dicho de otra forma, que hay contratos en los que afirmar que una prestación es más característica que la otra es artificial.

Por lo demás, la lista contenida en reciente ley de Oregón constituye un buen ejemplo de la crisis y abandono de la fórmula apoyada en la residencia o sede del deudor de la prestación característica.

³⁷ A propósito del considerando 17 del reglamento y de la continuidad de conceptos, véase para la prestación de servicios, poniendo de manifiesto las divergencias con el Derecho derivado y las interferencias con la distribución, P.BERLIOZ, «La notion de fourniture de services au sens de l'article 5-1 b) du règlement "Bruxelles I"», en *Journal de droit international*, 2008, pp. 675 ss. Sobre las dificultades en la definición de contrato de prestación de servicios cabe recordar la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 23 de abril de 2009.

³⁸ Por ejemplo, ¿cómo se determina la ley aplicable a una operación de leasing? ¿Es una venta y estamos a la ley del vendedor? ¿Una prestación de servicios –financiación- y seguimos instalados en el mismo *approach*? ¿Y si no es ninguna de esas cosas y forzamos al juez a buscar la prestación característica? ¿O tal vez haya que reclamar el último inciso del art. 4.2 e individualizar la ley de los vínculos más estrechos? El ejemplo propuesto por el Instituto Max Planck («Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)»), en *RebelsZ*, 2007, p. 264) es realmente incisivo: En los contratos de franquicia o distribución con licencia accesoria de derechos de propiedad intelectual, ¿cómo se va a calificar? ¿Se va a fraccionar el negocio?

³⁹ Permitásenos remitir para ejemplos concretos a nuestro trabajo La ley aplicable al contrato en defecto de elección: Un análisis a través de la jurisprudencia, en *Revista del Poder Judicial*, 2004, pp. 11 ss.

palidecen las referidas oscilaciones en materia de contratos de distribución. A partir de ahí, encomendar al operador en los supuestos más complejos la búsqueda caso por caso de la prestación en cuestión equivale a reconocer que no hay un modelo coherente en el art. 4. Ese método de análisis constituye lo más antitético al método –rígido por definición- de la prestación característica. O sea, que volvemos al punto de partida. Al menos, se podía haber ofrecido alguna indicación sobre cómo se debe conducir esa investigación (por ejemplo, si se debe privilegiar la ley del oferente, si es decisiva la función del negocio, si se puede trazar una división en el interior de la prestación para ver qué prevalece, si la prestación pecuniaria o la no pecuniaria), lo que falta en los considerandos 19 a 21.

4. Una apuesta: Lo fácil es que, al final, nada cambie. Va de suyo que si en el curso de un procedimiento hay acuerdo sobre cuál es la ley de los vínculos más estrechos, el juez nada puede objetar. Incluso si las partes identifican como tal un Derecho cuya significación real es -a juicio del tribunal- nula, ese acuerdo es inatacable, en tanto que expresión del principio básico de autonomía de la voluntad. Es decir, sería una elección tácita, que no tiene que justificar su existencia en datos ajenos a los intereses de los contratantes. Pero si hay controversia (o sea, en absolutamente todos los casos que no caen en el art. 3 y es el art. 4 el que debe ser aplicado), la determinación de cuál sea ese ordenamiento conectado en mayor medida se impone. Y en esta fase del razonamiento nada hace pensar que se vayan a alterar los modos de funcionar de los últimos dieciocho años, que a su vez no diferían en gran medida de lo que se tenía antes de la entrada en vigor del CR, y que básicamente ha quedado reducida a una sola idea, y es que, en principio, se aplica la ley del foro⁴⁰.

Eso es sólo una apuesta. La incógnita permanece a día de hoy. En la presente situación, lo más fácil es que las partes negocien y elijan el Derecho aplicable, porque lo pueden hacer con plena libertad y con un coste asequible. Alguna vez se ha mantenido que las normas dispositivas tienen que ser tan poco razonables que obliguen a los contratantes a pensar y negociar⁴¹. Tal vez el legislador haya querido introducir un incentivo extremo en el art. 4: La certeza no es gratis, es claro, pero la única forma de lograrla está al alcance de los particulares.

Por lo demás, cuando estemos en una hipótesis de falta de elección por las partes de la ley aplicable, la respuesta del juez sólo podrá ser buscada en los ordenamientos estatales, nunca en los principios usuales del comercio internacional. Así se deduce de su tenor literal y de la necesidad de coherencia con el artículo 3.

⁴⁰ Por ello no hay que expresar ciertos temores como hace N. BOSCHIERO («Non si vede dunque la ragione per ritornare il regime indietro, e cancellare un'evoluzione tra le più importanti che ha interessato tutti i sistemi di conflitto europei, eliminando dalla formulazione dell'art. 4 il criterio principale del collegamento più stretto e dando di nuovo la preferenza a criteri fissi e precisi»; *op. cit.*, p. 419). Los tribunales son sabios y sabrán demostrar que la fuerza de la inercia es la más poderosa de las fuerzas de la naturaleza.

⁴¹ Extraemos la idea de V. BAR, BEALE, CLIVE y SCHULTZE-NÖLKE, *Principles...*, *op. cit.*, p. 96.

3.3. Normas de conflicto sectoriales.

Hacemos referencia aquí de las normas de conflicto para contratos de transporte (art. 5), consumidores (art. 6), seguros (art. 7) y trabajo (art. 8). La reforma ha perseguido un objetivo para cada uno de éstos: Sistematización, ampliación, simplificación, continuidad.

3.3.1. Transporte.

Sin grandes retoques, se ha llevado a una sola norma lo que antes estaba disperso. Lo más novedoso del reglamento probablemente es que sigue existiendo una norma sobre transporte, habida cuenta de lo superflua que resulta en presencia de la importante unificación sustantiva que se ha logrado, y que la convierte casi en papel mojado.

En este tema hay realmente dos filosofías diferentes, una para el transporte de mercancías (párrafo 1) y otra para el de personas (párrafo 2). Lo malo es que existen contratos mixtos de personas y mercaderías para los que –se supone- habrá que aplicar (segmentándolos) ambas filosofías.

a) El gran inconveniente de trasladar a este sector el método de la prestación característica es que puede desembocar en la aplicación de una ley, la del transportista, ajena a la estructura interna del negocio. Por eso en el art. 4.4 del CR se subordinaba a la presencia de un cúmulo de factores de proximidad la toma en consideración del Derecho del prestador característico. Esta cautela no cambia, y sólo se modifica la consecuencia en caso de que el establecimiento del transportista esté aislado: Ya no será preferida la ley de los vínculos más estrechos sino el lugar de entrega convenido (no el real) por las partes.

b) Para el transporte de pasajeros el objetivo es conseguir unidad de régimen jurídico. Un pasajero será normalmente un contratante situado en posición de inferioridad negocial, pero la traslación a este ámbito de las soluciones propias del Derecho de consumo (estar a la ley de su residencia habitual) introduce una distorsión para el transportista capaz de provocar efectos indeseables a largo plazo (repercusión en el precio del billete de la multiplicación de regímenes jurídicos a los que estará sujeto). De ahí el método en tres niveles que se adopta: Ley elegida de entre un catálogo cerrado de leyes, que a priori expresan todas una razonable vinculación con el objeto del contrato; en su defecto, ley del pasajero si se vincula significativamente con el contrato (exigencia de la concurrencia de un cúmulo de factores); en su defecto, ley más razonable desde un punto de vista económico (la del transportista).

En todo caso, la ley así designada está sujeta al test de los vínculos más estrechos (art. 5.3), lo que aleja al régimen de los transportes de personas del propio de los consumidores⁴²

3.3.2. Consumo.

El sistema convencional pasaba por la superación de dos exámenes, uno subjetivo (es consumidor quien adquiere bienes o servicios para un fin no profesional) y otro objetivo (modo de negociación y conclusión). Con él, el consumidor pasivo podía contar con la garantía de la aplicación de la propia ley o una más protectora, mientras que para el consumidor activo intracomunitario la protección se podría conseguir por medio de otros instrumentos específicos (directivas sobre cláusulas abusivas, negocios celebrados fuera de establecimiento, comercialización a distancia de servicios financieros, aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles,...), si se dan las condiciones para su aplicación, que puede resumirse grosso modo en la existencia de una vinculación suficiente entre el no profesional y el territorio europeo (art. 6 de la directiva de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores).

Con estos mimbres, por tanto, la clave fundamental se desplaza a la dimensión previa de la competencia judicial internacional: Cada vez que un tribunal europeo tenga motivos para conocer de un litigio en el que aparece envuelto un consumidor activo (y la competencia está garantizada por el tenor del art. 15 del reglamento 44/2001), la protección queda garantizada por el juego de esas directivas, y en particular de la precitada directiva de 5 de abril de 1993, que exige que el juez declare abusiva una cláusula en la que se le imponga al consumidor la competencia de los tribunales o la aplicación de la ley de la contraparte (o unos tribunales y/o una ley ajenos a las vicisitudes del negocio)⁴³. El desarrollo de una política de protección de los consumidores no exige que se aplique la ley de su residencia habitual en todo caso. Existen mecanismos igualmente idóneos en los ordenamientos de nuestro entorno (si no se admite esto, habrá que concluir que todas las iniciativas de unificación o armonización no han servido para nada) y el juego coordinado de todos los instrumentos en vigor permite afirmar que no hay realmente déficits de protección.

Otra historia es la del consumidor activo que se desplaza a un Estado tercero. Sería normal que tuviera la seguridad de que se verá sometido como mínimo al régimen local previsto para los consumidores, pero, con buena lógica, el legislador comunitario no puede garantizarle nada, con lo que si alguien decide voluntariamente salir del mercado comunitario se verá sometido al mismo tratamiento que cualquier

⁴² Va de suyo que la fórmula del art. 5.3 tiene que quedar restringida a los supuestos de determinación objetiva de la ley aplicable, nunca a los supuestos de elección por los contratantes.

⁴³ Sentencias del Tribunal de justicia de 27 de junio de 2000 y de 4 de junio de 2009.

otro contratante no consumidor. Eso ha quedado expresamente recogido en el nuevo art. 6.3 (vid. infra).

La reforma toma nota del espectacular desarrollo de las técnicas de comercialización a distancia, actuando en el sentido de la mayor claridad en la determinación de quiénes son consumidores merecedores de que se les aplique su propia ley, desbordando el margen tipológico que delineaba el CR. Bastará ahora que se adquieran bienes y servicios con un fin doméstico y que el profesional desarrolle sus actividades en el Estado del consumidor; las dirija hacia éste y el negocio se concluya en el marco de esas actividades⁴⁴. De este modo, la fórmula actual permite que entren en el ámbito de protección los mismos contratos que antes quedaban incluidos en el concepto de consumo (ventas a domicilio, contratos celebrados en ferias, ventas por catálogo,...), pero también aquéllos para los que surgieron dudas, como los supuestos de contratación en línea, para los que se discutió sobre quién realiza la oferta y cuál era el lugar de conclusión: Eso ya es un debate ajeno al art. 6 del Reglamento⁴⁵. La consecuencia cuando se esté en presencia de un consumidor merecedor de tutela es la alternativa entre o elegir un ordenamiento -contando con la protección mínima que brindan las normas sobre contratos de carácter imperativo de la ley de residencia del consumidor- o no hacer nada y aplicar íntegramente esta última ley. Nótese que el texto definitivo ha superado la estrechez de miras de la propuesta de 2005, en la que la norma se redactaba de forma unilateral y, en consecuencia, se impedía cualquier ejercicio de autonomía, olvidando que la posibilidad de elegir la ley aplicable puede servir para elevar el umbral de protección.

Es novedoso que para despejar alguna duda —si la hubo— el párrafo tercero del art. 6 dispone que los consumidores que no merezcan la aplicación íntegra de su ley (los activos, que de un modo u otro no son buscados en su propio mercado) se ven sometidos al régimen general: Autonomía plena y aplicación en su defecto -como regla- de la ley del profesional. Los presuntos abusos que genera esta norma son patéticas ensoñaciones de enfermos de cine gore. Ni que decir tiene que dentro del ordenamiento aplicable pueden gozar de la protección que les brinden las normas especiales sobre consumo, si el caso entra en su ámbito de aplicación.

Finalmente, las exclusiones recogidas en el apartado 4 responden a las inapropiadas consecuencias derivadas de la aplicación de la ley de la residencia del consumidor en

⁴⁴ Lo que le obliga a extremar la diligencia en la selección de los países en los que no quiere operar; y eso supondrá bloquear o advertir en sus páginas web que los productos ofrecidos no están disponibles cuando se contrate desde tal o cual Estado. Habrá que entender que si a pesar de todo una persona encarga tales productos desde ese lugar claramente excluido por el profesional, no podrá aquel tener la consideración de consumidor.

⁴⁵ En cuanto a los contratos concluidos por medios telemáticos, hay que retomar la vieja distinción entre páginas web activas y pasivas, tal y como hizo el legislador a propósito de los criterios de competencia judicial internacional en materia de consumo, limitando a los concluidos en el marco de aquéllas los que pueden ser merecedores de protección (considerando 24 del reglamento Roma I). igualmente, es exigible que se acredite la relación de causalidad entre la actividad del profesional dirigida hacia un Estado y la conclusión del contrato: P. LAGARDE/A. TENENBAUM, «De la convention de rome au règlement Rome I», en *Revue critique de droit international privé*, 2008, p. 746.

supuestos claramente desvinculados de su propio Estado (letras a y c) y en casos que abocarían a una antieconómica dispersión normativa (letra b, d y h).

Ya se ve que el legislador sigue pensando que el consumidor capaz de salir a otros mercados es una especie de retrasado mental incapaz de comparar, discernir y velar por la tutela de sus propios intereses. Los incentivos que generan a las empresas normas como las del art. 6 no son de unas condiciones generales unificadas en el nivel de protección más alto, sino de ahorro en los costes mediante la diferenciación y adaptación a los standards vigentes en cada Estado al que orientan su actividad. El consumidor no se beneficia así de los precios más bajos, sino que la elaboración de esa labor de segmentación tiene que repercutirse por necesidad en el precio. De la misma manera, se impide que quienes estén dispuestos a adquirir en condiciones jurídicas menos favorables a cambio de un menor precio puedan hacerlo. Más beneficioso sería dejar libertad plena de elección, asegurando información suficiente al consumidor y velando por que no haya acuerdos anticompetitivos entre las empresas.

3.3.3. Seguros.

Elaborar normas de conflicto para un mercado en el que los conflictos tienden a no existir es muy fácil, y eso es lo que ocurre con los contratos de seguro.

La situación previa al Reglamento venía caracterizada por la dispersión normativa. Los seguros relativos al riesgos localizados en terceros Estados y reaseguros se sujetaban a las normas del CR (autonomía, ley del asegurador); los relativos a riesgos localizados dentro de la Unión o del Espacio económico europeo y concluidos con aseguradoras europeas, a las directivas; los relativos a riesgos localizados dentro de un Estado miembro y asegurados por compañías no europeas, a los sistemas nacionales de derecho internacional privado. Lo que se ha hecho ha sido traer la mayor parte de las normas de conflicto antes dispersas al art. 7, distinguiendo entre seguros propios de profesionales y los que tienen notas típicas de los contratos con consumidores, es decir, los que cubren grandes riesgos y los demás. En el primer caso se aplica el Reglamento con independencia de dónde se localice el riesgo; para los demás, sólo a los seguros que cubran riesgos localizados en un Estado miembro, y en ningún caso al reaseguro. El objetivo simplificador se ha logrado a medias, porque una buena cantidad de contratos han quedado fuera del ámbito de aplicación del Reglamento, lo que asegura espacios de libertad de elección y de aplicación de la ley de la compañía, atendiendo así a las presiones de la gran industria británica del sector del seguro.

a. Los seguros sobre grandes riesgos quedan sometidos al régimen general de ley elegida por las partes y en su defecto la ley del asegurador, salvo que el contrato

presente vínculos más estrechos con otro país. No carece de lógica: Son contratos concluidos por profesionales dotados de poder negocial similar y en los que no hay necesidad de proteger a nadie. El legislador confía a las partes su propia tutela.

b. Para los restantes, el sistema es relativamente complejo. Las necesidades de protección que se detectan en los contratos de seguro son muy parecidas a las de los concluidos por los consumidores, y en lugar de imponer un nivel material mínimo lo que se hace es restringir la autonomía pero en otro sentido, ofreciendo un catálogo limitado de leyes potencialmente elegibles (ley del Estado donde se localice el riesgo en el momento de la celebración del contrato⁴⁶, ley de residencia habitual del tomador; ley de la nacionalidad del tomador en el seguro de vida, ley del Estado distinto al de localización del riesgo donde se pueda verificar un siniestro), y en defecto de elección hacer aplicable la ley de situación del riesgo: Al fin y al cabo, hablamos de contratos intracomunitarios y en un ámbito en el que la unificación sustantiva es bastante elevada (no total, porque se ha hecho mediante directivas). La fungibilidad de las leyes es casi absoluta, por lo tanto. Va de suyo que en la realidad en este tipo de contratos no hay un mercado europeo: El asegurador (generalmente por medio de sucursal o representante⁴⁷), el tomador y el riesgo están establecidos en el mismo Estado y por lo tanto no hay duda de cuál es la ley aplicable.

Se completa lo anterior con dos disposiciones específicas: La primera, dando prevalencia a la ley del Estado que imponga un seguro obligatorio, hasta el punto de permitirle, además, que haga imperativa la aplicación de su propia ley; la segunda recoge el llamado principio de separabilidad-territorialidad, estableciendo que si un riesgo está situado en más de un Estado habrá tantos contratos como lugares de localización de los riesgos.

3.3.4. Trabajo.

El problema de la internacionalidad en el contrato de trabajo es casi una entelequia. Desde tiempo inmemorial se impone sin discusión la aplicación de la ley del lugar de ejecución, restringiendo prácticamente el ejercicio de la autonomía de la voluntad a los confines más sofisticados del Derecho laboral, esto es, los contratos de personal especialmente cualificado. De eso fueron conscientes quienes elaboraron el CR y no ha sido puesto en cuestión en el momento de reformarlo. Se necesita un criterio de conexión en condiciones de asegurar la unidad de régimen jurídico en la empresa, para que todos los que trabajan en el mismo centro de

⁴⁶ O de cualquiera de los Estados, cuando el tomador ejerza una actividad comercial o industrial o una profesión liberal y el contrato de seguro cubra dos o más riesgos relacionados con dichas actividades situados en Estados miembros diferentes, o la de su residencia habitual.

⁴⁷ De hecho, justo el sector en el que el problema internacionalprivatístico tener mayor incidencia (el de los seguros de automóviles, habida cuenta del volumen de desplazamientos transfronterizos que se producen), la internacionalidad simplemente no existe en el nivel de los usuarios, porque todas las compañías aseguradoras tienen que disponer de representante en los demás Estados miembros.

trabajo estén sometidos a las mismas condiciones, y eso supone excluir criterios como el de la nacionalidad, residencia habitual o domicilio del trabajador (hay que tener en cuenta la existencia de abundantes zonas donde el flujo diario de operarios que atraviesan la frontera para ir a trabajar a otro país no es despreciable), pero también comporta la admisión de una autonomía muy controlada, disponible para ser utilizada sólo en grandes dosis, de forma general, igualando las condiciones de los trabajadores, porque, aunque esté permitida, habrá que acreditar que el ofrecimiento de condiciones más beneficiosas a un trabajador que a otro no responde a una intención discriminatoria⁴⁸.

El sistema del CR ha funcionado bien en general, merced a la garantía del standard mínimo mejorable de las normas imperativas de la ley del lugar de ejecución o del más estrechamente vinculado al contrato, alcanzando el doble objetivo de paz laboral y margen para la mejora de las condiciones laborales de los trabajadores desplazados por empresas europeas a Estados con ordenamientos menos tuitivos, o de más difícil conocimiento, o simplemente que no se adaptan a las necesidades de las partes⁴⁹.

La norma del art. 6 CR y la actual del 8 del reglamento son parcialmente engañosas. Es claro que el objetivo fundamental de la disciplina no es ofrecer al trabajador la mejor de las soluciones materiales posibles: Tiene derecho a un mínimo, y a partir de ahí su capacidad negocial es la que le permitirá alcanzar niveles más altos de protección. Pero nada en el Reglamento le asegura nada. El empresario que desplaza a un trabajador a un determinado país con incipiente desarrollo de su Derecho del trabajo puede estar confiado en que puede pagarle y darle las condiciones de trabajo idénticas a las que se dan a los trabajadores de ese sector en ese país, y nada le obliga a más. Y, desde luego, la mera presencia de una cláusula final que deja a salvo el juego de la ley de los vínculos más estrechos –que no existe para el consumidor, que sabe perfectamente desde el primer momento qué ley se le aplica a su contrato- deja claro que el objetivo es de justicia conflictual.

Los problemas son sólo de precisión de los conceptos empleados. Por ello, cuando se inician los trabajos de reforma lo único que se persigue es, sin alterar el modelo, hacer frente a la poliformidad del criterio de conexión lugar de ejecución, que no funciona bien en varios supuestos de hecho: 1. Desplazamientos temporales; 2. Trabajos en espacios no sometidos a soberanía; 3. Trabajos a bordo de aeronaves o de buques; 4. Trabajadores que operan en distintos Estados pero a partir de un

⁴⁸ En la jurisprudencia española es importante la sentencia del Tribunal constitucional de 8 de marzo de 2004, que exige la demostración del carácter no discriminatorio de la sujeción a leyes distintas de los contratos en un mismo centro de trabajo (aunque en el caso el empleador era la Administración pública).

⁴⁹ El ejemplo paradigmático de los operarios de empresas constructoras españolas destinados a países africanos excusa mayor desarrollo.

mismo centro de organización (por ejemplo, las aeromozas). Respecto a la propuesta de 2005 ha desaparecido la regulación específica de la segunda hipótesis (a la que daba el mismo tratamiento que a quien no desempeña su actividad siempre en el mismo sitio, afirmando la aplicación de la ley del establecimiento que lo haya contratado), pero se mantiene la de la primera y la cuarta, entendiéndose que no se produce un cambio de lugar de trabajo en el primer caso, constituido por ese centro organizativo. Es claro que la solución bebe de la jurisprudencia del Tribunal de justicia en materia de competencia judicial, y que responde bien a las previsiones contractuales, por lo que no quiebra ninguna expectativa. Más delicado es el otro caso, porque en realidad la norma del art. 8 cuenta la mitad de la historia, debiendo convivir con la directiva –y las leyes de transposición– sobre desplazamiento temporal de trabajadores en el espacio integrado, que, sin introducir ninguna norma de conflicto propia, sí que puede desplazar el Derecho declarado aplicable para las materias que constituyen el núcleo duro del contrato (salario mínimo, seguridad e higiene), que quedarían sometidas a las normas de efectivo lugar de ejecución si fueran más beneficiosas⁵⁰. Queda sin respuesta específica el caso del trabajo en espacios no sometidos a soberanía y el realizado a bordo de buques o aeronaves, que encuentran encaje en el párrafo 4: La norma parece que permite el recurso a la ley que presenta los vínculos más estrechos sólo después de determinar un lugar de trabajo, real o imputado, y después de argumentar su inidoneidad. Lo que ocurre es que en estos casos es absurdo obligar al intérprete a pasar por ese trámite que no conduce a ningún lado, por lo que cabe entender que, aunque no lo diga el art. 8, existe una norma de conflicto para casos de lugar de ejecución inexistente, que es la mencionada de los vínculos más estrechos. Para los trabajadores marítimos pugnan en las jurisprudencias nacionales la preferencia por la ley de la empresa que haya contratado al trabajador y la ley de la bandera⁵¹, pero, por definición, la norma es inaprehensible.

3.4. Las normas imperativas del foro y de terceros Estados.

La posibilidad de que el juez del foro aplique sus normas de policía estaba y está fuera de duda. En este sentido, ni el art. 7.2 CR ni el actual 9.2 del Reglamento aportan nada nuevo, y aunque no existieran no cabe duda de que el juez del foro seguiría actuando de la misma manera. Otra historia es la invocación a las normas imperativas de un tercer Estado distinto al del foro y al de la *lex causae*. Aunque en su momento el art. 7.1 CR provocó escándalo en algunos, la verdad es que el aplauso fue bastante generalizado, considerándolo como el portillo a través del cual se permitiría que el juez ofreciera una respuesta verdaderamente internacional a los

⁵⁰ Considerando 34: «La norma sobre el contrato individual de trabajo no debe ir en detrimento de la aplicación de las normas imperativas del país de desplazamiento del trabajador, de conformidad con la Directiva 96/71/CE...»

⁵¹ Ulteriores referencias en «[Comments on the European Commission's Proposal...](#), *op. cit.*», p. 295. Por lo demás, no se entiende demasiado bien la defensa de la ley de la bandera, incluso las de conveniencia, después de reconocer que se presta a manipulaciones.

problemas, atenta a los intereses de todos aquellos ordenamientos razonablemente vinculados con la situación (lo que no fue óbice para que sufriera las reservas de Estados como Alemania, Luxemburgo o Gran Bretaña). Ríos de tinta corrieron sobre lo que iba a ser la gran revolución, el paradigma de un nuevo Derecho internacional privado, y, sin embargo, al cabo de tantos años, de los estudios jurisprudenciales se deduce que no ha sido aplicado nunca⁵². Así las cosas, los puntos centrales a los que merecía la pena prestar atención eran ante todo la definición de qué se entiende por norma internacionalmente imperativa y una delimitación más seria y posibilista del alcance de las normas de terceros Estados vinculados con el supuesto de hecho⁵³.

a. La experiencia demostró que el recurso a normas calificadas como imperativas se desbordó, convirtiéndose en instrumento para asegurar la prevalencia de las concepciones propias del sistema jurídico privado del foro (es decir, normas cuyo objetivo primordial es diseñar un equilibrio entre los intereses de las partes) en supuestos en los que las normas de conflicto normalmente aplicables no permitían alcanzar ese resultado. En particular, no ha sido raro invocar normas imperativas para tutelar a los consumidores locales. Las jurisprudencias nacionales ofrecieron un panorama de dispersión a este respecto, y mientras que los jueces alemanes preferían entender que las normas imperativas eran normas ordopolíticas, entre los franceses se llegaron a confundir con las normas de Derecho privado que reglamentan las relaciones entre particulares. Desde luego el uso de la misma expresión en los arts. 3.3, 5, 6 y 7 CR no ayudaba demasiado a distinguir. Teniendo en cuenta que las normas imperativas entran en juego en el marco del Derecho reclamado por la norma de conflicto, y a la vista de los párrafos tercero y cuarto del art. 3, parece evidente que el legislador no ha errado al introducir una definición “a la alemana” en el apartado primero del art. 9, extraída del fallo de la sentencia del Tribunal de justicia en el asunto Arblade⁵⁴, reiterado en el crucial considerando treinta y siete: «El concepto de “disposiciones imperativas de policía” debe distinguirse de la expresión “disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo” y debe interpretarse de manera más restrictiva». Hablamos, pues, de normas de Derecho público, de ordenación de los mercados (libre competencia, restricciones a la exportación, las que sacan del comercio a determinados bienes –patrimonio histórico artístico–, embargos por razones de defensa de los derechos humanos, control de cambios, inversiones...). Adviértase que la norma no reclama la presencia de los contratantes

⁵² Cfr. O. LANDO/PARNT NIELSEN, «The Rome I Proposal», en *Journal of Private International Law*, 2007, p. 46 y nota 53.

⁵³ H. MUIR WATT explica muy bien las razones de la necesaria toma en consideración de las normas imperativas de Derecho público procedentes de Estados vinculados con el caso, como mecanismo de lucha contra las externalidades generadas por Estados que se comportan de forma oportunista, desplazando hacia los terceros las consecuencias perjudiciales de sus decisiones legislativas (piénsese por ejemplo en un contrato sometido voluntariamente a la ley de un Estado A carente de normas eficaces sobre libre competencia, y que produzca efectos sobre los mercados de otros Estados B y C, o un acuerdo sometido a la ley X que viole las normas sobre protección del patrimonio cultural del Estado de origen de los bienes Y): «Choice of Law in Integrated and Interconnected Markets: A Matter of Political Economy», en *Columbia Journal of European Law*, 2003, pp. 383 ss.

⁵⁴ Sentencia de 23 de noviembre de 1999: «Una disposición imperativa de policía es una disposición imperativa cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos...»

en el Estado cuyas normas quieren ser aplicadas, ni por supuesto que la *lex causae* sea la de ese Estado: Basta una simple conexión relevante para darles efecto.

b. La presión de las delegaciones alemana y británica consiguió reducir la ambición de la norma del antiguo art. 7.1 CR, restringiendo la toma en consideración de las disposiciones imperativas de terceros Estados (en la propuesta de 2005 seguía recogándose un reclamo amplio) a las del lugar de ejecución, en la medida en que hagan ilegal la ejecución (va de suyo que si se limitan a considerar que el negocio es nulo la ejecución tampoco es legalmente posible). En definitiva, el art. 8.3 actuará normalmente fundando una causa para exonerar a un contratante de la ejecución de sus obligaciones cuando el otro se lo reclame judicialmente (es evidente que también cabría la posibilidad de acudir a los tribunales para que declaren la inexistencia de obligación, por supuesto)⁵⁵. Va de suyo que las normas básicas de ordenación son compartidas a nivel europeo, de modo que los objetivos que persiguen y tutelan encontrarán aplicación por la vía de las disposiciones imperativas del foro, pero las de terceros Estados sufrirán otro tratamiento, y en ese sentido la reforma no es buena.

Para expulsar una norma del sistema no basta con alegar que es escasamente usada, sino que habrá que demostrar que, a pesar de no ser usada, el mero hecho de estar ahí genera efectos perniciosos. Ahora nos encontramos con que –en principio- no se pueden tomar en consideración (el CR no hablaba de aplicar, adviértase) las normas de policía de un Estado -distinto al del lugar de ejecución- vinculado con el caso, con el que existe continuidad axiológica. Con lo cual se está colocando al juez en inferioridad de condiciones respecto al árbitro⁵⁶, se aboca a decisiones judiciales que pueden encontrar dificultades en sede de reconocimiento y ejecución y, en el límite, se fuerza a los aplicadores a adulterar las respuestas, dando entrada de forma subrepticia a esas normas imperativas no por la puerta sino por la ventana: O alterando su calificación (por ejemplo haciéndolas pasar por normas de transcendencia real o extracontractual) o realizando lecturas flexibles del concepto de ejecución de las obligaciones o, más verosímilmente, bajo la cobertura de conceptos amplios, nociones cuadro como la de buena fe o fuerza mayor⁵⁷. Sea como sea, el nuevo texto no elimina todas las incertidumbres que se achacaban al viejo artículo convencional: 1. El verbo sigue siendo podrá; 2. No se habla de aplicar sino de dar efecto; 3. Se deja abierta la posibilidad de decisiones judiciales inspiradas en criterios de justicia, equidad u oportunidad.

⁵⁵ El art. 12.2 se refiere a las modalidades de cumplimiento y consecuencias del incumplimiento. Ni que decir tiene que estamos hablando de cuestiones administrativas de ordenación del comercio y reacciones procesales.

⁵⁶ Los laudos están redactados para no ser claudicantes, y por ello los árbitros suelen tener en cuenta y ponderar todas las variables que incidan en el litigio. En consecuencia, toda disposición afectante al fondo del asunto comparecerá en el proceso y será respetada, para evitar denegaciones.

⁵⁷ Cfr. L. D'AVOUT, «Le sort des règles impératives...», *op. cit.*, p. 2168.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN.

El Reglamento Roma I tiene una primera virtud, que es contener un catálogo de soluciones. Mejor o peor, eso se podrá discutir. Pero cualquier operador económico sabe a qué atenerse, sin tener que perder demasiado tiempo en complejas investigaciones para verificar cuál es la norma de conflicto aplicable, y eso le permite dedicarse a lo que verdaderamente sabe, que es producir y colocar sus productos en el mercado. La dispersión es antieconómica. El ordenamiento boliviano necesita –a juicio de quien esto firma, y asumiendo que se escribe desde una perspectiva probablemente alejada de la realidad del país- incorporar un modelo único para afrontar los supuestos de conflicto de leyes. Frente a esta necesidad palidece la exigencia de calidad. Una respuesta, aunque sea mala, es mejor que un laberinto de soluciones perfectas de aplicación diferenciada en función del origen del cocontratante. Con ello podemos insistir en la tesis de partida, subrayando la oportunidad de ratificar la Convención interamericana de 1994, que encierra al menos dos series de elementos positivos:

a. Incorpora soluciones compartidas por los ordenamientos de los Estados latinoamericanos, que son el mercado natural de Bolivia: Si se consigue disponer de normas idénticas a las de los países que constituyen nuestros potenciales clientes, es lógico que el comercio se desarrollará de manera más fluida (se sabe que con independencia del territorio al que se dirigen las propias actividades las formas de determinar la ley aplicable no cambian y por ello las conclusiones son idénticas). De la misma manera que las exportaciones españolas tienen un destino natural en los países europeos, por lo que el objetivo de homologación son éstos, para Bolivia el mercado natural viene conformado por los países miembros de la OEA. Fórmulas subregionales de integración no garantizan la coherencia jurídica y generan costes en la identificación del Derecho⁵⁸.

b. Mediante la Convención de México se hacen propias soluciones que son también, a grandes rasgos, las del sistema europeo. Dicho de otro modo, se llega a tender puentes hacia un mercado igualmente relevante.

c. Pero hay más: Hoy por hoy la convención de la CIDIP consigue superar alguna de las respuestas que ofrece el Reglamento Roma I: En particular, la expresa declaración de que se aplica a los contratos celebrados por entidades públicas; la admisión de la autonomía con generosidad y la referencia constante a los usos y prácticas del comercio; la acogida sin restricciones ni condicionamientos de la aplicación de la ley que presenta los vínculos más estrechos; la introducción de un criterio dinámico de interpretación en el art. 3, que obliga a los tribunales a recurrir

⁵⁸ Subraya los problemas que pueden derivarse de esa coexistencia D. FERNANDEZ ARROYO, «La convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux: certains chemins conduisent au-delà de Rome», en *Revue Critique de Droit international privé*, 1995, p. 185.

a las resoluciones de los tribunales arbitrales para integrar los elementos necesarios relativos a las normas, usos y principios del derecho mercantil internacional⁵⁹; la referencia a los principios generales del comercio también en los supuestos de ausencia de elección y la flexibilidad de soluciones (la justicia y equidad del caso concreto, tal y como comparecen en el art. 10); y el mantenimiento de la cortesía internacional merced a la posible toma en consideración de las normas imperativas de terceros Estados.

En definitiva, codificaciones internacionales como las apuntadas, a las que han ido siguiendo las nacionales, demuestran que existe un claro movimiento del derecho internacional privado en materia de contratos apoyado en el reconocimiento más amplio de la libertad individual y la búsqueda de soluciones ajustadas al caso concreto. Nuestro objetivo ha sido mostrar la manera en que se ha plasmado en el texto de la reforma del CR; otra cosa es cómo funcione en la realidad de los tribunales. Pero esa es otra historia que, de momento, se nos escapa.

⁵⁹ N. GONZÁLEZ MARTÍN, «La convención interamericana sobre el Derecho aplicable a los contratos», en A. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, 2006, pp. 255.

LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y PROCESALES
EN LA JURISPRUDENCIA PENAL EN MATERIA DE
REVISIÓN Y LOS LÍMITES DE LA
JUSTICIA COMUNITARIA Y ORDINARIA
*CONSTITUTIONAL AND PROCEDURAL PRINCIPLES
IN CRIMINAL PRECEDENTS REGARDING
THE REVIEW AND LIMITS BETWEEN COMMUNITARIAN
AND ORDINARY JUSTICE*

Rev. boliv. de derecho n° 9, enero 2010, ISSN: 2070-8157, pp. 120-147



Pedro
GARECA
PERALES

RESUMEN: La única forma de lograr valor y eficacia a lo que se hace por el acceso a la justicia y, particularmente al recurso de revisión de sentencia condenatoria a favor del injustamente condenado, en todo tiempo y por cualesquiera de los casos previstos por ley, en base a prueba de reciente obtención (desconocida), es la nítida presencia de la cadena de razonamientos jurídicos de los Tribunales que pronuncien resolución de absolución, con los efectos inmediatos de: librar el mandamiento del injustamente condenado. Esta es la única forma de conseguir legitimidad permanente y ser garante de un orden jurídico nutrido de principios constitucionales y procesales, restituyendo la libertad a aquel que teniéndola por derecho le fue cancelada injustamente.

Una forma inteligente de la justicia comunitaria que preserve los derechos colectivos de los pueblos indígenas originarios campesinos, precisa que sus decisiones se den dentro de los límites de sus territorios ancestrales y naturales.

PALABRAS CLAVE: Acceso a la justicia, Revisión de sentencia, Injustamente condenado, Prueba desconocida, Restitución de libertad, Límites de justicia comunitaria.

ABSTRACT: *The only way that reforms oriented to the access of justice become relevant, and particularly the revision of decision action in favor of the unfair condemned, in any time and whatsoever the causes regulates by the law, is to follow the chain of legal reasoning formulated by the courts that pronounce an absolatory decision, with the immediate effect of extending the warrant of liberty of the unfair condemned. This is the only way of getting permanent legitimacy and of being guarantor of a legal system filled with constitutional and procedural principles.*

An intelligent form of a communitarian justice that will preserve the collective rights of the indigenous peasant people requires pronouncing its decisions inside the limit of its ancestral and natural territories.

KEY WORDS: Access to justice, Revision of decision, Unfair condemned, Recent discovery evidence, Restitution of freedom, Communitarian justice limits

SUMARIO: 1. La jurisprudencia penal y los Principios Constitucionales y procesales presentes en las decisiones de revisión. 2. Las causales preferentemente utilizadas en el recurso de revisión 3. Los efectos inmediatos de la Sentencia de Absolución 4. Avances de la nueva Jurisprudencia Penal y análisis comparativo con la Jurisprudencia Penal producida bajo la vigencia del Código de Procedimiento Penal de 1972. 5. Ventajas novedosas de la jurisprudencia actual en materia de revisión 6. Líneas jurisprudenciales importantes en el recurso de revisión. 7. Propuestas para hacer eficaz el Derecho a la revisión.

I. LA JURISPRUDENCIA PENAL Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y PROCESALES PRESENTES EN LAS DECISIONES DE REVISIÓN.

El artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, entendido en su esencia como una de las garantías del proceso penal y dentro de este al sistema de recursos que hubiera diseñado el legislador para revisar sentencias condenatorias ejecutoriadas, establece: *“Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”*.

La garantía procesal supone un control de la corrección del fallo y que consiste en que un tribunal superior constituido anteladamente por la ley, que como es lógico se presupone con mayor experiencia e intachable imparcialidad, examinen y reexaminen si la sentencia fue pronunciada conforme al principio de legalidad. Queda claro entonces que la naturaleza y alcance de esta normativa internacional está referida más a las garantías procesales del debido proceso, sin penetrar al tema de fondo.

Ahora bien, dada la naturaleza del recurso de revisión que, por causales o motivos específicos establecidos en la ley tiene por finalidad anular la sentencia condenatoria ejecutoriada calificada de injusta, es pertinente referirnos a los principios que orientan la consideración y aplicación de la nueva prueba en el proceso autónomo de la revisión; todo en virtud de la relevancia del presupuesto probatorio y la particularidad de cada una de las causales venidas en el artículo 421 del Código de Procedimiento Penal.

I. El principio de legitimidad y lealtad de la prueba: Significa que la obtención de la prueba con carácter de reciente, podrá ser requerida y conseguida por el condenado y por los autorizados por la Ley Procesal para interponer la revisión. La excepcionalidad al criterio expuesto, viene dada con el margen potestativo que le confiere la ley procesal al Tribunal de revisión para emprender la iniciativa de

• Pedro Gareca Perales

Abogado y Profesor de la Universidad, Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca. Fiscal General de la República y Abogado Asistente de la Sala Penal y de la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales. Autor de diversos libros en material constitucional y penal. Calle Oruro N° 242, Sucre-Bolivia.

producir pruebas de oficio que contribuyan al descubrimiento de la verdad respecto a la inocencia del condenado.

2. El principio de la pertinencia y eficacia jurídica de la prueba: Se entiende que aquella prueba desconocida por el Tribunal debe tener vinculación directa con el hecho base de la condena, de modo que la fuerza de contenido sea determinante para descubrir la verdad y reponer la injusticia reclamada en la revisión.

3. El principio de confrontación de la prueba: Ha de resultar altamente beneficioso que el Tribunal de revisión al estar en conocimiento del expediente original, desde luego después de producida la admisión del recurso, realice una exhaustiva confrontación entre las pruebas que ya fueron valoradas en el contradictorio y la nueva prueba ofrecida por el condenado a fin de no verse sorprendido en su decisión.

4. El principio de fundamentación: Si el condenado tiene interés especial en rever la sentencia que ataca de injusta, dada la utilidad y el carácter determinante de la nueva prueba que acompaña al recurso planteado, podrá solicitar al Tribunal de revisión una audiencia para fundamentar su petitorio, a efecto de que el órgano jurisdiccional competente se forme un mejor conocimiento del hecho.

5. El principio de la publicidad de la prueba: Garantiza que la nueva prueba que acompaña el condenado sea conocida por el fiscal o acusador particular, a efecto de analizarla y elaborar su requerimiento y contestación a tiempo de haber sido notificados con el recurso.

6. El principio de la carga de la prueba: Quien pretende demostrar con prueba de reciente obtención la justificación de la causa o motivo de su inocencia o absolución en la comisión del delito por el cual fue condenado, está en la inexcusable obligación de acreditar el extremo con documentos o sentencias condenatorias firmes posteriores al proceso o, con leyes más benignas y sentencias del Tribunal Constitucional que tengan efecto derogatorio. Se exceptúa la iniciativa de oficio que pudiera realizar el Tribunal de sentencia cuando así lo considere urgente de necesaria.

7. El principio de la imprescriptibilidad de la prueba: Significa que al proceder el recurso de revisión en todo tiempo, obvio resulta que la necesidad de la prueba nueva que interesa al condenado, no tenga plazos ni términos para su obtención, con la única condición que sea lograda por medios lícitos.

8. El principio de la retroactividad de la ley en su dimensión probatoria: Por precepto constitucional se deja sentado que la ley rige para lo venidero y se reconoce de manera excepcional el principio de la retroactividad de toda ley penal

que beneficie al delincuente; resultado benéfico que no solamente se refiere a la discriminalización del tipo penal, la reducción de la pena, la seguridad jurídica o la sanción económica, sino a otra como la prescripción de la pena, la rehabilitación, etc.

9. El principio de la derogatoria de la ley convertida en prueba exclusiva:

Entendible es el principio desde la perspectiva de la invocación de la causal, referida a la procedencia del recurso de revisión que se sustente, cuando se acredite por medio de la nueva prueba la existencia de una sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional que derogue el tipo de la norma penal en que se fundó la condena injusta. El principio tiene relación estrecha con la prueba que emerge del órgano constitucional al asumir una decisión por efecto de una demanda indirecta o incidental de inconstitucionalidad. Pero, la derogatoria también puede producirse por vía de la actividad del legislador; en cuyo caso la fuente de la prueba nueva cambia de origen.

10. El principio de exclusividad de la prueba: La injusticia de una sentencia despierta el interés público y el clamor se acentúa a medida que la reposición se dilata en el tiempo, por los efectos psico-sociales que produce una situación de esta naturaleza; por eso que el legislador ha instituido al condenado por sentencia firme, como el legitimado con exclusividad por la ley para rever su situación y obtener la nueva prueba.

11. El principio de la prueba concernida a la indemnización: Los daños y perjuicios materiales y morales que le depare al condenado una sentencia injusta, que fuere anulada a consecuencia de la interposición del recurso de revisión, en puertas del fallo abren el derecho del absuelto de culpa y pena a solicitar la indemnización con cargo al Estado (querellante) o, acusador particular tratándose de delitos privados.

12. El principio de dignidad: Entendido como el derecho de toda persona a un trato que no lesione su condición de ser racional, libre y capaz de autodeterminación responsable, postula que si la sentencia es de absolución o extinción de la pena, cabe al Tribunal de revisión disponer la inmediata publicación de la parte resolutive del fallo en un medio de comunicación social de alcance nacional y por vía de jurisprudencia ordenar la inmediata suspensión o cancelación de la ficha de registro de condenados en el REJAP.

13. El principio de repetición ilimitado del recurso: Se anida el principio en el interés de la comunidad y de modo especial en el condenado para activar un nuevo recurso de revisión fundado en causales distintas, cuando el penado haya obtenido como resultado de su solicitud el rechazo del Tribunal de revisión.

14. El principio de la presunción de inocencia: De singular relevancia resulta el derecho que le asiste al imputado a que se presuma su inocencia mientras no recaiga contra él una sentencia penal condenatoria firme. El quiebre de la presunción de inocencia en el proceso ordinario con la interposición del recurso de revisión, experimenta el suspenso de su eficacia o ineficacia por error judicial, dado este último supuesto por decisión justificable del Tribunal de revisión que declara la absolución del condenado con la consiguiente libertad y rehabilitación de todos sus derechos que injustamente los tribunales del proceso le habían suspendidos.

2. LAS CAUSALES PREFERENTEMENTE UTILIZADAS EN EL RECURSO DE REVISIÓN

Partiendo de que nuestro estudio comprende el análisis de la jurisprudencia penal generada en los periodos 1991 a 2001; es decir el repertorio producido en materia de revisión bajo la vigencia del Código de Procedimiento Penal 1972, vigente en 1973, y la pronunciada por el Tribunal Supremo en su Sala Penal conforme a las normas contenidas en el Nuevo Código de Procedimiento Penal de 31 de mayo de 2001, y que a su vez comprende la jurisprudencia a partir de 2002 hasta 2009 (mayo); trataremos de identificar en estos dos bloques de extraordinaria valía, por separado, cuáles han sido las causales que mayor vivencia han experimentado por la acción de los condenados al interponer el recurso de revisión.

Las causales en que se basaron los condenados o, los legitimados para promover el recurso de revisión con mayor frecuencia, fueron las consignadas en los incisos 4) y 5) del artículo 309 del Código de Procedimiento Penal de 1972, que textualmente señalan: 4) *“Cuando después de la sentencia condenatoria se descubrieren nuevas e irrefutables pruebas de la inocencia del condenado”*, y 5) *“Cuando después de la condenación, se llegare a constatar que el crimen no existió”*

Esta trascendencia apuntada, nos permite descubrir en forma complementaria que los condenados por delitos de tráfico de sustancias controladas y transporte han sido los que en más de una veintena de oportunidades han activado el recurso de revisión (número de 25), seguido por los responsables penalmente por los delitos de alzamiento armado (5) y concusión impropia (2), de los cuales la incidencia de admisión es mínima y las resoluciones de fondo con sentencia de reversión merecen el mismo criterio; situación que demanda de una mejor adecuación del recurso a los requisitos de admisión y procedencia que se vienen desarrollando en la legislación latinoamericana y española.

En el desempeño de esta modesta labor ciertamente importante como reflujo para emprender algunas modificaciones al instituto de la revisión, se aprecia que bajo la vigencia plena del Nuevo Código de Procedimiento Penal, los condenados han hecho uso del recurso de revisión de sentencia condenatoria con mayor preferencia

amparados en la causal 4) incisos a), b) y c) del Código de Procedimiento Penal de 25 de marzo de 1999, disposición que establece: **“Cuando después de la sentencia sobrevengan hechos nuevos, se descubran hechos preexistentes o existan elementos de prueba que demuestren: a) Que el hecho no fue cometido; b) Que el condenado no fue autor o partícipe de la comisión del delito y c) Que el hecho no sea punible”**.

Por otra parte, es pertinente indicar que de las más de 50 acciones de revisión, que se hallan materializadas en la jurisprudencia penal estudiada, aproximadamente un 90% han sido declaradas inadmisibles y el resto han sido objeto de resolución de fondo en sus formas tradicionales de: **Rechazo por improcedente y Anulando la sentencia directamente o disponiendo la realización de un nuevo juicio**. Se advierte además, que los recurrentes que más han solicitado la revisión de sentencia firme, han sido los condenados por delitos de tráfico de sustancias controladas en número de 6, seguidos por el despojo (5), falsedad material e ideológica y uso de instrumento falsificado (5), violación agravada (4), giro de cheque en descubierto (3), estafa y estelionato cada uno en número de 3 acciones.

Cabe hacer hincapié en el término adoptado por la jurisprudencia, en sentido de que **–la nueva prueba tiene que ser de reciente obtención–**; es decir totalmente desconocida por el tribunal del proceso y por el concernido. La cualidad asumida por la doctrina de la jurisprudencia en el tema de la revisión, habría que tomarla no por el sentido restrictivo, sino en la dirección que reporte la acogida de mayores variantes de pruebas bajo el concepto de nuevas. Verbigracia entendemos que podría ser doblemente injusto, que el condenado sabiendo que es inocente, al interponer la revisión, fundamente que no cometió el delito atribuido y que la condena ha sido dictada por el Tribunal omitiendo la prueba determinante para su inocencia sin darle ningún valor; prácticamente este sería el caso que pudiera interpretarse como una variante de desconocimiento a pesar de haber sido ofrecida oportunamente en el proceso; puesto que lo que interesa no es la fecha del calendario en que se obtiene la nueva prueba, sino acreditar que esa prueba se mantuvo alejada del análisis crítico, lógico y valorativo del Juez o Tribunal, sea por negligencia del condenado, como por omisión involuntaria del órgano jurisdiccional u otro elemento perturbador de tal intensidad que impidió su valoración acorde a la ley procesal, como sería válido admitir el recurso en caso de indefensión absoluta y violación de los derechos fundamentales del condenado; empero son supuestos que precisan de un desarrollo legislativo futuro.

De manera conclusiva en este tópico de reflexión, más allá del elemental derecho a la presunción de inocencia y de la trascendencia de preservar el valor de la justicia y la dignidad de la persona que están siempre despiertos y detrás de este derecho, la pérdida de la libertad y otros derechos no se justifica por el desacierto del sistema jurídico, sino por la proverbial probidad que a tiempo se repone por vía de revisión.

3. LOS EFECTOS INMEDIATOS DE LA SENTENCIA DE ABSOLUCIÓN

Desde el contenido del artículo 426 del Código de Procedimiento Penal, se considera que si la sentencia es absolutoria o de extinción de la pena, se dispondrá la inmediata libertad del injustamente condenado, la rehabilitación plena en sus derechos del injustamente inhabilitado, el pago de la indemnización por concepto de los daños y perjuicios morales y materiales que le haya ocasionado la sentencia condenatoria y/o la devolución de la cantidad pagada en concepto de sanción económica fijada y la entrega de los bienes y objetos confiscados. Asimismo, dispondrá la publicación de la parte resolutive en que se declaró la absolución o extinción de la pena en un medio de comunicación social de alcance nacional.

La normativa indicada prevé el caso cuando la sentencia reduzca el tiempo de privación de libertad que resta por cumplir al condenado, el fallo contendrá el nuevo cómputo a cuyo efecto se precisará el día de finalización de cumplimiento de la pena impuesta. En este supuesto estaríamos ante una anulación parcial de la sentencia, en virtud de mantenerse la condena por el delito acusado, con la única modificación de que la responsabilidad penal en términos de tiempo se reduce en beneficio del penado, sea por efecto de una ley nueva que se aplica retroactivamente a su favor; por la mala interpretación de la ley vigente, por defecto en el cómputo o, por haber aplicado una ley abrogada en la creencia de su vigencia.

A las claras se observa que la parte resolutive de los Autos Supremos que anulan la Sentencia, el Auto de Vista y Auto Supremo en su caso y absuelven de culpabilidad y pena al condenado por los delitos atribuidos, en virtud de haber justificado plenamente la causal invocada en su petición de revisión, disponen la inmediata libertad del condenado siempre y cuando no estuviere detenido por otras causas y se remitan los antecedentes al juez de origen para que de cumplimiento a lo ordenado; de igual manera se dispone la publicación de la parte resolutive de la sentencia en un órgano de prensa nacional.

Las acciones de ejecución que lleve a cabo el Juez o Tribunal de origen, ha de consistir en librar el mandamiento de libertad o excarcelación del injustamente condenado (s); el trámite de la reparación de daños y perjuicios de índole moral y material que le haya ocasionado la sentencia cuando esta sea promovida en los términos que establece la Segunda Parte, Libro Primero, Título III, artículos 382 y siguientes del Código de Procedimiento Penal; las medidas de rehabilitación de sus derechos suspendidos; la devolución de los montos de dinero pagados por concepto de sanción en días multa; los bienes muebles e inmuebles confiscados y la publicación de la parte resolutive de la sentencia en un medio de comunicación de alcance nacional.

Merece la pena recordar que el problema aparentemente accesorio al remitir los actuados de la revisión al Juez o Tribunal de origen, pudieran tornarse también de sustanciales, así por ejemplo en la demanda de resarcimiento de daños y perjuicios que deben concluir con la labor valorativa de las pruebas ofrecidas, señalando el total de la indemnización a cancelarse al condenado injustamente, pudiera influir negativamente en la garantía del principio de imparcialidad incluido como lógica consecuencia el principio de legalidad penal; pues si la Ley Procesal Penal establece, si se dispone la realización de un nuevo juicio, no podrán intervenir los mismos jueces que dictaron la sentencia, supone que la prohibición no es sólo para el caso de remisión a ese nuevo juicio, sino también que alcanza cuando la sentencia anulada es dictada directamente por el Tribunal de revisión; por lo que al criterio del legislador de impedir la contaminación en el recurso de revisión, válido sería extender el resguardo intacto de la imparcialidad aún en el cumplimiento de los efectos de la sentencia de absolución de culpa y pena o, de inocencia.

Si reparamos en que los efectos de la sentencia son de ejecución inmediata, conforme se lee del primer acápite del artículo 426 del Código de Procedimiento Penal, que dice: ***Cuando la sentencia sea absolutoria o declare la extinción de la pena, se ordenará la inmediata libertad del injustamente condenado...***, significa que la medida debe partir al instante y del Tribunal que asumió el conocimiento y decisión principal en la revisión. A este respecto, es pertinente remitirse al significado semántico de los términos ***“inmediato”*** en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo III de Guillermo Cabanellas y Luís Alcalá.Zamora y Castilla que describe: ***“Que sucede de seguida sin tardanza, algo que debe ocurrir al instante, sin interposición de nadie”***.¹ De ello se infiere que la inmediatez es condición de lo inmediato, que se interpreta como aquello que está próximo en el espacio, cercano en el tiempo y de prontísima realización.

Si se cataloga a la libertad como uno de los bienes jurídicos de mayor resguardo e importancia, probablemente resulta inadecuada la remisión para la ejecución de los efectos de la nueva sentencia, de manera especial el referido a la protección de la libertad y los derechos fundamentales; en efecto la medida de remisión estaría en contra de la agilidad y adaptabilidad de la norma procesal y subsecuentemente del principio de inmediatez. **La simetría de lo esbozado alcanza su amplificación justiciera en la Sentencia del Tribunal Constitucional SC 1646/2005-R**, que señala librar en el acto el respectivo mandamiento de libertad conforme a lo dispuesto por el artículo 129.7) del Código de Procedimiento Penal.

Por otra parte, lo que sí debe preocupar es la cuestión referida a que el Tribunal de revisión ha preferido guardar silencio en el tema de la ficha de registro de

¹ CABANELLAS, Guillermo. ALCALA – ZAMORA y CASTILLO, Luis. *“Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”*. Editorial Heliasta S.R.L.. 12ª Edición, Tomo IV J – O; Buenos Aires – Argentina, 1979, página 731.

antecedentes; que de suyo se espera un desarrollo jurisprudencial en este orden. Simplificando la cuestión, sería pertinente que el Tribunal de revisión al decidir la Anulación de la Sentencia condenatoria a favor del recurrente (condenado) por los delitos acusados, disponga con carácter de urgencia en forma explícita la supresión de la ficha de registro de antecedentes penales al REJAP, a fin de que se proceda a cancelar los datos penales que dejaron de ser tales, por efecto de la sentencia de absolución.

En el caso del nuevo juicio el artículo 425 del Código de Procedimiento Penal determina: ***“Si se dispone la realización de un nuevo juicio, no podrán intervenir los mismos jueces que dictaron la sentencia. En el nuevo juicio, la sentencia no podrá fundarse en una nueva valoración de la prueba que dio lugar a la sentencia anulada. El fallo que se dicte en el nuevo juicio no podrá contener una sanción más grave que la impuesta en la primera instancia”***.

Ahora bien, es propio de los procesos ordinarios el intenso debate de la prueba, similar actividad se ejerce en el nuevo juicio de revisión, pero no para revalorar la prueba que ya fue sometida a consideración del criterio y análisis jurídico del Juez o Tribunal; sino para apreciar la nueva prueba que el recurrente haya ofrecido como de carácter relevante y desconocida y la que pudieran producir los acusadores.

El legislador parece haber redactado el artículo precedente, en forma negativa, así se infiere de la triple prohibición que describe: 1º) que no pueden intervenir los mismos jueces que pronunciaron la sentencia, 2º) que la sentencia no podrá fundarse en una nueva valoración de la prueba del proceso, y 3º) que la sentencia que se dicte en el nuevo juicio no podrá imponer una sanción más grave que la sentencia primera. Generalmente, las normativas que utilizan la técnica prohibitiva, terminan afectando los principios de igualdad y legalidad; por cuanto anteladamente se limita la amplia libertad del Juez en momento de tener que emitir la decisión final. Obviamente que se justifica desde todo punto de vista la separación de los jueces que tuvieron opinión de fondo con anterioridad a la revisión, ya que en determinados casos podrían verse en dilemas jurídicos contradictorios, en que pudieran interpretarse sus actuaciones como prevaricato.

El profesor Montero Aroca Juan al calificar que la jurisdicción por esencia, s un tercero imparcial, señala con claridad lo siguiente: ***“Los jueces y magistrados, al aplicar el Derecho objetivo en el caso concreto, no persiguen el interés general; con su decisión en un asunto, no aspiran a trascender a fines distintos de la mera actuación de la ley en el caso concreto”***. En líneas seguidas y denotando la imparcialidad que debe primar en la actuación del juzgador; señaló: ***“Si la jurisdicción actúa siempre con desinterés objetivo,, el juez y magistrado concreto ha de hacerlo también con desinterés subjetivo, es decir no puede tener un interés personal y propio en el asunto concreto, y de ahí***

*que la ley regule también la abstención y la recusación como medios para lograr la imparcialidad”.*²

En cuanto al segundo impedimento, la línea jurisprudencial que ha desarrollado el Tribunal Supremo de forma sólida y frecuente es la prohibición de que los tribunales de apelación no pueden volver a revalorizar la prueba que bajo los principios de contradicción e inmediatez fueron producidas en el proceso. Entendemos que no tendría ningún sentido volver a valorizar la prueba en que se fundó la sentencia injusta, si precisamente lo que se cuestiona es el error judicial que emergió del proceso original, sobre la base de una causal de revisión y sustentada con nueva prueba eficaz y relevante. Al respecto la STC 139/2000 afirmó: **“Los Tribunales deben hacer explícitos en la resolución los elementos de convicción que sustenten la declaración de los hechos probados, a fin de acreditar la concurrencia de prueba de cargo capaz de enervar la presunción de inocencia, y asimismo ofrecer un razonamiento jurídico lógico y sustentado en valores constitucionalmente aceptables de la fundamentación que sostiene la subsunción de los hechos declarados probados en la norma penal aplicada”.**³

En este enclave del tópic, y desde un punto de vista puramente formal, la pena es la consecuencia jurídica esencial del delito entendido como comportamiento típico, antijurídico y culpable; es decir que la pena se conmina y se impone, en su caso, en atención al hecho cometido, pero ha de aspirar a ser en todo caso útil y sólo conseguirá serlo si sirve a finalidades de prevención. Asimismo, se destaca que la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma –intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización.

En este contexto explicativo si la sentencia fuere condenatoria y pasada en autoridad de cosa juzgada, se abre la posibilidad al condenado de poder volver a presentar el recurso de revisión, si existen marcadas dudas de que el Tribunal incurrió en manifiesto error judicial al condenarlo; aparentemente este accionar generaría una cadena interminable de recursos, pero lo imposible de mantener a la vista del interés social y público es la injusticia, con las repercusiones negativas en el orden psicológico, familiar; social, económicas, etc.

² MONTERO AROCA, Juan. *“Principios del proceso penal”*. Una explicación basada en la razón. Editorial tirant lo blanch; Valencia – España, 1997; página 55.

³ RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *“Delito y Pena en la Jurisprudencia Constitucional”*. Editorial Civitas; Madrid – España, 2002; página 118.

4. AVANCES DE LA NUEVA JURISPRUDENCIA PENAL Y ANÁLISIS COMPARATIVO CON LA JURISPRUDENCIA PENAL PRODUCIDA BAJO LA VIGENCIA DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE 1972.

Con este estudio comparativo de la doctrina contenida en la jurisprudencia penal, se busca medir el alcance del recurso de revisión, en periodos inicialmente en que estuvo vigente el Código de Procedimiento Penal de 1972 y su similar de 25 de marzo de 1999 que entró plenamente en vigor el 31 de mayo de 2001.

Este es el objetivo que hemos asignado a esta propuesta de investigación que en apretada síntesis trataremos de precisar.

La jurisprudencia penal que surgió con la aplicación del Código de Procedimiento Penal abrogado(1972), estableció entre sus primeras reglas, que el recurso de revisión de sentencia condenatoria ejecutoriada será declarado **Inadmisible**, cuando el recurrente no acredite mediante testimonios o fotocopias legalizadas que la sentencia que ataca de injusta, se halla debidamente ejecutoriada, y cuando el condenado recurrente no haya ofrecido la nueva prueba irrefutable y tampoco hubiese especificado la causal en que se funda el recurso. En tanto, que la decisión de **Improcedencia** se adopta cuando el recurrente de la revisión que busca demostrar su inocencia, no llega a presentar nuevos e irrefutables elementos de convicción que no participó ni consumo el hecho; o, si se prefiere cuando no ha justificado plenamente la causal invocada. Asimismo, **Anula la Sentencia**, cuando el recurrente ha demostrado incontrastablemente el error judicial en que incurrieron los jueces o tribunales al dictar sentencia condenatoria, que en el fondo implica que se ha justificado plenamente la causal motivo y fundamento del recurso.

Como otra forma de resolución el Tribunal de revisión se ha declarado **sin competencia**, interpretando el sentido y alcance del artículo 309 del Código de Procedimiento Penal de 1972, y ha asumido que la Sala Penal únicamente tiene competencia para revisar las sentencias condenatorias ejecutoriadas, que hubiesen dictado los jueces y tribunales inferiores, dentro de los que no se halla la sentencia única pronunciada por el Supremo Tribunal, en Juicio de Responsabilidad contra el ex Presidente de la República, Ministros de Estado y otros, razón por la cual por principio de jerarquía y gradualidad carece de competencia para conocer y decidir el recurso. Actualmente la tendencia de la jurisprudencia del derecho comparado, principalmente la que proviene de los Tribunales Constitucionales se funda en la necesidad de interpretar toda una gama de requisitos y condiciones procesales, en el sentido de promover al máximo el ejercicio de las acciones, demandas y recursos contemplados en la Ley Procesal; por cuanto lo que de verdad importa es hacer efectivo el derecho sustancial de la justicia.

Si nos detenemos en la jurisprudencia producida en vigencia del Nuevo Código de Procedimiento Penal, la resolución declarada **Inadmisibile** responde a aquellas situaciones en que el recurrente: acompaña pruebas al recurso de revisión que ya fueron calificadas en el proceso por los jueces y tribunales; cuando la nueva prueba presentada en fotocopias no se hallan debidamente legalizadas; en aquellos casos en que se evidencia la falta de legitimidad en el recurrente; si el recurso no contiene las disposiciones legales aplicables al caso específico; cuando se pretende cuestionar el desarrollo y la conclusión del proceso penal; en supuestos en que se intenta atacar resoluciones que deciden incidentes en grado de apelación; cuando es evidente que la prueba aportada no es relevante para variar el resultado del proceso, en función de la causal invocada, y definitivamente cuando no se cumplen los requisitos formales que exige la primera parte del artículo 423 del Código de Procedimiento Penal. Se aprecia que todas las variantes que conllevan al Tribunal de revisión a declarar inadmisibile el recurso, tienen su encaje de legalidad en los presupuestos de la norma citada, de modo que en ningún momento se desliga de la ley procesal.

En sentido uniforme la jurisprudencia del Tribunal de revisión ha establecido que el actor para lograr la **Admisión de su recurso**, debe observar de manera estricta la primera parte del artículo 423 del Código de Procedimiento Penal; es decir debe hacer concreta referencia de los motivos que funda su pretensión, las disposiciones aplicables y acompañar la nueva prueba relevante. En efecto, la resolución de **Admisión** ha tenido su complemento con el transcurso del tiempo, tanto es así que se ha asumido que para abrir la competencia del Tribunal de revisión, el recurrente está obligado a ofrecer la prueba fehaciente de reciente obtención. Además se advierte que en la gran mayoría de los Autos Supremos la técnica utilizada para admitir el recurso, se basa en el análisis de los fundamentos de la demanda y principalmente en la nueva prueba aparejada.

Ahora bien, entre las medidas que adopta el Tribunal al **Admitir el recurso**, de conformidad al artículo 409 del Código de Procedimiento Penal, dispone que se ponga en conocimiento del Ministerio Público y acusador particular, para que con carácter de citación y emplazamiento respondan dentro del término de diez días desde su legal citación. Asimismo, ordena se libre orden instruida encargando su ejecución a la Corte Superior del Distrito Judicial respectivo para que el Tribunal de Sentencia remita en el término de cinco días el expediente original a despacho del Tribunal Supremo. Se advierte que estas medidas de la parte resolutive del Auto de Admisión no son explícitas en toda la jurisprudencia, por lo que sería aconsejable que se uniformara este aspecto tan importante, particularmente, por los efectos sobrevivientes que una sentencia de inocencia o absolución de culpabilidad genera de manera particular en la víctima.

A renglón seguido tomando en cuenta que una de las formas de resolución de fondo del Tribunal es **Rechazándolo cuando sea improcedente el recurso de revisión**, los fundamentos que conducen a adoptar la decisión se plasman de manera objetiva y razonable en los términos que siguen: “...**pretender fundar una revisión de sentencia argumentando que debió aplicarse en el caso un sistema procesal no vigente, carece de sustento legal; extremo que inviabiliza la revisión**”. Por otra parte, siguiendo la inspiración de la doctrina del derecho comparado que reconoce que la legitimidad de las decisiones judiciales depende del razonamiento jurídico acorde a la Constitución y la ley, el Tribunal de revisión en sus últimas jurisprudencia ha acuñado: “**Teniendo en cuenta que el recurso de revisión constituye un medio de ataque de la cosa juzgada que se fundamenta en razones de justicia, cuya finalidad es rescindir sentencias condenatorias por causales contenidas en el Código de Procedimiento Penal, cuando existen elementos probatorios que demuestren la injusticia de un fallo; (...) Se rechaza por improcedente al no haberse probado la causal invocada**”.

El repaso de la jurisprudencia penal de las Salas Penales del Tribunal Supremo, nos permite descubrir su pensamiento sobre el valor de la justicia y el derecho de justicia del condenado, en los casos en que resuelve **Anular la sentencia impugnada**, conforme a los fundamentos jurídicos siguientes:

1°. “**Si la nueva prueba acompañada a la solicitud de revisión el tribunal encuentra plenamente probada, justificada la causal invocada. Elementos de prueba relevantes recién descubiertos, no pueden ser punibles ya que no acarrear ningún perjuicio contra el bien jurídico protegido por los tipos penales acusados**”. La fundamentación para anular la sentencia condenatoria, se basa en una escritura pública de venta que desvirtúa totalmente los delitos por los que fueron condenados los recurrentes.

2°. “**Se entiende que la defensa es imprescindible cuando aparece objetivamente exigida para rechazar un ataque; (...) Es naturalmente permitida la simple amenaza de causar daño como el efectuar disparos al aire para amedrentar**”. La procedencia para anular la sentencia con la síntesis del razonamiento indicado, tiene su fuerza y valor en la causal I) del artículo 11 del Código Penal (Legítima defensa).

3°. “**La ley penal más benigna es la que estuvo vigente en el momento del hecho, no se toma en cuenta la agravación surgida por la promulgación de la nueva ley**”. En el caso de revisión que motivó el fundamento objeto de interés, tiene relación con la condena impuesta contra el recurrente por delito de lesión seguida de muerte de una niña de escasos diez meses, en la que a criterio del Tribunal el condenado por medio de apoderado legal justificó plenamente la causal prevista en el numeral 5) del artículo 421 del Código de Procedimiento Penal., que establece que procede la revisión: “**Cuando corresponda aplicar retroactivamente una ley penal más benigna**”. El efecto de la anulación de la sentencia se tradujo en la reducción de la pena impuesta de cinco a cuatro años de reclusión.

4°. *“Las dos sentencias resultan incompatibles entre sí porque ambas tratan iguales hechos producidos (...) entre las mismas personas que se ofendieron recíprocamente y actuaron como querellantes e imputadas simultáneamente, atribuyéndose la comisión de idénticos delitos y dando como resultados fallos distintos y contradictorios dictados por separados por la misma juez”*. La procedencia para anular la sentencia en el caso objeto de examen, se sustentó que la recurrente demostró plenamente la causal 1) del artículo 421 del Código de Procedimiento Penal, que señala: *“Cuando los hechos tenidos como fundamento de la sentencia resulten incompatibles con los establecidos por otra sentencia penal ejecutoriada”*.

En esta labor de comparación y refiriéndonos concretamente a la *parte resolutive* de la jurisprudencia penal que se elaboró con la aplicación del Código de Procedimiento Penal de 1972, se nota que existe uniformidad en los efectos y previsiones que se adoptan en cada uno de los Autos Supremos que anulan sentencias, así se ilustra con el AS. Número 819 de 12 de diciembre de 1996, que: *“Anula la sentencia condenatoria de fecha 23 de julio de 1992 pronunciada por el Juez Séptimo de Partido en lo Penal de la ciudad de La Paz y el correspondiente A.V. que la confirma, de fecha 19 de marzo de 1993, N° 304, dictado por la Sala Penal Segunda de la Corte Superior del Distrito Judicial de La Paz y dispone que dicho juzgado ponga en libertad al recurrente Sr. E.M.C., siempre que no es estuviere detenido por otras causas, nulidad de fallos judiciales que sólo comprende a esta persona exclusivamente”*.

En el caso de la jurisprudencia penal surgida en vigencia del Nuevo Código de Procedimiento Penal, en la parte resolutive de los Autos Supremos que la integran existen coincidencias con sus similares de 1972 hacia delante, en lo pertinente a que el Tribunal de revisión en primer término Anula la Sentencia, Auto de Vista y Auto Supremo, y en segundo lugar Absuelve de culpa y pena a los recurrentes por los delitos acusados en aplicación de una de las causales del artículo 363 del Código de Procedimiento Penal, y en tercer momento al ordenar la devolución de obrados del Distrito Judicial del Departamento respetivo, dispone la publicación en un órgano de prensa nacional de la parte resolutive de la sentencia, de acuerdo a lo previsto en la última parte del artículo 426 del Código de Procedimiento Penal. Este último aspecto de la publicación de la nueva sentencia de absolución de culpabilidad es la diferencia sustancial con su homólogo de 1972, y el carácter extensivo de los efectos de la absolución a favor de uno de los hermanos, dada que su situación resulta idéntica a la del recurrente de revisión, en aplicación del artículo 397 del Código de Procedimiento Penal.

Sin perjuicio de que esta jurisprudencia conserve su atributo de fuente de derecho, es razonable exigir en aras del principio de uniformidad en la aplicación de la ley, que el Tribunal construya los criterios de ecuación permanente en la parte resolutive del fallo, sobre todo en aquellos referidos a la *orden de que con carácter de inmediato*

se libre el mandamiento de libertad del injustamente condenado; la rehabilitación plena de sus derechos, la devolución de la cantidad pagada en concepto de pena pecuniaria, la inmediata devolución de sus bienes confiscados y la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. De igual manera se observa que el Fiscal interviene con su requerimiento en una sola revisión de fondo y desaparece en las resoluciones restantes; entendemos que esta participación del Fiscal desde la jurisprudencia de 1973 hasta el 2001 inclusive ha sido la nota más característica en estos periodos, y que hoy se deja esperar su retorno, por los delitos de carácter público que son los de mayor solicitud de revisión.

Merece también un tratamiento uniforme en la parte resolutive del Auto Supremo, que la publicación de la sentencia que anula el fallo condenatorio y absuelve de culpa y pena al condenado, o la extinción de la pena, sea explícita en toda la jurisprudencia conforme a los términos de la última parte del artículo 426 del Código de Procedimiento Penal.

5. VENTAJAS NOVEDOSAS DE LA JURISPRUDENCIA ACTUAL EN MATERIA DE REVISIÓN

El derecho fundamental de acceso al recurso de revisión y a obtener una decisión objetiva y razonada en sujeción a la justificación plena de una de las causales de procedencia que prevé el Código de Procedimiento Penal, ha dejado atrás y en el archivo las decisiones no fundamentadas, que afectaban al derecho de la presunción de inocencia, el debido proceso, la obligación de los jueces y tribunales al imperio de la ley. Empero entendido el acceso a la administración de justicia y al recurso de revisión funcionalmente como corresponde a su esencia, ciertamente que ampara la pretensión de que lo resuelto por el Tribunal se ejecute y cumpla ha cabalidad.

El Tribunal Constitucional en la STC N° 1523/04 de 28 de septiembre, ha establecido como línea jurisprudencial que: **“cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no sólo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión arbitraria y dictatorial que vulnera de manera flagrante el citado derecho que otorga a las partes saber el por qué de la parte dispositiva de un fallo o Resolución”, y que “cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos y al margen de ello, la fundamentación legal que sustenta la parte dispositiva de la misma”.**

El Tribunal de revisión ha tenido que suplir las deficiencias de las normas procesales, para dar cabida al derecho sustancial del condenado, fijando el término de diez días al Ministerio Público y acusador particular para que a partir de su legal notificación con el Auto de Admisión contesten con fundamento el recurso, y en similar medida confiere el término de cinco días para que el Juez de Sentencia eleve el expediente original al despacho del Tribunal Supremo.

Adquiere notable importancia la amplia libertad interpretativa del Tribunal de revisión, que ha cambiado prácticamente el concepto restrictivo que se mantenía en el AS. N° 819 de 12 de diciembre de 1996, respecto a los efectos extensivos de la sentencia anulatoria en circunstancias en que sólo uno de los condenados hubiere recurrido. Efectivamente, al amparo de este criterio y en aplicación del contenido del artículo 397 del Código de Procedimiento Penal, el Tribunal mediante el Auto Supremo N° 101, de 12 de febrero de 2003, ha adoptado la doctrina siguiente: **“Si bien el recurso ha sido interpuesto por H.A.Q.R., la naturaleza de la prueba acompañada y los efectos que esta acarrea para el fondo de la causa, opera también a favor de su hermano Z.Q.R., dada que su situación resulta idéntica a la del recurrente”**.

A propósito de la justificación de cambios adecuados en la jurisprudencia penal, la Sentencia T-123 de 1995 de la Corte Constitucional de Colombia, señaló: **“si el juez, en su sentencia, justifica de manera suficiente y razonable el cambio de criterio respecto de la línea jurisprudencial que su mismo despacho ha seguido en casos sustancialmente idénticos, quedan salvadas las exigencias de la igualdad y de la independencia judicial”**. A este respecto el profesor Cifuentes Muñoz, Eduardo en: **“Acceso a la justicia y debido proceso en Colombia”**, manifestó: **“Esta forma de proceder pone a cubierto al juez contra cualquier sospecha de arbitrariedad y, al mismo tiempo, le concede una amplia libertad interpretativa, lo que evita que permanezca rígidamente sujeto al precedente”**.⁴

La parte resolutive de la sentencia nueva que anula la condenatoria injusta y absuelve al recurrente por los delitos acusados, tiene la precisión de ordenar la inmediata libertad del recurrente siempre y cuando no estuviere detenido por otras causas, mandamiento de libertad que no es expedido por el Tribunal de revisión, sino por el Juez o Tribunal de Sentencia, lo que en cierta forma le resta celeridad a la ejecución y se produce una contradicción con la línea jurisprudencial asumida por el Tribunal Constitucional, en sentido de que corresponde al órgano jurisdiccional que la medida adoptada se materialice y sea cumplida a cabalidad, debiendo para el efecto y dentro de su competencia plena, librar el respectivo mandamiento en previsión de los artículos 129.7) y segunda parte del 428 del Código de Procedimiento Penal.

La publicación de la parte resolutive de la sentencia que declaró la absolución del recurrente o extinción de la pena, en un medio de comunicación de alcance nacional, tiene su base en la previsión de la última parte del artículo 426 del Código de Procedimiento Penal, de modo que al ser imperativa la obligación el Tribunal de revisión deberá consignar la orden de publicación en cada una de sus resoluciones en que le corresponda anular la sentencia condenatoria plenamente justificada de injusta.

⁴ CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. **“Acceso a la Justicia y debido proceso en Colombia”**. (Síntesis de la Doctrina Constitucional). Colombia, 2008; página 283.

Por otro lado, surge con nitidez la garantía que materializa el Tribunal de revisión, en consignar en la parte resolutive del Auto Supremo que el **Rechazo por improcedente del recurso deducido no le impide al condenado la interposición de un nuevo recurso por causales diferentes**. Esta misma posición favorable para el recurrente que tiene su asidero en el artículo 427 del Código de Procedimiento Penal, se contempla de manera expresa en la jurisprudencia que declara **inadmisible el recurso de revisión**, que para mayor ilustración se transcribe textual: **“La medida jurisdiccional adoptada en los términos de la parte resolutive, de ninguna manera limita el derecho del recurrente de poder intentar uno nuevo por otras causales conforme establece el artículo 427 del Código de Procedimiento Penal”**. En todo caso cualquiera que se la ubicación de la permisión legal en la estructura del fallo, lo importante es que el condenado tenga la certeza que al ser adverso el recurso, mantenga expectante una nueva oportunidad para intentar rever la sentencia, con prueba nueva, idónea, objetiva y relevante.

Por último, el Tribunal refiriéndose a las acciones de revisión y al rol que juega el Estado como dispensador de justicia, para evitar declarar inadmisibile el recurso de revisión por no cumplir determinados requisitos formales, ha adoptado como medida de hacer expedito el acceso a la justicia, la providencia siguiente: **“que el recurrente con carácter previo acompañe y acredite las circunstancias de ejecutoria de la sentencia, bajo pena de inadmisibilidad del recurso, en el plazo de cinco días computable a partir de su legal notificación”**. De relevante y oportuna se califica la decisión del Tribunal si esto sin duda contribuye a repudiar la denegación de justicia; pues los requisitos de forma y de fondo consagrados en los Códigos procesales se deben aplicar bajo la premisa que su sentido último es el hacer efectivo el derecho sustancial.

Como valor añadido podría calificarse el progreso que ha tenido la jurisprudencia en el valor de la libertad del injustamente condenado, al adoptar en una resolución de admisión del recurso (AS. Nº 422, 8-10-2005), **“la necesidad urgente de suspender la sentencia recurrida de revisión, si por efecto de su apreciación primaria considera fundado el recurso”**. Es destacable la previsión del Tribunal de revisión en este caso, en que se ve compelido de asumir la medida guiado probablemente en evitar en dichas circunstancias perjuicios mayores al condenado.

6. LÍNEAS JURISPRUDENCIALES IMPORTANTES EN EL RECURSO DE REVISIÓN.

Conviene subrayar que con claridad e innovación respecto a otras sentencias, actualmente el Tribunal de revisión ha sentado como fundamento de procedencia del recurso y línea jurisprudencial las que se describen:

- *“La prueba acompañada al recurso de revisión deberá ser de una calidad indiscutiblemente relevante, de tal forma que si el órgano jurisdiccional la hubiera conocido durante el proceso, el resultado habría sido absolutamente distinto”*.

- *“La nueva prueba documental deberá ser relevante y trascendente para los fines del recurso de revisión, a efecto de desvirtuar la responsabilidad penal del recurrente respecto a los delitos por los cuales fue procesado y condenado”.*
- *“La revisión encuentra su fundamento cuando la sentencia no ha considerado prueba determinante sobre el hecho juzgado, debido a que la misma fue conocida con posterioridad a la condena; es decir que estuvo fundada en información falsa o fue dictada sin haber considerado información de características lo suficientemente relevantes, que en caso de haber sido conocidas durante el proceso, hubiera cambiado su situación jurídica”.*
- *“La revisión es viable cuando existen elementos formales valederos que propicien situaciones clamorosamente injustas dignas de ser reparadas”.*
- *“Lo que importa a los efectos de la revisión demandada, es demostrar en base a nuevas circunstancias no tenidas en cuenta por los juzgadores, la manifiesta injusticia de la sentencia condenatoria”.*
- *“Los casos de procedencia de la revisión de sentencia no están vinculados a la errónea aplicación o interpretación de una norma sustantiva ni a los vicios en la aplicación de la norma adjetiva, por el contrario, se debe fundar en hechos probados que demuestren que la sentencia que se pide su revisión es totalmente injusta”.*
- *“El recurso de revisión constituye un medio de ataque de la cosa juzgada que se funda en razones de justicia, cuya finalidad es la de rescindir sentencias condenatorias por las causales contenidas en el Código de Procedimiento Penal, cuando existen nuevos elementos probatorios que demuestren la injusticia del fallo”.*

7. PROPUESTAS PARA HACER EFICAZ EL DERECHO A LA REVISIÓN.

a) La participación del Órgano Legislativo

La nueva Constitución Política del Estado mantiene como atribución del Tribunal Supremo de Justicia la facultad de conocer y resolver casos de revisión extraordinaria de sentencia, previsión contenida en la Segunda Parte, Título II, Sección I, artículo 184 numeral 7.

La constitucionalización de la revisión en procesos ordinarios civiles, que por tradición histórica se mantiene en el texto de la Constitución, debió cobijar la revisión de sentencia condenatoria ejecutoriada como atribución de la Sala Penal que forma parte del Tribunal Supremo de Justicia; en efecto si éste órgano

es único y está integrado por doce Magistrados y Magistrados y se organiza en salas especializadas según sus necesidades, los que serán elegidos mediante sufragio universal próximamente, es de esperar que la Asamblea Legislativa Plurinacional considere en una futura reforma la constitucionalización de la acción de revisión en materia penal, reconocimiento que se justifica por la naturaleza, finalidad y efectos que tiene el impropriamente llamado recurso, al reponer la justicia como última ratio en aquellos casos en que por desconocimiento de la prueba se ha condenado al que no tiene ninguna responsabilidad con el hecho delictivo.

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia deberá contemplar como atribución de las Salas Penales el conocimiento y resolución de la acción de revisión, especificando los fallos que serán objeto de la demanda. Esta previsión deberá estar consignada en el Nuevo Código de Procedimiento Penal; es decir donde se especifique que procederá la revisión contra: sentencias condenatorias ejecutoriadas que dicten los jueces y tribunales colegiados en procesos ordinarios, militares y en juicios de responsabilidad, en todo tiempo y a favor del condenado en los casos señalados por la ley Procesal Penal.

La reforma del Procesal Penal deberá incluir la intervención del Ministerio Público, al estimarse que la demanda de revisión deberá proceder sólo contra delitos de acción pública. La experiencia demuestra que las sentencias que mayormente son atacadas de manifiestamente injustas son las que han recaído en delitos de esta naturaleza, principalmente en delitos de sustancias controladas.

Al tratarse de una acción que tiene por finalidad anular la sentencia condenatoria ejecutoriada injusta por las causales que señala el Código Procesal Penal, requiere con urgencia que sea expedito en cuanto al acceso y los plazos procesales, tanto para la admisión como para el pronunciamiento de la resolución de fondo; así se sugiere que una vez admitido el recurso en la línea de la jurisprudencia penal se fijen 10 días de término para la contestación del acusador particular y requerimiento del Fiscal General, 5 días para la remisión del expediente original a despacho del Tribunal Supremo y 10 días para pronunciar el fallo definitivo, previo sorteo de la causa.

En puerta de la demanda de revisión el Tribunal Supremo deberá pronunciarse sobre la admisión o inadmisión en un término razonable de 10 días a partir de su radicatoria, previa notificación a las partes.

b) La proyección de la jurisprudencia penal

Desde la perspectiva de la jurisprudencia penal se ha ponderado los avances que se han logrado en relación al recurso de revisión, tanto es así que en materia de plazos procesales se vislumbran resoluciones en tiempos más reducidos; sin embargo, pensamos que aún hay aspectos pendientes por encarar como las sugeridas en el

punto anterior; de tal modo que el término medio de un año o poco más que se revela actualmente, sea a la brevedad posible revisado y superado en aras de una justicia oportuna y razonable.

En sede del Tribunal y como efecto de la sentencia declarativa de absolución de culpa y pena del condenado, entendemos que el mandamiento de libertad deberá ser librado por el órgano jurisdiccional que emitió el fallo; es decir, por el Tribunal de revisión y su ejecución estará a cargo del Juez de Ejecución Penal, siempre y cuando no estuviere detenido por otras causas; la propuesta tiene su encaje justificador en la interpretación sistemática de las disposiciones contenidas en los artículos 129.7) y 428, y en atención a la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional por tratarse del valor libertad de la persona, el mandamiento deberá expedirse en la misma audiencia oral; aplicable para el caso de remisión a otro tribunal; en tanto que en las sentencias directas que surjan del Tribunal de revisión será en la fecha de haberse pronunciado la sentencia.

El injustamente condenado que por efecto de la sentencia anulatoria tiene derecho a la reparación inmediata por los daños y perjuicios causados por los delitos no cometidos y comprobado plenamente por el Tribunal de revisión, la indemnización a cargo del Estado o del acusador particular deberá ser calificada directamente por el Tribunal que pronunció el fallo absolutorio o de inocencia y si no fuera posible el trámite a aplicarse será el contenido en los artículos 382 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

Merecen inmediatez y urgencia en este caso, la rehabilitación plena del ejercicio de sus derechos afectados como consecuencia de la condena injusta, el levantamiento de las medidas de seguridad y la devolución de sus bienes incautados y/o confiscados, y los montos cancelados por concepto de sanciones económicas. Estos derechos que hacen a los efectos de la sentencia anulatoria, tienen que ser expresamente ordenados en la parte resolutive del Auto Supremo y de manera uniforme en las Salas Penales del Tribunal Supremo, ya que en definitiva es la claridad y la forma explícita del contenido dispositivo, la fórmula más adecuada para hacer cumplir y ejecutar lo resuelto. La doctrina procesal penal del derecho comparado señala que: ***“El tribunal se legitima no por el acervo de conocimiento de la ley y su aplicación de procedimiento; sino por saber que su decisión ejecutoriada ha sido cumplida con inmediatez y sin dilaciones injustificadas”.***

Pertenciente al elenco de efectos de la sentencia anulatoria, en virtud de que el recurrente ha demostrado y justificado plenamente una de las causales previstas en el artículo 421 del Código de Procedimiento Penal, se tiene el derecho que le asiste al condenado absuelto de culpabilidad de suspender la ficha de registro de antecedentes penales en el REJAP, medida que corresponde ser materializada por vía de jurisprudencia, concretamente disponiendo la cancelación de esos antecedentes

expresamente en la parte resolutive del fallo, y sin espera de tiempos al no tener la cualidad de las resoluciones que se mencionan en los artículos 440 y 441 del citado procedimiento.

Suscita enorme interés el sentido interpretativo amplio que corresponde hacer al artículo 421 en su primera parte del Código de Procedimiento Penal, que al expresar: **“Procederá el recurso de revisión de las sentencias condenatorias ejecutoriadas, en todo tiempo y a favor del condenado...”**, obviamente que no hace ninguna excepción en cuanto al órgano jurisdiccional que pronuncie la sentencia condenatoria, ni que la gradualidad o instancia en que sea emitida determine su incompetencia del Tribunal de revisión; sino que en el intelecto de la normativa se cobija tanto a las sentencias condenatorias ejecutoriadas que pronuncien los jueces y tribunales de sentencia, los tribunales que conozcan en apelación restringida, los fallos en procesos abreviados, las sentencias únicas en juicios de responsabilidad, las que emerjan de los tribunales militares, y en su caso las decisiones condenatorias de la jurisdicción indígena originaria campesina donde resulte responsable del hecho el ciudadano en tránsito circunstancial por desconocer los valores, cultura, costumbres y tradiciones de la comunidad, siempre y cuando haya sido sometido a proceso por el mismo hecho en la justicia ordinaria y en ambas existan sentencias condenatorias ejecutoriadas.

Las ideas centrales que inspiran la cobija de resoluciones jurisdiccionales como objeto del recurso de revisión, apuntadas con claridad en el párrafo precedente, al estar vinculadas absolutamente con la libertad y la reposición de la justicia en situaciones desproporcionadas y sorpresivas, negligentes o por motivo de desconocimiento de la nueva prueba, - repito- , **son de clara estirpe sancionatoria** y por tanto no son ajenas a la revisión; máxime si existe un tribunal competente para tramitar y resolver el recurso.

Algo que consideramos que no puede escapar nuestra atención es la referida a la obligación que tiene el Tribunal de revisión de disponer con carácter de inmediatez, la publicación de la parte resolutive de la sentencia que declaró la absolución o extinción de la pena a favor del condenado recurrente en un medio de comunicación social de alcance nacional, en los términos que señala la última parte del artículo 426 del Código de Procedimiento Penal; medida que deberá ser insertada de forma explícita y uniforme en los Autos Supremos que declaren la anulación de la sentencia.

En situaciones en que se disponga la realización de un nuevo juicio, el Tribunal de revisión ha reconocido en su jurisprudencia que la **garantía de la no reformatio in peius**, no únicamente tiene cobija en el derecho penal; pues la prohibición de reformar la condena en perjuicio del recurrente no solamente es aplicable en materia penal, sino que, se extiende a otras ramas del derecho y se hace exigible en las actuaciones

administrativas y fundamentalmente disciplinarias, las cuales claramente son de índole sancionatorias, y por tanto son cobijadas bajo el paraguas de esta garantía.

La extensión de los efectos de la sentencia de absolución a favor del condenado que no hubiere recurrido de revisión por descuido, negligencia o carencia de recursos u otro factor; reconocida en el Auto Supremo N° 101 de 12 de febrero de 2003, merece destacarse como producto de una interpretación cabal del artículo 397 del Código de Procedimiento Penal, que establece: **“Cuando en una causa existan coimputados, el recurso interpuesto por uno de ellos, favorecerá a los demás, a menos que los motivos en que se base sean exclusivamente personales”**.

Una nueva práctica creativa y fecunda en las sentencias de revisión en su versión anulatoria, es la introducción de la doctrina legal aplicable, formula inteligible que al justificar las causales previstas de los numerales 5) y 6) del artículo 421 del Código de Procedimiento Penal, referida a la procedencia de la revisión cuando corresponda aplicar retroactivamente una ley penal más benigna; y cuando una sentencia del Tribunal Constitucional tenga efecto derogatorio sobre el tipo o norma penal que fundó la condena, dichas doctrinas en su composición estructural y en su intrínseco razonamiento jurídico ligadas a principios constitucionales y universales reconocidos por instrumentos internacionales, inexcusablemente devienen en obligatorias para los tribunales y jueces inferiores.

c) Límites de la justicia comunitaria y los efectos de sus sanciones

En la Segunda Parte del Título III, Capítulo Cuarto, artículos 190 al 192 de la Constitución Política del Estado de 7 de febrero de 2009, se constitucionaliza la **“Jurisdicción indígena originaria campesina”**, que será ejercida por sus autoridades en cada uno de los pueblos originarios campesinos, conforme a los valores culturales, usos, costumbres y tradiciones ancestrales, respetando el derecho a la vida, el derecho a la defensa y los derechos fundamentales que garantiza la Constitución.

La diversidad cultural expresada en los 36 pueblos indígenas, sustancialmente implica que la justicia basada en el derecho consuetudinario pondrá de relieve fundamentalmente, los principios de igualdad e integralidad, al aplicarse a todos los componentes de los pueblos indígenas originario campesino sin distinción alguna de origen, religión, etc, y en su praxis abarcará a las innumerables conductas de faltas, contravenciones y jurídicas que afecten a la comunidad sin distinguir de la naturaleza de la materia. Estas peculiaridades intrínsecamente ligadas a sus miembros que se hallen dentro de su ámbito territorial o, circunstancialmente se encuentren de paso por faenas agrícolas, ganaderas o forestales, son las que hacen diferenciar sustancialmente de la justicia ordinaria.

La jurisdicción y competencia de la justicia comunitaria, ejercerá sus funciones jurisdiccionales en el marco de una Ley de deslinde jurisdiccional, a efecto de no violar los derechos humanos y los derechos fundamentales de la persona reconocidos en los instrumentos internacionales y consagrados en los artículos 14, 15 y siguientes de la Nueva Constitución Política del Estado; así como la de evitar crispaciones con la justicia ordinaria (Constitucional y Agroambiental)

Siendo única en su género y en la historia de nuestro país que dará paso a la existencia de dos sistemas jurídicos en un mismo Estado de derecho, los elementos básicos que la Ley deberá contener son:

- *La exposición de motivos que refleje el caminar dilatado durante siglos de los pueblos que buscan su propia identidad cultural, igualdad jurídica, económica, social y el goce de los derechos sociales.*
- *El marco descriptivo y conceptual del contenido y finalidad de la justicia comunitaria, su grado de independencia y valores que la consoliden como sistema jurídico en el país.*
- *Su organización jurídica y social en relación a la ubicación de los estamentos sociales originarios campesinos en tierras altas, valles y tierras bajas.*
- *Determinación de su ámbito de actuación jurisdiccional y competencial en las circunscripciones territoriales; la situación del flujo de migrantes hacia las ciudades y el tratamiento hacia ellos y los mecanismos de resolución de conflictos en materias integrales con criterios de cohesión social y gratuidad.*
- *La legitimidad de los pueblos indígenas y campesinos nacida de la Constitución; la jurisdicción y competencia desde su visión histórica y cultural, dirigida a lograr la interrelación con todos los pueblos originarios campesinos y con la justicia ordinaria.*
- *Los principios de Identidad e Igualdad, Independencia, Autonomía, Jerarquía y Obligatoriedad, Integralidad, Oralidad y Publicidad, como pilares básicos de garantía y eficacia de los derechos a la vida, la justicia comunitaria, el derecho a la amplia defensa y el respeto de los derechos humanos y derechos fundamentales.*
- *Los sistemas de conciliación y negociación como las alternativas más ágiles y eficaces para garantizar el equilibrio y armonía intercomunal.*
- *A partir de los resultados en la solución de conflictos que se tenga en el acervo jurídico de los pueblos originarios, y tomando en cuenta su propia sabiduría ancestral, realizar un inventario de faltas y contravenciones, comportamientos*

jurídicos que importen ruptura social, que incluya el repertorio sistematizado en lo posible de las sanciones adoptadas en cada situación.

- *La determinación de las autoridades que tendrán a su cargo la ejecución de la responsabilidad sancionatoria y en qué casos los efectos de estas serán personales, familiares o de la comunidad; máxime si se tiene en cuenta que la finalidad de la sanción es prevenir que los hechos se vuelvan a repetir y no constituyan un mal ejemplo para todos los demás integrantes de la comunidad.*
- *El carácter de revisable de las sanciones impuestas en caso que se violen los derechos humanos; los derechos fundamentales de los sometidos al procedimiento consuetudinario, y en situaciones en que por razones desconocidas de las autoridades jurisdiccionales la sanción no se hubiera producido. En estos dos casos excepcionales pensamos que la decisión sancionatoria injusta deberá ser objeto de revisión por el Tribunal Constitucional Plurinacional y por la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia. Verbigracia, el caso de Marcial Fabricano castigado con exceso y crueldad inhumana recibiendo azotes con doble lazo por miembros integrantes de la comunidad perteneciente a los pueblos indígenas del Parque Nacional Isiboro Sécura (Tipnis), no merece justificación consuetudinaria por hermanos de su propia estirpe, sino que el hecho al no ser interpretado como "justicia comunitaria", corresponde ser llevado a los estrados judiciales a quienes resulten identificados como los presuntos autores de esta agresión física que viola los derechos humanos y la dignidad del ser humano. Máxime si nadie puede asumir la decisión múltiple de denunciar, calificar el hecho, juzgar, sancionar y ejecutar la sanción.*
- *La pena de muerte bajo ningún concepto debe ser aplicada como respeto al derecho a la vida, y por todos los procedimientos del derecho consuetudinario deberá impedirse que los integrantes de la comunidad hagan justicia por sus propias manos; sino que en todo caso deberá regularse la denuncia como cauce para la sanción respectiva, bajo los principios ya señalados.*
- *El registro de las sanciones establecidas y la cancelación de las mismas, merecen ser definidas como consecuencia de la cesación o cumplimiento de las medidas impuestas. Asimismo, en uso de su autonomía las Comunidades deberán tender a contar con su propio instrumento legal de registro con precisión de su organización y autoridades legítimas elegidas de acuerdo a sus costumbres y cultura, a efecto de mantener la interrelación sólida en resguardo de los derechos colectivos de sus integrantes.*

Las autoridades encargadas de promover la coordinación y cooperación entre los dos sistemas jurídicos, que si bien no se pueden integrar pero si que son susceptibles de fortalecimiento jurisdiccional y ejecutivo, corresponden ser

identificadas plenamente, como preludeo de los diversos problemas competenciales en acciones de carácter personales y patrimoniales que se pudieran presentar entre las dos jurisdicciones, y en aquellos supuestos en que se involucren ciudadanos en hechos circunstanciales que pertenecen a la esfera de la justicia comunitaria.

Existe el pleno convencimiento que con una ley de Deslinde jurisdiccional sobre la base de un mapa territorial actualizado que permita identificar los asentamientos de los pueblos indígenas originario campesinos, se logrará la coexistencia armónica de la aplicación del derecho consuetudinario con sus estructuras y jerarquías naturales y la aplicación del derecho legislado a cargo de la justicia ordinaria. Teniendo presente la excepcionalidad descrita en la sugerencia del punto 10ª, referente a la revisión del fallo por violación de los derechos humanos y derechos fundamentales ante el Tribunal Constitucional Plurinacional.

Por otro lado, deberán considerarse los supuestos especiales en que por interés de las partes en conflicto por la gran influencia que han recibido de la cultura occidental, verbigracia si se tratara de miembros de diferentes comunidades, opten por elegir en la solución de sus problemas de tierras, aprovechamiento de productos agrícolas u otros, la justicia ordinaria o la jurisdicción agroambiental, siempre y cuando no se sacrifiquen los derechos colectivos de las comunidades a las que pertenecen, -definitivamente es un tema de alta intensidad-, que no puede quedar al margen de su tratamiento. Remarcando este aspecto el Defensor del Pueblo en su reflexión sobre el Pueblo Tacana señaló: "... **la flexibilidad del pueblo para aplicar determinados procedimientos y según las circunstancias: se da el extremo que casos similares pueden tener tratamientos diferenciados e incluso pueden ser abordados por la justicia ordinaria de modo directo y en otras situaciones se busca accionar el mecanismo de la justicia comunitaria**";⁵ lo que explica de la vigencia de tratamientos diferenciados en la solución de los conflictos del Pueblo Tacana.

⁵ DEFENSOR DEL PUEBLO. "Sistema Jurídico de los Pueblos Indígenas Amazónicos de Bolivia". Impr. SOIPA Ltda.; La Paz-Bolivia, 2008; página 20.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA:

CABANELLAS, Guillermo. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Luís. “*Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*”. Editorial Heliasta S.R.L. 12ª Edición; Tomo IV J-O; Buenos Aires - Argentina, 1979.

CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. “*Acceso a la Justicia y debido proceso en Colombia*”. (*Síntesis de la Doctrina Constitucional*). Colombia, 2008.

DEFENSOR DEL PUEBLO. “*Sistema Jurídico de los Pueblos Indígenas Amazónicos de Bolivia*”. Impr. SOIPA Ltda.; La Paz-Bolivia, 2008.

MONTERO AROCA, Juan. “*Principios del proceso penal*”. *Una explicación basada en la razón*. Editorial tirant lo blanch; Valencia – España, 1997.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. “*Delito y Pena en la Jurisprudencia Constitucional*”. Editorial Civitas; Madrid – España, 2002.

SANDOVAL PARADA, Héctor y GARECA PERALES, Pedro. “*Doctrina Legal Aplicable*” en la *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Talleres Gráficos “Gaviota del Sur” s.r.l. Tercera Edición; Sucre – Bolivia, noviembre 2008.

Tribunal Constitucional. Cooperación Técnica Alemana. Proyecto de Apoyo a la Reforma Procesal Penal GTZ. “*Sistematización de la Jurisprudencia Constitucional y Precedentes Obligatorios en Derecho Procesal Penal*”. Imprenta Editorial “Tupaj Katari” Tomo II; Sucre – Bolivia, 2008;



**EL ORIGEN Y DESARROLLO
DE LA IDEA DE CODIFICACIÓN DEL DERECHO**

***ORIGIN AND DEVELOPMENT
OF THE IDEA OF CODIFICATION***

Rev. boliv. de derecho n° 9, enero 2010, ISSN: 2070-8157, pp. 148-203



Alejandro
GUZMÁN
BRITO

RESUMEN: Este artículo es un análisis de historia del derecho a través de la idea de codificación. Esta no es una técnica reciente. Como aquí se lo demuestra, la idea de codificación acompaña a toda la historia del derecho. Aunque el Código francés es un hito, hubieron códigos en la antigua Roma, en la edad media y los hay en el presente.

Originalmente publicado en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor), El Código Civil de Chile (1855-2005). Trabajos expuestos en el congreso internacional celebrado para conmemorar su promulgación (Santiago, Editorial LexisNexis, 2007), pp. 43-99

PALABRAS CLAVE: Código, codificación, Antigua Roma, historia del derecho, derecho consuetudinario, Código Napoleón.

.ABSTRACT: *This paper is an analysis of the history of the Law through the idea of codification. This is not a recent technic. As it is demonstrated in the article, the idea of codification comes along the history of the Law itself. Although the French Code is a landmark; there were codes in the Ancient Rome, in the middle ages and in the present.*

KEYWORDS: Code, codification, Ancient Rome, History of the Law, customary law, Napoleon Code.

SUMARIO: I. EL CÓDIGO. II. LA COMPILACIÓN DE LEYES III. LA REDACCIÓN DE COSTUMBRES IV. LA FIJACIÓN DE DOCTRINAS V. EL TÉRMINO “CÓDIGO” EN LA EDAD MEDIA Y LA ÉPOCA MODERNA VI. EL VOCABULARIO DE LAS COMPILACIONES DE LEYES VII. LA EMERSIÓN DE UN NUEVO TIPO DE FIJACIÓN: LA CODIFICACIÓN VIII. ETAPAS DE LA CODIFICACIÓN

I. EL CÓDIGO

I. La idea de reunir cierto Derecho en un libro único, que cuerpos como el prusiano de 1794, el francés de 1804, el austriaco de 1811 y todos los demás que sucesivamente fueron emitidos a lo largo del siglo XIX, entre ellos el chileno de 1855, hicieron realidad, no hubo de originarse en la segunda mitad del siglo XVIII y en rigor no fue una novedad en la Historia del Derecho. Es antiquísima. Podríamos por ello remontarnos a las civilizaciones primordiales del Medio Oriente –y aun del Oriente Lejano– y mencionar, por ejemplo, el llamado “código” de Hamurabi y varios otros del mundo caldeo. Tampoco, más cercanamente, en Grecia nos faltarían ejemplos, como el llamado “código de Gortina”, ni, desde luego, en Roma, ya con la célebre *lex XII Tabularum* (siglo V a. C.)¹. Pero estas excursiones nos llevarían demasiado lejos; por lo cual, en seguimiento del tema de esta exposición, nos limitaremos a los momentos² que se relacionen más directamente con las codificaciones modernas o que conduzcan a ellas.

Este término “codificación” es un neologismo introducido por el pensador inglés Jeremías Bentham (1748-1832) desde 1815³, como “Codification”, por cierto, y posteriormente difundido en todas las lenguas⁴ y desde luego en la castellana⁵.

¹ Véanse los diversos trabajos reunidos en LEVY, Edmond (editor), *La codification des lois dans l'Antiquité* (Paris, De Boccard, 2000).

² Intentos de tipologizar las fijaciones del derecho: VIOIRA, Mario, *Consolidazioni e codificazioni. Contributo allo studio della codificazione* (3ª ed., Torino, Giappichelli, 1967); GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La fijación del derecho. Contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones* (Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso 1977); GAUDEMET, Jean, *La codification. Ses formes et ses fins*, en *Estudios en Homenaje al Profesor Juan Iglesias* (s. I. [Madrid], s. d. [1988]), I, pp. 309 ss.; GAUDEMET, Jean, *Codex, collections, compilations, en Droits. Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Culture Juridiques* 24 (1996) I pp. 3 ss.; BÜHLER, Th., *Codes, collections, compilations, en Droits. Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Culture Juridiques* 24 (1996) I, pp. 3 ss.

³ Sobre el punto, véase: VANDERLINDEN, Jacques, *Code et codification dans la pensée de Jeremy Bentham*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/ Revue d'Histoire de Droit* 32 (1964) I, pp. 45 ss. Bentham empleó la palabra “Codification” por vez primera –explica Vanderlinden– en una carta que envió en junio del año indicado al zar Alejandro I de Rusia. Con posterioridad, la usó para dar título a algunas de sus obras: *Papers Relative to Codification* (1817), *Codification Proposal to all Nations Professing Liberal Opinions* (1822) y *Justice and Codification Principles* (1829).

⁴ De mi parte añado que quien debió contribuir de manera importante a la difusión del término *Codification*, fue el suizo Pierre Etienne Louis Dumont (1759-1829), quien, movido por su admiración hacia Bentham, dedicó casi treinta años de su vida a ordenar, extraer y editar escritos suyos y a traducirlos al francés. En 1802, en efecto, inició este trabajo con la publicación de los *Traité de législation civile et pénale*. Poco antes de morir, editó *De l'organisation judiciaire et de la codification, extraits de divers ouvrages de J. B. jurisconsulte anglais*, par Et. Dumont (Paris, Librairie de Hector Bossange, 1828). La mayoría de sus traducciones fueron recogidas en cuatro volúmenes titulados *Oeuvres de Jeremy Bentham* (Bruxelles, 1829-1830) [de la que hay reimpresión moderna: Aalen, Scientia, 1969].

⁵ En el mundo de habla castellana, Bentham gozó de extraordinaria fama, y sus obras más importantes fueron traducidas a la lengua; entre otras tantas, también la antes citada *Codification Proposal*, etcétera, pero como

• Alejandro Guzmán Brito

Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra, España; catedrático de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile.

Etimológica y semánticamente significa la acción y el efecto de “hacer un código”. Ahora bien, la palabra inglesa “Code” es un préstamo del fr: “code”⁶, y ésta, como sus equivalentes en las demás lenguas romances: el cast. “código” (así desde 1490⁷), el it. “codice”, el port. “código”, etcétera, derivan de la latina *codex* (*caudex*), que está documentada ya en Terencio (siglo II a. C.)⁸.

2. Pero la palabra latina *codex* adquirió su sentido legislativo, familiar para nosotros, únicamente desde principios del siglo V d. C.

a) Una constitución del emperador Teodosio II de Oriente (adoptada para Occidente por Valentiniano III), del 429⁹, diseñó un programa legislativo consistente en una doble compilación: una, para uso de las escuelas que, a semejanza formal de las precedentes compilaciones de rescriptos de la época de Diocleciano (emp. 284-305), que la propia constitución de Teodosio II individualiza como *codex Gregorianus* y *codex Hermogenianus* –de las que hablaremos después–, debía incluir las dispersas leyes imperiales dadas por Constantino (emp. 306-336) y sus sucesores, estuvieran o no en vigencia, ordenadas en libros y títulos; la otra, para uso de los prácticos, consistiría en una selección de las leyes generales y particulares o especiales, pero en vigencia, ya recogidas en las mencionadas compilaciones gregoriana y hermogeniana o por recoger en el cuerpo dispuesto por el propio Teodosio, cuyos vacíos debían ser completados con textos de la antigua jurisprudencia clásica insertados.

Ahora bien, no sabemos cómo se denominaban las mencionadas compilaciones de rescriptos de la época de Diocleciano hasta la constitución del 429. Pero el hecho es que en ésta se las nombra –y por primera vez– como “*codex*”¹⁰. Tan interesante

Propuesta de código dirigida por Jeremías Bentham a todas las naciones que profesan opiniones liberales (Londres, R. Y. A. Taylor, 1822), lo que acaso revele un cierto pudor del traductor en usar el neologismo “codificación”. El elenco de las traducciones castellanas de Bentham de la época se ve en GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000), p. 229 n. 450 [de la cual, en cierto modo, es 2ª edición mi *Historia de la codificación civil en Iberoamérica* (Cizur Menor [Pamplona], Thomson-Aranzadi, 2006), p. 94 n. 85]. En España, el término aparece al menos desde 1843, año en que fue creado un organismo asesor en materia legislativa, con el nombre de Comisión General de Codificación. En Chile, él ingresó hacia 1834 en el vocabulario oficial, aunque en 1827 había sido reimpresso en *El Monitor Imparcial* un artículo periodístico bonaerense así titulado: para esto y muchos otros puntos conectados, véase: MERELLO, Ítalo, *Codificación. Sobre los orígenes y alcances de un término. Sus primeros usos y significados en la historia del Derecho nacional (1822-1833)*, en *Anales de la Universidad de Chile*, 5ª serie, N° 20 (Santiago, agosto de 1989): *Estudios en Honor de Alamiro de Ávila Martel*, pp. 777 ss.

⁶ En ambas lenguas, el neologismo, en cuanto fundado en “code”, está bien construido; no así en el castellano, el italiano o el portugués, en donde la palabra da la sensación de venir de “coda” = “cola, rabo”. Véanse, con respecto al italiano, las observaciones en tal sentido de BATTAGLIA, S., *Grande dizionario de la lingua italiana* (Torino, 1964), III, s. v. *codificazione*, citado por CRIFÒ, Giuliano, *Codificazione e sistematica*, en *Labeo* (Napoli, 1999), p. 454; y SPERANDIO, Marco Urbano, *Codex Gregorianus. Origini e vicende* (Napoli, Jovene, 2005), p. 301 n. 2. En castellano, por ejemplo, la palabra tendría que ser algo así como un repulsivo “codiguificación”. Pero, claro está, la anomalía constructiva en el castellano, el italiano o el portugués deriva de que estas lenguas no elaboraron el neologismo, sino que lo tomaron ya acuñado en préstamo lingüístico del inglés (o del francés).

⁷ COROMINAS, Joan, *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana* (3ª edición, Madrid, Gredos, 1973), s. v. *Código*, p. 157.

⁸ TERENT., *Heaut.* 5, 1, 3.

⁹ *Cod.Theod.* 1, 1, 5.

¹⁰ La constitución de *Cod.Theod.* 1, 5, 1 se inicia con estas palabras: “*Ad similitudinem Gregoriani atque Hermogeniani codicis*” (“A similitud del código Gregoriano y del Hermogeniano”).

como lo anterior es que la misma constitución del 429 se refiere también con la palabra “**codex**” a las nuevas compilaciones de leyes en ella misma proyectadas¹¹.

b) Pocos menos de seis años después, merced a una constitución del 435¹², Teodosio II limitó su anterior proyecto a una compilación de sólo los edictos y constituciones generales vigentes, emitidos desde Constantino a él mismo, y de antemano le impuso el nombre de **codex Theodosianus** (“Código Teodosiano”)¹³. De hecho tal fue su título oficial al quedar concluido este segundo proyecto y ser finalmente promulgada en el 438¹⁴. En la tradición oriental posterior, por lo general se seguirá individualizando con la palabra **codex** a las compilaciones de Gregorio (o Gregoriano) y Hermógenes y, desde luego, a la de Teodosio, mientras que en Occidente generalmente se habló de **corpus** a su propósito¹⁵.

Fue natural que cien años después, cuando Justiniano proyectó y llevó a cabo una cuarta compilación de leyes en Oriente, el nuevo cuerpo de leyes promulgado el 529 (y repromulgado el 534), fuera también oficialmente denominado –incluso antes de haber sido terminado y cuando tan sólo era un plan¹⁶– **codex Iustinianus**.

De esta forma, pues, a partir de la constitución teodosiana del 429, la palabra **codex** recibió el significado de un libro que consiste en una ordenada compilación de leyes, retroactivamente aplicada a los dos cuerpos de la época de Diocleciano y a futuro a los de Teodosio mismo. Al promulgarse el 438 el **codex Theodosianus**, este uso quedó confirmado, y después reconfirmado con el **codex Iustinianus** del 529/534.

c) Pero no era tal el sentido del vocablo hasta el primero de los momentos indicados¹⁷. En época clásica, la palabra sólo denotaba a un libro de determinado formato editorial. En oposición al formato **volumen**, vale decir, a la tira, faja o franja de papiro o pergamino, que se envuelve o enrolla rápidamente para guardarlo y se desenvuelve o desenrolla paulatinamente para leerlo, en rededor de un eje

¹¹ Cod.Theod. I, 1, 5 (l. 11-12): “*hunc quidem codicem*”; *ibid.* (l. 14): “*Ex his autem tribus codices*”; *ibid.* (l. 17-18): “*Ad [...] contextendos codices*”; *ibid.* (l. 21): “*cum [...] codicem nostrae scientiae*”.

¹² C.Theod. I, 1, 6.

¹³ *Ibid.* (l. 10): <Erunt> *contextores huius Theodosiani codicis [...]*”. En realidad, ya en la constitución del 439 había anunciado haber ser denominado bajo su nombre el código práctico de leyes: C.Theod. I, 5, 1 (l. 16-17): “*qui nostro nomine nuncupatus*”.

¹⁴ Véanse las actas de la sesión del Senado en que fue aprobado el código “*Gesta senatus Romani de Theodosiano publicando*” 4.

¹⁵ Sobre el tema de las denominaciones de estos “códigos”, véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, “*Codex*”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 10 (Valparaíso 1985), pp. 117-131 = VV.AA., *Estudios de Derecho romano en honor de Álvaro d’Ors* (Pamplona, EUNSA, 1987), II, pp. 603-612; PUGLIESE, G., *Spunti e precedenti romani nelle moderne codificazioni*, en *Index. Quaderni Camerti di Studii Romanistici* 14 (1986), pp. 24 ss. Últimamente, y crítico de los dos anteriores, SPERANDIO, Marco Urbano, *Il “codex” delle leggi imperiali*, en *Ivris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca* (Napoli, Jovene, s. d. [pero 2001], VIII, pp. 96 ss., reproducido como capítulo I, I de su libro *Codex Gregorianus. Origini e vicende* (Napoli, Jovene, 2005), pp. 19-26.

¹⁶ IUSTIN., const. *Haec, quae necessario* (a. 528, con que se mandó componer el *codex*).

¹⁷ Sobre lo que sigue, véase la buena síntesis de PURPURA, Gianfranco, *Diritto, papiri e scrittura* (Torino, Giappichelli, s. d. [pero 1995]).

(*umbilicus*), el formato **codex** era un conjunto de hojas o folios de papiro o pergamino regular e igualmente cortados y cocidos por sus extremos izquierdos, de modo que lo escrito en ellas fuera leído sin más en el anverso y, merced a su desplazamiento de derecha a izquierda, en el reverso de cada hoja y así sucesivamente, igual a como todavía hacemos en nuestras ediciones en papel. Tanto un **volumen** como un **codex** constituían un libro (*liber*¹⁸). De esta manera, **codex** no ofrecía asociación con algún contenido legislativo o jurídico.

El proceso merced al cual el nombre resultó impuesto al formato de hojas unidas, fue el mismo que en nuestra época tuvo lugar con la transferencia, por ejemplo, del nombre de “coche”, originalmente aplicado al carruaje de tracción animal, a los automóviles de motor; o del de “pluma” a las estilográficas; se trató, vale decir, de un proceso de metonimia funcional. Más antiguamente, **codex** designaba cualquier ensamblado de tablas de madera, por ejemplo, un bote o un cepo; y por lo tanto también una tabla de madera, integrado por lados y fondo, una de cuyas caras va encerada, de modo que se pueda escribir en la cera con un punzón adecuado. Se siguió —muy naturalmente— denominando así a un conjunto de tales tablas, ensambladas o unidas por sus extremos izquierdos con anillos o cordones apropiados, que permite leer progresivamente lo escrito en cada tabla componente gracias a su desplazamiento de derecha a izquierda, igual a como nosotros hacemos en nuestros modernos libros. Así que cuando las tablillas enceradas de un **codex** fueron sustituidas por hojas o folios de papiro o pergamino, regular e igualmente cortados y cocidos por sus extremos izquierdos, la lectura se continuó haciendo posible según el mismo procedimiento que en los **codices** de tablas, de donde que también se denominara **codices** a estos libros, que ya no eran ensamblados de tablas, sino de hojas de papiro o pergamino cocidas en el modo descrito.

Pese a la mayor comodidad ofrecida para su lectura por el **codex** de hojas de papiro o pergamino, tardó él en imponerse. Su generalización tuvo lugar entre los siglos III y IV d. C., justo hacia la época en que aparecieron las compilaciones de rescriptos imperiales de Gregorio (o Gregoriano) y Hermógenes, que, por haberse editado bajo el formato **codex**, empezaron a circular probablemente y de hecho, bajo la denominación precisamente de **codex Gregorianus** y **codex Hermogenianus**, en Oriente al menos, pero no porque fueran compilaciones de leyes, sino porque se presentaban bajo el formato editorial del tipo **codex**.

¹⁸ El término *liber* originalmente designa la película que se encuentra entre la madera y la corteza de los árboles, que se usaba para escribir sobre ella, antes de empezar a usarse el papiro; por metonimia, pasó a designar el texto (el “libro”) escrito sobre tal materia: véase ERNOUT, A. — MEILLET, A., *Dictionnaire étymologique de la langue latine* (4ª edición, Paris, Klincksieck, 1959), s. v. *liber*, p. 354. Esta antigua y primordial metonimia bastó para que el término permaneciera, hasta hoy, como el más general y abstracto denotador de una obra escrita. En castellano, el sentido original aún se conserva en el término “liber”, tecnicismo de la botánica que mienta la “parte del cilindro central de las plantas angiospermas dicotiledóneas, que está formada principalmente por haces pequeños o paquetes de vasos cribosos”, como lo define el *Diccionario de la lengua española* (22ª edición, Madrid, Real Academia de la Lengua, 2001), II, s. v. “liber”, p. 1372.

d) Con esto volvemos al punto de partida, a aquel de Teodosio, quien, al planear y después promulgar una nueva compilación de leyes imperiales, siguió, pero en forma oficial, el uso de designar con **codex** a las dos compilaciones precedentes, y a la suya del 438 (**codex Theodosianus**); uso después sancionado por Justiniano al denominar de igual manera a la propia compilación del 529 (**codex Iustinianus**). Ambas actitudes, pero sobre todo la de Justiniano, contribuyeron a tecnificar el término, y a reservarlo para designar, no a cualquier libro con el formato de hojas movibles –que hacia la época, por lo demás, ya había desplazado completamente al rollo o **volumen**– sino al libro –por cierto que con el ya usual formato de hojas movibles– contenedor de una compilación de leyes.

3. En consecuencia, la historia del término **codex** contrasta en antigüedad con aquella del término “codificación” (“Codification”). Si fijamos en el año 429 el punto de partida de la asociación de la palabra **codex** con un cierto contenido legislativo, entonces resulta que fue necesario el decurso de casi mil trescientos años antes de emerger un verbo apto para denotar la acción y el efecto de “hacer códigos”, que es el sentido lexicológico simple de “codificar”. Pese, pues, a la antigüedad del término **codex**, nunca antes del siglo XIX se habló de “codificación”. De hecho, cuando Bentham forjó el neologismo sobre la base de la palabra “Code”, no pensó en atribuir un sentido abstracto a ésta, ni tomarla en el sentido histórico proveniente de las decenas de cuerpos que a lo largo de los tiempos habían sido denominados con recurso a la palabra “códigos”. Pensaba, más bien, en un tipo muy perfilado de obra jurídica, que obedecía a ciertos cánones desarrollados en la Época Moderna (que él mismo contribuía a formular), y del cual ya se habían manifestado casos concretos a fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX; pensaba, en suma, en los códigos modernos. De esta forma, en su mente, “Codification” no significaba simplemente “hacer un código”, sino hacerlo de una determinada manera; así que la palabra “**Codification**” difícilmente pudo nacer antes de la época en que nació, porque antes, si bien había códigos, no los hubo de la forma a los que se aplicó el neologismo. Faltaba, pues, la **res** a la cual imponer el **nomen**.

4. Si nosotros adoptamos el término “código” en el sentido que deriva de su origen histórico-jurídico, tendríamos que decir que bajo él se designa a una compilación de leyes. Ello, empero, sería limitarlo y empobrecerlo, porque lo cierto es que desde fines del siglo XVIII se persistió en denominar con ese término a libros jurídicos que en nada se parecieron a las compilaciones; y además nos privaríamos de usarlo para designar otros libros que asimismo no fueron compilaciones, pero tampoco se asemejaron a los códigos modernos. Así que mejor es adoptarlo en un sentido abstracto, para designar cierto libro que recoge un conjunto diseminado de fuentes jurídicas en función de suplantarlas. Al no avanzar más allá en la definición, evitamos relativizar e historizar el vocablo, y nos permitimos su uso con respecto a las más variadas culturas jurídicas y, por ende, a diversas concepciones sobre el modo de recoger las fuentes preexistentes. En este sentido, tan código es el **Code**

Civil de 1804 como la *Lex XII Tabularum* del siglo V a. C. o la *Recopilación de las leyes de las Indias* de 1680, pese a las radicales diferencias de su fondo, forma y estilo. La antigüedad de la palabra y la variedad de objetos a que ha sido aplicada a lo largo de la historia permite conferirle ese significado tan abstracto y abarcador. En el decurso de aquélla nos encontraremos con un tipo especial de código, aquél al cual se refería Bentham; y, por lo antes dicho, sólo a él aplicaremos el término "codificación". En consecuencia, no bien la *Recopilación de las leyes de las Indias* haya sido un código, no fuere correcto hablar de su "codificación". Ante la necesidad de usar, empero, un sustantivo abstracto, paralelo al de "codificación", con respecto a los códigos a los que no se puede aplicar este último, podemos usar el término general de "fijación", como hemos venido haciendo desde hace muchos años¹⁹. Con esa palabra, pues, designamos la acción y el efecto de confeccionar "códigos", con independencia de sus caracteres concretos. De donde resulta que la "codificación" es un tipo histórico de "fijación", lo mismo que los códigos modernos son un tipo histórico de la idea general de código. Nuestra exposición se concentra en la codificación y en los códigos modernos. Mas, para mejor comprenderlos, conviene compararlos con otras formas de fijación y de códigos que dominaron la historia occidental, como haremos en su momento.

II. LA COMPILACIÓN DE LEYES

I. La forma de fijar el Derecho, que llamaremos "compilación de leyes", tuvo su origen en el Imperio Romano tardío, propiamente, en la época de Diocleciano. La primera compilación, que al menos desde la época de Teodosio II empezó a ser denominada *codex Gregorianus* en Oriente, se constituyó, seguramente sin proponérselo su autor y sin pensarlo, en un modelo de fijación de ciertas leyes esparcidas en un libro único, de afortunada vigencia posterior; como que se mantuvo en uso hasta bien adentrado el siglo XIX. A los pocos años fue imitado por el que desde la misma época antes señalada comenzó a ser citado como *codex Hermogenianus*.

El *codex Gregorianus*²⁰, tal vez aparecido hacia el año 291, era una compilación de rescriptos imperiales dados desde Adriano (emp. 117-138 d. C.) hasta mediados del año 291 por el propio Diocleciano (emp. 284-305). El cuerpo fue dividido en quince libros, y cada uno de éstos en títulos con rúbricas indicadoras de la materia, en cuyo interior iban concatenados y numerados sucesivamente los rescriptos, probablemente en orden cronológico. El *codex Hermogenianus*²¹, tal vez editado hacia el año 295, también era una compilación de rescriptos, pero sólo de Diocleciano, provenientes del bienio 293-294, por lo cual algunos autores modernos lo ven

¹⁹ Véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La fijación del derecho. Contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones* (Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso 1977).

²⁰ Sobre él, ahora, exhaustivamente: SPERANDIO, Marco Urbano, *Codex Gregorianus. Origini e vicende* (Napoli, Jovene, 2005).

²¹ Sobre él, monográficamente, CENDERELLI, Aldo, *Ricerche sul Codex Hermogenianus* (Milano, Giuffrè, 1965); también ahora, SPERANDIO, M. U., *Codex Gregorianus*, cit. (n. 20), *passim*.

como una suerte de apéndice complementario del Gregoriano. El texto no estaba distribuido en libros, sino directamente en títulos con rúbricas expresivas de cada materia, dentro de los cuales se concatenaba los rescriptos. No nos interesa el tema del modelo seguido por ambos cuerpos para formar el sistema u orden de sus títulos y sus rúbricas, que seguramente era un modelo clásico fundado en el orden del edicto del pretor urbano. Pero sí nos importa insistir en el ostensible carácter compilatorio que ambos tuvieron. Ninguno de ellos consistió, pues, en una nueva redacción de las fuentes (rescriptos) preexistentes, o en un discurso literariamente inédito, por más recogiera ideas preexistentes, en cuanto extraídas de los rescriptos tenidos a la vista. Fue el texto mismo de estos el conservado en la compilación y a tal punto, que incluso se cuidó de recoger sus datos individuales, vale decir el nombre del o de los emperadores autores y su destinatario oficial o privado (*inscriptio*) y el lugar y fecha de su emisión (*subscriptio*). Es a esto a lo que llamamos compilación.

El siguiente cuerpo de este carácter en aparecer fue el *codex Theodosianus*²², promulgado el año 438 en Constantinopla por Teodosio II (emp. 408-450). Aunque su punto de arranque fue la antes citada constitución del 435, del mismo emperador, en una precedente suya, del 429, también citada, de todos modos se contenía una idea esencial, en orden a componer el nuevo cuerpo “*ad similitudinem Gregoriani atque Hermogeniani codicis*”, así que la conexión con el modelo de los cuerpos anteriores fue deliberada. En consecuencia, fue dividido en libros (en número de dieciséis libros) y éstos en títulos rubricados para denotar la materia de cada uno. En cada título fueron concatenadas las leyes imperiales dadas desde Constantino (emp. 306-336) hasta el propio Teodosio.

La época romana todavía conoció una cuarta compilación: el *codex Iustinianus*²³ promulgado en Constantinopla el año 529 y, previa una integración de su contenido con la legislación posterior, repromulgado el 534. Fue dividido en doce libros y estos en títulos rubricados, en cuyo interior se concatenaban por orden cronológico las leyes extraídas en su inmensa mayoría de los tres códigos precedentes. También era, pues, una compilación; y Justiniano, igual que su predecesor Teodosio, se conectó expresamente con los códigos anteriores, al declarar haber decidido eliminar la multitud de constituciones contenidas precisamente en los tres códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano y emitidas con posterioridad a este último²⁴ Solo que el nuevo *codex* no se agregó, sino que sustituyó a las tres compilaciones precedentes,

²² Acerca de este cuerpo legal, últimamente, en modo monográfico, GIOMARO, Anna Maria, “*Codex repetitae praelectionis*”: *contributi allo studio dello schema delle raccolte normative da Teodosio a Giustiniano* (Roma, Pontificia Università Lateranense, 2001); CAÑIZAR PALACIOS, José Luis, *Propaganda y Codex Theodosianus* (Madrid, Dykinson, 2005); también, SPERANDIO, M. U., *Codex Gregorianus*, cit. (n. 20), *passim*.

²³ Sobre él, monográficamente: GIOMARO, Anna Maria, “*Codex repetitae praelectionis*”: *contributi allo studio dello schema delle raccolte normative da Teodosio a Giustiniano* (Roma, Pontificia Università Lateranense, 2001); AGANZANI, Lauretta, *Formazione e vicende di un'opera illustre: "Corpus iuris" nella cultura del giurista europeo* (Torino - Milano, 2002), pp. 7 ss, 10 ss. y 93 ss.

²⁴ IUST., c. haec (a. 528), pr.: “*censuimus [...] multitudine quidem constitutionum, quae tribus codicibus Gregoriano et Hermogeniano et Theodosiano continebantur [...] resecanda, uno autem codice sub felici nostri nominis vocabulo componendo [...]*”.

porque absorbió su contenido; así que oficialmente ellos quedaron fuera de vigencia en Oriente y no se editaron más.

En Occidente, antes de Justiniano, sin embargo, los códigos de Gregorio, Hermogeniano y Teodosio habían sido incluidos en la fijación impulsada y luego promulgada el 505 por Alarico II, rey de los visigodos, cuando aún estaban instalados en el sur de las Galias, y que conocemos como “Breviarium Alarici regis” y también como “Lex Romana Visigotorum”²⁵. Pero en rigor ella no es una compilación de leyes sino un agregado de fuentes, algunas de las cuales sí consistían en compilación de leyes, como era el caso de los tres códigos antes mencionados, aunque bajo la forma de epítome o resumen. Del **corpus Gregoriani** –así lo denotaban los visigodos– conservaron éstos algunos títulos y sus rúbricas de los libros I a V, X y XIII, y, en el interior de ellos, por regla general una ley de todas las originalmente contenidas en cada uno, excepcionalmente dos, lo que hace, veintitrés en total. Del **corpus Hermogeniani** tan sólo rescataron los títulos 1º y 2º, con sus rúbricas, y de cada uno conservaron una ley, vale decir, únicamente dos del total original. La epitomación fue, pues, extremadamente severa. Con respecto al **codex Theodosianus** –que los visigodos solían denominar **corpus** o **liber**– ellos preservaron sus dieciséis títulos con sus respectivas rúbricas originales; pero en el interior de cada uno también operaron una drástica selección de leyes que redujo considerablemente su número primitivo y, por ende, el total de las contenidas en ese cuerpo.

La Antigüedad premedieval conoció todavía una compilación, no llegada a nosotros, que suele ser denominada “Código de Leovigildo” y “Codex revisus”, debida al rey visigodo Leovigildo (r. 568-586), cuya función habría sido revisar el llamado “Código de Eurico”, promulgado quizá el 476 en las Galias por el rey visigodo Eurico II. Pero se nos ha conservado un último cuerpo legal visigodo de carácter compilatorio promulgado el 654 y llamado **Liber iudiciorum** y también “Lex Visigotorum”, del rey Recesvinto (r. 649/653-672), en el que fueron recogidas la mayor parte de las leyes pertenecientes en otro tiempo al llamado “Código de Leovigildo” (individualizadas como **antiqua**).

2. Como la “Lex Romana Visigotorum” –que, salvadas las inconmensurables distancias, vino a equivaler en Occidente a lo que en Oriente pocos años después fue el **Corpus iuris civilis**– se mantuvo en el conocimiento y en el uso de sus habitantes, más allá de la desaparición del reino visigodo de las Galias el año 507, durante toda la Alta Edad Media –normalmente es a él al que se refiere la expresión **lex Romana** o **lex scripta** en las fuentes de la época, por ejemplo, en los capitulares carolingios–, la idea de compilación introducida por los tres primeros códigos romanos se conservó en ella, no bien haya sido bajo el modelo mutilado de los mismos. En el mismo

25 Una exposición de conjunto: GAUDEMET, Jean, *Le Breviaire d'Alaric et les Epitome* (“Ius Romanum Medii Aevi” I, 2 b aae, Milano, Giuffrè, 1965).

Occidente, en cambio, la presencia del *codex Iustinianus* fue débil y no merced al original sino a diversos epítomes elaborados en distintos lugares y épocas, que de todos modos pudieron competir con la forma visigótica del *codex Theodosianus*.

Pese, pues, a haberse transmitido estos modelos, la Alta Edad Media no los aplicó, en el sentido de haber emprendido nuevas recopilaciones propias. La razón de por qué ello fue así, es muy sencilla. La ley, que es la materia prima de toda compilación, en esa época desapareció del horizonte de las fuentes del Derecho, lo que incluso vale para un organismo político algo centralizado como fue el imperio carolingio. Sólo una vez que la noción de ley, entendida como orden nueva del gobernante dirigida a los súbditos para el futuro, hubo de reaparecer, sólo entonces el modelo de las recopilaciones pudo ingresar en las posibilidades reales. Ello no ocurrió antes del siglo XIII²⁶. Y, concomitantemente con el resurgimiento entonces de la legislación, reafioró la compilación. Se pueden mencionar algunos ejemplos de compilaciones medievales como el *Liber constitutionum* (1231) del emperador Federico II para su reino de Sicilia, en tres libros y doscientos cincuenta y tres títulos; la *Decretalium compilatio* (1234) del papa Gregorio IX, en cinco libros y ciento ochenta y cinco títulos; el *Liber Sextus* de Bonifacio VIII (1298) en cinco libros y setenta y seis títulos; las *Clementinae* (1317) de Juan XXII, en cinco libros y cincuenta y dos títulos; el *Liber constitutionum Sanctae Matris Ecclesiae* (1357, "Constitutiones Aegidianae"), elaborado por el cardenal Egidio Albornoz para los territorios pontificios; los *Decreta seu Statuta* del duque Amadeo VIII de Saboya (1430); las *Ordenações Afonsinas* (1446), etcétera³. El caso de Castilla es de particular interés, por haber sido muy persistente el modelo ahí. Desde luego, cabe recordar que en 1484 fue editado en Huelva una compilación bajo el nombre de "*compilación de leyes*"²⁷, posteriormente reeditada muchas veces bajo diversos nombres: *Ordenanzas reales*²⁸, *Ordenanzas reales de Castilla*²⁹ y *Ordinaciones del reino*³⁰. Su autor fue el doctor Alonso Díaz de Montalvo (1405-1499) –por lo cual en la práctica también se denominó "Ordenamiento [de leyes] de Montalvo" a su obra–, quien actuó por

²⁶ Sobre esta materia, clásicamente GAGNÉR, Sten, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung* (Upsala, Almqvist & Wiksell, 1960). También, en general: WOLF, Arnim, *Legislación y codificaciones*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 9 (Valparaíso, 1984), pp 81 ss.; WAGNER, Wolfgang, *Las cinco etapas del desarrollo de la legislación europea expuestas a la luz del ejemplo de Dinamarca*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 10 (Valparaíso, 1985), pp. 177 ss. Véase los diversos trabajos recopilados GOURON, André - RIGAUDIÈRE, Albert, *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'État* (Montpellier, Publ. de la Soc. d'Histoire du Droit et des Institutions des Anciens Pays de Droit Ecrit, 1988). Véase también la obra citada en la nota siguiente.

²⁷ [Sin portada] *En el nombre de Dios trino en personas e uno en esencia. Aquí comienza la tabla de los libros e títulos desta compilación de leyes [...]* (Huelva, 1484). Bajo el mismo nombre, hubo tres reediciones posteriores en Zamora, 1485; Huelva, 1485; y Salamanca, 1486. Al parecer hubo una edición en Venecia de 1491, como *Compilación de leyes y ordenanzas reales*. También hubo una de Salamanca en 1549 como *Compilación de leyes de Alonso Díaz de Montalvo*.

²⁸ Burgos, 1488.

²⁹ Zaragoza, 1490; Sevilla, 1492, 1495, 1496, 1498, 1499 y 1508; Salamanca 1500, 1508, 1513, 1523, 1541, 1554, 1559, 1575-1575 y 1608-1609; Burgos, 1518, 1528 y 1536; Cuenca, 1539; Medina del Campo, 1542; Toledo, 1549 y 1551; Alcalá, 1565 y 1567; Madrid, 1779-1780. Dejamos a un lado las ediciones del siglo XIX.

³⁰ Sevilla, 1521.

orden de los Reyes Católicos³¹. Aunque tal compilación no recibió sanción oficial directa y expresa, circuló y fue usada e invocada como si la hubiera recibido, de lo cual dan cuenta sus numerosas ediciones. Ella recoge la legislación castellana de Alfonso X (1252-1284), con inclusión de muchas leyes del **Fuero Real**, y la posterior hasta aquella de las Cortes de 1480. Las leyes recogidas aparecen distribuidas en ocho libros divididos en títulos rubricados. Como es de rigor en una compilación, cada una va precedida del nombre del rey que la promulgó y del lugar y fecha de la promulgación. Montalvo hizo preceder a cada ley de una suerte de breve sumario de su contenido.

Pese a su difundido uso, porque cubría una necesidad muy sentida, la compilación de Montalvo fue objeto de numerosas críticas, de las que se hizo tácito eco la Reina Católica Isabel de Castilla en un codicilo a su testamento dirigido a Fernando de Aragón, en donde le solicitó reducir las leyes a un cuerpo “**donde estuviesen más brevemente y compendiosamente compiladas**”, lo cual implicaba un evidente distanciamiento del trabajo de Montalvo. Al parecer, poco después de morir la reina se encargó el trabajo por ella solicitado al doctor Lorenzo Galíndez de Carvajal, que nunca llegó a ser aprobado ni se publicó; más aun, su texto desapareció. Las Cortes castellanas fueron insistentes en pedir algo semejante en cada una de cerca de dieciocho reuniones estamentales, desde aquella tenida en Valladolid en 1523 hasta la de Madrid de 1566, en vísperas mismas de la promulgación de una nueva compilación. Por Real cédula de 14 de marzo de 1567, en efecto, Felipe II promulgó una compilación que fue editada como **Recopilación de las leyes destos reynos** en el año indicado en Alcalá. En la tradición iniciada poco después, se la identificó como “Nueva Recopilación”³². Ella quedó distribuida en nueve libros³³, divididos en títulos rubricados, a lo largo de los cuales se disponen cerca de 4.000 leyes, entre las cuales casi todas las que antes había recogido el “Ordenamiento de Montalvo” y, por cierto, toda la legislación posterior; inclusive las célebres ochenta y tres **Leyes de Toro** de 1505. Conforme lo había hecho el propio Montalvo en su día, cada ley va precedida de un sumario indicador de su contenido e individualizada con un número correlativo; pero la numeración corre sólo dentro de cada título, de modo que recomienza en el título siguiente. De más está insistir en que las leyes indican el nombre del rey emisor y su lugar y fecha de emisión. En los años sucesivos, la “Nueva Recopilación” fue reeditada varias veces. En una de 1581, se acopió la legislación posterior a 1567 hasta aquella fecha; y en ediciones posteriores se solió

³¹ Sobre el *Ord. de Montalvo*: PÉREZ MARTÍN, Antonio, *La legislación del Antiguo Régimen (1474-1808)*, en PÉREZ MARTÍN, Antonio - SCHOLZ, Johannes-Michael, *Legislación y jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen* (Valencia, Univ. de Valencia, 1978), pp. 15-20. Últimamente: MARÍA E IZQUIERDO, María José, *Las fuentes del ordenamiento de Montalvo* (Madrid, Dykinson, 2004).

³² Sobre ella: por todos, PÉREZ MARTÍN, A., *Legisl. cit.* (n. 32), pp. 24-31.

³³ En la tradición medieval, el *codex Iustinianus*, que está compuesto de doce libros, fue dividido en dos series de nueve y tres libros cada una. La organización en nueve libros de la recopilación de 1567 es indudable reflejo de la primera serie del *codex*.

hacer lo propio con la del período intermedio desde la anterior; todo, desde luego, para mantenerla al día.

La próxima compilación fue promulgada el 15 de julio de 1805, con el nombre de **Novísima Recopilación de Leyes de España**, por el rey Carlos IV³⁴. Su autor fue el doctor Juan de la Reguera Valdelomar, que en 1802 había concluido, por encargo real, un suplemento a la “Nueva Recopilación” con la legislación posterior a 1785. Seguramente tal trabajo le sugirió la idea mayor de emprender una nueva compilación, no ya complementaria sino sustitutiva de la de 1567. El plan fue aceptado y mandado ejecutar al mismo Reguera quien lo concluyó tres años después, de modo de poder ser promulgado como se dijo. Su distribución fue en doce libros rubricados³⁵ (a diferencia de las compilaciones precedentes, que no rubricaron sus libros), divididos en títulos también rubricados, en el interior de los cuales se concatenan las leyes recogidas, con su respectivo número y precedidas de un sumario indicador del contenido de cada cual, de su fecha y lugar de emisión y del nombre del rey autor. La numeración se interrumpe al terminar cada título, para recomenzar en el siguiente. En otras palabras, Reguera usó la técnica ya aplicada por Montalvo y después en la “Nueva Recopilación”, que era la del *codex iustinianus*.

La **Novísima Recopilación** de 1805 fue la última compilación española. Hacia su fecha, era un anacronismo. Poco más de un año antes había sido promulgado el **Code Civil**, que, pese al carácter paradigmático que le fue atribuido, no hubo de inaugurar un nuevo modo de legislar; el cual, en realidad, ya se había instalado en los espíritus desde hacía más de cincuenta años. Así lo hizo notar Francisco Martínez Marina, quien publicó un libro en 1820 destinado a mostrar los vicios de la **Novísima Recopilación**³⁶.

4. En Iberoamérica, el modelo de la compilación todavía permaneció vigente por algunos decenios posteriores a las sucesivas independencias. Aunque la idea de sustituir la legislación castellana heredada se insinuó tempranamente en cada sección de la América española, en consonancia con la crítica a aquella legislación, y no bien que el designio de consumar la sustitución con recurso al relativamente nuevo modelo de la codificación fue hecho valer también con adelanto, él no pudo ser ejecutado en forma inmediata ni en todos los lugares. Entretanto, las necesidades de la vida práctica se imponían, y la necesidad de reunir la legislación proveniente de los novísimos Estados, que crecientemente se sumó a la ya voluminosa heredada, mantuvo vivo el viejo modelo.

³⁴ Sobre ella: por todos, PÉREZ MARTÍN, A., *Legisl. cit.* (n. 32), pp. 32-34.

³⁵ Esta vez, pues, se siguió la estructura original del *codex iustinianus* en el mismo número de libros.

³⁶ MARTÍNEZ MARINA, Francisco, *Juicio crítico de la Novísima Recopilación* (Madrid, Imprenta de Don Fermín Villapando, 1820).

Por lo demás, la América española estaba acostumbrada a él. No sólo porque los sucesivos cuerpos castellanos de 1484, 1567 y 1805 fueron recibidos ahí, bajo diversas formas, con independencia de su promulgación formal, sino también porque las antiguas Indias habían contado con una compilación de las leyes reales dadas especialmente para ellas. En 1680, en efecto, el rey Carlos II había promulgado una **Recopilación de las leyes de los reinos de las Indias**. Pero ella, en realidad fue el eje entre empresas compiladoras anteriores y precedentes, que discurren desde la época del emperador Carlos V. No es el momento de narrar la historia de estas compilaciones³⁷. Tan sólo conviene advertir que en la historia del proceso de reunión de las leyes de Indias se produjo un escrito que puede ser considerado el manifiesto teórico de la idea de compilación. Se trata del **Discurso sobre la importancia, forma y disposición de la Recopilación de leyes de las Indias Occidentales**³⁸, cuyo autor, Antonio de León Pinelo elevó al Consejo de Indias en apoyo de su ofrecimiento para componer la compilación indiana y editó en Madrid en 1623. Este escrito, tal vez único en su género, para su época vino a equivaler a lo que en el siglo XVIII fueron los diversos tratados sobre ciencia de la legislación. Para redactarlo, León Pinelo se inspiró fundamentalmente en los preceptos que sobre la materia había dado Justiniano a los compiladores de las diversas partes del **Corpus iuris civilis**, según aparecen en las constituciones preparatorias y promulgadoras de esas partes³⁹.

Atendida la antigua y amplia tradición recopiladora en Indias, los juristas y políticos indianos, pues, se encontraban profundamente familiarizados con la idea de fijación del derecho en cuerpos obedientes a ese modelo. En cuanto fijación, su familiaridad con él facilitó la penetración del nuevo modelo de fijación que fue la codificación. En cuanto modelo concreto de compilación, la misma familiaridad permitió un recurso a él, mientras advenía la más deseada codificación.

En efecto, en cada país, en tanto esto último se hizo realmente posible, se acudió al subsidio de las compilaciones de leyes. Así, en México, el jurista Juan Rodríguez de San Miguel, en 1839 editó unas **Pandectas hispano-mexicanas ó sea código general comprensivo de las leyes generales, útiles y vivas de las Siete Partidas, Recopilación Novísima, la de Indias, autos y providencias conocidas por de Montemayor y Beleña, y**

³⁷ Literatura, fundamentalmente: MANZANO, Juan, *Historia de las recopilaciones de Indias* (Madrid, 1945; reimp. Málaga, 1981). Visiones de conjunto: SÁNCHEZ BELLA, Ismael y otros, *Historia del derecho indiano* (Madrid, Mapfre, 1992), pp. 97 ss.; DOUGNAC, Antonio, *Manual de Historia del derecho indiano* (México, UNAM., 1994), pp. 239 ss. Un esquema: MARTIRÉ, Eduardo, *Guión sobre el proceso recopilador de las leyes de Indias*, en ICAZA DUFOUR, Francisco (coord.), *Recopilación de las Leyes de los reynos de las Indias. Estudios histórico-jurídicos* (México, Porrúa, 1987), pp. 25 ss. Para la terminología entonces usada: GARCÍA GALLO, Alfonso, *Leyes, recopilaciones y códigos*, ibíd., pp. 3 ss. En todo caso, vid.: CONDE, José Ignacio, *Algunas notas para la bibliografía de la Recopilación de Indias*, en ICAZA DUFOUR, Francisco (coord.), *Recopilación* cit. ibi, pp. 625 ss.

³⁸ Reedición facsimilar por Ricardo LEVENE, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho* 8 (Buenos Aires, 1957), pp. 211 ss. Edición moderna por José T. MEDINA (Santiago de Chile, 1958), pp. 157 ss.

³⁹ Sobre este opúsculo: BERNAL DE BUGEDA, Beatriz, *El derecho romano en el Discurso sobre la importancia, forma y disposición de la Recopilación de leyes de las Indias Occidentales*, en *Anuario Histórico-Jurídico Ecuatoriano* 6 (Quito, 1980), pp. 147 ss.; GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Romanismo en la teoría recopiladora de León Pinelo*, en *VII Congreso del instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y estudios* (Buenos Aires, 1984), I, pp. 373 ss.

cédulas posteriores hasta el año 1820⁴⁰. Se trata de una compilación de disposiciones extraídas de los antiguos cuerpos legales castellanos e indianos, de normas reales no recopiladas oficialmente, de normas patrias y de fragmentos de escritos de doctrina jurídica, sistemáticamente ordenada.

En la Argentina, en 1832, el doctor Bernardo Véliz editó una *Compilación de derecho patrio*. Poco después, entre 1836 y 1841, se publicó una *Recopilación de las leyes y decretos promulgados en Buenos Aires desde el 25 de mayo de 1810, hasta fin de diciembre de 1835*, debida al doctor Pedro de Angelis⁴¹.

En Costa Rica, “Un abogado centroamericano”, seudónimo que escondía a Agustín Gutiérrez Lizaurzábal, editó en 1834 un *Prontuario de derecho práctico por orden alfabético* o diccionario que reseñaba el contenido de la legislación vigente con citas de ésta y que alcanzó gran éxito forense.

En la Confederación Granadina (futura Colombia), una ley de 4 de mayo de 1843 encargó al Poder Ejecutivo la compilación de los decretos y leyes emitidos en la República. La obra fue llevada a cabo en 1845, con la publicación de un cuerpo de las normas expedidas entre 1821 y 1844 bajo el nombre de *Recopilación de Leyes de la Nueva Granada* (“Recopilación Granadina”); el proyecto había sido diseñado por Clímaco Ordóñez y completado por Lino de Pombo. En 1850, se la adició con un apéndice de leyes dictadas entre 1845 y 1850, que hizo José Antonio de Plaza⁴².

En 1846, el abogado chileno Cristóbal Valdés, publicó en Santiago una *Colección de leyes y decretos del gobierno desde 1810 hasta 1823*⁴³.

En 1852, fue publicada en Valencia, Venezuela, un *Teatro de la Legislación colombiana y venezolana vigente*, obra del jurista Pedro Pablo del Castillo, que compilaba las leyes y los decretos y resoluciones de los Congresos de (Gran) Colombia y Venezuela, las resoluciones del Poder Ejecutivo, los acuerdos de la Corte Suprema, los tratados internacionales y otras⁴⁴. La obra adoptó la forma alfabética de materias, imitando el célebre *Teatro de la legislación universal de España e Indias* (1791-1798), del español Antonio Javier Pérez y López.

⁴⁰ Hay edición facsimilar de la edición de 1852 (México, UNAM., 1980), 3 volúmenes, con una *Introducción* de María del R. González.

⁴¹ PIÑERO, Jorge, *La ‘Recopilación de las leyes y decretos promulgados en Buenos Aires’ de Pedro de Angelis*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho* 5 (Buenos Aires, 1953), pp. 217 ss.

⁴² MAYORGA GARCÍA, Fernando, *Pervivencia del derecho español durante el siglo XIX y proceso de codificación civil en Colombia*, en VV.AA., *100 años del Código Civil de la Nación* (Bogotá, Ministerio de Justicia, 1987), pp. 189 y 194 s. = *Revista Chilena de Historia del Derecho* 14 (Santiago, 1991), pp. 294 y 298.

⁴³ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación del Derecho civil en Chile* (Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile, 1980) I, pp. 362 ss.

⁴⁴ PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *Nuevos antecedentes sobre la codificación civil venezolana (1810-1862)*, como *Introducción a La codificación de Páez*, (Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, 15, Fuentes para la historia republicana de Venezuela, Caracas, 1974), I: *Código Civil de 1862*, p. XLVI s.

En 1855, en El Salvador, el doctor y sacerdote Isidro Menéndez editó una *Recopilación de leyes de El Salvador en el Estado de Centroamérica*⁴⁵.

A esta misma línea de obras pertenece la *Consolidação das leis civis* publicada en 1857 por el brasileño Augusto Teixeira de Freitas, que era una compilación, bien que bajo un plan sistemático moderno, de las antiguas leyes contenidas en las *Ordinações* portuguesas.

En 1864 se publicó en Managua un *Código de la Legislación de la República de Nicaragua*, que era una compilación de leyes del país. En 1874 se publicó ahí mismo una nueva compilación, pero con el mismo título que la precedente, que fue conocida como "Colección Rocha", por su autor, el licenciado Jesús de la Rocha.

5. Se puede observar bien, pues, la persistencia del modelo de la compilación de leyes durante buenos dieciséis siglos en el Viejo Mundo, después en el Nuevo. Iniciado con el *codex Gregorianus* de fines del siglo III d. C., en Europa permaneció hasta comienzos el siglo XIX, con la *Novísima Recopilación* de 1805, en donde fue desplazado por el nuevo modelo de la codificación; y en Iberoamérica hasta bien adentrado ese siglo, en donde suplió durante un tiempo a la codificación moderna, hasta también verse desalojado por ella sucesivamente en cada país.

Pero si bien el modelo fue genéticamente iniciado por el mencionado *codex*, su transmisión hay que atribuirle históricamente al *codex Iustinianus*. Fue éste el que tuvo presente la Edad Media y la Época Moderna, porque el *codex Gregorianus*, lo mismo que el *Hermogenianus*, y aún el *Theodosianus*, al haberlos reemplazado Justiniano por su propio *codex*, se perdieron en la tradición posterior; salvo los esqueletos que de los tres conservó el "Breviarum Alarici".

III. LA REDACCIÓN DE COSTUMBRES

El modelo de la compilación de leyes, no bien tan persistente en la Historia del Derecho occidental, no fue el único habido antes de aquel de la codificación. A través de esa historia es posible individualizar otros modelos, no tan tenaces a lo largo de los siglos, pero sí igualmente extendidos en una determinada etapa de la evolución. Conviene pues extender el examen a una descripción y a algunos ejemplos, al menos, de otros modelos de fijación.

En primer lugar mencionaremos la fijación de costumbres, vale decir, la reducción a escritura de un determinado Derecho consuetudinario que, por consiguiente, deja de ser tal y adquiere la calidad de Derecho escrito e, incluso, de Derecho legal, si

⁴⁵ RODRÍGUEZ RUIZ, Napoleón, *El proceso histórico del Código Civil*, en *Código Civil de la República de El Salvador en Centroamérica* (Universidad de El Salvador, Edición del Centenario 1860-1960, San Salvador, Editorial Universitaria [1960]), pp. 54 s.

es que fue por iniciativa y acción del poder político que se procedió a la colección y escrituración de las costumbres jurídicas. También la escrituración de costumbres fue un fenómeno difundido en Europa sobretodo durante la Alta Edad Media; pero en esta ocasión nos fijaremos tan sólo en el caso de Francia.

Ya hemos recordado el conocido hecho de haber tenido el Derecho alto-medieval un carácter ostensiblemente consuetudinario. Ello no fue incompatible con que entonces de todos modos se aceptara la presencia de un cuerpo de Derecho escrito en el horizonte, del que las costumbres efectivamente practicadas se hubieran hecho eco. Tal fue el caso de ciertas regiones de Francia con respecto al Derecho contenido en el “Breviarium de Alarici” o “Lex romana Wisigothorum”.

Al menos desde el siglo XIII, solió dividirse el reino, por lo que al Derecho atañe, en *pays de droit coutumier* (o *de coutumes*) y *pays de droit écrit*⁴⁶, que en términos muy generales y aproximados, y con enclaves, podemos identificar como zonas del norte y del centro, por un lado, y del sur, por otro. Esta terminología es, sin embargo, engañosa. Hasta cierto momento, ambas regiones usaron un Derecho consuetudinario. A partir de otro, ambas empezaron a regirse por un Derecho escrito. La diferencia radicaba en que aquellas regiones que después se llamaron *de droit écrit*, practicaban costumbres influidas por el Derecho romano fijado en la “Lex romana Wisigothorum”⁴⁷, y a este texto aludía el adjetivo *écrit*. Esta influencia romana fue menos intensa en las regiones del norte, cuyas costumbres ofrecían relictos germánicos: la ausencia de un texto que constituyera una suerte de fuente virtual o ideal de su Derecho hizo que se lo calificara como *coutumier*.

Por otro lado, no existió un único *droit coutumier* ni un único *droit écrit*. De hecho, podía ocurrir que una región o ciudad, o aún localidad, tuviera sus propias costumbres, distintas de las vecinas, así que, propiamente, habría que hablar de “droits coutumières” y de “droits écrits”. Pero sí se daba una comunidad de principios e instituciones en el interior de cada zona, que los derechos particulares reproducían; y ello permitía el modo de hablar en singular, que entonces denota el estrecho parentesco institucional existente entre derechos singulares formalmente diversos. Así, por ejemplo, el principio sucesorio que suele resumirse en la regla *paterna paternis materna maternis*⁴⁸ era común a las costumbres germanizadas del centro y

⁴⁶ Una descripción de esta división geográfico-jurídica en: OURLIAC, Paul - GAZZANIGA, Jean-Louis, *Histoire du Droit privé Français de l'an mil au Code Civil* (Paris, Albin Michel, 1985), pp. 81 ss.; SUEUR, Philippe, *Histoire du Droit public Français. XV-XVIII^e siècle* (Paris, Presses Universitaires de France, 1989), II, pp. 29 ss.

⁴⁷ Incisivamente expresa esta idea ESMEN, A., *Cours élémentaire d'Histoire du Droit Français* (5^a edición, Paris, Sirey, 1925), p. 681, así: “Dans le midi de la France, où la coutume avait été profondément imprégnée de droit romain, où les populations vivaient en réalité sous l'empire du droit romain passé à l'état de coutume [...]”.

⁴⁸ Significa que en la herencia se distinguen los bienes ganados o adquiridos en vida por el causante, de aquellos troncales o heredados; y, en éstos, aquellos provenientes de la línea del padre y de la madre. A los ganados se les aplica el principio de la unidad del patrimonio; pero en los troncales paternos no puede participar como heredero ningún pariente que no sea por línea paterna; y lo propio *mutatis mutandis* ocurre con los troncales maternos. La regla vale sin discusión en la sucesión de los ascendientes y de los colaterales. De esta forma, por ejemplo, si alguien, que había heredado primero a su padre y después a su madre, deja al morir a su abuelo

del norte, que las del sur desconocían, porque aplicaban el principio romano de la unidad del patrimonio hereditario a efecto de su distribución, con independencia del origen de los bienes.

Entre los siglos XII y XV, en muchos casos se procedió a una redacción de las costumbres locales en ambas zonas, pero especialmente en la del sur, generalmente bajo la forma de "chartes de cotumes" sancionadas por la autoridad señorial del lugar o por el rey en cuanto tal autoridad. En algunos casos, estas cartas fueron reiteradas en oportunidades posteriores, de modo de existir sucesivas redacciones de una misma *coutume*. En rigor, tales cartas no variaban la naturaleza consuetudinaria del Derecho recogido en ellas, mas sólo constituían una prueba directa y suficiente de la costumbre que se invocaba, si constaba en la carta; pues, sin ésta, necesario era probarla ante los tribunales; lo que de por sí concedía una inestimable ventaja.

En 1454, el rey Carlos VII, merced a una ordenanza emitida en Montil-les Tours, dispuso redacciones escritas de las costumbres y los usos y estilos de cada uno de los países de Francia, que finalmente debían ser aprobadas por el mismo rey, previa examinación del Grand Conseil o del respectivo Parlement. El trabajo de escrituración de costumbres marchó lentamente bajo el reinado de Carlos VII (r. 1422-1461) y de aquél de Luis XI (r. 1461-1483), pero recibió un impulso decisivo en el de Carlos VIII (r. 1483-1498), gracias a una simplificación del procedimiento de redacción decidido en 1499, que hizo posible que la escrituración de la mayoría de las costumbres de ambas clases de países tuviese lugar entre 1506 y 1540. En esta ocasión, la existencia de un procedimiento oficial y la sanción real terminaron por cambiar la naturaleza del Derecho redactado, que fue considerado como Derecho escrito, con valor de ley, sin perjuicio de conservarse la denominación de *coutume* para cada uno de estos pequeños "códigos" resultados del proceso. Durante la segunda mitad del siglo XVI, todavía se procedió a reformar algunas de las *coutumes* precedentemente fijadas; pero durante los dos siglos siguientes, con raras excepciones, ya no se volvió a revisarlas, de modo que casi todas quedaron petrificadas. En vísperas de la Revolución, había cerca de cuatrocientas *coutumes* en toda Francia⁴⁹.

materno y a su abuelo paterno, los bienes heredados de su padre van a este último, y los bienes heredados de su madre a aquél. Así, también, los primos maternos del difunto reciben los bienes por él antes heredados de su madre, y los paternos, aquellos heredados de su padre.

⁴⁹ Fue en esta diversidad de *coutumes* en la que Voltaire tenía puesta su mente, cuando aconsejó quemar las leyes existentes (en imitación al incendio de Londres) y hacerlas de nuevo para tenerlas buenas: VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, s. v. *Lois*, sec. 1^o: "Londres no ha llegado a ser digna de ser habitada sino después de haber sido reducida a cenizas. Desde esa época, las calles fueron alargadas y alineadas: Londres fue una ciudad por haber sido quemada. ¿Quiere usted tener buenas leyes? Queme las suyas y hágalas de nuevo. [...] Vuestra costumbre de París es interpretada por veinticuatro comentarios en manera diferente; por consiguiente, queda veinticuatro veces probado que ella está mal concebida. Ella contradice otras ciento cuarenta costumbres, todas las cuales tienen fuerza de ley en la misma nación, y todas se contradicen entre sí" ("[...] Londres n'est devenue digne d'être habitée que depuis qu'elle fut réduite en cendres. Les rues, depuis cette époque, furent élargies et alignées: Londres fut une ville pour avoir été brûlé. Voulez-vous avoir de bonnes lois? Brûlez les vôtres, et faites-en de nouvelles. [...]. Votre coutume de Paris est interprétée différemment par

Excesivo fuere examinar los procesos de escrituración de costumbres en los demás países de Europa, tal en Italia, con sus *statuti*, o en España con sus *fueros*, o en ciertos países alemanas, con sus *Weichbildrechte*. Cada zona con sus peculiaridades, la idea básica de un Derecho consuetudinario fijado por escrito se repite constantemente en la Baja Edad Media y en parte de la Época Moderna en todas⁵⁰.

IV. LA FIJACIÓN DE DOCTRINAS

I. Otra forma de fijación es la que obedece al modelo de los *Digesta Iustiniani*. El nombre plural de *digesta* es clásico⁵¹, y aparece en la titulación de sendas obras de Celso (la más antigua), Juliano, Marcelo y Cervidio Escévola⁵². A decir verdad, algunos de esos juristas y otros, escribieron obras que llevaban como título, no el de *digesta*, sino los de *quaestiones*, *responsa* o *sententiae*, pero que tenían algún parentesco con las denominadas *digesta*. Desde luego está el parentesco genérico, de contener todas las obras así tituladas la discusión de específicos problemas jurídicos, en donde el casuismo es, por ende, el método predominante. En segundo lugar, les es común el uso de cierta estructura compositiva: solían estar divididas en dos partes; en la primera, la materia aparece ordenada según el esquema del edicto pretorio, pero se trata conjuntamente el Derecho civil y el Derecho edictal; la segunda parte está dedicada al estudio de leyes y plebiscitos singulares, lo mismo que de ciertas constituciones imperiales, de interés jurídico, según una secuencia que se convirtió en constante y traslaticia. Aparte las obras llamadas *digesta*, antes mencionadas, poseyeron estos caracteres las *quaestiones* de Cervidio Escévola, Paulo y Papiniano, las *responsa* de los mismos y de Modestino, las *disputationes* de Ulpiano y las *sententiae* de Paulo. Justiniano dispuso que la obra mandada a componer por él a Triboniano el 530 se llamare *digesta* (o, en griego, *pandectai*), se ha dicho que en homenaje a uno de los libros de Derecho más sobresalientes de toda la literatura clásica, como fueron los *digesta* de Juliano⁵³. Por lo demás, en general, la estructura

vingt-quatre commentaires; donc il est prouvé vingt-quatre fois qu'elle est mal conçue. Elle contredit cent quarante autres coutumes, ayant toutes force de loi chez la même nation, et toutes se contredisant entre elles").

⁵⁰ Una teoría general de base histórica relativa a la redacción de costumbres se ve en BÜHLER, Theodor, *Gewohnheitsrecht, Enquête, Kodifikation* (Zürich, Schulthess, 1977), I.

⁵¹ *Digesta* es el participio de pasado neutro plural del verbo *digero* = "llevar por diferentes lados, de aquí para allá, dividir, separar, desagregar"; pero también "distribuir, disponer, repartir, arreglar, ordenar, clasificar".

⁵² Sobre este género literario: MOMMSEN, Theodor, *Die Bedeutung des Wortes 'digesta'* (1868), en EL MISMO, *Juristische Schriften* (Berlín y otras, Weidmannsche Verlagsbuchhandlung, 1965), II, pp. 90 ss., en donde sostiene que por *digesta* los romanos entendían "die Zusammenstellung der sämtlichen Schriften eines Gelehrten oder eines Kreises von Gelehrten in systematischer Folge", y que, por ende, esta designación se acerca a lo que modernamente solemos denominar "obras reunidas" ("sämtliche Werken"); pero esta tesis no ha sido seguida en la romanística posterior. Sobre la ordenación seguida en la segunda parte de las obras del tipo *digesta* (eventualmente en las otras de tipo semejante): KRÜGER, Paul, *Ueber die Zusammensetzung der Digestenwerke*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung rom. Abt.* 7 (1986) 2, pp. 94 ss.; KRÜGER, Hugo, *Verweisungedikte im prätorische Album*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung rom. Abt.* 37 (1916), pp. 311-316 ("Vierte Abteilung"; *Das klassische Digestensystem*). Acerca del significado jurídico-cultural de estas obras: FREZZA, Paolo, 'Responsa' e 'Quaestiones'. *Studio e politica del diritto dagli Antonini ai Severi*, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 43 (1977), pp. 203 ss. Visión de conjunto sobre ellas y su descripción: KRÜGER, Paul, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts* (2ª edición, München-Leipzig, Duncker und Humblot, 1912), pp. 142-149; SCHULZ, Fritz, *Storia della giurisprudenza romana* (1953, traducción italiana de G. Nocera, Firenze, Sansoni, s. d. [pero 1968]), pp. 401-438.

⁵³ Así SCHULZ, Fritz, *Storia della giurisprudenza romana*, cit. (n. 53), p. 570.

compositiva de las obras clásicas del tipo *digesta, quaestiones, responsa, sententiae* está muy presente en los *digesta lustiniani*, y tal quizá haya sido una razón mejor del nombre escogido.

Ahora bien, ¿que son, en sí mismos, los *digesta lustiniani*? Se trata de una antología de obras de diferentes juristas clásicos o atribuidas a ellos en la época postclásica; pero no de sus obras completas, sino de fragmentos suyos extraídos de los originales (por lo general no de sus primeras ediciones) y concatenados de modo de formar diferentes tratados sobre cada materia. Cada fragmento conserva la indicación de la obra de que fue extraído y de su autor. El conjunto de fragmentos fue distribuido en cincuenta libros no rubricados, divididos éstos en títulos sí rubricados. El orden de los títulos sigue un modelo, y éste es, en general el del edicto perpetuo del pretor urbano, bajo la forma que había adquirido en las obras clásicas del tipo *digesta, quaestiones, responsa, sententiae*, no sin mudanzas. En el interior de cada título, pues, se eslabonan los diferentes fragmentos escogidos, que originalmente atañen, o que se hacen atañer por los compiladores, a la materia de ese título. Esto último es necesario recordarlo, porque en muchas ocasiones, el fragmento de que se trate originalmente no guardaba relación con la materia, pero una vez descontextualizado e insertado en un nuevo entorno, se lo hizo aparecer como si la guardara. Los fragmentos, pues, suelen admitir cierta *duplex interpretatio*: una, en el contexto original dentro del cual fueron escritos, y otra en el contexto del título del Digesto en que después fueron relocalizados.

Hemos dicho que los *digesta lustiniani* se dividen en libros y títulos. Pero menester es añadir que sus cincuenta libros están a su vez distribuidos. En la constitución *Tanta*, con que Justiniano promulgó la obra el 16 de diciembre del 529, dice de ella que, atendiendo a la naturaleza y arte de los números⁵⁴, fue dispuesta en siete partes, el contenido de cada una de las cuales explica con detalle⁵⁵. Con todo, es cierto que esta división permaneció como ideal o virtual, en el sentido de no haberse manifestado en el Digesto, cuyos libros, en efecto, no aparecen agrupados expresamente en partes, de guisa que sus únicos niveles aparentes son precisamente el “libro” y después el “título”.

La técnica empleada en la elaboración de los *digesta lustiniani* no fue un invento de los comisionados del emperador. En líneas generales, esa técnica obedece a la composición de textos “en cadena” (*catenae*) –aunque esta denominación es medieval– muy difundida en la patrística de al menos el siglo V⁵⁶, pero que se alcanza

⁵⁴ IUST., const. *Tanta*, l i. f.: “*Et in septem partem eos digessimus, non perperam neque sine ratione, sed in numerorum naturam et artem respicientes et consentaneam eis divisionem partium conficientes*” (“Y los dispusimos en siete partes, no inadvertidamente y sin razón, mas atendiendo a la naturaleza y arte de los números, y confeccionando una división de partes consonante con ellas”).

⁵⁵ *Ibid.*, 2-8c.

⁵⁶ Véase DROBNER, Hubertus, *Manual de Patrología* (1994, traducción castellana, Barcelona, Herder, s. d. [pero 1999]), pp. 549-552.

a ver en obras jurídicas como los llamados "Fragmenta Vaticana", del siglo IV, una colección en cadena de textos de juristas tardíos (Papiniano, Paulo, y Ulpiano) y de constituciones imperiales, distribuidos en títulos temáticos. También puede recordarse las llamadas "Mosaicarum et Romanarum legum collatio", tal vez de fines del siglo IV, y la "Veteris cuiusdam iurisconsulti consultatio", de entre los siglos IV y V. Por más que los *digesta Iustiniani* excedan abismalmente a estas obras precedentes, en volumen, en variedad de autores escogidos y obras disfrutadas, en el carácter oficial de su composición y vigencia y en lo que atañe a sus fines, la técnica descrita de la concatenación de textos de diferente proveniencia en función temática es la misma.

Pese a su contenido, Justiniano confirió valor de ley a sus *digesta*⁵⁷. El hecho parece extraño, y en nuestra época ciertamente no concebiríamos que un libro compuesto de fragmentos de escritos doctrinales, recogidos como tales, alcanzare valor legal, por más que no nos cause estupor que el contenido de nuestras leyes en algunos casos provenga de libros doctrinarios. Para el historiador el hecho concerniente a los *digesta* es explicable. Pero más importante que ello es la actitud que la posteridad occidental asumió frente a la obra, pues se tomó en serio el mandato del emperador y la consideró precisamente con valor de ley, al punto de imponer el nombre de *lex* a cada fragmento componente.

2. Siglos después volvemos a encontrar una obra jurídica que pronto adquirió valor legal, ideada a semejanza de los *digesta Iustiniani*. Al principio circuló como *Concordia discordantium canonum* y después definitivamente como *Decretum*. Su autoría fue tradicionalmente atribuida al monje Gratianus († c. 1150), quien habría redactado sólo el texto en un único acto intelectual, dado a conocer hacia el 1140. En la actualidad tal esquema ha sido puesto en duda y algunos creen que la *Concordia* pudo haber sido gestada por varias personas y progresivamente durante un número de años relativamente dilatado, hasta estabilizarse hacia 1150⁵⁸. En todo caso, lo que a nosotros nos interesa es verificar el carácter de este cuerpo. Se trata de una colección de cerca de cuatro mil textos de doctrina canónica (*auctoritates*), extraída principalmente de escritos de los Padres Latinos, pero también de cartas de los pontífices y de acuerdos de los concilios. Originalmente estaba dividida en sólo dos partes. En algún momento posterior se le añadió una tercera. La primera se subdivide en ciento una *distinciones*; y la segunda, en treinta y seis *causae*, cada una de éstas introducida por un *casus*, con respecto al cual vienen formuladas *quaestiones*, que después son resueltas una a una merced a la oportuna transcripción de las *auctoritates*, esto es, de los textos de doctrina escogidos. El o los autores de la *Concordia* hicieron aportes personales. En la primera parte, la

⁵⁷ IUST., c. *Deo auctore* 3; c. *Tanta* 11.

⁵⁸ Estado de la cuestión, en: GAUDEMET, Jean, *Les sources du droit canonique. VIII^e-XX^e siècle* (Paris, Les Éditions du Cerf, 1993), pp. 108-119.

citación de las *auctoritates* viene precedida de una suerte de sumario que hace las veces de rúbrica de toda la *distinctio*; y procedida de comentarios a cada *auctoritas* citada. Tales comentarios suelen aparecer a continuación de los *casus* de la segunda parte. El propósito principal de estos comentarios, que las escuelas de la época denominaron *dicta Gratiani* (“dichos de Graciano”), es introducir la *concordantia* entre las *auctoritates* citadas, que a menudo se contradicen; y, en suma, sentar una doctrina personal general por el asunto del cual se trate; no es infrecuente que estos *dicta* interpreten muy libremente las *auctoritates*.

La *Concordia* no obtuvo jamás una aprobación oficial de algún pontífice, y siempre permaneció como una obra doctrinal privada. Pero su autoridad en las escuelas, los tribunales y las curias fue la misma que si hubiese sido sancionada legislativamente; y cuando el *Corpus iuris canonici* quedó definitivamente formado, la *Concordia* ocupó el primer lugar; vale decir, un lugar anterior al de las colecciones de constituciones o leyes pontificias oficialmente promulgadas, que componen el resto de ese *Corpus*.

3. El tercer ejemplo que proponemos de una fijación doctrinal es el de la *Magna Glossa* a todas las partes del *Corpus iuris civilis*, debida a Acursio (1182/1185-c. 1263)⁵⁹. Cuando este jurista florentino empezó su actividad, al menos cinco generaciones de glosadores se habían sucedido desde Imerio (c. 1100-c.1125), el primero de todos y fundador de la escuela. El mérito inicial de Acursio fue comprender que la metodología de las glosas estaba agotada y que el conocimiento y, por ende, la pervivencia práctica de la obra de sus antecesores estaba en riesgo: tantas eran las glosas acumuladas en el curso de siglo y medio, y tan difundidas sus sedes. Su mérito definitivo fue acometer la empresa de glosar todo el *Corpus iuris civilis* (cosa que a la fecha nadie había hecho), mas no tanto con nuevas glosas personales, que hubiera sido añadir gravedad al problema, sino con las glosas de sus predecesores, debidamente discernidas y seleccionadas, en número de 96.940, sin perjuicio de que, en ocasiones, Acursio se sintió autorizado a intercalar sus propias glosas. El efecto práctico de la *glossa* de Acursio fue instantáneo: se dejó de leer y, por consiguiente, de editar las glosas de los juristas precedentes, que permanecieron hasta el día de hoy arrumadas en las bibliotecas; y la atención de profesores, juristas escritores de derecho, abogados, jueces y políticos se reconcentró en la obra acursiana, al punto de recibir mayor consideración de la que hubiera recibido si algún legislador le hubiese conferido valor legal⁶⁰ y de llegar a prevalecer por sobre el texto original mismo del *Corpus iuris civilis*. Ella, por cierto, estuvo entre los primeros libros impresos con el

⁵⁹ Una óptima exposición de conjunto sobre la *Glossa* y su autor, últimamente: LANGE, Hermann, *Römisches Recht im Mittelalter* (München, Beck, 1997), I: *Die Glossatoren*, pp. 335 ss.

⁶⁰ Por lo demás, recibió tal valor en algunos casos. Los *statuti* de Verona, de 1450, declararon como Derecho supletorio de ellos mismos a los “*iura Romana et glossas ordinarias Acursii*”, con prevalencia de estas últimas en caso de contradicción con el Derecho romano. También las *Ordinações Afonsinas* (Portugal, 1454) localizaron a la *glossa* en el orden de prelación de las fuentes aplicables por los jueces.

método de Gutenberg, ya en 1468⁶¹. Su última edición fue hecha en 1627, así que, si convencionalmente colocamos como fecha media de su aparición el año 1234, en que fue promulgada la *Compilatio decretalium* de Gregorio IX, frecuentemente citadas por Acursio, de ello resulta que su obra se mantuvo “en librerías” durante unos cuatrocientos años.

4. Otro caso de un cuerpo jurídico del tipo ahora examinado es el del *Libro de las leyes*, mejor conocido como *Siete Partidas*, esencialmente formado bajo el reinado de Alfonso X el Sabio (1221-1284)⁶². La tradición posterior lo atribuyó a un único acto intelectual de elaboración, pero seguramente su composición tuvo una historia textual compleja, que aquí no interesa exponer⁶³.

La obra recibió su denominación definitiva a imitación de los *digesta Iustiniani*. Ya hicimos notar que esta obra tiene una división, aunque ideal, no expresa (porque sus únicos niveles aparentes son precisamente el “libro” y después el “título”), en siete partes. En la constitución *Tanta*, con que Justiniano la promulgó en el 533, explica haber atendido a la naturaleza y arte de los números (“*numerorum natura et arte*”) para disponerla en siete partes⁶⁴. En el prólogo a las *Siete Partidas*, Alfonso X incluye un discurso sobre el “septenario”. Primeramente verifica que “*se fallan* [sc. hallan] *en él muchas cosas e muy señaladas que se departen* [sc. parten o dividen] *por cuento* [sc. cuenta] *de siete*”, de las que enumera una gran cantidad (por ejemplo, los siete posibles movimientos de los cuerpos⁶⁵, los siete planetas y cielos, los siete climas, las siete artes, los siete años que sirvió Jacob a su suegro para poder casarse con Raquel, los siete sacramentos, etcétera)⁶⁶, debido a lo cual declara haber dividido “*este libro en siete partes*”, a cada una de las cuales denomina “partida”. Alfonso X, sin embargo, calla la verdadera razón de tal división de su obra: precisamente la de haber sido así divididos los *digesta*, después ocultada con la bondad del “septenario” manifestada en la serie de casos que expone, que el propio Justiniano, por lo demás, había adelantado, aunque genéricamente, cuando había hablado de la *numerorum natura et arte*. Ahora bien, a diferencia de los *digesta*, en el código alfonsino la

⁶¹ Gutenberg terminó de imprimir su Biblia hacia 1456. De la época anterior, se conserva la extraordinaria cantidad de casi 1.200 manuscritos de la *glossa acursiana*.

⁶² El erudito cántabro del siglo XVIII, Rafael de Floranes (1743-1801) llamaba “las Pandectas castellanas del rey Alfonso” a las *Partidas*: véase MARTÍNEZ MARINA, Francisco, *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla especialmente sobre el código de las Siete Partidas* (1808; ed. Madrid, 1845), p. 294 n. 2.

⁶³ Una buena e informada exposición sobre los diferentes problemas ofrecidos por las *Partidas*, con literatura en: PÉREZ MARTÍN, Antonio, *La obra legislativa alfonsina y puesto que en ella ocupan las “Siete Partidas”*, en *Glossae. Revista de Derecho Común Europeo* 3 (Murcia, 1992), pp. 9 ss.

⁶⁴ IUST., const. *Tanta*, l i. f.: “*Et in septem partem eos digessimus, non perperam neque sine ratione, sed in numerorum naturam et artem respicientes et consentaneam eis divisionem partium conficientes*” (“Y los dispusimos en siete partes, no inadvertidamente y sin razón, mas atendiendo a la naturaleza y arte de los números, y confeccionando una división de partes consonante con ellas”). En vez de *pars*, Justiniano dice a veces *articulus* (ibid., 3, 6 y 8).

⁶⁵ A saber: arriba, abajo, adelante, atrás, a la derecha, a la izquierda, o alrededor

⁶⁶ Véase PERONA, José, *Espesores simbólicos de la glosa del mundo: el Setenario Alfonsí, una aritmología sagrada*, en *Glossae I* (Murcia, 1988), pp. 35 ss.

división en “partes” o “partidas” es expresa⁶⁷. De hecho, la partida sustituye al “libro”, y cada una lleva un número (primera partida, segunda partida, etc.). Cada parte o partida se subdivide en títulos, en número total de ciento ochenta y dos; dentro de cada uno de los cuales aparecen las unidades textuales que reciben el nombre de “ley” (como si dijéramos nuestros modernos “artículos”), lo cual también es una reminiscencia romanística, pues los glosadores denominaban *leges* a cada uno de los textos concatenados en las diversas partes del *Corpus iuris civilis*. Las *Siete Partidas* encierran 2.802 leyes.

Alfonso X también informa acerca de las fuentes de su obra en Part. I, 1, 6: *“Onde fueron sacadas estas leyes. Tomadas fueron estas leyes de dos cosas: la una, de las palabras de los santos, que fablaron spiritualmente lo que conuiene a bondad del ome, e saluamiento de su alma. La otra, de los dichos de los sabios que mostraron las cosas naturalmente, que es para ordenar los fechos del mundo, de cómo se fagan bien, e con razón. E el ayuntamiento destas dos maneras de leyes, han tan grande virtud, que aduzen cumplido ayuntamiento al cuerpo e al alma del ome. E porende el que las bien sabe, e entiende, es ome cumplido, conociendo lo que ha menester, para pro del alma e del cuerpo”*. El rey reduce sus fuentes a dos grupos: al de las “palabras de los santos” y al de los “dichos de los sabios”. Con tales maneras de decir se esconde una amplia cantidad de autores. Entre las “palabras de los santos” podemos incluir los escritores que son fuentes de Derecho canónico⁶⁸. Bajo “dichos de los sabios” tenemos, por ejemplo, a autores como Aristóteles⁶⁹, Séneca⁷⁰, o los escolásticos⁷¹ y, los que más no interesan, los juristas romanos⁷², entendidos, sin embargo, según la interpretación de los glosadores. El carácter doctrinal con que Alfonso X deseaba presentar su obra está, pues, fuera de dudas. Ello no obstó a que pretendiera asignarle valor legislativo, en lo que fracasó. De hecho, las *Siete Partidas* han de integrar el canon de fuentes vigentes en Castilla sólo a partir del “Ordenamiento de Alcalá” de 1348. Desde

⁶⁷ Lo dicho no significa que la secuencia de cada partida de las *Siete Partidas* coincida con la secuencia de cada *pars* de los *digesta*, porque no es así. Sin embargo, la secuencia de materias de cada partida tiende a ser reproducción de la misma secuencia de grandes materias del *codex Iustinianus* (que no está dividido en partes ideales), una vez que se restan a éste los temas no tratados en las *Partidas*. Pero no podemos hacer aquí una verificación exhaustiva de esta idea, que se nos presenta después de una comparación muy somera. De todos modos, acerca del orden de las *Partidas*, véase la descripción de BRAVO LIRA, Bernardino, *Vigencia de las Partidas en Chile*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 10 (1985), pp. 43 ss.

⁶⁸ GARCÍA Y GARCÍA, Antonio, *Fuentes canónicas de las Partidas*, en *Glossae. Revista de Derecho Común Europeo* 3 (Murcia, 1992), pp. 93 ss.; CRADDOCK, Jerry R., *Los pecados veniales en las “Partidas” y en el “Setenario”, dos versiones de Graciano, “Decretum” D. 25 c. 3*, en *Glossae. Revista de Derecho Común Europeo* 3 (Murcia, 1992), pp. 103 ss.

⁶⁹ Véase: FERREIRO ALEMPARTE, Jaime, *Recepción de las éticas y de la política de Aristóteles en las Siete Partidas del Rey Sabio*, en *Glossae. Revista de Derecho Común Europeo* 1 (Murcia, 1988), pp. 97 ss.

⁷⁰ BLÜHER, Karl Alfred, *Séneca en España. Investigaciones sobre la recepción de Séneca en España desde el siglo XIII hasta el siglo XVII* (1969, traducción castellana, Madrid, Gredos, 1983).

⁷¹ VÁZQUEZ JANEIRO, Isaac, *Las “auctoritates” escolásticas en las “Siete Partidas”*, en *Glossae. Revista de Derecho Común Europeo* 3 (Murcia, 1992), pp. 65 ss.

⁷² CAMACHO EVANGELISTA, Fermín, en *VV. AA., Acurcio y las fuentes romanas de las Partidas*, en *Atti del convegno internazionale di studi accursiani* (Milano, Giuffrè, 1968), III, pp. 1.067 ss.; ARIAS BONET, Juan, *Sobre presuntas fuentes de las Partidas*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* núm. extr. (1985), pp. 11 ss.; PÉREZ MARTÍN, Antonio, *Fuentes romanas en las Partidas*, en *Glossae. Revista de Derecho Común Europeo* 4 (Murcia, 1992), pp. 215 ss.

1492, su fortuna saltará las fronteras de la pequeña Castilla e iniciará una historia propia en América y en Filipinas.

V. EL TÉRMINO “CÓDIGO” EN LA EDAD MEDIA Y LA ÉPOCA MODERNA

Si entre los tres tipos de fijación precedentemente examinados, nos concentramos en el de la compilación de leyes, observaremos que el término “código”, asociado a él desde la época romana tardía, permaneció durante mucho tiempo bajo tal asociación. Pero la existencia de la compilación denominada *codex iustinianus*, con la enorme carga autoritativa que le reconocieron los medievales, fue determinante en las épocas sucesivas.

1. Después de aquél, en efecto, ninguna otra compilación de leyes recibió oficialmente el nombre de *codex*⁷³, hasta 1748, en que Federico II de Prusia promulgó una regulación procesal civil para la marca de Brandeburgo, bajo la denominación de *Codex Fridericianus Marchicus*⁷⁴. Encontramos ahí el uso de *codex* unido a la imposición del nombre del soberano. Ambas cosas son reveladoras del deseo de imitar la actitud de Justiniano, en orden a atribuir su propio nombre a cierto cuerpo legislativo (*codex iustinianus - Codex Fridericianus*). Poco después, en 1753, la emperatriz María Teresa de Austria designó una comisión para la confección de un *Codex Theresianus iuris civilis*, en donde volvemos a encontrar el empleo de *codex* y del nombre del autor político de la obra. Concluido en 1766, no fue aprobado por la soberana. En 1756, el rey de Baviera, Maximiliano José III, emitió una serie de cuerpos denominados *Codex iuris Bavarici criminalis* (1751), *Codex iuris Bavarici judicialis* (1753) y *Codex Maximilianus Bavaricus Civilis* (1756). En este último, la imitación a Justiniano es de nuevo evidente (*codex iustinianus - Codex Maximilianus*). Como es sabido, el *Code Civil*, llamado “des Français” al ser promulgado en la aún República Francesa por el primer cónsul Bonaparte en marzo de 1804, en 1807 fue rebautizado como *Code Civil Napoléon*, cuando su autor político ya era emperador (desde diciembre de 1804), en también notoria imitación al *codex iustinianus*. En América el fenómeno no dejó de repetirse. El *Código Civil Boliviano*, promulgado en octubre de 1830, merced a una ley julio de 1831 fue denominado *Código Civil Santa Cruz*, por su autor político, el mariscal Andrés de Santa Cruz, presidente de Bolivia y Protector de la Confederación Peruano-Boliviana. En este caso, empero, la imitación fue más directamente a Napoleón –de quien Santa Cruz era admirador– que a Justiniano.

⁷³ Sobre este tema: GUZMÁN BRITO, Alejandro, “Codex”, cit. (n. 15), pp. 131-135 (REHJ.) = pp. 620-624 (*Estudios d’Ors*).

⁷⁴ En 1743, el jurista sueco Kristian König editó bajo el nombre de *Codex legum Svveicarum*, una traducción latina del cuerpo promulgado en 1734 por el rey Federico I de Suecia en lengua sueca como *Sveriges Rikes Lag*, que literalmente significa: “Ley del reino de Suecia”. El empleo del término “codex” por König fue, en consecuencia, privado y abusivo. Hay reedición moderna de la mencionada traducción latina en PICARDI, N. – GIULIANI, A. (a cura di), *Testi e documenti per la storia del processo*, II: *Codex legum Svveicarum* (Milano, Giuffrè, s. d. [pero 1996]), con una introducción y bibliografía.

2. Pero la imposición del nombre de su autor político a cierto cuerpo legislativo no sólo obedeció al deseo de imitar un modelo históricamente prestigioso, sino también a un designio político, de cuño derechamente opuesto a la razón por la cual durante la Edad Media y la Época Moderna ningún gobernante se había atrevido a denominar **codex** a algún cuerpo legislativo suyo, pese a que los hubo en abundancia.

Esa razón la había expresado el glosador Azo (circa 1190-1230). En su *Summa super Codicem*, que es un conjunto de sucesivos compendios de doctrina jurídica, expuestos orgánicamente, y no como glosas, a propósito de cada una de la **leges** del **codex Iustinianus**, de acuerdo, por ende, con el orden de sus libros y títulos y leyes precisamente. En una suerte de preámbulo a toda la *Summa*, leemos: “Este libro se llama ‘código del señor Justiniano’, y [sc. ‘código’] es un nombre general, o, como propio, se llama así por antonomasia. [...]. Y acaso por esto, porque ‘código’ viene de ‘coger’; pues coger o imperar es propio del emperador, de modo que su nombre [sc. ‘Iustinianus’] denota de quién es este libro [sc. de un emperador]”⁷⁵. Azo sabía que “**codex**” es una palabra de uso general, que se puede aplicar a cualquier “libro”; pero advierte que se emplea por antonomasia, como “el código”, para designar al justiniano. La razón de esta antonomasia la ve Azo en el sentido profundo del término, como lo ofrece su etimología de “coger”, en el sentido de “imperar (gobernar, mandar)”⁷⁶, que es algo propio del emperador, lo que va indicado por la adición de la palabra “Justiniano” a “código”, o sea, del nombre de su autor; precisamente un emperador. Así que, en síntesis, para Azo, la existencia de un libro llamado **codex** sólo puede estar ligada al gobierno imperial, como si se dijera que nadie, fuera del emperador, puede emitirlo. Esta idea será repetida en la tradición posterior⁷⁷. Ella explica bien el ya recordado hecho de que, pese a haberse promulgado una buena cantidad de cuerpos legislativos que en sí mismos considerados ofrecían un estilo formal similar al del **codex Iustinianus**, no se hubieran denominado con **codex**. De lo cual podemos ofrecer algunos ejemplos. Entre ellos, es muy significativo que el *Liber* o *Corpus constitutionum* (1231), aunque dado por un emperador, Federico II (1220-1250), no se haya llamado “Codex constitutionum”, o acaso, “codex Fridericianus”, porque no fue emitido para el Imperio sino para Sicilia, un reino particular de Federico de Staufen, en el que actuó, pues, como rey y no como emperador. Tampoco el pontífice Gregorio IX (1227-1241), a despecho de la doctrina oficial del Papado sobre su preeminencia respecto del Imperio, se sintió autorizado a denominar con **codex** su compilación de leyes pontificias o decretales,

⁷⁵ Azo, *Summa super Codicem, Incipit materia ad codicem* [edición de Pavia, 1484, reimpresión en *Corpus glossatorum iuris civilis* (Torino, 1966), II, p. 1]: “*Liber iste codex domini Iustiniani dicitur, et est nomen generale vet ut proprium anthonomathice appellatur. [...] Et ideo forte quod ‘codex’ dicitur a ‘cogendo’; cogere enim vel imperare proprium est imperatoris ut eius nomen denotat cuius est hic liber*”.

⁷⁶ Por cierto, tal etimología es falsa; pero las etimologizaciones falsas son habituales en los medievales, como ya entre los antiguos, por falta de conocimientos acerca de las reglas de la etimología. Ellos solían inventarlas, en forma eficaz por lo demás, en función de expresar sus ideas. En este texto, lo que en realidad interesa es el pensamiento (ideología, si se quiere) de que un código sólo puede emanar de quien impera.

⁷⁷ GUZMÁN BRITO, Alejandro, “Codex”, cit. (n. 15), p. 133 (REHJ.) = pp. 621-622 (*Estudios d’Ors*).

sancionada en 1234 precisamente bajo el nombre de *Decretalium compilatio*. Ni Alfonso X el Sabio de Castilla (1221-1284), pese a sus pretensiones de ser elegido para el trono imperial, se atrevió a emplear el término respecto de los cuerpos legislativos que se compusieron bajo su inspiración, como el *Libro de las leyes*, después conocido como *Siete Partidas*, y el *Fuero Real* —no bien que ninguno de ellos fuera propiamente una compilación—. En realidad, durante la Baja Edad Media, en que hubo una considerable actividad legislativa, se dio una notoria variedad de designaciones para los diversos cuerpos legales entonces emitidos⁷⁸.

3. Desde el siglo XVI, la palabra *codex* empezó a ser usada para designar algunos cuerpos, preferentemente consistentes en compilaciones de leyes reales. Pero es notable que casi siempre se trató de proyectos privados de tales, que nunca consiguieron sanción oficial. Entre tantos otros, se presentan, en Francia, el *Code du Roy Henry III, roy de France et de Pologne* (1587), o el *Henrici IIII christianissimi et augustissimi Galliarum Navarraeque regis codex iuris civilis Romani* (1602). En Italia comparecen el *Jus regni Neapolitani ex constitutionibus, capitulis, usibus, pragmaticis [...] desumptum* (1605-1643) del magistrado y consejero Carlo Tapia, quien deseaba su sanción por el rey Felipe III de Castilla y las Dos Sicilias, bajo el nombre de *Codex Filippinus*; el *Codice di leggi e costituzioni* de Modena (1771), el *Codice feudale* de Venecia (1780) y también el *Codice della Toscana legislazione* (1778). En los dominios germánicos de la casa de Austria está el *Codex Austriacus* (1704). En Sajonia, el *Codex Augusteus* (1724) de Johan Christian Lünig, etcétera⁷⁹. Del conjunto, sólo recibieron sanción oficial los textos de Modena y Venecia antes mencionados⁸⁰.

Es indudable que en todos estos casos, el modelo tenido en vista fue el del *codex Iustinianus*, vale decir, el modelo de una compilación de leyes preexistentes. Pero ello no fue novedad, pues también tal fue el modelo inspirador de las recopilaciones legislativas de la Edad Media. La novedad estuvo en denominarlas con la palabra *codex*. Esto acaso haya que ponerlo en relación con la mentalidad humanista y moderna, bajo cuyo influjo la idea medieval del *Corpus iuris civilis*, una de cuyas partes era el *codex*, como obra imperial intangible empezó a perder prestigio entre los juristas. Pero que durante los siglos XVI y XVII este avance del uso de *codex* haya quedado circunscrito a los juristas y no haya trascendido a la legislación oficial, tal

⁷⁸ Para la legislación del período, véase WOLF, Armin, *Gesetzgebung in Europa. 1100-1500: Zur Entstehung der Territorialstaaten* (München, Beck, 1996). El autor dedica un capítulo al tema: "Form: Statuten und Codex", para distinguir las normas sobre materias acotadas de aquellas más abarcadoras; pero él emplea la palabra "codex" en sentido historiográfico. De hecho, de los numerosos cuerpos que examina, no individualiza más que uno, de hecho sólo un proyecto que no resultó aprobado, denominado así: el *codex Carolinus* (1355). Ahora bien, ese cuerpo fue elaborado bajo el impulso de un emperador romano, como fue Carlos IV, no bien que para su reino de Bohemia. Sobre él, ya GUZMÁN BRITO, Alejandro, "Codex", cit. (n. 15), p. 134-135 (REHJ.) = pp. 623-624 (*Estudios d'Ors*).

⁷⁹ Ampliamente GUZMÁN BRITO, Alejandro, "Codex", cit. (n. 15), p. 135-138 (REHJ.) = pp. 624-628 (*Estudios d'Ors*).

⁸⁰ Para la América española: GARCÍA-GALLO, Alfonso, *Leyes, recopilaciones y códigos*, en ICAZA DUFOUR, Francisco (coord.), *Recopilación de las Leyes de los reynos de las Indias*, cit. (n. 38), pp. 56 ss.

vez sea un índice del aún conservado respecto de los monarcas ante la tradición medieval sobre la primacía honorífica del emperador romano (de Alemania).

4. Pese a que hayan sido tan escasos los cuerpos compiladores denominados con **codex**, que hubieron de recibir sanción oficial, la difusión de tal práctica denominadora desde el siglo XVI en adelante, hizo natural que cuando en la segunda mitad del siglo XVIII empezó a ponerse en obra una nueva idea de legislar muy diferente de aquella de la compilación, la palabra **codex** se pudiera aplicar sin escrúpulos ni dificultades a sus productos. No quiere ello decir que desde el primer momento los proyectos de cuerpos legales vinculados con la nueva idea hayan recibido ya tal nombre. Más bien ocurrió al revés. El nombre del proyecto (incompleto) de código prusiano debido a Samuel von Cocceji publicado en 1749, fue **Corpus iuris Fridericianus**, en el cual, de todos modos, está presente la denominación (medieval) de los textos de Justiniano (**Corpus iuris**); y el código prusiano de 1794, que, pese a conservar notablemente elementos del Derecho del Antiguo Régimen, ya es un código en sentido moderno y no una mera compilación, se llamó **Landrecht**. En realidad, el primer texto llamado con **codex** fue el **Codex Fridericianus Marchicus**, de Derecho procesal, promulgado por Federico II de Prusia en 1748, relativamente al derecho procesal civil empero. Le siguió el **Codex iuris Bavarici criminalis** (1751), y sucesivamente el **Codex iuris Bavarici judicialis** (1753) y el **Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis** (1756). En los dos primeros casos de esta serie bávara observamos una suerte de mezcla entre **codex** y **corpus iuris (codex iuris)**. En el tercero ya aparece la denominación que se impondrá en el siglo XIX: **codex civilis**. Ya hicimos notar que (**codex**) **Maximilianeus** es imitación de (**codex**) **Iustinianus**. El adjetivo **Bavaricus**, en fin, es un último signo de pudor: no se trata del universal **codex** (el de Justiniano), mas de uno simplemente nacional, válido sólo en el reino de Baviera. El fenómeno se repitió medio siglo después en Francia. En 1804 se promulgó un **Code Civil des Français**; y en 1807 le fue agregado el elemento que le faltaba, es decir, el nombre de su autor político (**Code Napoléon**).

En Francia, el empleo de **code**, para designar a un cuerpo legislativo unitario, independientemente de la ideología que lo presidiera y de su forma, era antigua. Como vimos, ya en el siglo XVI empezó a usarse para ciertos cuerpos compiladores. En vísperas de la Revolución, la palabra estaba muy difundida. Lo podemos calcular a partir del hecho de comparecer muchas veces en los **cahiers de doléances** de los **états**, vale decir, en las peticiones formuladas por cada estamento en sus distritos, como material para las sesiones de los **états généraux** convocados para 1789 por el rey Luis XVI, en las circunstancias por todos conocidas. En tales **cahiers**, en efecto, aparece reiteradamente la petición de que se redacte un **code** revestido de determinadas características (unidad, claridad, precisión, etcétera)⁸¹. En los comienzos

⁸¹ Algunos ejemplos en GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La Revolución Francesa y la legislación civil y constitucional*, en *Revista Chilena de Humanidades*, Número especial (Facultad de Filosofía, Humanidades y Educación, Universidad de Chile, Santiago, 1989), p. 40. Detallado análisis de los *cahiers* en VAN KAN, J., *Les efforts de codification en France. Étude historique et psychologique* (Paris, 1929), pp. 208-266.

de la Revolución, un decreto de la Assemblée Nationale Constituant, de 24 de agosto de 1790, dispuso: “Las leyes civiles serán revisadas y reformadas por las legislaturas; y se hará un código general de leyes simples, claras y apropiadas a la constitución”⁸². Poco después, la *Constitution* de 1791 prescribió: “Se hará un código de leyes civiles comunes a todo el reino”⁸³. Los sucesivos proyectos elaborados durante el período revolucionario inmediatamente posterior, notablemente los tres debidos a Jean-Jacques Régis de Cambacérès en 1793, 1794 y 1796, fueron mandados y titulados *Projet de Code Civil*⁸⁴. Así que fue natural que al momento de imponer un nombre al nuevo cuerpo planeado por Napoleón desde 1800, él no fuera otro que *Code Civil*. Ahora bien, la dependencia –al principio bajo la forma de una imitación– del *Code Civil* en que la codificación posterior empezó a estar a partir de 1804, generalizó, en su respectiva lengua, el nombre de “código” para denominar al nuevo cuerpo de Derecho que se establecía en cada país. La fortuna y el prestigio que largamente rodearon al *Code Civil* unieron tan intensamente la palabra *code* con la moderna idea de un cuerpo legislativo, que cuando Bentham –en aplicación de su innata tendencia a neologizar– se sintió movido a buscar un término sustantivo para la acción y el efecto de confeccionar unos cuerpos unitarios de Derecho, que ya nada tenían que ver con la antigua compilación, su punto de partida no fuera otro que el del nombre del objeto, vale decir *code*, pero en el nuevo sentido, de donde *codification*.

A modo de apéndice, recordemos que la tradición iniciada en Baviera y después continuada en Francia, se interrumpió en el área germánica. Al código bávaro siguió el de Prusia, en 1794, que, como ya recordamos, recibió el nombre tradicional de *Landrecht (Landrecht für die königlich-preussischen Staaten)*⁸⁵. Y al cabo de siete años, el código austriaco, de 1811, fue denominado *Gesetzbuch, (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch)*, que no traduce a *codex* sino a la antigua expresión medieval *liber legis (liber legum)*. El ejemplo fue seguido por Sajonia en 1863, cuando emitió su *Bürgerliches Gesetzbuch für die Königsreich Sachsen* y desde luego por el “Reich” en 1896 con su *Bürgerliches Gesetzbuch*.

⁸² Décret sur l'organisation judiciaire, tit. 2°, art. 19, en HELIE, Faustin-Adolphe, *Les constitutions de la France* (Paris, 1878), p. 148: “Les lois civiles seront revues et réformées par les législatures; et il sera fait un code général de lois simples, claires, et appropriées à la constitution”.

⁸³ *Constitution Française*, tit. 1°, art. 3, en HELIE, F.-A., *Les constitutions de la France*, cit. (n. 83), p. 271: “Il sera fait un code de lois civiles communes à tout le royaume”.

⁸⁴ La historia del adjetivo “civil” añadido a “código”, a su vez, habría que hacerla objeto de un examen especial, que no podemos emprender aquí. Téngase presente tan sólo, que, como vimos, ya en Baviera existía el ejemplo de un *Codex (Maximilianeus Bavaricus) civilis*. En este último adjetivo confluyeron varios filones. Desde luego, el tradicionalmente aplicado desde comienzos de la Época Moderna al *Corpus iuris civilis* de Justiniano, en donde “civilis” se opone a “canónica” usado para el *Corpus iuris* precisamente de Derecho canónico. También confluyó la acepción de “civil” como opuesta a “penal” (y a todas las demás divisiones del Derecho usuales en la época: comercial, militar, procedimental). En el siglo XVIII, por lo demás, se generaliza la distinción “civil”-“político”.

⁸⁵ Si bien en su interior, a veces vaya designado a sí mismo como “*allgemeines Gesetzbuch*” (“libro general de la ley”): ALPS., *Einleitung*, § 1. véase lo que sigue en el cuerpo del texto.

VI. EL VOCABULARIO DE LAS COMPILACIONES DE LEYES

I. Hasta el siglo XVIII, el vocabulario ofrecía una cierta variedad de términos denotadores de la operación de reducir a unidad un conjunto disperso de fuentes, como “recoger”, “colectar o coleccionar”, “reunir”, “congregar”, etcétera, en las diversas lenguas. Pero la serie del verbo y del sustantivo *compilare* y *compilatio* recibió amplia difusión, especialmente en los reinos españoles, y sobretodo en el de Castilla, en cuya lengua se desarrolló, además, “recopilar” y “recopilación”, como consecuencia de reiterarse históricamente la operación.

a) Al parecer, la primera vez en que vemos aparecer *compilatio* fue con ocasión de la colección de decretales pontificios emanada por Gregorio IX en 1234, precisamente como *Decretalium compilatio*. De hecho, la palabra *compilatio* emerge en el texto mismo de la bula *Rex pacificus*, con que fue promulgado ese cuerpo legal⁸⁶. La palabra vuelve a exhibirse en el epílogo del *Liber constitutionum Sanctae Matris Ecclesiae* (1357, “Constitutiones Aegidianae”), elaborado por el cardenal Egidio Albornoz para los territorios pontificios⁸⁷; en el llamado *Codex Christophorianus* (1442)⁸⁸; en el alegato de Charles Dumoulin en pro de la unificación de las *coutumes* francesas, titulado *Oratio de concordia et unione consuetudinum Franciae* (1550)⁸⁹. El término *compilator* hace parte del título de la compilación denominada *Ius regni Neapolitani* (1605-1643) de Carlo Tapia⁹⁰. Encontramos *compilari* en el acta de promulgación del *Landrecht* del ducado de Prusia, de 1648⁹¹ y en el título del *Codex Austriacus* (1704)⁹². En lengua vernácula, encontramos *compiler* (las leyes) en una petición al rey, emanada de los *états généraux* celebrado en Blois en 1576⁹³. Francis Bacon emplea *to compile* y *to recompile* en el texto de su escrito dirigido Jacobo I, hacia 1616, que ha sido editado como *Proposition Touching the Compiling and Amendment of the Laws of England*⁹⁴. El sustantivo italiano *compilazione* (fr: *compilation*) se hace presente en las bilingües *Leggi e costituzioni di Sua Maestà* dadas para Piamonte-Cerdeña en 1770⁹⁵; y también en el llamado *Codice Ferdinando* (1781), un proyecto no aprobado de leyes marítimas de las Dos Sicilias. Es muy notable que la junta designada en 1753 por la emperatriz María Teresa para la composición de un cuerpo legal que iría a

⁸⁶ Nos valemos de la colección de textos promulgatorios y proemios y prefacios de códigos formada por VANDERLINDEN, Jacques, *Le concept de code en Europe occidentale du XIIIe au XXe siècle. Essai de définition* (Bruxelles, s. d. [pero 1967]), “Anexes”, pp. 247 ss., que en adelante citaremos únicamente por el apellido del autor. Para la bula *Rex pacificus*, VANDERLINDEN, p. 258. Todavía se podría hablar de las precedentes llamadas *quinque compilationes antiquae*, la última de 1226. Pero no tengo claro que se trata de nombre oficiales ni de su época, sino posteriores.

⁸⁷ VANDERLINDEN, p. 269 (“Epílogo”).

⁸⁸ VANDERLINDEN, p. 277. Véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, “Codex”, cit. (n. 15), p. 135 n. 103 (REHJ.) = p. 624 n. 103 (*Estudios d’Ors*).

⁸⁹ VANDERLINDEN, p. 307 (Nº 5).

⁹⁰ VANDERLINDEN, p. 332 (A).

⁹¹ VANDERLINDEN, p. 349 (Nº 2).

⁹² VANDERLINDEN, p. 372 (A).

⁹³ VANDERLINDEN, p. 314 (A).

⁹⁴ VANDERLINDEN, p. 343, 344, 345.

⁹⁵ *Leggi e costituzioni di Sua Maestà* Nº 2 (Torino, Stamperia Reale, 1770), p. ix.

denominarse *Codex Thesianus iuris civilis* fuera llamada *Kompilationskommission*. El proyecto salido de ella no fue en ningún caso una compilación, pues ya revela muchos signos de lo que irían a ser los modernos códigos; pero el nombre del organismo es índice, no tanto de que las ideas no estuvieran suficientemente decantadas en el momento de su constitución, sino de que se carecía de otro término apropiado para mentar la operación encomendada.

b) En Castilla, como preanunciamos, “copilar” (“compilar”) y “copilación” (“compilación”), tuvieron su tierra de promisión. Tales vocablos son frecuentes en las peticiones de las Cortes al rey, ya desde las de Madrid de 1433; se los observa durante todo el siglo XVI, dentro del cual se promulga en 1567 una *Recopilación de las leyes destos reynos*, pronto denominada *Nueva Recopilación*, y llega hasta el XIX con la *Novísima Recopilación de leyes de España* de 1805⁹⁶. Como en 1484 había sido editada una “*compilación de leyes*”, obra del jurista Alfonso Díaz de Montalvo⁹⁷, que si bien no recibió sanción oficial, tuvo un difundido uso de hecho como si la hubiera recibido, los términos “recopilar” y “recopilación” tal vez se desarrollaron con referencia a ese cuerpo, cuando se empezó a pedir uno nuevo, cuya operación entonces se apareció como consistente en “recopilar” y cuyo fruto fue la *Recopilación* de 1567, después precisamente llamada “nueva” con respecto a la “antigua” de Montalvo, que retrospectiva y anacrónicamente empezó a ser considerada como “recopilación” y no ya como “compilación”⁹⁸. Pero entre las operaciones de “compilar” (“copilar”) y “recopilar” no hubo, por supuesto, diferencia de fondo ni forma algunas⁹⁹.

2. Pese a disponer de un amplio vocabulario, que podemos resumir con recurso al término “compilar”, él no era en estricto rigor aplicable a los códigos que empezaron a ser elaborados a fines del siglo XVIII. La razón es sencilla: ellos no irían a obedecer al concepto tradicional de compilación de leyes preexistentes. Se trataría, pues, de códigos, pero no de compilarlos. Fue en este ambiente que surgió la palabra *codificación*, que con aludir al objeto, vale decir, al código, al mismo tiempo denotaba un procedimiento nuevo, distinto a la compilación. Tuvo, pues, la virtud de poder ser empleado en términos absolutos.

VII. LA EMERSIÓN DE UN NUEVO TIPO DE FIJACIÓN: LA CODIFICACIÓN

Desde el siglo XVI se desarrolló en Europa una forma de fijación hasta entonces inédita, distinta, en consecuencia, a la compilación, a la fijación de costumbres por escrito y a la fijación de doctrinas. Su nombre, como antes vimos, le fue impuesto

⁹⁶ Sobre el uso de estos términos en Castilla, véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Romanismo*, cit. (n. 40), pp. 374-375. Véase la nota 28.

⁹⁷ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Romanismo*, cit. (n. 40), p. 375.

⁹⁹ De otra opinión GARCÍA-GALLO, Alfonso, *Leyes, recopilaciones y códigos*, en ICAZA DUFOUR, Francisco (coord.), *Recopilación de las Leyes de los reynos de las Indias*, cit. (n. 38), p. 17, quien cree haber diferencias, pues “recopilar supone reunir y abreviar la materia”, lo que no ocurriría en la compilación.

sólo a principios del siglo XIX por Bentham. Por anticipación, pues, ya para entonces la denominamos codificación. Sus primeros frutos empezaron a verse en la segunda mitad del siglo XVIII y su desarrollo completo ya pertenece al siglo XIX; así que tardó buenos dos siglos y medio en cristalizar y unos tres en madurar:

La codificación puede ser adecuadamente comprendida desde varios puntos de vista, todos en sí mismos correctos¹⁰⁰, salvo en su unilateralidad; así que lo apropiado es asumirlos en su conjunto; lo cual no excluye que se las analice por separado.

I. En primer lugar, la codificación admite ser entendida como un proceso de sustitución del *ius commune* y de los *iura propria* o *municipalia*. Así, por ejemplo, la ley de 21 de marzo de 1804, que unificó en un **Code Civil** las diferentes partes que sucesivamente se habían promulgado, declaró: "A contar del día en que estas leyes sean ejecutorias, las leyes romanas, las ordenanzas [sc. reales], las costumbres generales o locales, los estatutos, los reglamentos, cesan de tener fuerza de ley general o particular en las materias que son el objeto de las dichas leyes componentes del presente código"¹⁰¹. En expresiones casi idénticas se manifestó la patente de 1 de junio de 1811, con que el emperador Francisco I promulgó el código austriaco: "Por esto, quedan fuera de vigencia el Derecho común hasta ahora admitido, la primera parte del Código Civil promulgado el 1 de noviembre de 1786, el Código Civil dado para Galitzia, y todas las leyes y costumbres relativas a las materias de este Derecho civil general"¹⁰².

Ahora bien, en términos abstractos, tal abrogación no aparece como novedosa ni propia del fenómeno del que tratamos. Normalmente las fijaciones de Derecho se presentan como sustitutivas, y a veces como masivamente sustitutivas. Tal fue, por ejemplo, el caso del *codex iustinianus* y de los *digesta iustiniani*. Por lo que atañe al primero, como ya lo hemos recordado, él absorbió el contenido de los tres códigos precedentes y los inutilizó. Más decisivo fue que las constituciones promulgatorias, tanto de la primera como de la segunda edición contienen expresas cláusulas derogatorias de los códigos y leyes imperiales precedentes¹⁰³. Algo equivalente fulminó Justiniano con respecto a los escritos de los juristas no recogidos en sus *digesta*, cuya invocación y alegación prohibió expresamente¹⁰⁴. Justiniano, en

¹⁰⁰ Véanse los diversos análisis de CARONI, Pio, *Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación* (Madrid, M. Pons, 1996) = EL MISMO, *Saggi sulla storia della codificazione* (Milano, Giuffrè, 1998).

¹⁰¹ *Loi sur la réunion des lois civiles en un seul corps, sous le titre de 'Code Civil des Français'*, 10 Germinal, an XII (21 de marzo de 1804), art. 7: "A compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les réglemens, cessent d'avoir force de loi générale ou particulières dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent Code".

¹⁰² *Kaiserliches Patent*, de 1 de junio de 1811, párr. 4 "Dadurch wird das bis jetzt angenommene gemeine Recht, der am 1. November 1786 kundgemachte erste Teil des bürgerlichen Gesetzbuches, das für Galizien gegebene bürgerliche Gesetzbuch, samt allen auf die Gegenstände dieses allgemeinen bürgerlichen Rechtes sich beziehenden Gesetzen und Gewohnheiten, außer Wirksamkeit gesetzt".

¹⁰³ *Iust., const. Summa rei publicae* (a.529), 3; *const. Cordi* (a. 534), 4-5.

¹⁰⁴ *Iust., const. Tanta* (a. 533), 19.

consecuencia, sustituyó todas las fuentes del Derecho procedentes por su *codex* y sus *digesta* (y las *institutiones*).

En la historia posterior, no son escasos los ejemplos de fijaciones sustitutivas, de forma de seguir en pie la pregunta de por qué debe destacarse este mismo carácter en la codificación. Ahora bien, dijimos que en términos abstractos no parece haber novedad. Ésta, en consecuencia, es en términos históricos, lo cual quiere decir que nunca antes en la historia hubo una sustitución igual en volumen, intensidad y carácter a la operada por la codificación con respecto al *ius commune*. Este último se había venido gestando a lo largo del tiempo desde el siglo XI, cuando se produjo el redescubrimiento del *Corpus iuris civilis*, y había adquirido una estructura sumamente compleja. No sólo reconocía dos ramas principales, aquellas del *ius civile* y del *ius canonicum*, más cada una de ellas ofrecía, a su vez, una duplicidad de formas manifestadoras en la legislación y la doctrina. Cada legislación, por último, estaba integrada por una pluralidad de fuentes, ya que el *ius civile* reconocía los cuatro libros del *Corpus iuris civilis* (*codex, digesta, institutiones* y *novellae*), y el *Corpus iuris canonici* los seis libros del *Decretum Gratiani*, la *Decretalium compilatio Gregorii IX*, el *Liber Sextus Bonifacii*, las *Clementinae*, las *Extravagantes Johannis XXII* y las *Extravagantes Comunes*. Y en cuanto a la rama doctrinal, característica saliente fue la indefinida pluralidad de los autores y de las obras civilistas y canonistas. Al *ius commune* se añadían los *iura propria* o *municipalia*, vale decir, los Derechos creados en el interior de cada unidad política, en los cuales normalmente reconocemos tres ramas: la legislación real, las costumbres, generalmente puestas por escrito (*coutumes, statuti, fueros, Weichbildrecht*, etcétera) y la doctrina relativa a una y otras, sin perjuicio de las particularidades existentes en cada unidad, de que aquí no podemos tratar, más que por vía ejemplar, a cuyo efecto escogemos el caso de Castilla, que en parte venía a ser el de Indias.

Desde 1505, merced a la Ley I de Toro (recogida en la *Nueva Recopilación* de 1567 y después en la *Novísima* de 1805), el uso del Derecho castellano quedó articulado en un cierto orden de prelación, que había modernizado al establecido en 1348 por el “Ordenamiento de Alcalá”. La ley disponía aplicar en primer lugar los ordenamientos (es decir, las leyes reales promulgadas en Cortes) y las pragmáticas (o sea, las leyes del Rey promulgadas por sí mismo) actuales y futuras. Como en su momento vimos, desde 1487 esta legislación había quedado al menos de hecho fijada en la compilación de Alonso Díaz de Montalvo, que en 1567 fue sustituida por la “Nueva Recopilación”, y desde entonces la referencia de la ley torinense debió entenderse hecha a la legislación real posterior a esta compilación y, en ausencia, a ella misma; pero desde 1805 la referencia fue a las leyes posteriores a la *Novísima Recopilación*, en defecto de las cuales, a esa compilación misma,.

En segundo término, la ley I de Toro ordenaba aplicar “*las leyes de los fueros, así del fuero de las leyes como las de los fueros municipales*”. Bajo “*fuero de las*

leyes” se entendía el **Fuero Real** del siglo XIII, y las **Leyes del Estilo**, de la misma época, que eran una colección de sentencias basadas en el **Fuero Real**; pero su aplicación fue con discusiones hasta 1768, en que se zanjó positivamente el asunto. Los fueros municipales incluían al **Fuero Juzgo** en cuanto tenía vigencia municipal en varias localidades castellanas. La ley exigía que ellos estuvieran en uso y no fueran contrarios a la legislación real.

En último lugar, la ley I de Toro prescribía recurrir a las leyes de las **Siete Partidas** (siglo XIII), aunque no fueran usadas ni guardadas. Para el caso de enfrentamiento con dudas de interpretación acerca de alguna norma aplicable según la prelación, la misma ley ordenaba recurrir al Rey en demanda de su aclaración, figura ésta que solemos llamar “referimiento al legislador”.

En España, este complejo sistema no era tan problemático como en Francia, en el punto concerniente a los derechos consuetudinarios, porque los fueros, como acabamos de decir, sólo fueron reconocidos en la medida de su efectivo uso, y, además, hacia la época habían entrado en un proceso de decadencia; todo lo contrario a lo que en la misma época acaecía en Francia, donde entonces vigorosamente y en gran número se convertían en textos escritos a través de todo el reino, sin que la prueba del uso fuera exigida para su invocación.

En el resto, el fenómeno de la pluralidad de fuentes componentes del ordenamiento de cada unidad política fue generalizado en toda Europa.

Fueron unos ordenamientos así de complejos y complicados los sustituidos por la codificación. Pero al factor cuantitativo se añadió uno cualitativo, que concierne a la idea y a la forma y estilo de la fijación sustitutiva. Pues hasta que ello acaeció, las anteriores fijaciones reemplazantes de una multitud precedente de fuentes no solían alterar su carácter: las recopilaciones reunían leyes preexistentes, pero las leyes recogidas eran mantenidas según su forma y sentido originales, sin perjuicio de operaciones formales de separación de una ley en varias, de reunión de varias en una y de interpolaciones específicas; de modo que el ordenamiento anterior, aunque no formalmente, materialmente seguía siendo el mismo. Lo propio ocurrió en las fijaciones de costumbre por escrito. Estas formas de fijación, pues, fueron esencialmente conservadoras de un ordenamiento anterior; bien que disperso en sus elementos componentes¹⁰⁵. No fue el caso de la codificación, que creó un Derecho nuevo.

2. La codificación también puede entenderse como una operación de monopolización de la creación del Derecho por parte del Estado. Los códigos

¹⁰⁵ Sobre este aspecto, especialmente: VIORA, Mario, *Consolidazioni e codificazioni. Contributo allo studio della codificazione* (3ª ed., Torino, Giappichelli, 1967).

generados por la codificación tuvieron invariablemente el carácter de una ley. Esa ley abrogaba el descentralizado ordenamiento plural anterior. En el futuro, la modificación del código sólo pudo tener lugar por medio de otra ley. Esta idea empezó a formar parte de los presupuestos del nuevo ordenamiento. Y, para cerrar el círculo, la costumbre futura, bien que creara Derecho nuevo al margen del código, bien que derogara o modificara, y aún interpretara el Derecho de éste, resultó desterrada o sólo autorizada cuando el código mismo la permitiera merced a una remisión expresa a ella. En cuanto al Derecho de creación judicial, las codificaciones generalmente intentaron reducirlo al ámbito de los casos decididos. Por lo que respecta a la doctrina, las codificaciones desconocieron su existencia.

Cierto es que una ideología legislativista parecida se observa en la empresa justiniana del *Corpus iuris civilis*. *Expressis verbis* Justiniano, junto con la derogación de todas las fuentes precedentes, prohibió alegar otras que no fueran el *codex*, los *digesta* o las *institutiones*, respecto de las cuales vedó toda clase de interpretaciones y comentarios, con excepción de los *katà póda* (“al pie de la letra”) y dispuso que las dudas de interpretación sufridas por los jueces y las lagunas descubiertas por ellos fuesen sometidas al emperador para que él, mediante una ley nueva, estableciese el correcto sentido de los textos oscuros, ambiguos o contradictorios, o colmase la deficiencia. Casi como una divisa, Justiniano proclamó haberse de considerar “sólo al emperador tanto como el creador cuanto como el intérprete de las leyes” (“*tam conditor quam interpres legum solus imperator*”). De hecho, no debemos dejar a un lado que esta ideología justiniana también tuvo su incidencia en la que presidió la codificación en el mismo sentido. Pero, independientemente de ello, hay una gran diferencia histórica entre ambas: la ideología justiniana fue el racionalizado punto final de una evolución de cinco siglos que afectó al Derecho romano de la época imperial, en tanto que aquella de la codificación fue el racionalizado punto inicial de un desarrollo posterior que dura aún en el tiempo presente y no tiene visos de desaparecer.

De todos modos, lo importante es poner la ideología legislativista de la codificación en comparación con el Derecho inmediatamente precedente, vale decir, con el *ius commune*. Ya hemos recordado que la ley, después de haber desaparecido del horizonte en la Alta Edad Media, renació en la época inmediatamente sucesiva. Pero siempre en forma acotada. Hasta el siglo XVIII, la ley puede desplegarse en el ámbito de los *iura propria*, en donde recibe un campo de aplicación que se circunscribe al Derecho público (de todos modos muy determinado por la costumbre política) y, en el resto, al orden y la seguridad públicos, la salubridad, la disciplina económica, el ordenamiento edilicio, la ordenación laboral, la circulación de los bienes y servicios, la minería, la caza, la pesca, la asistencia social, etcétera, que da lugar a un Derecho de policía. El Derecho privado, el penal y el procesal están normalmente fuera del alcance de la ley real. Ellos son dominio pleno del *ius commune*, que en ningún caso

admite la calificación de Derecho legal, en el sentido de desenvolverse a impulso de nuevas leyes, pues éstas ofrecen una función acotadísima y marginal en él. Sus verdaderos administradores son los juristas y los jueces. Sólo excepcionalmente, y en función de dirimir controversias o impedir abusos, el Derecho de policía real le introduce alguna disposición, siempre acotada o puntual.

Ahora bien, fue en el Derecho privado, la materia predilecta de la codificación, en el penal y en el procesal, que la codificación vino a cambiar el sistema de fuentes del ordenamiento precedente, en el sentido de instaurar el legalismo. La codificación, pues, implicó dar al Derecho privado, el penal y el procesal el mismo tratamiento que a las materias de policía, esto es, hacerlas objeto del dominio exclusivo del legislador y apartar a los juristas y jueces de su administración.

3. En tercer lugar, la codificación se presentó como un programa de organización de la sociedad, y en algunos casos de su reforma. En esto también difiere la codificación de los modelos de fijación anteriores, que sólo pretendieron consolidar lo existente, con a lo más la introducción de modificaciones técnicas y muy puntuales en las fuentes recogida. La Ilustración política, que fue un modo de ser alcanzado por el absolutismo en el siglo XVIII, asumió como oficio y deber promover el bienestar y tranquilidad de sus súbditos, su educación y cultura, su salud, su economía privada, todo lo cual solía ser resumido bajo el amplio rótulo de la "felicidad del pueblo"¹⁰⁶. El instrumento para lograr estos objetivos era la (buena) legislación; y fue bajo este concepto que se desarrolló la teoría o ciencia de la legislación, porque uno de los ámbitos en que debía cuidar el monarca ilustrado que hubiera "felicidad" era precisamente el de la justicia. Ahora bien, ésta venía siendo criticada desde la época del humanismo; en consecuencia, los monarcas ilustrados consideraron como uno de los primeros capítulos de la promoción del bienestar público que atender, precisamente el de la reforma de la tan criticada legislación vigente, mediante una nueva buena legislación que se adaptara a los cánones de la razón y el derecho natural. Ello implicaba una reforma relevante del ordenamiento vigente. Pero como, a su vez, la codificación se había venido haciendo cada vez más un capítulo principal de la por entonces llamada la ciencia de la legislación, ello condujo directa e inevitablemente a que la monarquía ilustrada asumiera la codificación como tarea suya, cual instrumento de promoción de la reforma en función de conseguir la felicidad pública¹⁰⁷.

4. Asimismo es posible mirar a la codificación como una declaración de los derechos civiles de los súbditos o ciudadanos. El asunto pronto quedó conectado con la idea de Constitución Política, incluyente de una declaración de los derechos

¹⁰⁶ MARAVALL, José Antonio, *La idea de felicidad en el programa de la Ilustración* (1975), ahora en *Estudios de historia del pensamiento español. Siglo XVIII* (Madrid, Mondadori, s. d. [1991]), pp. 162 ss.

¹⁰⁷ TARELLO, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna, I: Assolutismo e codificazione del diritto* (Bologna, Il Mulino, 1976), pp. 296 ss.; CAVANNA, Adriano, *Storia del diritto moderno in Europa, I: Le fonti e il pensiero giuridico* (Milano, Giuffrè, 1979), pp. 296 ss.,

del hombre. La terminología de “derechos civiles” es propia de la época, y bajo ella se entendía a los privados, vinculados con la propiedad, frente a los políticos, vale decir, a las libertades y garantías constitucionales. En Francia el paralelismo de ambos fue completo, porque desde 1789 existía una *Déclaration des droits* públicos o políticos y desde 1791 una Constitución Política escrita, de modo que el *Code Civil* pudo comparecer precisamente como la constitución y declaración de los derechos privados¹⁰⁸. Nadie expresó mejor este paralelismo entre la constitución y la legislación civil que Cambacérès, autor de tres proyectos de código durante la época de la Revolución: “El ejercicio de los derechos políticos es el principio de la libertad. El ejercicio de los derechos civiles es el principio del bienestar social y la salvaguardia de la moral pública./ Regular las relaciones de los ciudadanos con la sociedad es establecer el orden político. Regular las relaciones de los ciudadanos entre sí es establecer el orden civil y fundar el orden moral./ [...] Ciudadanos: [...]. Una constitución completamente popular ha salido de vuestras manos y el gobierno revolucionario, dirigiendo siempre en el mismo sentido y hacia el mismo fin los esfuerzos del pueblo, ha venido a preparar los medios de gozar de la libertad conquistada y consolidada./ Apresuraos a acabar vuestra obra; elevad el gran edificio de la legislación civil; y después de haber establecido y asegurado los derechos de la sociedad, estableced y asegurad los derechos de cada uno de sus miembros”¹⁰⁹. En esta misma tradición, un autor moderno ha calificado eficazmente al *Code Civil* como la “constitución civil del pueblo francés”, con la mente puesta, por cierto, en la otra constitución, la política¹¹⁰.

5. En fin –pero sin descartar tajantemente otros puntos de vista– la codificación, en cuanto al contenido, también puede ser mirada como la asunción del *ius commune* en su vertiente civilística, vale decir, del Derecho romano, y en alguna medida del *ius proprium*. Ciertamente este aspecto puede parecer contradictorio con el primeramente expuesto acerca de la codificación como proceso de sustitución del *ius commune* y de los *iura propria* o *municipalia*. Pero la contradicción es aparente. La codificación reemplazó o sustituyó al Derecho anterior; en cuanto lo derogó y dejó fuera de vigencia. En adelante sólo el código civil pudo ser invocado como Derecho vigente. Eso, no obstante, no fue incompatible con que los nuevos códigos se nutrieran del Derecho anterior que irían a derogar. Fue imposible, en

¹⁰⁸ Sobre el punto: Ayuso, Miguel, “Código” y “Constitución”: de la intención revolucionaria a la ejecución ambivalente, en Castellano, Danilo (acura di), *L'europa e la codificazione* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005), pp. 29 ss.

¹⁰⁹ CAMBACÈRES, Jean-Jacques-Régis, *Rapport sur le Code Civil fait au nom du Comité de Législation* (23 de fructidor; an II = 9 de septiembre de 1794): “L'exercice des droits politiques est le principe de la liberté. L'exercice des droits civils est le principe du bonheur social et la sauve-garde de la morale publique./ Régler les relations des citoyens avec la société, c'est établir l'ordre politique. Régler les rapports des citoyens entr'eux, c'est établir l'ordre civil et fonder l'ordre moral./ [...] Citoyens [...]. Une constitution toute populaire est sortie de vos mains et le gouvernement révolutionnaire, dirigeant toujours dans le même sens et vers le même but les efforts du peuple, est venu préparer les moyens de jouir de la liberté conquise et affermie./ Hâtez-vous d'achever votre ouvrage; élevez le grand édifice de la législation civile; et après avoir établie et assuré les droits de la société, établissez et assurez les droits de chacun de sers membres”.

¹¹⁰ CARBONNIER, Jean, *Droit civil. Introduction* (26ª edición, Paris, 1999), núm 82 : “[...] dans une société dont le Droit public avait changé de constitution dix fois en cent cinquante ans, il était bon de maintenir à la constitution civile -la véritable- cette légitimité qu'assure, *more britannico*, la continuité des formes”.

efecto, que ellos crearan un Derecho de la nada o que inventaran un Derecho materialmente antes inexistente. Pero mejor que cuanto nosotros digamos al respecto, leamos la defensa del antiguo Derecho como elemento componente del nuevo cuerpo legal, hecha por el codificador Portalis: "Francia, en otro tiempo dividida en países costumbristas y en países de Derecho escrito, estaba regida en parte por costumbres y en partes por el Derecho escrito. Había algunas ordenanzas reales comunes a todo el imperio [sc. reino]/. Desde la Revolución, la legislación francesa ha sufrido cambios considerables acerca de puntos importantes ¿Debe descartarse todo lo que es nuevo? ¿Debe desdeñarse todo lo que es antiguo?/ El derecho escrito, que se compone de las leyes romanas, ha civilizado a Europa. El descubrimiento que nuestros antepasados hicieron de la compilación de Justiniano fue para ellos una suerte de revelación. [...]/ La mayoría de los autores que censuran al Derecho romano con tanto de acrimonia como de ligereza, blasfeman de algo que ignoran. Se convencerá fácilmente uno de ello si en las colecciones que nos han sido transmitidas de este Derecho se sabe distinguir las leyes que han merecido ser llamadas la razón escrita, de aquellas que no tocan más que a instituciones particulares, extrañas a nuestra situación y a nuestros usos; si se sabe distinguir todavía los senadoconsultos, los plebiscitos, los edictos de los buenos príncipes, de aquellos rescriptos de los emperadores, una especie de legislación mendigada, emitida según la creencia o la insistencia, y fabricada en la corte de tantos monstruos que han desolado Roma y que vendían públicamente los fallos y las leyes./ En el conjunto de nuestras costumbres, las hay, sin duda, que llevan la marca de nuestra primera barbarie; pero también las hay que hacen honor a la sabiduría de nuestros padres, que han formado el carácter nacional y que son dignas de mejores tiempos. [...]/ Al examinar las últimas ordenanzas reales, hemos conservado todo aquello que hace al orden esencial de las sociedades, al mantenimiento de la decencia pública, a la seguridad de los patrimonios, a la prosperidad general./ De las leyes publicadas por nuestras asambleas nacionales sobre materias civiles, hemos respetado todas aquellas que están ligadas a los grandes cambios operados en el orden político o que, por ellas mismas, nos han parecido evidentemente preferibles a instituciones agotadas o defectuosas. [...]"¹¹¹. Portalis, pues, enumera uno a uno los diferentes

¹¹¹ PORTALIS, Jean-Etienne-Marie, *Discours préliminaire du Projet du Code Civil de la Commission*, párr. 29-33, en LOCRÉ, Jean-Guillaume, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire et complément des codes français* (Paris, Treuttel et Würtz, 1827), I, pp. 270-271: "La France, autrefois divisée en pays coutumiers et en pays de droit écrit, était régie, en partie par des coutumes, et en partie par le droit écrit. Il y avait quelques ordonnances royales communes à tout l'empire./ Depuis la révolution, la législation française a subi, sur des points importants, des changements considérables. Faut-il écarter tout ce qui est nouveau? Faut-il dédaigner tout ce qui est ancien?/ Le droit écrit, qui se compose des lois romaines, a civilisé l'Europe. La découverte que nos aïeux firent de la compilation de Justinien, fut pour eux une sorte de révélation. [...]/ La plupart des auteurs qui censurent le droit romain avec autant d'amertume que de légèreté, blasphèment ce qu'ils ignorent. On en sera bientôt convaincu, si, dans les collections qui nous ont transmis ce droit, on sait distinguer les lois qui ont mérité d'être appelées la raison écrite, d'avec celles qui ne tenaient qu'à des institutions particulières, étrangères à notre situation et à nos usages; si l'on sait distinguer encore les sénatus-consultes, les plébiscites, les édits des bons princes, d'avec les rescripts des empereurs, espèce de législation mendiée, accordée au crédit ou à l'importunité, et fabriquée dans les cours de tant de monstres qui ont désolé Rome, et qui vendaient publiquement les jugements et les lois./ Dans le nombre de nos coutumes, il en est, sans doute, qui portent l'empreinte de notre première barbarie; mais il en est aussi qui font honneur à la sagesse de nos pères, qui ont formé le caractère national, et qui sont dignes des meilleurs temps. [...]/ En examinant les dernières ordonnances royales, nous

grupos de fuentes antiguas: las costumbres, el derecho romano, la legislación real y la legislación de la Revolución, que habían tenido su parte en la elaboración del proyecto de código; y de cada uno afirma haberse conservado en él lo mejor: la "razón escrita" contenida en los libros del Derecho romano, las sabias costumbres de los antepasados, las ordenanzas reales de valor más permanente y los cambios irreversibles contenidos en la legislación civil de la Revolución.

De esta forma, las codificaciones inesperadamente vinieron a emparentarse con las antiguas compilaciones, de cuyo eminente carácter conservador ya hablamos. En cuanto aquellas también recogen Derecho antiguo vienen a ser como éstas que lo único que hacían era recogerlo. Sólo que este rasgo queda oculto por la novedad literaria del discurso de las codificaciones, en cuanto éstas presentan el antiguo Derecho que conservan bajo un articulado redactado con una forma y un estilo que no era el de las fuentes precedentes; lo que no ocurre en las compilaciones de leyes, que conservan la textura (aunque no siempre la contextura) de éstas.

VIII. ETAPAS DE LA CODIFICACIÓN

La historia de la codificación puede dividirse en varias etapas: i) el nacimiento de la idea en la época del humanismo jurídico (siglo XVI); ii) la formulación teórica por Leibniz (siglo XVI/XVII); iii) la difusión de la idea de codificación (siglo XVIII); iv) los primeros intentos (segunda mitad del siglo XVIII); v) la ejecución completa (principios del siglo XIX); y vi) la expansión (siglo XIX).

1. Primera etapa: el nacimiento de la idea en la época del humanismo jurídico (siglo XVI).

La codificación tuvo como antecedente una idea surgida en el seno de la jurisprudencia humanística del siglo XVI, que aún no contenía todos los extremos llamémosles técnicos de lo que en final de cuentas iría a ser la codificación misma, pero de la cual ésta fue su natural evolución a través del sucesivo agregado de tales extremos.

La jurisprudencia humanística fue un movimiento romanístico, cuyo objeto de estudio, vale decir, estaba constituido por el *Corpus iuris civilis*, el mismo que durante los siglos medievales, desde el XI, habían venido interpretando sucesivamente glosadores y comentaristas. Pero con una actitud mental y metódica muy diferentes a la de éstos. Los glosadores y los comentaristas habían sido juristas dogmáticos, sin intereses

en avons conservé tout ce qui tient à l'ordre essentiel des sociétés, au maintien de la décence publique, à la sûreté des patrimoines, à la prospérité générale. / Nous avons respecté, dans les lois publiées par nos assemblées nationales sur les matières civiles, toutes celles qui sont liées aux grands changements opérés dans l'ordre politique, ou qui, par elles-mêmes, nous ont paru évidemment préférables à des institutions usées et défectueuses. [...]"

históricos ni filológicos. En cambio, los humanistas, amén de dogmáticos, también fueron historiadores y filólogos. Esta condición les permitió desarrollar una actitud crítica frente al Derecho, que ellos ejercieron de varios modos. Uno de ellos tuvo por objeto al *Corpus iuris civilis*, mirado como obra de conjunto, como compilación con autor, época y lugar precisos. Como la misma actitud metódica les había conducido a distinguir un Derecho romano clásico de otro justiniano, consecuentemente identificaron al citado *Corpus* como una obra tardía que ideológicamente, además, consideraron decadente. En la historia clásica los humanistas encontraron modelos de cómo fijar el Derecho, que sólo en parte podían verse reflejados en el *Corpus iuris civilis*. Esos modelos obedecían a la construcción de un *ars (techné)* aplicable a cualquier ciencia, también al Derecho, merced al uso de la dialéctica, o sea, de la posteriormente llamada lógica, y sus instrumentos de la división, o determinación de las partes de un todo; la partición, o identificación de las especies de un género; y la definición de cada parte o especie. En las dos primeras operaciones iba ínsita la posibilidad de clasificar los conceptos inicialmente conseguidos en indefinido número de nuevos conceptos cada miembro. Ahora bien, la clasificación era el principio de la ordenación de los elementos obtenidos, precisamente en razón de todo a parte, subparte y así sucesivamente, o de género a especie, subespecie, y así sucesivamente. Los humanistas se dieron cuenta que este método había sido aplicado por Gayo en sus *instituciones*, que conocían por los fragmentos de la obra que se encuentran esparcidos en los *digesta Iustiniani*; pero en forma íntegra a través de las propias *instituciones Iustiniani*, que sistemáticamente son un calco de las de Gayo, aunque con añadidos y supresiones. Pero, además, los juristas influidos por el humanismo encontraron en algunos escritos de Cicerón¹¹² una suerte de teoría, aunque breve, del modo de componer un *ars iuris*¹¹³, que también parecía verse reflejada en las *instituciones*. De este modo, su crítica a la compilación justiniana –considerada un mosaico inorgánico de fragmentos: un centón– y su conocimiento de los escritos de Cicerón les condujo a idear una nueva obra, reemplazante del *Corpus*, construida según los preceptos del *ars*, pero alimentada del Derecho contenido en ese *Corpus*, sin desdeñar incluso la doctrina medieval.

¹¹² Cíc., *Brutus* 41, 152-42, 153; de *oratore* I, 41, 186-1, 42, 190.

¹¹³ Literatura sobre el tema LA PIRA, Giorgio, *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana*, II: *L'arte sistematrice*, en *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano* 42 (1934), pp. 336 ss.; VILLEY, Michel, *Recherches sur la litterature didactique de droit romain* (Paris, Montchrestien, 1945); METTE, H. J., *Ius civile in artem radactum* (Göttingen, Vandenhoeck u. Ruprecht, 1954), pp. 50 ss.; BRETONE, Mario, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiani, 1971), pp. 183 ss.; SCHIAVONE, Aldo, *Nascità della giurisprudenza* (Roma, Laterza, 1976); D'IPPOLITO, Federico, *I giuristi e la città. Ricerche sulla giurisprudenza romana della Repubblica* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiani 1971), pp. 95 ss.; BONA, Ferdinando, *L'ideale retorico ciceroniano e il ius civile in artem redigere*, en *Storia et Documenta Historiae et Iuris* 46 (1980), pp. 282 ss.; SCARANO USSANI, Vincenzo, *Tra scientia e ars. Il sapere giuridico romano dalla sapienza alla scienza, nei giudizi di Cicerone e di Pomponio*, en MANTOVANI, Dario (ed.), *Per la storia del pensiero giuridico romano dall'età dei pontifici alla scuola di Servio. Atti del seminario* (Torino, Giappichelli, 1996), pp. 229 ss.; EL MISMO, *L'ars dei giuristi. Considerazioni sullo statuto epistemologico della giurisprudenza romana* (Torino, Giappichelli, s. d. [1997]), pp. 5 ss.; CUENA B., Francisco, *Sistema jurídico y derecho romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana* (Santander, Universidad de Cantabria, 1998), pp. 70 ss.; GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano* (Santiago de Chile, Instituto Juan de Solórzano Pereyra, 2000), pp. 307 ss.

Varios de esos extremos los vemos en quien parece haber sido el primero en proponer la idea, el humanista francés Guillaume Budé (Budaeus, 1467-1540), quien escribió lo que sigue: “Después, si en algún otro siglo más afortunado, llegare a haber alguien, no inferior a Bártolo o a otro en el conocimiento de la jurisprudencia, medianamente instruido en la dialéctica y en todo método filosófico, con la elocuencia de Ulpiano o émulo de Juliano o Paulo, que haya nacido príncipe, no inferior al nuestro, cuyo ejemplo y autoridad y cuyas leyes buena parte de Europa no dude en seguir ni jurar (para utilizar un antiguo vocablo); éste, pues, sea uno, sean varios, si imitando esa prescripción ciceroniana u otra no diversa, a partir de los cincuenta libros de las Pandectas y de los doce del Código y de sus suplementos, añade también, si te place, a partir de los comentarios de Bártolo, Baldo y otros pocos nombres muy conocidos y de primera autoridad, compongan no ya centones, como en otro tiempo hizo Triboniano (hombre, por otra parte, el más docto de su siglo, si creemos a Suidas), sino un arte del derecho, y encierren con preceptos establecidos y hijos de un arte justa, en la medida que lo admita la naturaleza de las cosas, como circundando con ciertas rejas las normas de las leyes, los pareceres del Senado, las interpretaciones de los edictos, las opiniones de los jurisconsultos, los decretos de los intérpretes, en cuanto recibidos por las costumbres y recargándolos con el peso de la equidad, todo lo cual ahora anda vago y disperso y nada circunscrito por la razón de un arte cierta”¹¹⁴. No es el único ejemplo¹¹⁵.

¹¹⁴ BUDAËUS, G., *Annotationes in quatuor et viginti Pandectarum libris* (Paris, 1535), p. 9-10: “Proinde si quis olim felicior aliquo seculo existat, Bartholo aut alio quopiam primi nominis viro iurisperitia non inferior, dialectica atque instrumento omni philosophico mediocriter instructus, orationis facultate Ulpiani aut Iuliani Paulive aemulus, qui Principem nostro non inferiorem nactus sit, cuius exemplum atque auctoritatem sequi et in cuius leges iurare (ut antiquum verbum usurpem) bona pars Europae non dubitet; is igitur unus aut plures, si praescriptum illud Ciceronianum, aut aliud non absimile imitati, ex quinquaginta Pandectarum libris et duodecim Codicis eorumque appendicibus, adde etiam si placet ex Bartholi, Baldi reliquorumque paucorum amplissimi nominis et primariae auctoritatis commentariis, non iam centonem ut olim Tribonianus (vir alioqui doctissimus sui seculi si Suda credimus), sed iuris artem componant, sanctionesque legum, consulta Senatus, edictorum interpretamenta, iurisconsultorum placita, interpretum decreta, in mores recepta, aequitate praerogantia, omnia nunc vaga et sparsa, ac nulla certae artis ratione circumscripita, ratis fixique iustae artis praeceptis, quatenus rei natura tulerit, quasi quibusdam cancellis circundatis concludant”.

¹¹⁵ Falta una historia completa y de conjunto sobre las ideas de los humanistas acerca de la fijación del Derecho. De todos modos véase esta literatura: AFFOLTER, Friedrich, *Das römische Institutionen-System* (Berlin, 1887); BARON, J., *Franz Hotmann's Antitribonian. Ein Beitrag zu den Codificationsbestrebungen vom XVI. bis zum XVIII. Jahrhundert* (Bern, 1888); PIANO-MORTARI, V., *Considerazioni sugli scritti programmatici dei giuristi del secolo XVI* (1955), ahora en EL MISMO, *Diritto, logica e metodo nel secolo XVI* (Napoli, Jovene, 1978), pp. 267 ss.; EL MISMO, *Dialettica e giurisprudenza. Studio sui trattati di dialettica legale del sec. XVI* (1957), ahora en EL MISMO, *Diritto, logica cit. ibi*, pp. 117 ss.; EL MISMO, *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI* (Milano, Giuffrè, 1967), passim; EL MISMO, *L'ordo iuris nel pensiero dei giuristi francesi del secolo XVI* (1989), ahora en *Iura iuris. Studi di storia giuridica dell'età moderna* (Napoli, Jovene, 1991), pp. 367 ss. = en VV.AA., *La sistemática jurídica. Storia, teorie e problemi attuali* (Roma, Ist. della Enciclop. Ital., 1991), pp. 277 ss.; EL MISMO, *L'idea di codificazione nel Rinascimento*, en VV.AA., *La codificazione del Diritto dall'Antico al Moderno* (Napoli, Editoriale Scientifica, 1998), pp. 325 ss.; ORESTANO, Riccardo, *Diritto e storia nel pensiero giuridico del secolo XVI*, en *Atti del Primo Congresso Internaz. della Soc. Ital. di Stor. del Dir.*: *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche* (Firenze, Olschky, 1966), pp. 385 ss.; EL MISMO, *Introduzione allo studio del diritto romano* (Bologna, Il Mulino, 1987), pp. 133 ss.; LOSANO, Mario, *Sistema e struttura nel diritto, I: Dalle origine alla scuola storica* (Torino, Giappichelli, s. d.), pp. 27 ss.; MAZZACANE, A., *Unamesimo e sistematiche giuridiche in Germania alla fine del cinquecento: 'equità' e 'giurisprudenza' nelle opere di Hermann Vultejus*, en *Annali di Storia del Diritto 12-13* (1968-1969), pp. 257 ss.; EL MISMO, *Scienza, logica e ideologia nella giurisprudenza tedesca del secolo XVI* (Milano, Giuffrè, 1971); EL MISMO, *Methode und System in der deutschen Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts*, en SCHRODER, Ian (ed.), *Entwicklung der Methodenlehre in Rechtswissenschaft und Philosophie vom 16. bis zum 18. Jahrhundert* (Stuttgart, F. Steiner, 1998), pp. 127 ss.; EL MISMO, *Sistematiche giuridiche e orientamenti politici e religiosi nella giurisprudenza tedesca del secolo XVI*, en ZABLOCKA y otros (editores), *Au-delà des frontières. Mélanges de Droit romain offerts à Witold Wolodkiewicz* (Varsovie, Liber, 2000), I, pp. 521 ss.; TROJE, Hans Erich, *Wissenschaftlichkeit und System in der Jurisprudenz des 16. Jahrhundert*, en J. BLÜHDORN, J. - RITTER, J. (editores), *Philosophie und*

De ideas como éstas a la codificación había aún mucho camino que recorrer. Pero es cierto que la codificación en varios aspectos externos no dejó de adoptar los criterios sugeridos por juristas humanistas como Budé; y tal es la razón de por qué las proposiciones de éstos deben ser miradas como las iniciadoras, no bien situadas como en su prehistoria, de la futura codificación.

2. Segunda etapa: la formulación teórica por Leibniz (siglo XVII/XVIII).

a) La segunda etapa de la historia de la codificación está representada por la obra de Godofredo Guillermo Leibniz (1646-1716), que al cultivo de tantas otras disciplinas, unió la del Derecho¹¹⁶, porque él imprimió un viraje al modelo diseñado por los humanistas. En cierto sentido, Leibniz se hizo eco de la tradición crítica al *Corpus iuris civilis* iniciada por aquéllos, como quedó demostrado tanto en su

Rechtswissenschaft (Frankfurt a. M., Klostermann, 1969) pp. 63 ss.; EL MISMO, *Die Literatur des gemeinen Rechts unter der Einfluss des Humanismus*, en COING, H. (ed.), *Handbuch. II: Neuere Zeit (1500-1800). Das Zeitalter des gemeinen Rechts*, Vol. I: Wissenschaft, pp. 741 ss.; GUIZZI, V., *Il diritto comune in Francia nel XVI secolo. I giuristi alla ricerca di un sistema unitario*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 37 (1969), pp. 1 ss.; SCHÜLING, Hermann, *Die Geschichte der Axiomatischen Methode im 16. und beginnenden 17. Jahrhundert*, Hildesheim - New York, Olms, 1969; VASOLI, C., *La dialettica umanistica e la metodologia giuridica del secolo XVI*, en VV. AA., *La formazione storica del diritto moderno in Europa* (Firenze, Olschki, 1977), Vol. I, pp. 237 ss.; SALMONOWICZ, Stanislaw, *Die neuzeitliche europäische Kodifikation (16.-17. Jahrhundert). Die Lehre und ihre Verwirklichung*, en *Acta Poloniae Historicae* 37 (1978), pp. 29 ss.; FELL, A. London, *Origins of Legislative Sovereignty and the Legislative State, I: Corasius and the Renaissance Systematization of Roman Law; II: Classical, Medieval and Renaissance Foundation of Corasius Systematic's Methodology* (Königstein, Athenäum, 1983); STEIN, P., *The Development of the Institutional System*, en STEIN, P. - LEWIS, A., eds., *Studies in Justinian's Institutes in memory of J. A. C. Thomas* (London, Sweet and Maxwell, 1983), pp. 154 ss.; EL MISMO, *Systematisation on Private Law in the Sixteenth and Seventeenth Centuries*, en SCHRÖDER, Ian (ed.), *Entwicklung der Methodenlehre in Rechtswissenschaft und Philosophie vom 16. bis zum 18. Jahrhundert* (Stuttgart, Steiner, 1998), pp. 117 ss.; GUZMAN BRITO, Alejandro, *Estudios en torno a las ideas del humanismo jurídico sobre reforma del derecho. I: Un humanista español frente al derecho de su época: Pedro Simón Abril*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 9 (Valparaíso, 1984), pp. 167 ss.; SCHRÖDER, Ian, *Zur Methodenlehre im Europäischen Privatrecht des 16. Jahrhunderts*, en *Rätthistoriska Studier* 21 (1996), pp. 185 ss.; EL MISMO, *Die ersten juristischen 'Systematiker'. Ordnungsvorstellungen in der Philosophie und Rechtswissenschaft des 16. Jahrhunderts*, en *Festschrift für Sten Gagnér zum 75. Geburtstag* (München, Aktiv, 1996), pp. 111 ss.; EL MISMO, *Wissenschaftliche Ordnungsvorstellungen im Privatrecht der frühen Neuzeit*, en *Ius Commune* 24 (1997), pp. 25 ss.; EL MISMO, *Definition und Deskription in der juristischen Methodenlehre der frühen Neuzeit*, en KÖBLER, G. - NEHLESEN, H. (editores), *Wirkungen europäischer Rechtskultur. Festschrift für Karl Kroeschell zum 70. Geburtstag* (München, Beck, 1997), pp. 1.093 ss.; EL MISMO, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500 - 1850)* (München, Beck, 2001); BIOCCHI, Italo, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna* (Torino, Giappichelli, 2002). Para los ideales científicos del humanismo en general: VASOLI, C., *La dialettica e la retorica dell'Umanesimo* (Milano, 1968).

¹¹⁶ Sobre Leibniz jurista: ZIMMERMANN, R., *Das Rechtsprinzip bei Leibniz* (Wien, 1852); HARTMANN, Gustav, *Leibniz als Jurist und Rechtsphilosoph*, en *Festgabe Herrn Dr. Rudolph von Ihering* (Tübingen, 1882), pp. 26 ss.; BARILLARI, Michele, *La dottrina del diritto di Gofredo Guglielmo Leibniz*, en *Atti della Reale Accademia di Scienze Morali e Politiche* 42 (Napoli, Società Reale di Napoli, 1913), pp. 68 ss.; GRUA, G., *La justice humaine selon Leibniz* (Paris, Presses Universitaires de France, 1956); ACETI, Guido, *Sulla 'Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae' di Goffredo Guglielmo Leibniz*, en *Ius N. S.* 8 (Milano, 1957) 1-4, pp. 19 ss.; SCHNEIDER, H. P., *Justitia universalis. Quellenstudien zur Geschichte des 'christlichen Naturrechts' bei G. W. Leibniz* (Frankfurt, 1967); SCHIEDERMAIR, Hartmut, *Das Phänomen der Macht und der Idee des Rechts bei Gottfried Wilhelm Leibniz* (Wiesbaden, Steiner, 1970); LUIG, Klaus, *Leibniz als Dogmatiker des Privatrechts*, en BEHREND, O. y otros (editores), *Römisches Recht in der europäischen Tradition* (Ebelsbach, R. Gremer, 1985), pp. 213 ss.; reelaborado en el EL MISMO, *Die Privatrechtsordnung im Rechtssystem von Leibniz*, en BIRTSCH, Günter (editor), *Grund- und Freiheitsrechte von der ständischen zur spätbürgerliche Gesellschaft* (Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1987), pp. 347 ss.; EL MISMO, *Leibniz und die Prinzipien des Vertragsrechts*, en KERVEGAN, Jean-François - MOHNHAUPT, Heinz (eds.), *Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Philosophie* (Frankfurt am Main, Klostermann, 1999), pp. 75 ss.; LUIG, Klaus, *Leibniz's Elementa iuris civilis and the Private Law of his Time*, en CAIRNS, J. - ROBINSON, O. (ed.), *Critical Studies in Ancient Law, Comparative Law and Legal History* (Oxford - Portland Oregon, Hart Publ., 2001), pp. 267 ss.; SEVE, René, *Leibniz et l'École moderne du droit naturel* (Paris, PUF, 1989); RILEY, P., *Leibniz's Universal Jurisprudence Justice as the Charity of the Wise* (Cambridge, Harvard University Press, 1996); BECCHI, Paolo, *Le origini giusrazionalistiche della moderne idea di codice*, en *Studi in onore di Franca de Marini-Avonzo* (Torino, Giappichelli, 1999), pp. 33 ss.; TORRESETTI, Giorgio, *Crisi e rinascita del diritto naturale in Leibniz* (Milano, Giuffrè, 2000).

obra de juventud *Nova methodo discendae docendaeque jurisprudentiae* editada en 1667 y reeditada póstumamente por Christian Wolf en 1748¹¹⁷; y sobre todo en su *Ratio corporis juris reconcinandi* (1668 y reeditada en 1768). En ambas, además, continuó la misma tradición de proponer una nueva fijación sustitutiva del *Corpus*. Pero Leibniz ya no tenía sus ojos puestos en Cicerón, ni únicamente en la dialéctica de las divisiones, particiones y definiciones, que de todos modos asume, sino en una nueva manera de construir las normas jurídicas, que habrá de convertirse en modelo para la legislación del futuro y, por ende, para la codificación. En ello fue original. Según ha sido observado, la idea de derecho como sistema de proposiciones jurídicas, tan familiar a nosotros y que tan intensamente impregnó la cultura jurídica del siglo XIX, deriva precisamente de Leibniz, seguido en este punto por Christian Wolff. Al respecto así se expresa un conocido autor contemporáneo con respecto a esta contribución de Leibniz consistente en: “[...] una concezione del diritto come sistema de proposizioni; proposizioni che conettono a sogetti (giuridici) predicati (giuridici), proposizioni che sono vere, e dalle quali, con regole di trasformazioni delle proposizioni che troviamo nella scienza logica, possiamo perciò pervenire ad altre proposizioni (giuridiche) vere, e incluse nel sistema giuridico”¹¹⁸.

En otro lugar hemos verificado esta afirmación con textos del propio Leibniz¹¹⁹. Ahora nos limitamos a presentar el siguiente pasaje recogido de su *Ratio corporis juris reconcinandi*: “Pero al componer las leyes en orden, es claro que con la misma brevedad abarcamos mucho más, porque en la serie de elementos conectados, podemos atribuir el mismo predicado simultáneamente a muchos sujetos escogidos, y al revés [...]”¹²⁰. Aquí aparece muy claramente manifestada la idea de la composición de normas sobre la base de un mismo predicado atribuido a muchos sujetos, o de muchos sujetos enlazados con un mismo predicado¹²¹. Ello, por cierto, estaba destinado a evitar sobrecargar la exposición del derecho y a evitar las repeticiones.

La teoría que preside esta técnica se encuentran en la lógica combinatoria que Leibniz había desarrollado poco antes en su obra editada en 1666 y que tituló precisamente *De arte combinatoria*. Allí la define como un método para encontrar todos los predicados posibles de un sujeto dado, y todos los sujetos posibles de un

¹¹⁷ LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm, *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae*, en EL MISMO, *Sämtliche Schriften und Briefe*, 6. Reihe: *Philosophische Schriften* (Berlín, Akademie-Verlag, 1971), I, pp. 263 ss.

¹¹⁸ TARELLO, G., *Storia della cultura giuridica moderna*, cit. (n. 108), p. 133.

¹¹⁹ Véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Los orígenes de la noción de sujeto de Derecho*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 24 (Valparaíso, 2002), pp. 216-224.

¹²⁰ LEIBNIZ, G. G., *Ratio corporis iuris reconcinandi*, párr. 123 [en EL MISMO, *Sämtliche Schriften und Briefe* (Berlín, Deutschen Akademie der Wissenschaften, 1966), VI, 2, p. 105]: “*Nobis vero, redactis in ordinem legibus, eadem brevitate multo plus complecti licuit, quia ob rerum sibi recte connexarum seriem possumus idem praedicatum multis subjectis simul collectis, vel e converso [...]*”.

¹²¹ Otros textos leibnizianos en que intervienen las nociones de *subiectum* y *praedicatum* como elementos de las leyes, en LEIBNIZ, G. W., *De legum interpretatione, rationibus, applicatione, systemate* (ed. Ascarelli, T., *Th. Hobbes, A Dialogue-G. W. Leibniz, Specimen quaestionum philosophicarum* y otras, Milano, Giuffrè, s. d. [1969]), pp. 400, 404, 405 (hay trad. castellana en EL MISMO, *Escritos de filosofía jurídica y política* (Madrid, Biblioteca Nueva, 2001), pp. 142, 146, 149); EL MISMO, *Elementa iuris naturalis* (versión de 1671), en EL MISMO, *Sämtliche Schriften und Briefe* (Berlín, Deutschen Akademie der Wissenschaften, 1966), VI, 1, pp. 467 s. (hay trad. castellana como *Los elementos del derecho natural*, Madrid, Tecnos, s. d. [1991], pp. 87 s.).

predicado dado¹²². En cada ciencia a la cual se trata de aplicar esta lógica, la aplicación supone reducir previamente los términos de esas ciencias a los géneros supremos, que contienen a los demás. Así, en jurisprudencia esos géneros supremos son *personae, res, actus, jura*, cada uno de los cuales, a su vez, contiene géneros menores, como el de las *personae*, que contiene los *naturalia* (las futuras personas naturales) de *mas, foemina, hermaphroditus, monstrum, surdum mutus, caecus, aeger, embryo, puer, juvenis, adolescens, vir, senex*; y los *artificialia* (las futuras personas jurídicas) de *corpora, collegia*, etcétera¹²³. Por cierto, estos términos pueden funcionar tanto en el *subjectum* como en el *praedicatum* de las proposiciones que han de resultar de las correspondientes atribuciones combinadas de uno a otro.

Leibniz contribuyó a la codificación moderna, no sólo con teorías del tipo descrito, mas también con su empeño personal e interés activo en la elaboración de códigos¹²⁴. En su precoz *Nova methodus descendae docendaeque jurisprudentiae* (1667) puede leerse lo que sigue: "Que las controversias existentes sean decididas por la autoridad pública y se forme un nuevo cuerpo de derecho cuidadosamente dispuesto"¹²⁵. Con la revisión que el autor realizó hacia el final de su vida, el texto quedó así: "Si las controversias existentes fueran decididas por la autoridad pública y se formara un nuevo cuerpo de derecho o ciertamente un novísimo código que, para decirlo con pocas palabras, fuese redactado completiva, breve y ordenadamente, así la incertidumbre [es decir, la oscuridad y la contradicción] y lo superfluo [a saber la repetición y la multitud de cosas inútiles] estarían ausentes"¹²⁶. Una íntegra teoría de la codificación en sentido moderno aparece en su escrito de 1678 que ha sido editado como *Praefatio novi codicis*¹²⁷, y que Leibniz redactó a modo de constitución promulgadora de un *Codex Leopoldinus* que a la sazón proponía al Emperador Leopoldo I; lo propio hizo en numerosas cartas dirigidas a intelectuales de la época, algunas de las cuales fueron publicadas después de su muerte.

¹²² LEIBNIZ, G.W., *De arte combinatoria*, párrs. 55, 71 y 72 [en EL MISMO, *Sämtliche Schriften und Briefe* (Berlin, Deutschen Akademie der Wissenschaften, 1971), VI, I, pp. 192, 197 y 198].

¹²³ LEIBNIZ, G.W., *De arte combinatoria*, párrs. 70 y 41. En el párr. 42 enumera las *res*, en el párr. 43 los *actus* y en el párr. 44 los *jura*.

¹²⁴ Sobre los planes legislativos y codificadores de Leibniz: TRENDLENBURG, A., *Leibnizens Anregungen zu einer Justizreform*, en *Kleine Schriften* (Leipzig, 1871) I, p. 241 ss.; ISAACSOHN, S., *Leibniz als Förderer der preussischen Justizreformbestrebungen von 1698*, en *Zeitschrift für Preussische Geschichte und Landeskunde* 14 (Berlin, 1877), p. 413 ss.; DICKERHOF, K., *Leibniz Bedeutung für die Gesetzgebung seiner Zeit* (diss. Freiburg i. Br., 1941: inédita); MOLTOR, E., *Der Versuch einer Neukodifikation des römischen Rechts durch den Philosophen Leibniz*, en *VV. AA., L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker* (Milano, Giuffrè, 1954), I, p. 359 ss.; LUIG, K., *Die Rolle des deutschen Rechts in Leibniz' Kodifikationsplänen*, en *Ius Commune* 5 (Frankfurt am M., 1975), pp. 56 ss.; TARELLO, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit. (n. 108), pp. 133 ss.; GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Leibniz y la codificación del derecho*, en *Revista de Derecho Público* 19-20 (Santiago 1976), pp. 63 ss.

¹²⁵ LEIBNIZ, G. G., *Nova meth.* 2ª parte, § 21: "Si extantiores controversiae publica auctoritate decidentur, formeturque novum juris corpus accurate dispositum", en LEIBNIZ, G. W., *Samtliche Schriften und Briefe*, Sechste Reihe: *Philosophische Schriften*, Erster Band (Berlin, Deutsche Akademie der Wissenschaften, 1971), p. 306.

¹²⁶ LEIBNIZ, G. G., *Nova meth.* 2ª parte, § 21: "Si extantiores controversiae publica auctoritate deciderentur, formareturque novum juris corpus vel certe novissimum codex, qui, ut paucis dicam, conscribendus esset plene, breviter, ordinate; ita incertitudo (adeoque obscuritas et contradictio) et superfluous labor (adeoque repetitio et multitudo inutilis) abforent", *ibid.*, p. 306.

¹²⁷ En GRUA, Gaston, *G.W. Leibniz. Textes inédits* (Paris, 1948), II, pp. 624 ss. Una traducción castellana en: G.W. LEIBNIZ, *Escritos de filosofía jurídica y política* (Madrid, 1984), pp. 157 ss.

b) Es este el momento adecuado para introducir a la escuela del Derecho natural racionalista en esta historia, cuya fundación es tradicionalmente atribuida a Hugo Grotius (1583-1645). Ahora bien, debe al respecto decirse que los grandes iusnaturalistas, vale decir, el mismo Grotius, y enseguida Samuel von Pufendorf (1632-1694), Christian Thomasius (1655-1728), Christian Wolf (1679-1754) y dos importantes (aunque hoy día un tanto olvidados) discípulos de este último, Joachim Georg Darjes (1714-1791) y Daniel Nettelblatt (1719-1791), y, en fin, Immanuel Kant (1724-1804), a los que fuere menester añadir los divulgadores como Jean Barbeyrac (1674-1744) o Jean-Jacques Burlamaqui (1694-1748), no han dejado testimonios de que pensarán en proponer la codificación, o que la hubieran reclamado; menos aun teorizaron sobre ella. La única excepción fue Leibniz, cuyo lugar en la historia de la codificación ya fue destacado.

Otra cosa muy distinta es que las primeras codificaciones del área germánica hayan sido compuestas bajo el fuerte influjo de las doctrinas emanadas de aquellos autores, lo que se observa en el sistema u orden de los respectivos códigos y, desde luego, en la dogmática recogida, a lo que aquí nos referiremos.

3. Tercera etapa: la difusión de la idea de codificación (siglo XVIII).

Aunque Leibniz había descrito todos los extremos de lo que iría a ser la futura codificación, a la difusión y complementación de sus ideas esenciales le faltaba el término denotador que sólo iría a llegar, como sabemos, a principios del siglo XIX, con Bentham. A falta de otro, los autores recurrieron a los tradicionales tomados del lenguaje latino: ley, legislación y legislador. En la abundante literatura aparecida a lo largo del siglo XVIII, en que las ideas se difunden y decantan, estos términos se presentan en forma profusa y hasta se llega a concebir el nacimiento de una verdadera rama del saber a la que terminó por imponerse el nombre de “ciencia de la legislación”, una suerte de teoría general sobre la correcta formulación de las leyes. Por lo demás, *La scienza della legislazione* fue el título de una célebre obra de Gaetano Filangieri (1742-1788)¹²⁸ aparecida entre 1780 y 1789. Las más importantes exigencias técnicas contenidas en esta ciencia de la legislación, algunas de las cuales terminaron por convertirse en verdaderos lugares comunes, incluso popularizados, fueron las siguientes¹²⁹:

¹²⁸ Sobre este autor: COTTA, Sergio, *Gaetano Filangieri e il problema della legge* (Torino, Giappichelli, 1954); VENTURI, Franco, *Europe des Lumières. Recherches sur le 18ème siècle* (Paris-La Haye, Mouton, 1971), pp. 193 ss. (cap. 10: Gaetano Filangieri); FERRONE, Vincenzo, *La società giusta ed equa. Repubblicanesimo e diritto dell'uomo in Gaetano Filangieri* (Bari, 2003). Sobre su influencia en España: LALINDE ABADIA, Jesús, *El eco de Filangieri en España*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 54 (Madrid, 1984), pp. 477 ss. Su obra fue traducida al castellano y publicada entre 1787 y 1789.

¹²⁹ Para lo que sigue se puede ver: COING, Helmut, *Zur Vorgeschichte der Kodifikation: die Diskussion um die Kodifikation im 17. und 18. Jahrhundert*, en VV.AA., *La formazione storica del diritto moderno in Europa* (Firenze, Olschki, 1977), II, pp. 797 ss. [= EL MISMO, *Sobre la prehistoria de la codificación: la discusión en torno a la codificación en los siglos XVII y XVIII*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 9 (Santiago, 1983), pp. 249 ss.].

En primer lugar estaba la exigencia de haber pocas leyes. Por “ley” no tanto se entendía, sin embargo, a cada texto normativo completo, sino a cada uno de sus elementos o unidades componentes, que en la tradición francesa suelen llamarse artículos¹³⁰ y párrafos en la germánica; de modo que la mencionada exigencia consistía en que las leyes que hubiera, de todos modos pocas, debían contener un número reducido de tales unidades. El lenguaje de “leyes” se explica por la tradición medieval que así denominaba a cada uno de los fragmentos recogidos en los *digesta* y a las constituciones imperiales compiladas en el *codex*, lo mismo que a cada sección de las *institutiones*. Así que, en definitiva, se querría aludir a la brevedad de las leyes. La exigencia de pocas leyes en el sentido actual de la palabra ley, en cambio, atañía a la petición de pocos códigos e, incluso, de uno solo; y con ello se entraba en la idea misma de codificar.

La claridad de la leyes era otra de estas exigencias, para lo cual debían ser redactadas en un lenguaje no demasiado técnico y en idioma vernáculo (no, por ende, en latín), de modo de hacerla accesible al pueblo sin la necesidad de intermediarios. La ley debe estar dotada, además, con precisión y concisión, y verse libre de consideraciones, ratiocinios y fundamentaciones. La ley ha de ser unívoca, de forma de no dar pretexto a una variedad de interpretaciones ni, en consecuencia, a controversias. La ley debe ser general y abstracta, ser formulada en el nivel de principios y tiene que huir de la casuística. La ley debe ser completa y sin lagunas, de modo de resolver todos los casos reales posibles. La ley debe ser ordenada y sistemática¹³¹.

Para ilustrar estas exigencias se podría citar a muchos autores. Pero nos limitaremos a recordar a Charles de Montesquieu (1689-1755), quien escribió al respecto en su *De l'esprit des lois* (1748): “Aquellos que tienen un genio tan extenso como para poder dar leyes a su nación o a otra, deben poner cierta atención en la manera de formarlas. El estilo debe ser conciso. Las leyes de las Doce Tablas son un modelo de precisión: los niños las aprendían de memoria. Las Novelas de Justiniano son tan difusas, que es necesario abreviarlas. El estilo de las leyes debe ser simple: la expresión directa se comprende siempre mejor que la expresión figurada [...]. Es esencial que las palabras de las leyes despierten las mismas ideas en todos los hombres [...]. Cuando la ley debe hacer alguna fijación, es necesario, en tanto se pueda, evitar hacerla en dinero. Miles de causas cambian el valor de la moneda y con la misma denominación no se tiene la misma cosa [...]. Cuando se han fijado bien las ideas de las cosas en la ley, no es necesario volver sobre ellas con expresiones vagas [...]. Las leyes no deben ser sutiles; ellas son hechas para la gente de entendimiento mediano; ellas no son un arte de lógica, sino la razón simple de un padre de familia

¹³⁰ Sobre el uso de este término para denominar las unidades legislativas, véase: D'ORS, Álvaro - GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Article*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 48 (1978), pp. 621 ss.

¹³¹ Aunque con doctrinas del género, Montesquieu preanunciaba los nuevos códigos, sin embargo tampoco se adelantó a proponer o reclamar su confección.

[...]. Si las excepciones, limitaciones, modificaciones no son absolutamente necesarias, es mejor no introducirlas. Semejantes detalles conducen a más detalles [...]. No se debe hacer modificaciones en una ley sin una razón suficiente [...]. Cuando se llega hasta señalar la razón de la ley, es necesario que esta razón sea digna de ella [...]. Como las leyes inútiles debilitan a las leyes necesarias, aquellas que se pueden eludir debilitan la legislación. Una ley debe tener su efecto y no debe permitirse derogarla por una convención particular [...]. Es necesario cuidar que las leyes sean concebidas de manera que no pugnen con la naturaleza de las cosas [...]"¹³².

Cada una de estas exigencias era considerada como una virtud de la ley correlativa a los vicios que las críticas dirigidas al *ius commune* habían venido poniendo en descubierto. Tales virtudes resultaban ser condiciones para la certeza y seguridad del derecho objetivo. Cumplidas ellas, al juez no le quedaría más que aplicar casi mecánicamente las prescripciones de la ley al caso concreto sometido a su conocimiento. Montesquieu pudo entonces proclamar que: "los jueces de la nación no son [...] sino que la boca que pronuncia las palabras de la ley: seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor [de la ley]"¹³³. Poco después, Cesare Beccaria (1738-1794), en su *Dei delitti e delle pene* (1764) explicará la función jurisdiccional como el desarrollo de un único silogismo: "En todo delito, el juez debe hacer un [solo] silogismo perfecto: la [premisa] mayor debe ser la ley general; la [premisa] menor; la acción que es conforme o no a ley; la consecuencia, la libertad o la pena. Cuando el juez es constreñido a hacer, o quiere hacer aunque sean sólo dos silogismos, se abre la puerta a la incertidumbre"¹³⁴. En este texto, en efecto, no es tan destacable la presentación del oficio judicial como silogístico, cuanto su presentación como consistente en un único silogismo. De este modo Beccaria sostiene que el juez razona demasiado cuando se ve obligado a formular varios silogismos para emitir su sentencia, y que ello únicamente se explica porque la premisa mayor, o sea, la ley, no es clara, precisa, unívoca, completa. De tener

¹³² MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (1748), lib. XXIX, cap. 16: "Ceux qui ont un génie assez étendu pour pouvoir donner des lois à leur nation ou à une autre, doivent faire de certaines attentions sur la manière de les former. Le style en doit être concis. Les lois des Douze Tables sont un modèle de précision: les enfants les apprennent par coeur. Les Nouvelles de Justinien sont si diffuses, qu'il fallut les abrégier. Le style des lois doit être simple; l'expression directe s'entend toujours mieux que l'expression réfléchie [...]. Il est essentiel que les paroles des lois réveillent chez tous les hommes les mêmes idées [...]. Lorsque la loi doit faire quelque fixation, il faut, autant qu'on le peut, éviter de la faire à prix d'argent. Mille causes changent la valeur de la monnaie; et avec la même dénomination on n'a plus la même chose [...]. Lorsque, dans une loi, l'on a bien fixé les idées des choses, il ne faut pas point revenir à des expressions vagues [...]. Les lois ne doivent point être subtiles; elles sont faites pour des gens de médiocre entendement: elles ne sont point un art de logique, mais la raison simple d'un père de famille. Lorsque, dans une loi, les exceptions, limitations, modifications ne sont point nécessaires, il vaut beaucoup mieux n'en point mettre. De pareils détails jettent dans de nouveaux détails. Il ne faut point faire de changement dans une loi sans une raison suffisante [...]. Lorsqu'on fait tant que de rendre raison d'une loi, il faut que cette raison soit digne d'elle [...]. Comme les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires, celles qu'on peut éluder affaiblissent la législation. Une loi doit avoir son effet, et il ne faut pas permettre d'y déroger par une convention particulière [...]. Il faut prendre garde que les lois soient conçues de manière qu'elles ne choquent point la nature des choses [...]"

¹³³ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (1748), lib. XI, cap. 6: "Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur".

¹³⁴ BECCARIA, Cesare, *Dei delitti e delle pene* (1764), párr. IV: "In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale; la minore, l'azione conforme o no alla legge; la conseguenza, la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza".

los atributos contrarios, sólo basta un único silogismo. Beccaria, pues, deseaba un mínimo de razonamiento de los jueces. De esta manera, la futura codificación habría de cambiar radicalmente la función de aquéllos¹³⁵.

4. Cuarta etapa: los primeros intentos (segunda mitad del siglo XVIII).

a) La fase positiva de la codificación se inició en el área germánica, y concretamente en la Prusia de Federico II (r. 1740-1786)¹³⁶, o sea, bajo el gobierno de un modelo de príncipe ilustrado, personalmente interesado en impulsar los ideales de la ciencia de la legislación, a la que incluso hubo de contribuir con una *Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois* (1749). Pero, demasiado imbuido de ilustración, pocos años antes, en 1746, había diseñado el imposible programa de componer "un derecho general territorial (*Landrecht*) alemán, que se funde sólo en la razón y en los estatutos territoriales"¹³⁷ dirigido a su canciller Samuel von Cocceji. Independientemente de sus pretensiones, este decreto de Federico II representa, como decimos, el inicio de la fase positiva de la codificación, no sólo debido a que tuvo su efecto en Prusia, como era natural y veremos enseguida, más también porque su influencia formal alcanzó a otros países del área germánica, como Baviera y Austria.

Entre 1749 y 1751, von Cocceji editó las dos primeras secciones de un *Project des corporis iuris Fridericiani*, sobre personas y cosas. Ese proyecto, en contra del designio real, era un fiel trasunto de *ius commune* barnizado de Derecho de razón. La tercera sección, sobre obligaciones, nunca fue redactada, pues Cocceji murió en 1755 y el comienzo de la Guerra de Siete Años (1756) obligó a poner la atención en otras materias. La codificación, pues, se inició con un fracaso.

b) El impulso prusiano de codificar había llegado hasta el reino de Baviera, e hizo que su regente, el príncipe elector Maximiliano José III, se decidiera a emprender la tarea en sus Estados. Un primer éxito se tuvo con el *Codex iuris Bavarici criminalis* promulgado en 1751, seguido en 1753 de un *Codex iuris Bavarici judicialis* y en 1756

¹³⁵ Sobre esto: BRAVO LIRA, Bernardino, *Arbitrio judicial y legalismo. Juez y derecho en Europa continental y en Iberoamérica antes y después de la codificación*, en *Revista de Ciencias Sociales* 32-33 (Valparaíso, 1988), pp. 65 ss.; EL MISMO, 'Judex minister aequitatis'. La integración del derecho antes y después de la codificación, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 61 (1991), pp. 111 ss.; EL MISMO, *Las dos caras de la codificación en Europa continental e Iberoamérica: legal y judicial*, en VV.AA., *Homenaje a Ismael Sánchez Bella* (Pamplona, EUNSA, 1992), pp. 163 ss.

¹³⁶ La crónica de la prehistoria e historia de la codificación prusiana en EULER, Matthias, *Geschichtliche Einleitung in das Studium des allgem. preuss. Landrechts*, en *Jahrbücher für die preussische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung* 63 (Berlin, 1928), pp. 3 ss.

¹³⁷ FEDERICO II, *Cabinets-Ordre* de 30 de diciembre de 1746, párr. 24: "[...] ein deutsches allgemeines Landrecht, welches sich bloss auf die Vernunft und Landesverfassungen gründet [...]".

de un *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*¹³⁸ obra del vice canciller barón Aloysius von Kreittmayr (1705-1790)¹³⁹.

El código civil fue redactado en alemán –lo que es significativo–, aunque salpicado con latinismos. Su sistema¹⁴⁰ es el institucional gayano-justiniano: las fuentes en general y las personas, que agotaban el libro I, y después las cosas, la herencia y las obligaciones, con un libro para cada una de estas materias, con cuatro en total, por ende.

El *Código Civil* bávaro, sin embargo, fue una obra de transición entre la forma de la antigua legislación nacional alemana de las *Reformationen*, y las modernas codificaciones iusnaturalistas¹⁴¹, y vino a demostrar cuán más fácil era formular una teoría de la legislación y proyectar códigos que hacerlos según las exigencias de dicha teoría. Puede ser considerado como un extracto de derecho común no reelaborado aún por el iusnaturalismo, al que es ajeno todo intento de reformar el derecho, que no sea en orden a superar los defectos técnicos observados en la práctica y a decidir las controversias agitadas. En un punto se demostró, además, anclado en la tradición, al no derogar completamente el Derecho común¹⁴², dejándolo subsistente, sin perjuicio de las derogaciones tácitas; con ello, el código, en realidad, asumió el papel de Derecho subsidiario.

c) En su vejez, Federico II fue todavía capaz de reiniciar los trabajos de la codificación prusiana debido a que de nuevo pudo contar con la colaboración de un canciller competente, como fue Johann Heinrich Casimir von Carmer (1721-1801), al cual dirigió un decreto en 1780, con el que le encomendó la composición de un *Landrecht* para cada provincia y de un *allegemeines Landrecht* para todos sus estados con carácter subsidiario, fundado –más pragmáticamente ahora– en el Derecho romano, si bien en cuanto consonante con la equidad natural, y redactado en alemán. Carmer asoció a su empresa a Carl Gottlieb Svarez (1746-1798) y a Ernst F. Klein (1743-1810), que resultarían ser los verdaderos codificadores.

La empresa fue llevada a cabo con gran disciplina y método. Entre 1780 y 1782, Svarez y Klein elaboraron un extracto o resumen del *Corpus iuris civilis*, una compilación de derecho provincial y una colección de sentencias judiciales. Después, en 1784, Klein redactó un anteproyecto, posteriormente observado por Carmer y

¹³⁸ Sobre la formación de este código: STOBBE, Otto, *Geschichte der deutschen Rechtsquellen* (1864, reimp. Aalen, Scientia, 1965), II, pp. 443 ss.; WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (2° ed., Göttingen, Vandenhoeck u. Reprecht, 1967), pp. 326 ss. (*Historia*, pp. 297 ss.); TARELLO, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna* cit. (n. 108), pp. 257 ss.

¹³⁹ RALL, Hans, *Kreittmayr. Persönlichkeit, Werk und Forwirkung*, en *Zeitschrift für Bayerische Landesgeschichte* 42 (1979), pp. 49 ss.

¹⁴⁰ Sobre esto: PÖPPERLN, Peter, *Quellen und System des Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (diss. Bamberg, 1967).

¹⁴¹ WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgesch.* cit. (n. 139), pp. 326 (*Historia*, pp. 296 ss.)

¹⁴² GÄGNER, Sven, *Die Wissenschaft des gemeinen Rechts und der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*, en *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert* (Frankfurt a. M., Klostermann, 1974), pp. 1 ss.

corregido por Svarez. En 1787 un proyecto completo fue puesto en conocimiento del público alemán y europeo, que respondió con numerosas observaciones. Entre 1787 y 1790, Svarez clasificó este material, que hubo de servir para la redacción del proyecto definitivo, terminado en 1792. Por diversas circunstancias extrínsecas, él sólo fue promulgado el 5 de julio de 1794, bajo el nombre de *Allgemeines Landrecht für die königlich-preussischen Staaten*¹⁴³.

El ALPS. consta de una "Introducción" (*Einleitung*), dedicada a las leyes (*Von den Gesetzen überhaupt*) y a los principios generales del derecho (*Allgemeine Grundsätze des Rechts*), y de dos "partes" (*Theile*). Sólo la primera, con veintitrés títulos, está destinada al Derecho civil, pero únicamente al patrimonial. La segunda parte, que consta de diecinueve títulos, trata del hombre asociado en matrimonio y familia, en las relaciones entre patrón y servicio doméstico, en corporaciones y asociaciones, en estamentos (*Stände*: campesinado, burguesía, nobleza), con una extensión al cuerpo burocrático civil y militar, en Iglesias y comunidades religiosas, en escuelas y universidades, con un apéndice de Derecho administrativo fundado en la idea de las regalías, y sobre la protección de los súbditos: la jurisdicción, las tutelas y curadurías, el cuidado de pobres, enfermos, inválidos; y derecho penal.

Como se aprecia, el ALPS. es un código civil sólo en su primera parte y los derechos de la familia, de la sucesión intestada (visto como parte del anterior) y de las tutelas y curadurías (miradas como funciones públicas) no aparecen considerados como integrantes de él. Con todo, este cuerpo tiene una visión unitaria de los diversos derechos que trata, determinada por la consideración del hombre solo y en sus relaciones con otros hombres solos (primera parte), el hombre en la familia, el hombre en el estamento, el hombre en la sociedad civil y en el Estado, en lo que se puede advertir la influencia de Christian Wolf.

Por varios conceptos el ALPS. es también un código de transición, si bien más avanzada que el código bávaro.

¹⁴³ Literatura sobre el proceso de la formación del código prusiano: LASPEYRES, E.A.Th., *Die Reception des römischen Rechts in den Mark Brandenburg und die preussische Gesetzgebung unter Friedrich II.*, en *Zeitschrift für deutsche Rechtsgeschichte und Rechtswissenschaft* 6 (1841); STOBBE, Otto, *Geschichte* (n. 139), II, pp. 446 ss.; LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* (1880, reimp. Scientia, Aalen, 1957), III, I, pp. 465 ss. Sobre el código mismo: DILTHEY, Wilhelm, *Das allgemeine Landrecht*, en EL MISMO, *Gesammelte Schriften* (Stuttgart, Teubner, s. d.), XII, pp. 131 ss.; THIEME, Hans, *Die preussische Kodifikation. Privatrechtsgeschichtliche Studien II* (1937), ahora en EL MISMO, *Ideengeschichte und Rechtsgeschichte* (Köln - Wien, Böhlau, 1986), II, pp. 695 ss.; EL MISMO, *Das Gesetzbuch Friedrichs des Grosses* (1936), ibid. pp. 769 ss.; WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgesch.* cit. (n. 139), pp. 327 ss. (*Historia*, pp. 298 ss.); CONRAD, Hermann, *Die geistigen Grundlagen des Allgemeinen Landrechts für die preussischen Staaten von 1794* (Köln-Opladen, Westdeutscher Verlag, 1958); EL MISMO, *Das Allgemeine Landrecht von 1794 als Grundgesetz des friderizianischen Staates* (Berlin, De Gruyter, 1965); SOLARI, Gioele, *Filosofia del derecho privado* (1939, trad. cast., Buenos Aires, Depalma, 1948), I: *La idea individual*, pp. 81 ss.; TARELLO, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna* cit. (n. 108), pp. 486 ss.; HAIDL, Roland Carl, *Zwischen Aufklärung und Absolutismus. Die preussischen Kodifikationsbestrebungen im 18. Jahrhundert* (Marburg, Tectum, 1996); CANALE, Damiano, *La costituzione delle differenze. Giusnaturalismo e codificazione del diritto civile nella Prussia del '700* (Torino, 2000).

A diferencia de este último, el ALPS. derogó el derecho común previgente¹⁴⁴, o sea el romano, pero no los derechos provinciales (*Landrechte*), de modo que él se sustituyó al anterior derecho común como subsidiario de los mencionados derechos provinciales (y de ahí su nombre: "derecho territorial general": *allgemeines Landrecht*).

Este cuerpo es decididamente tradicional, cuando mantiene, reconoce y regula las diferencias estamentales: para él todavía no existe el sujeto de derecho único, o sea el hombre, sino el hombre inserto todavía en un grupo social jurídicamente constituido, con diferentes estatutos. Lo propio puede decirse en cuanto regula el derecho feudal.

Pero no es muy acertado negar al ALPS. su carácter de codificación moderna por el carácter omnicompreensivo de materias privadas y públicas que ofrece, ya que los grandes tratados de derecho natural salidos de la escuela del mismo nombre ofrecían el mismo rasgo, y será sólo con el *Code Civil* que se producirá la separación definitiva.

Por el contrario, si atendemos a su técnica, a su sistema, a su lenguaje, el ALPS. es un código decididamente iusnaturalista y moderno. Y lo es también cuando se observa el tipo de Derecho privado recogido en su primera parte, que es Derecho romano iusnaturalizado. En contraste, el ALPS. excedió algunas directivas de la moderna ciencia de la legislación en cuanto a su desmesurada extensión, sobretodo derivada de su pretensión de regularlo todo y de su tendencia al casuismo. En cuanto a su estilo, son características suyas el tono algo paternalista y admonitorio de muchas disposiciones, si bien sin los excesos de la legislación más tradicional.

5. Quinta etapa: la ejecución completa (principios del siglo XIX).

a) 84 El movimiento por la codificación del Derecho en Francia fue asumido desde el comienzo de la Revolución por la Assemblée Nationale Constituant, mediante una ley 24 de agosto de 1790, que ordenaba hacer un código de leyes simples, claras y apropiadas a la Constitución¹⁴⁵. En ella se observan recogidos dos de los tópicos más comunes en materia de legislación, como eran la simplicidad y la claridad; el tercero, inspirado en Montesquieu, hacía referencia a la concordancia de espíritu que se pensaba debía existir entre el tipo de régimen político (constitución) y la legislación. Poco después, la *Constitution Française*, de 1791, obra de la misma

¹⁴⁴ Sobre las relaciones del código prusiano y el derecho común: WAGNER, Wolfgang, *Die Wissenschaft des gemeinen Rechts und das Allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten*, en *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert* (Frankfurt a. M., Klostermann, 1974), pp. 119 ss.

¹⁴⁵ Véase la nota 83.

asamblea, dejó establecido una norma¹⁴⁶ en la cual el interés recaía sobre unidad de la legislación¹⁴⁷.

Esta positivización del ideal de codificar no resulta extraña, puesto que, como antes se recordó, una muy frecuente y generalizada petición de los estamentos convocados para los États Generaux en 1788 fue precisamente la de formar códigos, de modo que las sucesivas asambleas de que salieron, a su vez, las constituciones citadas estaban muy sensibilizadas para el tema. No podemos tratar aquí de las numerosas proposiciones que políticos e intelectuales habían formulado en el mismo sentido durante las décadas precedentes a los États Generaux.

Correspondió a la Convention Nationale intentar llevar a la práctica el reiterado mandato de codificar. Por medio de un decreto de 23 de junio de 1793, la Convention ordenó a su Comité de Législation presentar un proyecto de código dentro de los tres meses; y de él se encargó Cambacérès, quien cumplió el encargo con adelanto, ofreciendo un proyecto de setecientos diecinueve artículos el 9 de agosto de ese año. A poco de comenzada su discusión, se la suspendió, sobreentendiéndose el rechazo; oficialmente, por ser largo y complicado el proyecto; en la realidad, por ser moderado en las reformas a ojos del Jacobinismo, que deseaba transformaciones muy radicales en las instituciones civiles.

Cambacérès presentó entonces un segundo proyecto el 9 de septiembre de 1794, o sea, después de la caída de Robespierre, que se desarrollaba esta vez en doscientos ochenta y siete artículos. De nuevo la discusión de este segundo proyecto terminó por ser suspendida, ahora por la razón exactamente opuesta a la que había determinado el fracaso del primero: por ser más bien un índice de materias que un código de leyes civiles, esto es, por su carácter sumario. Pero también nuevamente había una razón real: la opinión de los convencionales había dejado de ser radical, y este proyecto recogía algo del radicalismo jacobino.

Ya bajo el régimen del Directoire, una vez más el infatigable Cambacérès, en nombre del Comité de Clasificación des Lois, presentó al Conseil des Cinq-Cents un tercer proyecto de mil ciento cuatro artículos, el 24 de junio de 1796, más moderado que el anterior; pero no tanto como para dejar de recibir reproches; una vez más, el pretexto para suspender su discusión fue externo: la incertidumbre acerca de qué orden debía seguirse para su examen; mas el propio autor, mirando con realismo a través de ello, propuso aplazar el asunto.

¹⁴⁶ Véase la nota 84.

¹⁴⁷ Esta norma y, por ende, su interés, incluso más explícito, fue renovada en el proyecto girondino de Constitución (1793) en su tit. 10º, art. 1: "Il y aura un code de lois civiles et criminelles uniformes pour toute la République"; y lo propio hizo el art. 85 de la Constitución de 1793: "Le code des lois civiles et criminelles est uniforme pour toute la République".

Todavía hubo un cuarto proyecto, ordenado componer por la ley de 10 de noviembre de 1799, la misma que sancionó el nuevo orden de cosas creado por el golpe de estado del 18 de Brumario, y del cual se encargó Jacqueminot; pero restó inconcluso.

El asunto comenzó a marchar bajo mejores augurios cuando fue asumido como idea por el nuevo amo de Francia, el Premier Consul Bonaparte, quien por decreto de 12 de agosto de 1800, designó una equilibrada comisión encargada de elaborar un proyecto de código y que integraron Jean-Étienn Marie Portalis (1746-1807), François Denis Tronchet (1726-1806), Jacques de Maleville (1741-1824) y Félix-Julien-Jean Bigot de Preameneu (1747-1825). Esta comisión cumplió su cometido en cuatro meses. El proyecto de la comisión fue enviado al Tribunal de Casación y a los de Apelación. Con base en sus observaciones, la Section Legislative del Conseil d'État introdujo las oportunas modificaciones al proyecto, que fue sometido a dicho Conseil el 17 de julio de 1801. Este lo discutió a lo largo de 102 sesiones (57 de las cuales fueron presididas por Napoleón). A medida del avance, se fue remitiendo por partes el proyecto, es decir, como proyectos separados de leyes, a los órganos legislativos (Tribunado, Cuerpo Legislativo, Senado), y en tanto éstos las aprobaban eran publicadas también como leyes separadas, que en total fueron 36. Por ley de 21 de marzo de 1804, se reunió en un solo cuerpo esas 36 leyes y el **Code Civil des Français**, más adelante denominado oficialmente **Code Civil Napoléon**, quedó así promulgado como totalidad¹⁴⁸.

Este código consta de 2.281 artículos, distribuidos en un breve **Titre préliminaire** y tres libros. El primero trata **Des personnes**, el segundo, **Des biens et des différentes modifications de la propriété** y el tercero, **Des différentes manières dont on acquiert la propriété**. Claramente este esquema está inspirado en el sistema gayano-justiniano de **personae** y **res**, subdivididas éstas en **corporales** e **incorporales**, dentro de las cuales encuentran cabida los derechos reales, las sucesiones y las obligaciones. En el cuadro de las **res**, empero, la institución fundamental es la propiedad y es con base en ella que se articula su sistema, a saber: modificaciones a la propiedad (derechos reales) y adquisición de la propiedad (sucesiones y obligaciones, porque el código concibe que la adquisición de la propiedad puede ser un efecto de las obligaciones).

¹⁴⁸ Literatura general: para las tentativas de fijar el derecho en la época moderna: CAUVIÈRE, Henry, *L'idée de codification en France avant la rédaction du Code Civil* (Paris, Rousseau, 1919); VAN KAN, Jean, *Les efforts de codification en France. Étude historique et psychologique* (Paris, Rousseau, 1929), pp. 267 ss., 368 ss.; WILHELM, Walter, *Gesetzgebung und Kodifikation in Frankreich im 17. und 18. Jahrhundert, en Jus Commune I* (1967), pp. 241 ss.; para la codificación napoleónica: SOLARI, Gioele, *Filosofía del derecho privado* cit. (n. 144), I, pp. 117 ss.; WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgesch.* cit. (n. 139), pp. 339 ss. (*Historia*, pp. 312 ss.); HOLTTHÖFER, Ernst, *Kodifikation und Gesetzgebung des allgemeinen Privatrecht: Frankreich*, en COING, H. (ed.), *Handbuch III: Das 19. Jahrhundert, Erster Teilband: Gesetzgebung zum allgemeinen Privatrecht*, pp. 863 ss.; DEZZA, Ettore, *Lezioni di storia della codificazione civile. Il Code Civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)* (Torino, Giappichelli [1998]), pp. 5-59. Para las fuentes doctrinales del código: ARNAUD, André-Jean, *Les origines doctrinales du Code Civil français* (Paris, LGLJ, 1969); para los esfuerzos codificadores de la Revolución antes de 1800, ahora: HALPERIN, Jean Louis, *L'impossible Code Civil* (Paris, PUF, 1992).

El **Code Civil** representó el tipo más acabado de código iusnaturalista y el que llevó sus exigencias al mejor nivel, pero circunscribió la materia de un código civil a sólo las privatísticas, dejando a un lado el modelo del ALPS. Los ideales de generalidad, brevedad (en contraste con el mismo ALPS.), concisión y claridad fueron alcanzados muy satisfactoriamente. Pero sobretodo es en el fondo en donde se observa esta influencia, pues el **Code Civil** logró definitivamente la unificación del sujeto de derecho (el hombre) y no conservó vestigio alguno de las limitaciones exógenas a la propiedad, a la circulación de los bienes y a la libertad de contratación, lo que ciertamente pudo hacer gracias a que la Revolución ya le había despejado el camino cuando abolió el antiguo régimen económico-social.

b) También la codificación austriaca se llevó a cabo a fuerza de proyectos sucesivamente fracasados hasta lograrse el éxito final. En 1753, la emperatriz María Teresa designó una **Kompilationskommission** para la confección de un **Codex Thesianus iuris civilis** sobre la base del derecho nacional, el común y el de la razón, con carácter general, mas no para todo el Imperio sino sólo para los estados hereditarios de la casa de Habsburgo (Austria, Estiria, Tirol, Bohemia, Moravia y Silesia). El personaje dominante de esta comisión fue Joseph von Azzoni (1712-1760), quien elaboró el esquema; a su muerte fue sucedido por Johann Bernhard Zenker. Sus trabajos eran revisados por otra comisión y se dieron por terminados en 1766, con el voluminoso proyecto de un **Codex Thesianus**. Pero la emperatriz lo rechazó, atendidas las resistencias que suscitara y por su longitud y oscuridad.

En 1772 la soberana formó una nueva comisión dotada con instrucciones precisas de elaborar un proyecto con caracteres de brevedad, claridad y generalidad, de simplificar la legislación y de no ceñirse exclusivamente al Derecho romano para preferir los principios naturales del Derecho. El jurista predominante fue esta vez Bernhard Herten, redactor principal del proyecto. El 1 de noviembre de 1786, el Emperador José II pudo promulgar un **Josefinische Gesetzbuch**, limitado empero al solo derecho de personas y familia en 293 artículos. Se pensaba en continuar, pero los trabajos de la comisión fueron suspendidos en 1787.

Leopoldo II designó una **Hofkommission in Gesetzsachen** que reemplazó a la que había creado María Teresa y la hizo presidir por el jurista y profesor Carl Anton von Martini (1726-1800). El proyecto resultante resultó ser casi su obra exclusiva y fue puesto en vigor, a modo de experimento, el 13 de febrero de 1797 en los territorios de la Galitzia occidental (poco después en la oriental)¹⁴⁹, por lo cual suele denominársele **Westgalizisches Gesetzbuch**.

Paralelamente se inició el examen de la obra de Martini, quien se retiró en 1797. En dicha revisión tomaron parte las universidades, las provincias y los tribunales. El

¹⁴⁹ Región de variadas andanzas, antiguamente perteneciente a Polonia, después a Austria y actualmente a Ucrania.

material acumulado fue encargado a una **Hofkammer** en 1801, de la que formaba parte Franz von Zeiller (1753-1828); a él correspondería la elaboración del nuevo proyecto, cuya difícil revisión tuvo lugar entre fines de 1801 y principios de 1810 a través de 174 sesiones. Finalmente, el 7 de julio de 1810 fue sancionado como **Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch** para entrar en vigencia al año siguiente, primero en los territorios hereditarios de la Corona y sucesivamente en otras partes del imperio¹⁵⁰.

El ABGB. consta de una Introducción (**Einleitung**) sobre las leyes civiles en general y de 3 partes con 1.502 artículos. La primera está destinada al derecho de las personas y a la familia (**Von den Personenrechte**). La segunda, al derecho de cosas (**Von den Sachenrechte**), y aparece dividida en dos libros: el libro I está destinado a los derechos reales (**Von den dinglichen Rechten**) y trata de la clasificación de las cosas, la propiedad, la adquisición de ésta, la prenda, las servidumbres (reales o servidumbres prediales y personales: usufructo, uso, habitación), las sucesiones, la copropiedad; el libro II trata de los derechos personales (**Von den persönlichen Rechten**): contratos y actos jurídicos, contratos típicos, indemnización del daño. La tercera parte contiene disposiciones comunes a los derechos reales y personales (**Von den gemeinschaftlichen Bestimmungen der Personen– und Sachenrechte**): consolidación, modificación, extinción y prescripción.

Porque ya contaba con el precedente del código francés, en el área germánica el ABGB. superó en concisión, precisión y sequedad de estilo al ALPS. y desde luego en brevedad, determinada también por haberse limitado a ser un código de derecho civil y no de todo el derecho como aquél. El ABGB. se abstuvo, pues, de exponer la casuística y omitió las disquisiciones doctrinarias; abandonó también el tono paternalístico y admonitorio que eran una característica del ALPS.

6. Sexta etapa: la expansión (siglo XIX).

La promulgación del **Code Civil** causó, como ningún otro código anterior ni posterior; una gran impresión en los espíritus. Exteriormente, esta impresión quedó asociada al prestigio político-militar de que Napoleón gozó no sólo en su patria; pero también a circunstancias más positivas, como el hecho de que varias naciones fueron obligadas a "probar" el nuevo código. A medida que se iban formando y ampliando el "Grand Empire" y sus zonas de influencia, aquél fue introducido o impuesto en

¹⁵⁰ Literatura general: HARRAS Ritt. v. HARRASOWSKY, Philipp, *Geschichte der Codification des österreichischen Civilrechtes* (Wien, Manz, 1868); SOLARI, G., *Filosofía del derecho privado* cit. (n. 144), I, pp. 266 ss.; WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgesch.* cit. (n. 139), pp. 335 ss. (*Historia*, pp. 307 ss.); DÖLEMAYER, Barbara, Ernst, *Kodifikation und Gesetzgebung des allgemeinen Privatrecht: Frankreich*, en COING, H. (ed.), *Handbuch III: Das 19. Jahrhundert, Zweiter Teilband: Gesetzgebung zum allgemeinen Privatrecht und zum Verfahrensrecht*, pp. 1775 ss.; TARELLO, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna* cit. (n. 108), pp. 506 ss.; OGRIS, Werner, *Die Wissenschaft des gemeinen römischen Rechts und das österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch*, en *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert* (Frankfurt a. M., Klostermann, 1974), pp. 153 ss.; Dezza, Ettore, *Lezioni di storia della codificazione civile. Il Code Civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)* (Torino, Giappichelli [1998]), pp. 95-119.

sus diferentes secciones, como Westfalia, y muchos otros Estados alemanes, Holanda, Bélgica, Luxemburgo, los Estados polacos o los Estados italianos. Que no se trató únicamente de un hecho de fuerza, quedó demostrado cuando, ya pasada la era de Napoleón, algunos países se dieron códigos nuevos que, sin embargo, terminaron por ser adaptaciones del de 1804, como Holanda y Piamonte-Cerdeña, ambos en 1838, o, más tardíamente, el reino de Italia unido en 1865.

Como hemos visto, ese código no fue el primero. En el siglo XVIII, la codificación tuvo su epicentro en el área germánica, pero no fueron las codificaciones germánicas, como la de Prusia de 1794 o las tempranas de Austria, de los llamados *Josefinische Gesetzbuch*, de 1786, y *Westgalizisches Gesetzbuch*, de 1797, antes mencionados ni, en fin, el poco posterior *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, de 1811, las que contribuyeron a difundir la idea, sino el código francés mismo. En primer lugar, conspiró la lengua alemana en que estaban redactados aquéllos. La magnitud del código prusiano y la parvedad del austriaco, y el lenguaje demasiado abstracto de ambos también fueron otros elementos en contra. Justo al revés, el código de 1804 estaba redactado en una lengua de frecuente conocimiento en todos los países, fue compuesto con una dimensión no excesiva ni defectuosa, y en un lenguaje concreto, en general claro, preciso y conciso. Tales factores hicieron su celebridad y pusieron al trasluz sus numerosos vacíos y el carácter incompleto de muchas de sus regulaciones, producto del apresuramiento con que fue compuesto.

Claramente, el siglo XIX fue el siglo del código francés; pero, independientemente de haber servido de modelo concreto tantas veces, fue la idea de codificar la que él contribuyó a difundir por Europa¹⁵¹ e Iberoamérica¹⁵² a lo largo del siglo XIX.

Ahora bien, aunque ese cuerpo legal no hubiera existido, la idea de codificación y su ejecución igualmente se hubiesen difundido, aunque tal vez con menor velocidad. En realidad, habría resultado bastante que la codificación se ejecutara en un país, para que, tarde o temprano, el ejemplo incidiese en los demás. Esa idea, aunque tuvo su principal centro de maduración en el área germánica, en realidad fue una composición a la que contribuyeron juristas, pensadores, políticos e intelectuales de muchos países, y en todos tuvo su efecto, así que nada la hubiera podido detener; a lo más, tan sólo retrasar, como en España, en donde la existencia de los derechos forales resistentes a la emisión de un código general postergó la codificación hasta 1889.

¹⁵¹ Véase COING, Helmut (editor), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* (München, Beck, 1982), III: *Das 19. Jahrhundert*, I: *Gesetzgebung zum allgemeinen Privatrecht*, 2: *Gesetzgebung zum allgemeinen Privatrecht und zum Verfahrensrecht*, para cada país de los antes designados.

¹⁵² Véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La influencia del Código Civil francés en las codificaciones americanas*, en *L'avenir de la codification en France et en Amérique Latine. El futuro de la codificación en Francia y en América latina. Actas de congreso* (Senat de France-Association Andrés Bello des Juristes Franco-Latino-Américains, Paris, 2004), pp. 47 ss., ahora en GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Historia de la codificación en Iberoamérica*, (Cizur Menor [Pamplona, Navarra], Thomson-Aranzadi, 2006), "Apéndice" II, pp. 423 ss. Véase también: RAMOS NÚÑEZ, Carlos, *El Código napoleónico y su recepción en América latina* (Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997).

EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE
RESPONSABILIDAD PERSONAL POR EL HECHO PROPIO.
MANIFESTACIONES CUANTITATIVAS

*THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF PERSONAL LIABILITY
BY STOPEL. QUANTITATIVE MANIFESTATIONS*

Rev. boliv. de derecho n° 9, enero 2010, ISSN: 2070-8157, pp. 204-239



Antonio
CUERDA
RIEZU

RESUMEN: Es objeto de atención el principio de responsabilidad personal por hecho propio, también conocido como principio de personalidad de las penas. Dentro de la amplia gama de manifestaciones de esta garantía constitucional se abordan a continuación las de carácter cuantitativo, esto es, las que impiden una acumulación indebida de responsabilidad penal en dos o más sujetos por un mismo hecho. Tras el análisis de los elementos que delimitan el ámbito de aplicación del principio (persona responsable / hecho / consecuencia jurídico-penal), se analizan otras consecuencias y la posible contradicción del referido principio con algunos preceptos del Código Penal español.

Este artículo ha sido escrito para el Libro que será editado en Homenaje a Juan Bustos. Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación del Ministerio de Educación y Ciencia DER2008-05980/JURI, del que soy Investigador principal.

A la memoria de *Juan Bustos*, penalista honesto y socialista comprometido

PALABRAS CLAVE: Garantías constitucionales penales, Principio de legalidad penal, Responsabilidad penal, Personalidad de las penas, Prohibición de castigos colectivos por hechos individuales.

ABSTRACT: *It is focus of attention the principle of personal responsibility by actum propium, also know as principle of the personality of sanctions. Among the many manifestations of this constitutional guarantee, this articles develops the ones of quantitative character, that is to say, the ones which forbid the improper accumulation of criminal responsibility in two or more subjects for the same crime. After the analysis of the facts that define the scope of application of the principle (responsible subject/fact/ criminal consequence), other consequences are also analyzed, including some contradictions between this principle and the Spanish Criminal Code.*

KEY WORDS: *Constitutional criminal guarantees, Principle of criminal legality, Criminal responsibility, Personality of the sanctions, Prohibition of collective punishment by individual crimes.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. ÁMBITO DE APLICACIÓN: 1. La persona responsable: A) Persona física ¿y también persona jurídica? B) ¿Dignidad de la persona jurídica? C) El principio de la responsabilidad personal por el hecho propio y la codelincuencia. 2. El hecho propio constitutivo de delito o falta: A) Supuestos de culpa in eligendo o culpa in vigilando respecto a un hecho cometido por otro sujeto. B) Casos en que la realización de un hecho H-1 por un sujeto A es sucedida por la realización de un hecho H-2 por otro sujeto B, que supone la prolongación o el incremento del estado antijurídico originado por H-1. C) Supuestos consistentes en la omisión de controlar la conducta de otros sujetos. D) Participación elevada a la categoría de autoría. 3. La consecuencia jurídico-penal.- II. MANIFESTACIONES CUANTITATIVAS: 1. La prohibición de los castigos colectivos por hechos individuales. 2. La contradicción de la responsabilidad subsidiaria y en cascada del artículo 30.2 y 3 del Código Penal con el principio de la responsabilidad personal por el hecho propio. 3. La necesidad de garantizar la atenuación de la responsabilidad del autor por la intervención concomitante de la víctima. 4. El artículo 31.2 del Código Penal.

I. INTRODUCCIÓN

En el Libro Homenaje a Jorge de Figueiredo Dias me ocupé de las coordenadas básicas de este principio, así como de sus manifestaciones cualitativas. Debo aclarar que por manifestaciones cualitativas entiendo aquellas en las que, de manera predominante, se produce una *transferencia indebida* de la responsabilidad penal de un sujeto a otro. Sin embargo las manifestaciones cuantitativas, a las que me quiero dedicar ahora, se caracterizan por la circunstancia de que suponen, de forma preponderante, una *acumulación indebida* de responsabilidad penal en dos o más sujetos, cuando sólo uno de ellos debe ser considerado jurídico-penalmente responsable del hecho. Pero ya en aquel trabajo advertí que la distinción entre la dimensión cualitativa y la cuantitativa del principio obedecía más a razones didácticas y expositivas que a motivos de fondo.

Las manifestaciones cuantitativas del principio parten de la necesaria relación que ha de existir entre la persona responsable y el hecho, de tal forma que éste pueda ser considerado como “propio”. A estos efectos, dicha relación puede ser configurada de acuerdo con dos modelos distintos: un primer modelo, que cabría denominar “estricto”, y un segundo modelo que puede ser calificado de “flexible”.

El primer modelo, el más “estricto”, considera que un hecho es ajeno cuando el hecho ya es propio de alguna persona. De acuerdo con este planteamiento, la reflexión inicial sería la siguiente: una vez que se ha determinado que una persona (o varias personas) es (o son) responsable(s) de un hecho, no es posible que otro u otros respondan por el mismo hecho. Es decir, que la relación entre la persona responsable y el hecho implica tal adherencia o propiedad, tal estrecha correspondencia, que impide que terceros puedan ser declarados responsables de ese mismo hecho. Es, pues, una relación excluyente, en el sentido de que no se

• Antonio Cuerda Riezu

Catedrático de Derecho Penal, Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)

puede afirmar que un hecho es propio de una persona, cuando también puede serlo de otra u otras. Utilizando el símbolo - extraído del Derecho privado- de la propiedad, cabría afirmar a partir de este modelo que no cabría que existieran dos o más propietarios plenamente independientes sobre el total de la misma cosa, es decir y aplicándolo a los términos del debate que aquí interesa, que no es posible que un mismo hecho sea atribuido en su integridad a un responsable y además a otro responsable independiente del anterior:

Por el contrario, el modelo flexible de relación entre una persona y un hecho presupone una correspondencia menos intensa. De acuerdo con este modelo, si un hecho H-1 es atribuible como hecho antijurídico y culpable a una persona A, y no es atribuible a una persona B, esta persona B no puede ser declarada penalmente responsable de H-1, y si lo fuera de forma indebida, al sujeto B se le estaría ocasionando una vulneración del principio; dicho en otros términos: a B se le estaría obligando a responder por un hecho ajeno. Pero si el hecho H-2 es atribuible tanto a la persona A como a la persona B, la atribución de responsabilidad plena a ambos sujetos, A y B, no contradice el principio de responsabilidad personal en su manifestación cuantitativa, ya que el hecho es propio respecto al sujeto A, pero también lo es en referencia a la persona B.

Por mi parte, opino lo siguiente: La relación entre una persona y un hecho depende en una medida decisiva de los tipos en juego. Nada impide que el legislador disponga, en relación con un mismo bien jurídico, un delito de resultado y un delito de peligro para proteger en mayor medida el bien jurídico en cuestión. Pero en tal caso, la realidad fáctica determinada por cada uno de esos tipos no es la misma, es decir, los hechos no son idénticos. De modo que un sujeto A puede responder por el hecho H-1 delimitado por el delito de peligro y otro sujeto B puede responder por el hecho H-2 delimitado por el delito de resultado, sin que en tal hipótesis se esté haciendo responder a cada uno de ellos por un hecho ajeno. En realidad, en tal hipótesis al responder cada uno por **su** hecho -distinto al hecho del que es responsable el otro sujeto- no se está respondiendo por el hecho de otro.

De otro lado, el principio de responsabilidad personal por el hecho propio no obliga forzosamente a que el legislador prevea un concepto restrictivo de autor; por el contrario: no creo que un concepto unitario de autor fuera incompatible con este principio. El concepto unitario de autor significaría, en el contexto de problemas del que me estoy ocupando, que no se diferenciaría entre autores y partícipes, lo que implicaría que respecto de un mismo hecho serían posibles tantos autores como intervinientes hubiera en el mismo. Pero si el hecho fuera imputable a todos esos sujetos en cuanto autores, ninguno de ellos estaría respondiendo por un hecho ajeno.

En definitiva, lo que a mi entender impone el principio de responsabilidad por el hecho propio es un modelo flexible de relación entre el sujeto responsable y el hecho, de modo que el hecho debe ser atribuible -en cuanto conducta antijurídica y culpable- al responsable del mismo. Ahora bien si la ley penal adopta un concepto restrictivo de autor -lo que representa una opción político-criminal no exigida forzosamente por el principio del que me ocupo¹-, concepto que obliga a distinguir entre autores y partícipes, resulta contrario al principio de responsabilidad personal por hechos propios admitir que un mismo e idéntico hecho delimitado por un único tipo pueda ser imputado a título de autor directo a dos sujetos distintos, dejando a salvo, claro está, la hipótesis de la coautoría y de la coautoría accesoria, en cuanto suponen que un mismo hecho es imputable de forma compartida a dos o más individuos (con o sin acuerdo mutuo). Una legislación penal con estas características no puede admitir, empleando de nuevo el símil de la propiedad, que un mismo hecho sea propiedad plena e independiente de dos más personas.

Las manifestaciones que yo denomino cuantitativas no han sido objeto de atención por parte de la doctrina del Tribunal Constitucional, pero sí se desprenden del concepto del principio que ha sido diseñado por el referido Tribunal. Por ello, creo que también deben ser analizadas. Antes de pasar a detallarlas, me ocuparé del ámbito de aplicación del principio.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

En mi trabajo sobre este principio y sobre las manifestaciones cualitativas del mismo en el *Homenaje a Figueiredo* puse de relieve que el principio se asemeja a un triángulo en el que los tres lados guardan una estricta correspondencia entre sí, de tal manera que empleando términos matemáticos podría decirse que manifiestan una función biyectiva. Estos tres elementos son: a) la persona responsable; b) el delito; y c) la pena o medida de seguridad. Creo que el ámbito de aplicación del principio, ante todo en su vertiente cuantitativa, puede precisarse con unos contornos más definidos si se consiguiera determinar con la mayor exactitud posible cada uno de esos tres elementos. Empezaré con la persona o personas que se pueden beneficiar de las garantías derivadas de este principio.

I. La persona responsable

He denominado a este principio de “responsabilidad *personal*”, lo que implica que sólo se puede hacer responsable a una persona de sus propios hechos, es decir no a una cosa ni a un animal.

¹ En mi opinión, la preferencia por un concepto más restrictivo de autor, en detrimento de un concepto unitario o incluso extensivo de autor, no viene necesariamente impuesta por el principio que estoy estudiando; se trata más bien de una opción político-criminal, que puede ser valorada positivamente desde el punto de vista de otros principios, como el de legalidad, el de proporcionalidad o el de seguridad jurídica.

La persona que interesa a estos efectos es la persona a la que se imputa la infracción, esto es, la persona que ha cometido el delito o falta, la persona que infringe la norma. El intento de Alejandro Nieto de distinguir entre el infractor y el responsable² puede ser considerado como un método sutil de no exigir en Derecho administrativo la culpabilidad a las personas jurídicas y, sin embargo, imponerles la sanción como consecuencia de la infracción cometida por la persona física que actúa en el seno de aquéllas, pero ello supone en definitiva una decidida andanada en la línea de flotación del principio de responsabilidad por el propio hecho. Si en Derecho penal, al no infractor le imponemos la pena que corresponde al verdadero infractor; le estamos haciendo responsable de un hecho ajeno, y como consecuencia de ello el barco del principio del que me ocupo se va a pique, por mucho que al no infractor le pongamos el rótulo de "responsable" (cuando en realidad no lo es, y sólo se trata de una entidad susceptible de cumplir una pena)³.

Una vez sentado que sólo la persona infractora puede ser declarada persona responsable, hay que advertir que en este terreno se plantean varios problemas. Por un lado, es preciso tratar la cuestión de si el principio del que me ocupo abarca a la persona jurídica. Por otro lado, y si se responde afirmativamente a tal cuestión, habrá que plantear si la persona jurídica es susceptible de ser titular de "dignidad". Por último, se suscita la relación entre este principio y los criterios que inspiran la regulación legal de la autoría y la participación.

A) Persona física ¿y también persona jurídica?

Para saber si el principio de responsabilidad por el hecho propio alcanza a las personas jurídicas, es preciso determinar -aunque no sea un objetivo básico de este trabajo- si las personas jurídicas son susceptibles de ser declaradas responsables de un delito.

La evolución del Derecho penal pone de manifiesto que -dejando a un lado los procesos seguidos contra animales u objetos inanimados y las penas impuestas a unos y otros-, la responsabilidad se anuda inicialmente y a lo largo de la Edad Media y la Edad Moderna tanto al ser humano individual como a las familias o agrupaciones de personas; y que progresivamente, a partir del triunfo de las ideas de la Ilustración, se produce una depuración en el ámbito de los sujetos susceptibles de ser declarados penalmente responsables, expulsando del ámbito de aplicación del Derecho penal a las personas jurídicas. En la actualidad parece que el círculo vuelve a cerrarse, en el sentido de retornar al punto de partida, en cuanto que las

² Cfr. Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 4ª ed., Madrid, 2005, Edit. Tecnos, pp. 429, 449-451 y especialmente 455-468.

³ En la ciencia del Derecho administrativo se manifiesta también críticamente contra la tesis de NIETO, A. DE PALMA DEL TESO, *El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, 1996, Tecnos, pp. 88-92.

normas penales actualmente vigentes en España prevén la imposición de sanciones penales a las personas jurídicas. El hecho de que las sanciones imponibles a las personas jurídicas no siempre reciban la denominación de “penas” -como ocurre en el artículo 129 del Código Penal, donde tales sanciones son designadas con el rótulo de “consecuencias accesorias”-, no es un obstáculo para afirmar su naturaleza penal.

Generalmente la forma en que se aborda si es posible establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas responde a una metodología analógica y horizontal, que se plantea la pregunta siguiente: ¿es posible que el esquema de responsabilidad penal ideado para las personas físicas sea aplicable también a las personas jurídicas? Tal forma de proceder representa un planteamiento horizontal y analógico, porque el método consiste en averiguar si lo que rige para unos debe valer también, más o menos en igualdad de condiciones, para otros.

Desde el punto de vista constitucional, creo que la metodología ha de ser distinta: vertical y no necesariamente analógica. Desde esta perspectiva la pregunta decisiva es esta: ¿sería contrario a la Constitución que la ley estableciera la responsabilidad penal de las personas jurídicas? Si la respuesta a este interrogante fuera negativa, entonces cabría un método no descendente, sino ascendente, es decir, de abajo hacia arriba; o con otras palabras: partir de la consecuencia jurídica impuesta a la persona jurídica para elaborar una teoría de la responsabilidad que origina tal consecuencia jurídica. Con esta metodología, una vez que se prevé una sanción para las personas jurídicas, cabe preguntarse cuáles son los requisitos para determinar que una sociedad ha infringido una norma penal: si son los mismos que los de la teoría jurídica del delito desarrollada y construida laboriosamente por la doctrina y jurisprudencia para la persona física o bien hay que desarrollar unos requisitos distintos, diseñando un modelo de teoría jurídica del delito -parcial o totalmente distinto- para la persona jurídica. La teoría jurídica del delito no es un dogma de fe, sino que se corresponde con un concreto sistema normativo, de modo que si se modifica éste, también tendrá que alterarse aquélla⁴!

Por mi parte, creo que no hay nada en la Constitución que prohíba la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A veces se alega que la existencia de dolo e imprudencia no sería trasladable a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Es cierto que en su Sentencia 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2, el Tribunal Constitucional ha extendido, con las necesarias matizaciones, la exigencia

⁴ En sentido similar, opina S. MIR PUIG, “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO / M. GURDIEL SIERRA / E. CORTÉS BECHIARELLI, *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, Tirant lo Blanch, p. 750: “Sin embargo, la teoría jurídica del delito que ha elaborado nuestra dogmática no es la única posible desde un punto de vista lógico. No hay un concepto ontológico del delito. Del mismo modo que hemos desarrollado un concepto del delito como obra del hombre, podemos construir otro concepto del delito en el que también tengan cabida actuaciones de colectivos y la imputación a una persona jurídica de la actuación de determinadas personas físicas. Ello es lógicamente posible [...]”.

de dolo o imprudencia también para las sanciones administrativas que se impongan a las personas jurídicas, pero desde luego ello no impide que la ley penal prevea la condena penal de una persona jurídica. Por otro lado, aunque muchos autores, y también la mayoría de las resoluciones del Tribunal Constitucional, engloban dentro del principio de culpabilidad tanto la exigencia de dolo e imprudencia (que algunos denominamos principio de responsabilidad subjetiva) como el principio de responsabilidad personal por el hecho propio, en mi opinión son dos principios distintos, habiendo adquirido cada uno de ellos autonomía respecto del otro. Lo que ocurre es que si se permite que un tercero responda por el hecho ajeno y no imputable a él, carece de sentido examinar el posible dolo e imprudencia de ese tercero respecto a tal hecho no cometido por él, como también carece de sentido determinar si ha realizado un hecho antijurídico o si es culpable, pues en ningún caso se cumplirán tales requisitos. Es decir, que si se vulnera el principio de la responsabilidad personal por el propio hecho, también resultará vulnerada la exigencia de que el sujeto haya actuado con dolo o imprudencia.

Creo que las voces más críticas contra la responsabilidad de las personas jurídicas se pronuncian en ese sentido de repulsa porque, aunque no lo expresen de manera manifiesta, se están planteando la responsabilidad penal y plena de esa persona jurídica, a título de autor y sancionada con una pena. Pero junto a esta hipótesis que es la que más rechazo parece suscitar, existen otros modelos de responsabilidad y de sanción que tal vez puedan ser asumidos sin tantos recelos, y sin incurrir en una vulneración del principio de responsabilidad personal por el hecho propio. Dejando de lado las posibilidades que ofrece el Derecho administrativo sancionador y centrándome en el Derecho penal, tales hipótesis son las siguientes:

a) Que la ley prevea tipos legales específicos para la persona jurídica consistentes en *culpa in eligendo* o *culpa in vigilando*, de manera que el hecho que se imputara en concepto de autor a la persona jurídica manifestara un injusto distinto al hecho que se imputara a la persona física. En este contexto el término latino *culpa* no es sinónimo de imprudencia, sino equivalente a responsabilidad, responsabilidad bien por un defecto en la elección de una persona bien por la ausencia de vigilancia o control. En ambos casos -*culpa in eligendo* y *culpa in vigilando*-, la penalidad para la persona jurídica podría ser inferior a la de la persona física, para que se tenga en cuenta que no todas las personas físicas que se integran en la persona jurídica han contribuido a la realización del hecho punible⁵. En cualquier caso, esta solución garantiza el respeto al principio de responsabilidad por el hecho propio.

⁵ Críticamente sobre esta consecuencia: S. MIR PUIG, en E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO / M. GURDIEL SIERRA / E. CORTÉS BECHIARELLI, *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, cit., p. 753 s.; y en referencia al Anteproyecto de 2008, E. GIMBERNAT ORDEIG, *Estado de Derecho y ley penal*, Madrid, 2009, La Ley, p. 216. Por el contrario, rechazan esta crítica: J. M. ZUGALDÍA ESPINAR, "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español (Requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal)", en G. QUINTERO OLIVARES / F. MORALES PRATS

b) Estimar que la persona jurídica no es autora, sino **partícipe** del mismo hecho realizado por la persona física, en cuanto que induce a la persona física o coopera (de manera necesaria o no necesaria) con ésta para la comisión del hecho punible⁶. De esta manera se garantiza que respondiendo ambos -persona física y persona jurídica- no resulta vulnerado el principio de la responsabilidad personal por el hecho propio, ya que -como veremos más adelante con más detenimiento- ambos comparten el mismo hecho; o incluso podría decirse que el hecho de la participación (por ejemplo, inducir a un delito fiscal) no es el mismo que el hecho de la autoría (cometer el delito fiscal). **De lege ferenda** yo propondría que en los casos en que fuera muy escasa la implicación de la persona jurídica, la pena impuesta a ésta fuera siempre menor que la que se imponga a la persona física autora del hecho, para salvaguardar así los principios de igualdad (que exige castigar de manera desigual lo que es desigual) y proporcionalidad.

c) Considerar no culpable (entendiendo la culpabilidad aquí en sentido estricto, esto es, como requisito de la responsabilidad penal, equivalente a imputación personal) a la persona jurídica que participa en el hecho cometido como autor por una persona física, pero sí peligrosa en atención a la posibilidad de facilitar o no impedir hechos semejantes en el futuro, de modo que habría que imponer a la persona jurídica no una pena sino una **medida de seguridad**⁷. Esta no es exactamente la solución acogida por el artículo

(Coordinadores), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Elcano, 2001, Aranzadi, p. 889, quien destaca que el mismo problema se produce cuando se impone una sanción administrativa o una medida de seguridad; A. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008, Lustel, p. 107 ss., y aún más contundente en p. 282 s, quien apunta (p. 109) la posibilidad del Derecho norteamericano de que los socios puedan entablar acciones de responsabilidad civil contra los administradores como consecuencia de las sanciones que se han impuesto a la empresa. Pero en mi opinión, si se trasladara esa posibilidad al Derecho español, se estaría tratando a la pena (y por lo tanto, con naturaleza jurídico-pública) impuesta a la persona jurídica como si fuera una consecuencia jurídica del Derecho privado.

⁶ *De lege ferenda*, A. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., pp. 154-1555, rechaza la posibilidad de distinguir en la responsabilidad de empresa entre autoría y participación. Ahora bien, *de lege lata* y puesto que la ley distingue, no hay más remedio que distinguir.

⁷ Admite la posibilidad de imponer medidas de seguridad a las personas jurídicas, C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid-Barcelona, 2005, p. 74: "resulta mucho más adecuado -y por ello se aboga aquí- la creación de un *Derecho penal de doble vía*; es decir, donde existan penas fundamentadas en la culpabilidad y medidas de seguridad basadas en la peligrosidad". La normativa comunitaria normalmente obliga a los Estados miembros a imponer "sanciones" a las personas jurídicas, bien sin especificar la naturaleza concreta de las mismas, bien indicando que pueden ser penales o administrativas, es decir, sin que se exija forzosamente el carácter penal de tales sanciones, y sólo en casos especialmente graves se refiere a la necesidad de prever penas. Así ocurre: en el art. 9.1 de la Decisión Marco del Consejo sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro, D.O.C.E. n° L 149, de 14-6-2000, con modificaciones posteriores ("sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o administrativo y podrán incluir otras sanciones"); en el art. 9 del Reglamento sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo, de 27-12-2001, D.O.C.E. n° L 344/70, de 28-12-2001 ("las sanciones deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias"); en el art. 5 de la Decisión Marco relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, de 19-7-2002 ("sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o administrativo que podrán incluir otras sanciones"); en el art. 3.1 de la Decisión Marco del Consejo destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, de 28-11-2002, D.O.C.E. n° L 328, de 5-12-2002 ("sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o administrativo, y podrán incluir otras sanciones"); en el art.

129 del vigente Código Penal, ya que este precepto prevé consecuencias accesorias; pues bien, precisamente tal accesoriedad está presuponiendo otra responsabilidad principal y autónoma; es decir, para el artículo 129 mencionado, ambos responsables, tanto el principal (persona física) como el responsable accesorio (persona jurídica), son autores independientes del mismo hecho. Por ello, a mi juicio el artículo en cuestión es -en un sistema como el actualmente vigente, en el que rige un concepto restrictivo de autor- muy discutible desde la perspectiva del principio de responsabilidad personal por el hecho propio.

Miguel Bajo Fernández opina que el principio de responsabilidad por el hecho propio -o principio de personalidad de las penas- no rige cuando se trata de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas⁸. Ahora bien, hay que tener en cuenta que la responsabilidad por el hecho ajeno puede afectar en el ámbito penal de forma cumulativa a otro sujeto. Tales supuestos cumulativos deberían adoptar alguna de las siguientes modalidades:

1ª) persona *física* y persona *física*, consideradas indebidamente responsables del mismo hecho;

2ª) persona *física* y persona *jurídica*, consideradas indebidamente responsables del mismo hecho;

3ª) persona *jurídica* y persona *jurídica*, consideradas indebidamente responsables del mismo hecho.

Pues bien, parece indudable que el principio regiría en toda su extensión en la primera modalidad, y creo que el propio Bajo Fernández asumiría sin vacilaciones esta afirmación. Pero si se admite la vigencia del principio en esa primera modalidad, no tiene sentido negar la efectividad del mismo en la segunda modalidad

6.1 de la Decisión Marco relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, de 22-7-2003, D.O.C.E. n° L 192 de 31-7-2003 ("sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o administrativo, y que podrán incluir otras sanciones"); en el art. 7.1 de la Decisión Marco relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, de 22-12-2003, D.O.C.E. n° 13, de 20-1-2004 ("sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o administrativo, y en su caso, otras sanciones"); etc. Excepcionalmente, el art. 8 de la Decisión Marco sobre la lucha contra el terrorismo, de 13-6-2002, D.O.C.E. n° L 164/3, de 22-6-2002, con no demasiada claridad, indica que se deberán establecer para las personas jurídicas "penas efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o administrativo y, en su caso, otras sanciones". Ocurre algo semejante en el marco del Derecho internacional: así en la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, instrumento de ratificación de 9-6-2006, B.O.E. n° 171, de 19-7-2006, art. 26.2 ("la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa") y art. 26.4 ("sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias").

⁸ Cfr. M. BAJO FERNÁNDEZ, "La responsabilidad penal colectiva", en F.J.VIEIRA MORANTE, *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, VII, Madrid, 2006, Consejo General del Poder Judicial - Escuela Judicial, pp. 60-61.

(responsabilidad cumulativa indebida de persona física y de persona jurídica), ya que entonces sería legítimo desconocer el principio en algunos casos respecto a las personas físicas (sólo cuando la responsabilidad cumulativa se impone además a una persona jurídica, pero no cuando se impone además a una persona física), lo que constitucionalmente no parece asumible, ya que supondría una discriminación no suficientemente motivada y por tanto contraria al artículo 14 de la Constitución. Por último: si la prohibición de responder por hechos ajenos ha de regir en la segunda modalidad, tampoco se entiende que no deba regir en la tercera (responsabilidad cumulativa de dos personas jurídicas), ya que ¿cuál es la razón de que una persona jurídica X deba asumir la inexistente imputación de un hecho punible, que en realidad es imputable a la persona jurídica Z? Pienso que el *suum cuique tribuere* nos determina también aquí a asumir que el principio que obliga a responder sólo por los hechos propios despliega también sus efectos en la tercera modalidad de acumulación, al menos en el ámbito penal.

No obstante, la última palabra sobre la posibilidad de extender a las personas jurídicas el principio de responsabilidad personal por hechos propios la tiene, como es obvio, el Tribunal Constitucional. Es cierto que las garantías constitucionales aplicables a las infracciones penales son más extensas y más estrictas que las aplicables a las infracciones administrativas, y por tanto lo que rige para estas últimas no tiene por qué regir para aquéllas. Pese a ello, debo recordar aquí que el Alto Tribunal ha efectuado declaraciones contradictorias respecto a si las personas jurídicas se incluyen⁹ o no se incluyen¹⁰ en el ámbito de aplicación del principio que estoy estudiando, cuando se trata de infracciones administrativas, como ya examiné en mi trabajo sobre las manifestaciones cualitativas del mismo (apartado III.3). En consecuencia, tampoco es descartable que el Tribunal excluya a las personas jurídicas tanto del ámbito penal como del ámbito administrativo-sancionador del principio.

B) ¿Dignidad de la persona jurídica?

En mi artículo incluido en el *Libro Homenaje a Figueiredo* fundamento el principio del que me ocupo en la dignidad humana, prevista en el artículo 10.1 de la Constitución. Ahora bien, alguien podría alegar que como una persona jurídica no puede ser titular de la dignidad humana, tampoco puede disfrutar del principio de la responsabilidad personal por hechos propios¹¹. No obstante, creo que la idea de dignidad, obviamente sin el calificativo de "humana", puede predicarse igualmente

⁹ Así SSTC 219/1988, de 22 de noviembre; 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2; 146/1994, de 12 de mayo, FJ 4.

¹⁰ En este sentido SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 4 B); 331/2006, de 20 de noviembre, FJ 4, aunque no como *ratio decidendi* sino sólo como argumento a mayor abundamiento.

¹¹ En este sentido, cfr. A. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., pp. 117-118, quien relativiza la extensión de la dignidad a las personas jurídicas, con el argumento de que éstas no son un fin en sí mismas sino un instrumento. Sin embargo, no me parece suficientemente explicado por qué para este autor las personas jurídicas gozan de ciertos derechos fundamentales, como el de legalidad, la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, el *ne bis in idem* o el derecho a un proceso justo (op. cit., pp. 107 y 117-118), y en cambio no el principio constitucional de la dignidad.

de una persona jurídica. El Tribunal Constitucional, en el caso **Violeta Friedman**, STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 3, ha aceptado que los grupos étnicos, sociales o religiosos, así como los componentes de los mismos, son titulares del derecho al honor y a la dignidad; por ello, **a fortiori** ha de admitirse que las personas jurídicas son merecedoras de dignidad. En consecuencia, y puesto que las personas jurídicas gozan asimismo de dignidad, deben disfrutar correlativamente de las garantías incluidas en el principio de la responsabilidad personal por hechos propios. A mi entender no resulta razonable que una empresa deba soportar que le sea atribuido un hecho punible ajeno, que en realidad es imputable a otra persona jurídica.

Nuestra Constitución no incluye un precepto como párrafo primero del artículo 27 de la Constitución de la República Italiana, conforme al cual “La responsabilidad penal será personal”. Esta declaración ha determinado que en Italia la responsabilidad de las personas jurídicas se haya establecido en una normativa especial, el Decreto Legislativo n.º 231, de 2001, que contempla un modelo de sanciones exclusivamente administrativas. Ahora bien, si como mera hipótesis trasladáramos ese planteamiento a nuestro país, no creo que una eventual exigencia de responsabilidad “personal” acarrearía la consecuencia de impedir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues si éstas constituyen un centro de imputación, al que es susceptible de atribuirle hechos con relevancia jurídica, pueden merecer a estos efectos el título de “personas”.

C) El principio de la responsabilidad personal por el hecho propio y la codelincuencia

El castigo de diversos intervinientes en un mismo hecho no se opone al principio en cuestión. Siempre que un hecho pueda ser atribuido como hecho antijurídico y culpable (o utilizando otra terminología: siempre que haya imputación objetiva, subjetiva y personal), no hay óbice desde la perspectiva del principio de responsabilidad personal para responsabilizar a un autor o a varios coautores. El principio de responsabilidad personal por el hecho propio no exige que el responsable de un hecho sea único, sino que los responsables del mismo, sean éstos cuantos sean, tengan una relación de pertenencia respecto al hecho, en el sentido de que se les puede atribuir el hecho como propio. Por tanto, la ecuación “un solo hecho con varios responsables” es plenamente legítima.

La situación es algo distinta cuando entre los codelincuentes cabe distinguir entre un autor y otros partícipes. En estos casos, ni siquiera se cumple el presupuesto de la vulneración del principio de que se trate de un solo hecho cuya responsabilidad se pretende atribuir indebidamente a diferentes personas. En realidad, el hecho del autor y el hecho del partícipe no es el mismo: si A oprime el gatillo del revólver que le ha facilitado B para matar a la víctima, y ésta muere, la conducta del autor A no es la misma que la del cooperador necesario B, por mucho que el hecho realizado

por este cooperador, consistente en entregar el arma de fuego, aunque periférico a la conducta principal de disparar, vaya dirigido igualmente al resultado de muerte de la víctima.

Si el legislador asume un concepto restrictivo de autor, serán más frecuentes las hipótesis de un hecho imputable a un autor y, simultáneamente, a varios partícipes; el centro de imputación sigue siendo el hecho cometido por el autor, y los partícipes se comportan a modo de satélites de ese hecho principal. Pero si la ley penal se decidiera a favor de un concepto unitario o extensivo de autor (lo que según algunos ocurre en los delitos imprudentes), se repetirán las hipótesis de un solo hecho imputable a diferentes autores. En abstracto, ninguna de estas opciones vulnera el principio de responsabilidad personal por hechos propios, pero en concreto se pueden producir vulneraciones tanto con uno como con el otro sistema.

Sea cual fuere la opción por la que se decante la ley penal -bien concepto restrictivo, bien concepto unitario o extensivo-, la responsabilidad penal opera de forma bien diferente a la responsabilidad civil en relación con los distintos intervinientes en el hecho. En efecto, mientras que el Derecho civil establece modalidades de responsabilidad solidaria o mancomunada entre los responsables de un hecho, el Derecho penal no está legitimado para prever ni la solidaridad ni la responsabilidad repartida en cuotas de los codelincuentes, ya que se trata de una sanción como la pena, es decir, básicamente de la relación entre cada delincuente individual y el Estado. Por la comisión de un delito o falta, la norma penal no está legitimada para imponer una sola pena aunque repartida mediante cuotas entre los diferentes responsables (hipótesis de responsabilidad mancomunada); en efecto, una sola pena de prisión, establecida en la correspondiente consecuencia jurídica, no puede ser dividida entre tres sujetos, de modo que cada uno de ellos sólo cumpla un tercio de la estancia en un centro penitenciario. Ni tampoco está legitimada la norma jurídico-penal para imponer una pena de modo que el Estado pueda exigir a uno o a varios de los responsables que la cumpla sólo él por todos los demás o que la cumplan sólo algunos por todos los demás (hipótesis de la responsabilidad solidaria). Es más, incluso el Derecho penal español llega a imponer la misma pena a un autor y a dos modalidades de partícipes, ya que los inductores y los cooperadores necesarios son partícipes castigados de forma equivalente al autor.

En la dogmática jurídico-penal la figura de la autoría accesoria es admisible en la medida en que presupone que el hecho no es imputable individualmente a cada uno de los autores, pero sí lo es conjuntamente a ambos. Lo que impone el principio de responsabilidad personal por el propio hecho es que el autor accesorio tenga una responsabilidad inferior a la del autor individual, ya que a aquél no le pertenece enteramente el hecho, sino que su situación es similar a la de un copropietario en el ámbito civil.

En un ordenamiento en el que rigen conjuntamente el principio de responsabilidad personal por el propio hecho y un concepto restrictivo de autor, no plantea problemas la figura de la autoría accesoria, pero sí los puede plantear la construcción dogmática del autor detrás del autor (*der Täter hinter den Täter*), que Roxin y otros representantes de la ciencia penal asumen como figura de autoría mediata, ya que tal construcción supone que hay dos autores, uno directo y otro mediato, respecto a un mismo hecho, como dos propietarios plenos e independientes de una misma cosa¹². Distinta es la situación que contempla nuestro Código Penal en varios preceptos, cuando regula expresamente casos en los que se castiga al que realiza el hecho y al que ordena realizar el hecho, como ocurre en los artículos 610¹³; 611, 1^o¹⁴; y 614¹⁵, en los que se reitera la fórmula de “**realizar u ordenar realizar**”. En verdad se trata de dos hechos distintos, elevados a la condición de hechos cometidos a título de autor, de modo que la norma no impide que un sujeto A responda por “ordenar realizar” y otro sujeto B responda por “realizar”, sin que tal acumulación de responsabilidades represente una vulneración del principio de responsabilidad personal por hechos propios: A responde por **su** hecho y B responde por el **suyo**, que es distinto al de A.

Otra categoría de sujetos, prevista en el Código Penal, es la de “persona interpuesta”, contemplada en varios preceptos; todos ellos tienen en común que no califican tal categoría ni como figura de autoría ni como figura de participación, y tampoco la someten a ninguna consecuencia jurídica de naturaleza penal; así ocurre en los artículos 285.1; 305.1 a); 307.1 a); 419; 420; 439; 441; y 445.1. Pues bien, en la medida en que la “persona interpuesta” es un sujeto que no es susceptible de ser penalmente responsable, también resulta claro que no se le puede atribuir el hecho típico como propio.

Puede ocurrir -y ocurre con frecuencia en la práctica- que se juzgue a varios de los intervinientes en un hecho, pero no a todos, de modo que alguno de los autores o de los partícipes, que no han sido localizados, queden sin juzgar. Aquí podrá producir -o no- efectos el principio de cosa juzgada cuando estos autores o partícipes no enjuiciados anteriormente, sean hallados y puedan ser juzgados, en su relación con el mismo hecho. No se puede aguardar que todos los autores y partícipes de un hecho estén a disposición de un tribunal para juzgarlos a todos,

¹² En relación con la modalidad de la autoría mediata consistente en el “dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas”, C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Madrid-Barcelona, 1998, Edit. Marcial Pons, trad. de la 6ª ed. alemana por J. CUELLO CONTRERAS y J. L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, p. 271, admite la responsabilidad tanto del ejecutor directo como del sujeto de detrás, en cuanto que aquél se presenta como una figura “anónima y sustituible”.

¹³ Art. 610: “El que, con ocasión de un conflicto armado, *emplee u ordene emplear métodos o medios de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o males superfluos [...]*” (cursivas añadidas).

¹⁴ Art. 611: “Será castigado con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado: 1º. *Realice u ordene realizar ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias o actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla*” (cursivas añadidas).

¹⁵ Art. 614: “El que, con ocasión de un conflicto armado, *realizare u ordenare realizar* cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los Tratados internacionales en los que España fuere parte [...]” (cursivas añadidas).

ya que muchas veces eso será imposible, por ejemplo, cuando alguno ha muerto o resulta ilocalizable. Esa espera podría dar lugar a dilaciones indebidas en el proceso, lo que se encuentra prohibido por el artículo 24.2 de la Constitución. No se trata, por tanto, de una excepción al principio que estoy estudiando, sino que se trata de la dificultad de probar a cuántas personas pertenece el hecho como propio, bien en concepto de autor, bien en concepto de partícipe. Pero con frecuencia es una dificultad temporal, que puede ser superada con el tiempo, no un óbice insuperable.

2. El hecho propio constitutivo de delito o falta

El mandato de determinación o certeza, que forma parte del contenido del principio de legalidad penal, exige que el “hecho” esté descrito por la norma de tal forma que permita su concreción, esto es, que permita conocer qué es lo que está prohibido.

Pero desde la perspectiva del principio del que me estoy ocupando, el hecho será “propio” cuando el sujeto sea penalmente responsable del mismo y será, por el contrario “ajeno” cuando el hecho punible no sea atribuible al sujeto. El principio de responsabilidad personal por el hecho propio no es en sentido estricto un criterio de imputación objetiva, sino que representa el más elemental criterio de distribución de responsabilidades, en el sentido en que obliga a asignar un hecho al sujeto **que es** responsable del mismo. En cuanto que se trata de un principio con rango constitucional, representa un límite externo y que se extiende a todo el sistema de responsabilidad penal -donde, como es obvio, queda incluido también el requisito de la imputación objetiva-, y cuya vulneración puede obedecer a diferentes causas.

Ahora bien, como ya expresé en la Introducción de este trabajo, la relación de pertenencia de la persona responsable respecto del hecho punible debe ser configurada no de manera estricta sino flexible, de modo que, a mi entender, hecho “propio” no significa hecho que pertenece en sentido exclusivo a un solo sujeto ni tampoco tiene un significado excluyente de otros posibles responsables. La exclusión de otros sujetos como hipotéticos responsables de ese hecho se tendrá que producir cuando entre esos otros sujetos y el hecho no exista verdaderamente una relación de imputación exigida por una norma concreta.

No obstante, el legislador facilitará la tarea judicial de distribuir responsabilidades si configura cada hecho de forma tal que manifieste un injusto privativo y específico, de tal manera que permita diferenciarlo materialmente de otros hechos análogos. Por el contrario, si dos hechos (H-1 y H-2) están delimitados por los tipos legales de forma idéntica, existirán más posibilidades de que una vez declarada la responsabilidad de un solo sujeto A por H-1, como centro de imputación, la pretensión de responsabilizar a otro sujeto B por H-2 represente en verdad para éste la atribución de un hecho ajeno, ya que H-2 es lo mismo que H-1, y este H-1 ya

ha sido atribuido previamente al sujeto A; se producirá entonces respecto a B una vulneración del principio que me ocupa.

Sin embargo, pese a las apariencias de similitud o incluso identidad, existen diversas estructuras en que los hechos son distintos en la configuración prevista por el legislador. La plasticidad del concepto de hecho permite tal posibilidad. Sin pretensión de exhaustividad, he aquí algunos ejemplos:

A) Supuestos de *culpa in eligendo* o *culpa in vigilando* respecto a un hecho cometido por otro sujeto

Puede ocurrir que respecto a un hecho que es responsabilidad de un sujeto A, exista la responsabilidad adicional de otro sujeto B en cuanto que este último ha incurrido en *culpa in eligendo* o bien en *culpa in vigilando* respecto a A, y ello es contemplado en un tipo específico. Dentro de esta categoría pueden valer como ejemplos los artículos 189.5¹⁶, 348.2¹⁷ y 615 bis.1¹⁸, y más dudosamente el artículo 220.5¹⁹, todos ellos del Código Penal. Pero el hecho que es responsabilidad de B no es exactamente el mismo que ya es responsabilidad de A, puesto que el hecho de aquél consiste en *no haber impedido* el hecho cometido por A, lo que es distinto. En el caso de la *culpa in eligendo*, el momento temporal del hecho también es distinto: se retrotrae a una elección defectuosa por parte del empleador hacia la persona dependiente. Y en la hipótesis de la *culpa in vigilando*, el momento del hecho *puede* ser distinto, si por ejemplo el responsable de tal *culpa in vigilando* debió establecer mecanismos de control en un momento anterior al hecho realizado por A. El problema se desplaza entonces a la necesidad de garantizar otros principios, como el de responsabilidad subjetiva (dolo o imprudencia) de B, y si se garantiza éste, a salvaguardar a renglón seguido el principio de lesividad, es decir, el principio en virtud del cual toda norma penal debe estar dirigida a evitar la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico.

¹⁶ Art. 189.5 CP: "El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o incapaz y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o incapaz, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses".

¹⁷ Art. 348.2 CP: "Los responsables de la vigilancia, control y utilización de explosivos que puedan causar estragos que, contraviniendo la normativa en materia de explosivos, hayan facilitado su efectiva pérdida o sustracción serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a doce años".

¹⁸ Art. 615 bis. 1 CP: "La autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal que no adoptara las medidas a su alcance para evitar la comisión, por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo, de alguno de los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título, será castigado con la misma pena que los autores".

¹⁹ Art. 220.5: "Las sustituciones de un niño por otro que se produjeran en centros sanitarios o socio-sanitarios por imprudencia grave de su identificación y custodia, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a un año". El precepto podría encajar entre los supuestos de *culpa in vigilando* que se mencionan en el texto, si se entiende que son dos los sujetos a los que se refiere el tipo: un primer sujeto, que es el encargado de la identificación y custodia del niño, y otro segundo, que es el que ejecuta materialmente la sustitución, debido a imprudencia grave del primero.

Sin embargo, no todo vale como un supuesto de *culpa in vigilando*. Un ejemplo de que se puede vulnerar el principio de responsabilidad personal por el hecho propio nos lo ofrece una norma ya desaparecida del Derecho administrativo sancionador²⁰. Me refiero el antiguo artículo 278.II y III del Código de la Circulación, en cuanto que consistía en transferir una sanción al titular de un vehículo, cuando éste no lograba identificar al verdadero responsable de la infracción, sin perjuicio de que el titular pudiera repetir luego contra el verdadero responsable. Este precepto estaba redactado de la siguiente forma:

“II. Si el conductor responsable de la infracción no fuese conocido, las primeras medidas del procedimiento se dirigirán a su identificación, a cuyo efecto se notificará la denuncia al titular del vehículo o al propietario de los animales, interesando los datos de dicho conductor, con la advertencia de que podrá verse obligado al pago de la sanción pecuniaria que en su caso corresponda a la infracción si aquélla no se lograse.

III. Una vez firme la multa impuesta, si el conductor no la hubiere hecho efectiva, podrá ser reclamado su pago del titular o propietario del vehículo o de los animales.”

Aunque entre los administrativistas, algunos autores no se han opuesto frontalmente a esta norma²¹ y pese a que el Tribunal Constitucional la declaró conforme a la Constitución en sus sentencias 154/1994, de 23 de mayo, FJ 3, y 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 4, con el argumento de que el propietario del vehículo había incurrido en una *culpa in vigilando*, pienso que este precepto no contemplaba tal modalidad de culpa, sino una pura transferencia de la responsabilidad de un sujeto a otro. La norma en cuestión parecía preocupada ante todo por el interés de cobrar la deuda, aun al precio de que la abonara quien no es culpable, y a modo de pantalla respecto al verdadero objetivo -que era el que acabo de indicar-, imponía un deber al titular o propietario del vehículo, a saber, el deber de identificar al conductor responsable, cuando la propia Administración no era capaz de lograr tal identificación. El actual artículo 72 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de vehículos a motor y Seguridad Vial²², aunque plantea otros problemas de responsabilidad

²⁰ Como ya indiqué en mi trabajo sobre las *Manifestaciones cualitativas* del principio (apartado III, 2), la doctrina del Tribunal Constitucional efectúa declaraciones genéricas en las que aplica el principio a las infracciones administrativas, pero rechaza algunas manifestaciones concretas del mismo en el ámbito del Derecho administrativo sancionador.

²¹ Así, Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 4ª ed., Madrid, 2005, Edit. Tecnos, pp. 461-462, quien no obstante advierte que el titular del vehículo merece un peor tratamiento que el responsable de la infracción, ya que éste puede alegar su falta de culpabilidad, mientras que aquél responde objetivamente. Tampoco critica el precepto Germán VALENCIA MATTÍN, “Derecho Administrativo Sancionador y Principio de legalidad”, en *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2000, Tribunal Constitucional – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 163-165, aunque sí menciona la postura más restrictiva del Tribunal Supremo.

²² Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo (BOE de 14-3-1990), modificado por la Ley 17/2005, de 19 de julio, por la que se regula el permiso y la licencia de conducción por puntos y se modifica el texto articulado de la ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial (BOE núm. 172, de 20-7-2005).

subsidiaria y en cascada en caso de que el responsable sea un menor; al menos **formalmente** impone la responsabilidad al titular del vehículo, no por lo que hizo el verdadero infractor; sino, en su caso, por infringir el deber de identificar al conductor.

B) Casos en que la realización de un hecho H-1 por un sujeto A es sucedida por la realización de un hecho H-2 por otro sujeto B, que supone la prolongación o el incremento del estado antijurídico originado por H-1

Se trata de supuestos en los que la situación o el estado antijurídico originados por un hecho se prolonga por la realización de otro hecho normalmente o -incluso- necesariamente realizado por otra persona distinta a la que realiza el hecho inicial. Casos paradigmáticos son los de la receptación (artículos 298 a 304) y el encubrimiento (artículos 451 a 454), pero también existen otros: mantener las condiciones que supriman o restrinjan derechos laborales, impuestas por otro (artículo 311,2º); tráfico de medicamentos que hubieran sido alterados por otros, previsto en el artículo 362.1.3º; sacrificar animales destinados al consumo humano, sabiendo que se les ha administrado sustancias no permitidas y peligrosas para la salud de las personas, supuesto contemplado en el artículo 364.2.2º; diversas modalidades de tráfico de moneda falsa en connivencia o sin connivencia con el falsificador (artículo 386, 3º); y el supuesto consistente en presentar en juicio un documento falsificado por otro, a sabiendas de su falsedad (artículo 396). Ninguno de estos preceptos presenta inconvenientes desde la perspectiva del principio de la responsabilidad personal por hechos propios, puesto que la conducta castigada contiene un injusto privativo, que prolonga o intensifica la conducta antijurídica realizada previamente por otro.

Otro grupo de casos semejante se produce cuando diferentes conductas imprudentes están vinculadas causalmente con el resultado. Una situación de estas características tiene lugar, por ejemplo, cuando un paciente aquejado de una grave enfermedad acude en varias ocasiones a los servicios de urgencias de diferentes hospitales y tanto el diagnóstico como el tratamiento son contrarios a la *lex artis*, agravándose progresivamente su situación, por lo que finalmente acaba falleciendo. Con independencia de cuál sea la calificación jurídica más correcta de los médicos de urgencia que le atienden incorrectamente, lo cierto es que la infracción de la diligencia debida cometida por cada uno de ellos es diferente y, en consecuencia, el hecho también es distinto, por mucho que el resultado de muerte imprudente sea el mismo. El hipotético castigo de cada uno de ellos no supone, por tanto, una responsabilidad por hecho ajeno.

C) Supuestos consistentes en la omisión de controlar la conducta de otros sujetos

Hay que incluir en este apartado no sólo la cláusula genérica de la comisión por omisión, prevista en el artículo 11, y otros deberes específicos de garantía

impuestos en otros preceptos, sino también el delito previsto en el artículo 176 para las autoridades o funcionarios públicos que, faltando a los deberes de su cargo, permiten que otras personas ejecuten hechos de tortura o contra la integridad moral; la norma de la omisión del deber de impedir delitos o de promover su persecución, del artículo 450; la omisión de un militar del deber de contener o de denunciar la rebelión en las fuerzas a su mando, del artículo 476.1 y 2; o el supuesto consistente en no impedir que concurran a una reunión personas que lleven armas u otros objetos peligrosos, contemplado en el artículo 514.1, segunda hipótesis, todos ellos del Código Penal.

D) Participación elevada a la categoría de autoría

La plasticidad del concepto de hecho punible delimitado por el tipo permite que conductas que, de acuerdo con las reglas generales deberían ser calificadas como supuestos de participación, puedan ser elevadas por el legislador a la categoría de hipótesis de autoría, y por tanto de hechos autónomos. Por ejemplo, el consentimiento de la embarazada para que otro le provoque un aborto, previsto en el artículo 145.2, sería igualmente punible como cooperación necesaria al aborto consentido del artículo 145.1, aunque desapareciera aquel precepto²³. Posiblemente el legislador contempla esa figura como hecho punible aislado, para dejar claro que la embarazada no es la víctima del delito y que por ello puede y debe ser castigada. Es decir, para dejar claro que no estamos ante un caso de los llamados de participación necesaria. La plasticidad del concepto de hecho punible se pone también de relieve cuando la ley subdivide un hecho en otros más simples o, al contrario, cuando agrupa varios simples en uno complejo. Aunque habrá que comprobarlo en el caso concreto, en principio todos estos casos se caracterizan por la circunstancia de que los hechos manifiestan un injusto específico, y por lo tanto son diferentes unos de otros.

3. LA CONSECUENCIA JURÍDICO-PENAL

Tengo que empezar este apartado diciendo que el principio de la responsabilidad personal por el hecho propio determina la inconstitucionalidad de la norma que considere responsable a quien no lo es, pero obviamente no da lugar a la inconstitucionalidad de la norma que, entre todos los responsables, deja a algunos sin castigo. Así, por ejemplo, no se opone a este principio la norma contenida en el artículo 30.1 del Código Penal, que deja sin castigo a los cómplices en los delitos cometidos por medios de difusión; ni tampoco es contraria a él la excusa absolutoria

²³ En otros supuestos el precepto que eleva a autoría lo que en realidad es conducta de participación tiene como *ratio legis* afirmar la punición de lo que, siguiendo las reglas generales, sería impune. Es el caso de la inducción y la cooperación con actos necesarios al suicidio (art. 143.1 y 2 CP). O el caso de la colaboración con banda armada del art. 576 CP, que se castiga como tal siempre que el riesgo prevenido, es decir: el acto terrorista lesivo de bienes jurídicos comunes, no se lleve a efecto (art. 576.2, segundo párrafo, último inciso CP).

prevista en el artículo 268 para parientes respecto a delitos patrimoniales que no sean violentos ni intimidatorios; ni tampoco vulnera este principio la excusa absoluta para parientes de algunos supuestos de encubrimiento, que aparece regulada en el artículo 454 del propio Código. Es inconstitucional, pues, que el no responsable de un hecho sea castigado penalmente, pero no es inconstitucional que el que sí es responsable quede sin castigo (siempre que la impunidad esté fundamentada de manera suficiente, ya que en caso contrario la conclusión podría ser distinta desde la perspectiva del también constitucional principio de igualdad).

En el ámbito penal, donde rige sin limitaciones el principio de responsabilidad personal por el hecho propio, para que éste entre en juego debe tratarse de un hecho amenazado con una consecuencia jurídico-penal. En efecto, la STC 254/1988, de 21 de diciembre, FJ 5, lo aplica a una pena; la STC 131/1987, de 20 de julio, indica que su ámbito de aplicación incluye una medida de seguridad; y la STC 15/2002, de 15 de julio, FJ 2, extiende sus efectos al comiso, como pena accesoria. Ahora bien, ¿debe tratarse de la *misma* consecuencia jurídica para cada uno de los posibles responsables? Planteado el problema con otros términos: ¿se infringe dicho principio cuando el responsable de un hecho es sancionado con una pena y otro responsable respecto al mismo hecho es sancionado, por ejemplo, con una medida de seguridad o con una consecuencia accesoria? Todas estas consecuencias jurídico-penales son diferentes. Y desde luego no cabe descartar que se pretenda encubrir la responsabilidad por el hecho ajeno mediante el expediente de imponer no una pena sino una medida de seguridad u otra consecuencia jurídica, también prevista en la legislación penal.

Hay que tener en cuenta que de las consecuencias jurídicas contempladas en la legislación penal, no todas tienen naturaleza penal, pues las hay, por ejemplo, de carácter procesal, de carácter civil, etc. Ahora bien, resulta decisivo precisar si una consecuencia jurídica tiene o no naturaleza penal, ya que sólo en el caso de que la tenga, estará cubierta por las garantías constitucionales establecidas para dichas consecuencias. Pero en esta tarea no nos podemos fiar absolutamente de la calificación que en su caso exprese el texto de la ley. En efecto, aunque el legislador le otorgue a una consecuencia jurídica otra denominación distinta a la de pena, ello no significa que tal consecuencia jurídica no tenga naturaleza penal, sino que, antes al contrario, puede tenerla perfectamente y gozar de las correspondientes garantías constitucionales. Para determinar si una medida restrictiva de derechos tiene naturaleza penal, creo que nos puede servir la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Éste ha elaborado una serie de criterios para determinar si, a los efectos del artículo 7 del Convenio, que contempla el principio de legalidad penal, una medida goza de las garantías propias de dicho principio. Si bien las resoluciones en cuestión insisten en que tales criterios son valorados de forma autónoma por el citado Tribunal europeo y a los efectos del ejercicio de su jurisdicción, creo que

pueden ser asumidos en el ordenamiento jurídico español. En efecto, la Sentencia de 9 de febrero de 1995, *Welch contra Reino Unido*, apartado 28; y la Decisión y de 21 de marzo de 2006, *Valico S.r.l. contra Italia*, apartado A, 2, explican que

“[...] el punto de partida para cualquier apreciación sobre la existencia de una pena consiste en determinar si la medida en cuestión se impone como consecuencia de una condena por una «infracción». A este respecto, pueden ser considerados pertinentes otros elementos: la naturaleza y el fin de la medida de la que se trate, su calificación en Derecho interno, los procedimientos asociados a su adopción y ejecución, así como su gravedad²⁴”.

Un supuesto en el que puede ser fructífera la aplicación de estos criterios son las consecuencias accesorias imponibles a las sociedades y empresas, tal y como están previstas en el artículo 129. Alguna naturaleza deben tener dichas consecuencias, ya que lo que desde luego habría que descartar es que no sean consecuencias ni penales, ni administrativas, ni civiles, es decir, “sin naturaleza jurídica”, pues en tal caso dudosamente serían medidas jurídicas y además no se sabría qué garantías les corresponderían. Si nos dedicamos a la tarea de averiguar su naturaleza jurídica, lo primero que salta a la vista es que, a diferencia del comiso²⁵, son la consecuencia de una infracción, pues para ser impuestas no sólo es preciso que aparezcan relacionadas en este artículo 129, sino además en algún otro precepto del Código en el que se determina un hecho delictivo, es decir, una infracción²⁶. Además, todas estas medidas tienen en común que su naturaleza es la propia de una privación o restricción de derechos, lo que resulta característico de las sanciones penales, y su fin, como indica el apartado 3 del artículo 129, es el de estar orientadas a prevenir la continuidad delictiva y los efectos de la misma. Es cierto que la calificación en Derecho interno no aclara demasiado las cosas, pues el rótulo de “consecuencias accesorias” no es demasiado concluyente, pero parece desprenderse del artículo 129 y del artículo que las prevea específicamente para una clase de delitos, que son impuestas por un juez o tribunal pertenecientes al orden jurisdiccional penal y dentro del oportuno procedimiento penal. Todas estas circunstancias permiten concluir que se trata de medidas de naturaleza penal y que por tanto deben estar rodeadas de las garantías constitucionales penales²⁷ y, entre ellas, del principio de responsabilidad personal por hechos propios.

²⁴ La S del TC español 147/1986, de 25 de noviembre, FJ 4 C, indica de forma resumida, pero que coincide con la primera frase de la doctrina transcrita del TEDH, lo siguiente: “[...] sanción es únicamente la consecuencia desfavorable que la ley vincula de modo directo e inmediato a la comisión de un ilícito”.

²⁵ Según el art. 127.3 CP, el comiso puede ser impuesto pese a que alguno de los acusados haya quedado exento de responsabilidad criminal o incluso cuando la responsabilidad criminal haya quedado extinguida. Si el comiso, en cuanto consecuencia jurídico-penal, se llega a imponer en virtud de este precepto a una persona que no es responsable del hecho ilícito, resultará vulnerado el principio de responsabilidad personal por hecho propio.

²⁶ Sistemáticamente las consecuencias accesorias se regulan en el Título VI del Libro I del Código, Libro I, cuyo rótulo es el siguiente: “Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal”.

²⁷ En el mismo sentido de que gozan de tales garantías se manifiesta J.M. ZUGALDÍA ESPINAR, “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español”, en *Estudios penales en memoria del profesor*

Pero, ¿verdaderamente respetan las medidas del artículo 129 este principio? A estos efectos puede ser relevante una diferencia sustancial entre el comiso y las medidas imponibles a las personas jurídicas, del artículo 129. Tal diferencia estriba en lo siguiente: mientras que el comiso se impone al *mismo* infractor de la norma como medida accesoria a la pena o en su caso al *mismo* sujeto que ha realizado un hecho por el que está exento de responsabilidad criminal o cuya responsabilidad penal ha quedado ya extinguida, las consecuencias accesorias se imponen por definición a otra entidad *distinta* al autor del delito. Es decir, que nos encontramos ante una estructura de doble responsabilidad por un mismo hecho: la persona física responde por un hecho H-I con la pena o las penas contempladas en el correspondiente precepto y la persona jurídica responde con una consecuencia accesoria -distinta a la pena, pero también de naturaleza penal- por el *mismo* hecho H-I. Puesto que la responsabilidad de ambos sujetos activos -persona física y persona jurídica- se establece en el seno de un sistema jurídico-penal que adopta básicamente un concepto restrictivo de autor, en cuanto que distingue entre autores y partícipes, la responsabilidad de cada una de tales personas es autónoma y a título de autor, lo que implica en definitiva una vulneración del principio de la responsabilidad personal por el hecho propio²⁸.

Luego, retomando la pregunta inicial, debo contestar que la imposición de sanciones distintas pero con naturaleza penal a distintos sujetos por un mismo hecho sí es susceptible de vulnerar el principio de responsabilidad personal por el hecho propio. En mi opinión, y como ya he adelantado, eso es lo que ocurre cuando el artículo 129 del Código Penal atribuye a las consecuencias aplicables a las personas jurídicas la denominación de "consecuencias accesorias", pues aunque no sean penas en sentido estricto, sí están provistas de naturaleza jurídico-penal y por lo tanto deben gozar de las garantías aplicables a dichas consecuencias²⁹.

José Manuel Valle Muñiz, cit., p. 895; el mismo, "Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 81, 2003, p. 545.

²⁸ Muy crítico también el administrativista J. SUAY RINCÓN, "Algunas consideraciones en torno a la aplicación de los principios de la responsabilidad personal (o por actos propios) y de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador", en *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Emilio Verdura y Tuells*, t. III, Las Rozas (Madrid), 1994, La Ley, p. 2607: "Estas circunstancias [...] nos llevan a poner en cuestión la fórmula de la responsabilidad conjunta adoptada por el legislador, dada su incompatibilidad con los principios propios del Derecho penal y, en particular, con los principios de la responsabilidad personal y de culpabilidad. O responde la Entidad o responden sus directivos, no los dos a la vez. En tal caso, uno lo estará haciendo a título ajeno (por lo que otro hace), no a título propio, tal y como quiere y exige el Derecho penal".

²⁹ También sería contrario al principio analizado en este trabajo el art. 31 bis.2 del Anteproyecto, de 14 de noviembre de 2008, de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, ya que permite la responsabilidad cumulativa de personas físicas y personas jurídicas por el mismo hecho. Sin embargo, la normativa comunitaria permite entender que la responsabilidad de la persona jurídica consiste en la *culpa in vigilando* respecto al hecho cometido por la persona física, y por tanto que son hechos distintos, siempre que estén expresamente tipificados; en este sentido, vid. art. 7.3 de la Decisión Marco sobre la lucha contra el terrorismo, de 13-6-2002, D.O.C.E. n° L 164/3, de 22-6-2002; art. 4.3 de la Decisión Marco relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, de 19-7-2002; art. 2.3 de la Decisión Marco del Consejo destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, de 28-11-2002, D.O.C.E. n° L 328, de 5-12-2002; art. 6.3 de la Decisión Marco relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, de 22-12-2003, D.O.C.E. n° 13, de 20-1-2004; etc.

Tampoco resuelve el legislador el problema cuando atribuye a una misma consecuencia jurídica a veces la denominación de "pena" y otras veces asignándole una denominación distinta. Con razón dice Spolanski que no es posible que la misma sanción sea pena para la persona física y deje de serlo cuando solidariamente se proyecta sobre la persona jurídica³⁰. La prestidigitación en materia de naturaleza jurídica puede llevar a engaño a un profano, pero difícilmente sirve para ocultar la verdad cuando se profundiza en la esencia de una institución.

Una vez que he analizado el ámbito de aplicación del principio que es objeto de este trabajo, me encuentro en condiciones de examinar, sin ánimo de exhaustividad, algunas de las manifestaciones cuantitativas del mismo que afectan al Derecho vigente.

III. MANIFESTACIONES CUANTITATIVAS

I. La prohibición de los castigos colectivos por hechos individuales

La normativa nacional e internacional menciona la prohibición de castigos colectivos, sin más, pero en realidad no se trata de prohibir el castigo a una pluralidad de personas, sino que lo que verdaderamente proscriben estos textos es el castigo colectivo de inocentes como consecuencia de un hecho del que no son responsables. En realidad no está prohibida la responsabilidad colectiva en sí, y por eso es legítimo el castigo de varios sujetos que son autores o partícipes de un mismo hecho; lo que verdaderamente está prohibido es la responsabilidad colectiva **por un hecho individual**, tal y como se expresa en alguno de los preceptos internacionales, así como en el artículo 612, 3º del Código Penal³¹. Se trata en definitiva de prohibir las represalias, las venganzas, especialmente en períodos de guerra. El proceso del castigo colectivo es circular y se desarrolla de la siguiente manera: alguien -perteneciente o favorable al bando A- realiza un hecho ilícito, con víctimas entre los militares o la población del bando B; los miembros de ese bando B o bien no consiguen acreditar quién es el culpable de tal hecho, o bien ni siquiera intentan probar quién ha cometido el hecho ilícito; como consecuencia de ello, los integrantes del bando B ordenan un castigo que puede recaer sobre los responsables del hecho, pero que, en cuanto recae también sobre personas inocentes, elegidos a veces de manera aleatoria, supone una vulneración del principio de responsabilidad personal sobre el propio hecho.

He incluido esta prohibición entre las manifestaciones cuantitativas en la medida en que si el castigo colectivo alcanza a los verdaderos responsables, y además -como represalia o venganza- se imponen sanciones a personas inocentes, se les

³⁰ Cfr. N. E. SPOLANSKI, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en C. GARCÍAVALDÉS / A. CUERDA RIEZU / M. MARTÍNEZ ESCAMILLA / M. VALLE MARISCAL DE GANTE (Coordinadores), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, Madrid, 2008, Edisofer, pp. 1635-1636.

³¹ En este sentido se manifiesta también el apartado 7 del Voto particular formulado por C. Viver Pi-Sunyer, al que se adhieren J. D. González Campos, T. S. Vives Antón y M. E. Casas Baamonde, a la STC 136/1999, de 20 de julio.

está responsabilizando a éstos de un hecho que no se les puede atribuir; en cuanto que ya es responsabilidad de otros. A estas personas inocentes, pero castigadas, se les priva asimismo del derecho a un juicio justo³².

Conviene efectuar una matización sobre el objeto de la prohibición en los textos normativos internacionales. Mientras que tanto el IV Convenio de Ginebra³³, como el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra³⁴, proscriben las **penas** colectivas, el Protocolo II adicional a los referidos Convenios³⁵, prohíbe los **castigos** colectivos, con el fin de incluir en su campo de aplicación las medidas administrativas, como ha resaltado la doctrina internacionalista³⁶.

Si en estos casos no es posible descubrir a los responsables, lo correcto es, de conformidad con las exigencias del derecho a la presunción de inocencia, acordar la absolución de todos. Al fin y al cabo, esta fue la solución adoptada hace ya casi cuatro siglos en el mundo literario de ficción por Lope de Vega, en su obra de teatro **Fuenteovejuna**, redactada en 1612. En efecto, de acuerdo con el guión del autor clásico, los Reyes Católicos, ante la muerte del Comendador Fernán Gómez y la imposibilidad de saber quiénes han sido los responsables, se ven en la tesitura de o bien tener que ajusticiar a todos los miembros de la villa, o bien perdonarlos a todos. El Rey Fernando finalmente se decide a favor del perdón, ya que no resulta posible probar quién mató al Comendador:

2. La contradicción de la responsabilidad subsidiaria y en cascada del artículo 30.2 y 3 del Código Penal con el principio de la responsabilidad personal por el hecho propio

El sistema de responsabilidad subsidiaria y en cascada en los delitos cometidos por medios de difusión mecánica surge históricamente para evitar la impunidad en las hipótesis de impresos anónimos y para garantizar que, en cualquier caso, alguien responderá por ellos³⁷. Aunque en estos delitos se excluya la responsabilidad de cómplices y encubridores, lo que supone una limitación de los partícipes que pueden ser castigados, se busca ante todo -más que la tutela de la libertad de expresión o

³² El art. 611, 3º CP prevé como hecho punible la conducta de, con ocasión de un conflicto armado, privar a un prisionero o persona civil de su derecho a ser juzgados regular e imparcialmente.

³³ IV Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, ratificado por Instrumento de 4 de agosto de 1952 (B.O.E. núm. 246, de 2 de septiembre de 1952).

³⁴ Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 8 de junio de 1977, ratificado por Instrumento de 21 de abril de 1989 (B.O.E. núm. 177, de 26 de julio de 1989).

³⁵ Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos sin carácter internacional, de 8 de junio de 1977, ratificado por Instrumento de 21 de abril de 1989 (B.O.E. núm. 177, de 26 de julio de 1989).

³⁶ Cfr. A. MANGAS MARTÍN, *Conflictos armados internos y Derecho internacional humanitario*, Salamanca, 1990, p. 84.

³⁷ Cfr. en este sentido, M. GÓMEZ TOMILLO, *Libertad de información y teoría de la codelinencia (La autoría y la participación en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación de masas)*, Granada, 1998, Comares, p. 33.

de comunicación- que la represión penal sea efectiva³⁸: es decir, que ningún libelo, injuria o calumnia quede sin sanción. La regulación del Código Penal de 1944 -y en la misma medida la del Código de 1973- buscaba a toda costa castigar a alguien como responsable de estos delitos, hasta el punto de que ambos textos legales instauraban una responsabilidad objetiva para los escalones subsidiarios. Antonio Quintano Ripollés llegó a afirmar en 1963:

“A nadie se oculta la artificiosidad y aun injusticia de un tal sistema, datando ya del Código de 1870, que constituye una verdadera lotería criminal, dado que la responsabilidad recae caprichosamente sobre personas ajenas a la verdadera autoría en virtud de circunstancias que les son ajenas, como la de la ausencia o irresponsabilidad de quien les precede en la escala. Para paliar esta equívoca especie de responsabilidad objetiva se suele acudir a la ficción de una real *in solidum*, que alcanza a todos los participantes [...]”³⁹.

Aún más duramente se manifiesta el propio Quintano en 1966 al respecto:

El antiguo artículo 15 del Código Penal de 1944 “establece una escala de responsabilidades criminales «subsidiarias», que será muy práctica, pero que contradice los más elementales principios del Derecho penal, entre ellos el primordial de que nadie es responsable más que en virtud de sus propios actos”⁴⁰. Y añadía el mismo magistrado y catedrático algo después: “Cuatro responsabilidades entran, pues, en juego en esta verdadera «lotería» penal, en la que no se tienen en cuenta voluntades ni conductas individuales, sino factores aleatorios, en absoluto ajenos a ellos”⁴¹.

Pese a los orígenes del precepto, tan poco conciliables con un Derecho penal que se toma en serio las garantías penales, lo cierto es que el mismo pasó al Código Penal vigente de 1995⁴². El artículo 30 sigue regulando esa atormentada figura que semeja, si se me permite utilizar una imagen próxima a la obra teatral del dramaturgo italiano y premio Nobel de literatura Luigi Pirandello⁴³, un hecho en busca de autor. Sin embargo, el precepto no fue incorporado de la misma manera que figuraba en los Códigos de 1944 y de 1973. En efecto, la preocupación básica

³⁸ Los principios formulados por J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal. Parte General*, Madrid, 1949, p. 452, han sido repetidos muchas veces: “La doctrina particular sobre responsabilidad en los delitos publicitarios está gobernada por dos fines: *limitación y efectividad*. [...] *Efectividad*: se buscan medios para que con esta limitación no se pueda esfumar la responsabilidad, al fingirse autor del texto delictivo una persona que por cualquier medio hubiera de quedar impune”.

³⁹ A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho penal*, t. I, Madrid, 1963, Edit. Revista de Derecho privado, p. 249.

⁴⁰ A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., puesta al día por E. GIMBERNAT ORDEIG, Madrid, 1966, Edit. Revista de Derecho privado, pp. 268-269.

⁴¹ A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 269.

⁴² Tal vez no fueran ajenas a esta pervivencia en el texto legal de 1995 las críticas que la prensa dispuso al último Gobierno socialista de Felipe González durante la etapa 1993-1996, Gobierno que precisamente para contrarrestar tales críticas pretendió endurecer los preceptos del Código que pudieran afectar a las libertades de expresión y libre comunicación.

⁴³ Luigi Pirandello (1867-1936) escribió el drama *Seis personajes en busca de un autor*.

de la doctrina consistió en hacer frente tanto a la crítica de que la norma extendía de forma inusitada las posibilidades de autoría en los delitos de imprenta como a la objeción de que establecía una responsabilidad objetiva, sin dolo ni imprudencia, para los escalones que siguen al primero, esto es, para los directores, editores o impresores⁴⁴, ⁴⁵. La modificación introducida consistió en exigir que cualquiera que fuese la persona a la que finalmente se la considerara responsable, fuera además un “autor” de los que se mencionan en el artículo 28. Con ello se pretendía que el hecho le fuera imputable al sujeto como autor; inductor o cooperador necesario, y por tanto se estaría exigiendo el dolo o la imprudencia como presupuesto de la pena; de semejante manera quedaba desterrada la hipótesis de cualquier atisbo de responsabilidad objetiva en el artículo 30⁴⁶.

Pero la nueva regulación, prevista en el artículo 30 del Código Penal, no ha sido valorada a la luz del principio de responsabilidad personal por el hecho propio. Llamamos aquí la atención dos aspectos: que la responsabilidad no sólo es *subsidiaria* sino que además es *excluyente*.

Que la responsabilidad se convierta en *subsidiaria*, representa una sobresaliente excepción en el cuerpo del texto legal, ya que en materia penal la ley asume en todos los demás casos una responsabilidad *directa*, a saber, un sistema en el que la responsabilidad se anuda a aquella persona que ha cometido el delito o falta. Es cierto que en el Código Penal encontramos algunos supuestos de responsabilidad subsidiaria, pero restringidos únicamente al ámbito civil: es, por ejemplo, el caso regulado en el artículo 121, conforme al cual el Estado y otros entes públicos son responsables civiles subsidiarios de los delitos y faltas cometidos por autoridades, agentes de la misma, funcionarios en el ejercicio de sus cargos y funciones; tal precepto persigue el objetivo de que, ante la posible insolvencia del sujeto activo de que se trate, la responsabilidad civil se haga efectiva y de esta manera la víctima o víctimas no queden desprotegidas. Ahora bien, aunque la responsabilidad sea subsidiaria, no es, sólo por gozar de tal naturaleza, una responsabilidad por el hecho de otro. En efecto, como ya he indicado, la novedosa exigencia de que cualquiera de los sujetos relacionados en el artículo 30.2 del Código de 1995 sea autor en

⁴⁴ En efecto, la monografía de T. S. VIVES ANTÓN, *Libertad de prensa y responsabilidad criminal (La regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta)*, Madrid, 1977, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, pp. 51 y 92-93, está preocupada ante todo por conciliar el antiguo art. 15 del CP de 1973 con el derecho a la presunción de inocencia (no castigar a un inocente) y que no se condene por delito doloso a quien ha incurrido únicamente en negligencia. En sentido similar, cfr. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, en J. CÓRDOBA RODA / G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, t. I, reimpresión de 1976, Ariel, pp. 886-887.

⁴⁵ Por otra parte, la STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 4, declaró que el art. 15 del Código Penal de 1973 (similar al art. 30 del Código de 1995) no era contrario al mandato de determinación, incluido en el principio de legalidad penal, añadiendo que “disposiciones de esta naturaleza forman parte de una larga tradición legislativa para establecer los principios de la autoría en forma general y, en ciertos casos, para grupos específicos de delitos, y tienen como finalidad precisar de una manera general el concepto de autor con el fin de delimitar en grado máximo la interpretación del mismo”.

⁴⁶ Cfr. en este sentido, con total claridad, T. S. VIVES ANTÓN, en T. S. VIVES ANTÓN (Coordinador), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, Valencia, 1996, Tirant lo Blanch, pp. 289-290.

el sentido amplio del artículo 28, establece un cierto vínculo entre el hecho y el responsable subsidiario.

En segundo lugar, la responsabilidad en los delitos cometidos por medios o soportes de difusión mecánicos es **excluyente**. En cambio, en el ámbito del proceso penal la acción penal -esto es: la iniciación del proceso- se guía por la regla de la legalidad y no de la oportunidad. La legalidad significa en este contexto que el proceso penal ha de iniciarse ante la sospecha de comisión de cualquier delito y contra cualquier sujeto que pudiera haber intervenido en el mismo. Si bien la regla de la legalidad conoce algunas excepciones, también es verdad que tales excepciones están tasadas. En consecuencia, lo normal es que los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, en cuanto que son los encargados de efectuar la persecución penal, se pongan en marcha para localizar a todo aquel que parezca responsable -como autor o como partícipe- de un hecho punible y de reunir las pruebas que le puedan incriminar. Si no tiene éxito la localización de quien es sospechoso de haber cometido un delito, como posible responsable directo del mismo, los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado no buscan a otra persona, sin ninguna relación con el hecho en cuestión, para que tal hecho no quede impune: simplemente el proceso se archiva o se sobresee, al menos provisionalmente, hasta que se haga acopio de nuevas pruebas contra alguien⁴⁷. Lo que rige no es la efectividad, sino la culpabilidad basada en pruebas y, en caso de que éstas no existan, lo que prevalece es la presunción de inocencia. No se trata de buscar a un culpable por encima de todo, sino de encontrar al **verdadero** culpable o a los **verdaderos** culpables.

Por el contrario, el artículo 30 responde al principio de oportunidad y prevé un régimen excluyente de responsabilidad: al legislador le interesa no que respondan **todos** los que han intervenido en la comisión de un hecho, sino sólo **algunos** de ellos. En estos delitos, cometidos utilizando medios o soportes de difusión mecánicos, la acción penal no se dirige simultáneamente contra todos los que según el artículo 28 son autores o son considerados autores, sino contra los que se encuentran en un escalón preferente de acuerdo con el artículo 30⁴⁸. Si el sujeto del escalón superior no ha extinguido su posible responsabilidad y además está localizable en territorio español, los sujetos de los escalones inferiores pueden respirar tranquilos, porque la policía no va a llamar a su puerta. La existencia de otros responsables preferentes **excluye** que se les pida cuentas a ellos, a los no preferentes, pese a que todos ellos son autores (en el sentido amplio del artículo 28).

⁴⁷ Además, la responsabilidad normalmente no es excluyente, sino que por el contrario incluye a todos los posibles responsables, sean autores o sean partícipes: a todos ellos se les persigue, para someterles a juicio y, en su caso, condenarles a todos ellos.

⁴⁸ En relación con estos delitos, el art. 821 LECrim. establece lo siguiente: "Si durante el curso de la causa apareciere alguna persona que, por el orden establecido en el artículo respectivo del Código Penal deba responder criminalmente del delito antes que el procesado, se sobresee a ésta, dirigiéndose el procedimiento contra aquélla".

Con esto, sin embargo, no basta para entender que el actual artículo 30 es contrario al principio que me ocupa. Conviene examinarlo desde otra perspectiva. Desde la perspectiva objetivo-formal moderna, que yo comparto, la conducta del autor aparece definida en cada uno de los tipos de los delitos o faltas, que deben ser puestas en conexión con las modalidades de autoría del primer párrafo del artículo 28 (el autor directo, los coautores o el autor mediato). Por su parte, el artículo 30.2 sólo hace referencia a una conducta en el primer escalón del artículo 30.2.1º, con la expresión “los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate”; en ese primer escalón se menciona también a los inductores; en el resto de apartados 2º, 3º y 4º de este mismo artículo 30.2 se hace mención no de conductas sino de cualidades personales de los sujetos activos. Pues bien, de la misma manera que se ha reconocido que la categoría de los que realmente han redactado el texto o producido el signo no siempre es un supuesto de autoría⁴⁹, y que por ejemplo no lo es cuando se trata de la venta, difusión o exhibición de material pornográfico del artículo 186⁵⁰, tampoco serán siempre supuestos de autoría las simples referencias a cualidades profesionales de los apartados 2º, 3º y 4º del artículo 30.2. Lo normal es que los sujetos que reúnan estas cualidades profesionales sean, de acuerdo con las reglas generales, cooperadores necesarios del hecho cometido por el autor. Tales cooperadores necesarios son en verdad partícipes, si bien el artículo 28 les aplica la misma pena que al autor.

Ahora bien, el hecho del autor (en sentido estricto) es diferente al hecho del partícipe. El cooperador necesario no realiza el hecho previsto en el tipo. Para castigar a este cooperador necesitamos no sólo el tipo en cuestión, sino además el artículo 28, párrafo segundo, apartado b) como causa de extensión de la responsabilidad penal. No mata quien entrega el arma de fuego para que otro dispare contra la víctima, sino que quien mata es este último, y sólo esta conducta realiza el tipo previsto en el artículo 138 del Código. De manera semejante, el director del periódico que tolera -o incluso aplaude- la publicación del artículo calumnioso escrito por un comentarista político, verdaderamente no calumnia, de modo que la conducta de aquél no es subsumible sin más en el artículo 205. Luego, si en virtud del artículo 30, se le castiga al director-cooperador necesario por el hecho del comentarista-autor en sentido estricto, entonces se le está haciendo a aquél responsable por un hecho ajeno y no por un hecho propio, de la misma manera que respondería por un hecho ajeno si quien entrega el arma fuera castigado como homicida, como si hubiera disparado el arma. Si esto es así, y da la impresión de que es lo que instaura el artículo 30 con el sistema de la responsabilidad subsidiaria o en cascada, al menos en los estratos segundo, tercero y cuarto, entonces este precepto es inconstitucional por vulnerar el principio de responsabilidad por hecho propio.

⁴⁹ Cfr. en este sentido: T.S.VIVES, *Libertad de prensa y responsabilidad criminal*, cit., p. 90; C.ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, en M. COBO DEL ROSAL (Director), *Comentarios al Código Penal*, t. III Artículos 24 a 94, Madrid, 2000, Edersa, p. 340.

⁵⁰ En este caso no se castiga la redacción de un texto ni la producción de un signo.

La justicia distributiva que se deriva de la fórmula del *suum cuique tribuere* brilla aquí por su ausencia, ya que a cada uno no se le da exactamente lo suyo.

Por otro lado, el apartado 3 del artículo 30 no permite la transmisión de la responsabilidad penal a otro si el responsable principal o algún responsable subsidiario ha extinguido ya su responsabilidad: en efecto, la muerte del responsable principal determina ahora que no se pueda seguir buscando la efectividad del castigo, mediante su imposición a alguna de las personas mencionadas en los siguientes escalones. En caso contrario, ello sí que supondría una vulneración del principio aquí estudiado en la manifestación cualitativa que prohíbe la transmisión *inter vivos* o *mortis causa* de la responsabilidad penal.

Pese a todo, puede ocurrir que el responsable principal o algún responsable subsidiario estén amparados por la causa de justificación del ejercicio del derecho fundamental a comunicar libremente información, previsto en el artículo 20.1 d) de la Constitución. En tal caso, y de acuerdo con el artículo 30.3 del Código Penal, sigue subsistiendo la responsabilidad subsidiaria⁵¹, lo que resulta completamente contrario al ámbito de aplicación de un derecho fundamental: pues si el que hace lo más y redacta un texto (por ejemplo, el periodista que transcribe de forma neutral la nota de reivindicación de un atentado por un grupo terrorista), ejerce un derecho fundamental, y debe por ello ser absuelto, no puede dirigirse ya el proceso contra nadie más, pues el que hace lo menos (el director que induce o coopera necesariamente al hecho del periodista) debe quedar cubierto asimismo y de forma ineludible por el mismo derecho a comunicar libremente información.

Si el legislador quiere reducir el ámbito de los sujetos responsables en estos delitos cometidos utilizando medios o soportes de difusión mecánicos, bastaría y sobraría con el apartado 1 del artículo 30, en su caso reduciendo aún más la selección de los posibles responsables.

3. La necesidad de garantizar la atenuación de la responsabilidad del autor por la intervención concomitante de la víctima

En el supuesto de hecho de la sentencia del Tribunal Supremo 282/2005, de 4 de marzo, Gema, conductora de un Opel corsa circula por el carril izquierdo de una vía de servicio y al desplazarse al carril derecho no respeta la preferencia de paso

⁵¹ En la versión del art. 15 del CP de 1973, la responsabilidad subsidiaria y en cascada se hacía depender de que alguno de los posibles responsables no fueren conocidos o no estuvieran domiciliados en España o estuvieran exentos de responsabilidad criminal, con arreglo al artículo 8; de manera que el precepto no impedía (puesto que guardaba silencio al respecto) que tal responsabilidad subsidiaria y en cascada siguiera subsistiendo si la responsabilidad de alguno de los sujetos había quedado *extinguida*, de acuerdo con el entonces art. 112, por ejemplo, por la muerte del sujeto no domiciliado en España. Mientras que en la versión actual del art. 30.3 del CP de 1995 la responsabilidad subsidiaria y en cascada sigue siendo posible cuando concurre una *eximente* de los arts. 19 ó 20 en una de las personas situada en alguno de los estratos, pero no cuando concurre alguna de las causas de *extinción* de la responsabilidad criminal del art. 130, porque esta posibilidad ha quedado ahora expresamente vedada ("Cuando por cualquier motivo *distinto de la extinción de la responsabilidad penal* [...]").

de la motocicleta Vespa 200 conducida por Salvador a una velocidad inadecuada (100 km./h., cuando existía una limitación de 90 km./h.), por lo que colisiona con el turismo, saliendo Salvador violentamente proyectado y tendido en el suelo, lo que determina que sufra un traumatismo craneoencefálico y que se produzca su muerte al día siguiente. Lo característico de esta hipótesis es que tanto Gema, la conductora del turismo, como Salvador, que pilotaba la motocicleta, han intervenido causalmente en la producción del resultado. Desde luego, ni siquiera aunque Salvador hubiera resultado no muerto sino lesionado, le podríamos castigar, porque las autolesiones son en nuestra legislación impunes. Ahora bien, ¿debe merecer una plena responsabilidad penal el hecho realizado por la conductora imprudente del vehículo? Resulta curioso que el Código Penal contemple expresamente esta hipótesis en el artículo 114, pero sólo en lo relativo a la responsabilidad civil, facultando al juez para reducir el importe de la indemnización o reparación⁵². Sin embargo, la ley guarda silencio respecto al problema correlativo en el ámbito de la responsabilidad penal.

Tal vez ese silencio esté motivado, porque la mayoría de las soluciones que se han barajado para responder a este discutidísimo problema, reconocen la necesidad de reducir la responsabilidad penal del que maneja el vehículo de manera imprudente, en atención a la conducta concomitante de la víctima.

En efecto, la jurisprudencia hasta la década de los años noventa del siglo XX, aunque negaba la compensación de culpas, rebajaba la categoría de la imprudencia, dando lugar así a una pena menor. La sentencia 844/1999, de 29 de mayo, el Tribunal Supremo introduce en el terreno del homicidio preterintencional los criterios de la imputación objetiva. No obstante, tras esta resolución, la jurisprudencia dictada en los casos de intervención concomitante de la víctima ha operado con dos líneas de argumentación: la primera, y más tradicional, no encuadra el problema en el ámbito de la imputación objetiva, y únicamente opera con la gravedad de la imprudencia, de modo que la solución se concreta en reducir (en su caso, y a la vista de los recursos de casación planteados, en aumentar) la gravedad de la imprudencia⁵³; la segunda línea argumental, encuadra el problema en la imputación objetiva, pero la solución sigue consistiendo en reducir (o en su caso aumentar) la gravedad de la imprudencia⁵⁴. En definitiva, ambas líneas argumentales coinciden en que finalmente operan con la distinción entre imprudencia grave e imprudencia leve, graduando la responsabilidad, y por tanto la pena, del sujeto activo, en supuestos similares al

⁵² Sobre la aplicación de este precepto, vid. STS 98/2009, de 10 de febrero (A. 1670).

⁵³ Así SSTS: 1153/2000, de 30 de junio (A. 6830); 681/2001, de 24 de abril (A. 3570); 2445/2001, de 22 de diciembre (A. 2002/4433); 491/2002, de 18 de marzo (A. 6691); 1823/2002, de 7 de noviembre (A. 10599); 149/2003, de 10 de noviembre (A. 1770); 282/2005, de 4 de marzo (A. 1980); 720/2008, de 12 de noviembre (A. 6961), relativa a delito de estafa.

⁵⁴ En este sentido SSTS: 19-4-1999, Sala de lo Militar (A. 4785); 1611/2000, de 19 de octubre (A. 9263); 1671/2002, de 16 de octubre (A. 9908); 955/2007, de 20 de noviembre (A. 8274); 181/2009, de 23 de febrero (A. 1400).

de la conductora del ejemplo de partida. Pese a todo, la doctrina científica le ha formulado a la jurisprudencia contundentes críticas.

Por su parte, dicha doctrina coincide mayoritariamente en atenuar, e incluso excluir, la responsabilidad del que ocasiona un resultado al que también ha contribuido con su propia conducta la víctima. A veces se sirve para ello de categorías que el Código Penal sólo aplica al infractor de la norma y que por lo tanto son inadecuadas para ser empleadas respecto al sujeto pasivo⁵⁵: así los conceptos de dolo e imprudencia de los artículos 5, 10 y 12 sólo son predicables para el que incurre en responsabilidad penal y no para la víctima (aunque podrían serlo de forma paralela cuando la víctima infringe -como en el ejemplo del que parto- una infracción administrativa: la de circular por encima del límite de velocidad establecido, ya que las infracciones administrativas también exigen dolo o imprudencia); de forma análoga, la idea de autorresponsabilidad aplicada a la víctima⁵⁶, deducida a partir de principios sociológicos o filosóficos, carece de toda base legal⁵⁷.

Por cierto que la idea de autorresponsabilidad de la víctima no se fundamenta en el principio constitucional de responsabilidad por hechos propios. En efecto, este último se encuentra vinculado a la responsabilidad jurídico-penal que le incumbe al sujeto que comete el hecho delictivo, y sirve para excluir tal responsabilidad en la medida en que se le quiera cargar a dicho sujeto con hechos ajenos. Pero dicho principio no va dirigido a fundamentar una responsabilidad etérea de la víctima, tal vez cimentada en normas sociales, pero desde luego, no jurídicas, que en cuanto víctima -y salvo contadas excepciones⁵⁸- no puede incurrir en responsabilidad jurídico-penal por la misma norma que infringe el sujeto activo del delito.

⁵⁵ Resalta ya este dato M. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudios sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Barcelona, 1998, J. M. Bosch Editor, pp. 301-302.

⁵⁶ Cfr. sobre ella: M. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 259 ss.; B. FEIJÓO SÁNCHEZ, "Actuación de la víctima e imputación objetiva (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999)", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, n° 5, 2000, p. 301 ss. También ha sido asumida por la jurisprudencia en el ámbito de la cocausación del resultado por parte de la víctima; vid. en este sentido SSTS: 1611/2000, de 19 de octubre (A. 9263); 1671/2002, de 16 de octubre (A. 9908); 1491/2003, de 10 de noviembre (A. 1770); 955/2007, de 20 de noviembre (A. 8274).

⁵⁷ Cfr. las contundentes críticas de: E. GIMBERNAT ORDEIG, "Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida", en E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO / M. GURDIEL SIERRA / E. CORTÉS BECHIARELLI (Coordinadores), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, Tirant lo blanch, pp. 440-443; A. GIL GIL, *El Delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, Barcelona, 2007, Atelier, pp. 296-315. Críticamente también se manifestó el homenajeado, J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed. (aumentada y corregida por H. HORMAZÁBAL MALARÉE), Barcelona, 1994, PPU, p. 299, alegando la posible discriminación, contraria al art. 14 CE, si el Derecho penal hace depender la protección a las víctimas en función de sus características personales, por ej., de su comportamiento excesivamente descuidado o ingenuo.

⁵⁸ Estoy pensando en supuestos como el siguiente: si un chico y una chica, menores de 13 años, realizan un coito, plenamente consentido por ambas partes, cometen cada uno de ellos un acto plenamente antijurídico de abuso sexual previsto en el art. 181.2, de modo que cada uno es autor y víctima simultáneamente respecto al otro. Al ser ambos menores de 14 años, son inimputables y no pueden ser responsables de conformidad con el art. 3 de la L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores; pero pueden ser sometidos a medidas de protección de menores, de una considerable gravedad, como por ejemplo la asunción de su tutela por una entidad pública, en virtud de lo dispuesto en la L.O. 1/1996, de Protección Jurídica del Menor.

En el ámbito doctrinal, las propuestas para determinar la influencia en estos casos sobre la responsabilidad penal son variadas⁵⁹. Algunos autores coinciden con la antigua tesis jurisprudencial de rebajar la gravedad de la clase de imprudencia, de grave a leve⁶⁰; otros optan por aceptar una reducción de la pena en el caso de las heteropuestas en peligro consentidas⁶¹; un tercer sector, aunque mediante una argumentación muy ceñida al caso que se estudia, reserva tal atenuación para la etapa de individualización judicial de la pena⁶². Sólo algún autor parece oponerse a la atenuación⁶³.

Desde la perspectiva constitucional, creo que se impone la reducción de la responsabilidad penal del autor, en atención a que el hecho no le pertenece a él en exclusiva, en cuanto que la víctima ha contribuido a causar el resultado. No se trata de “compensar” la culpa, ya que la culpa -o mejor: la responsabilidad- de cada uno es personal, intransferible y, precisamente, en virtud del principio que estoy estudiando, no compensable. Se trata simplemente de reconocer la virtualidad del principio de responsabilidad personal por hechos propios, que ciertamente no impone una concreta solución dogmática para estos casos, pero sí exige que el hecho de nuestro conductor sea castigado de una manera que ponga de relieve que el mismo no se le atribuye enteramente como propio⁶⁴.

4. El artículo 31.2 del Código Penal

Básicamente la punición de las personas jurídicas sigue dos modelos: el de responsabilidad vicarial o heterorresponsabilidad, conforme al cual la responsabilidad de la persona física se transfiere a la persona jurídica⁶⁵, de forma que tal

⁵⁹ De forma diferenciada según los grupos de supuestos: U. JOSHI JUBERT, “Concurrencia de culpas y conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 42, 1989, pp. 741-742; D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general I*, Madrid, 1996, Universitas, pp. 526-527, admitiendo desde la exención de pena hasta la degradación de la imprudencia del autor.

⁶⁰ En este sentido: A. TORIO LÓPEZ, “Significación dogmática de la «compensación de culpas» en Derecho penal”, en *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, Santiago de Compostela, 1989, Universidade de Santiago de Compostela, p. 723; M. CANCIO MELIÁ / E. PEÑARANDA RAMOS, “Primer comentario”, en M. DÍAZ GARCÍA / J. M. PAREDES CASTAÑÓN (Coordinadores), *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999. Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater)*, León, 2004, Universidad de León, pp. 41-44. Previamente, M. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, cit., pp. 345-346, había afirmado la necesidad de atenuar la responsabilidad del autor, aunque dudaba acerca de si tal atenuación debía concretarse en degradar la gravedad de la imprudencia o en operar en el marco de la medición de la pena, aunque parecía decantarse por esta última solución.

⁶¹ De esta opinión, E. GIMBERNAT ORDEIG, “Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida”, en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, cit., pp. 447 y 448, atenuación que en su opinión debe operar dentro del marco punitivo correspondiente.

⁶² Cfr., así, M. DÍAZ GARCÍA / J. M. PAREDES CASTAÑÓN, “Segundo comentario”, en *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor*, cit., pp. 81-83. Parece inclinarse también por esta solución, A. SERRANO MAÍLLO, *La compensación en Derecho penal*, Madrid, 1996, Dykinson, p. 122 ss. (donde analiza las diferentes posibilidades de fundamentar la atenuación), y especialmente p. 148.

⁶³ Cfr. M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992, pp. 307-311, especialmente pp. 310-311 nota 365.

⁶⁴ La reducción de la pena supondría una solución similar a la de castigar en los delitos dolosos sólo por tentativa inidónea a los responsables de autoría accesoria, pese a la producción del resultado, solución que desde luego no cabe en los delitos imprudentes de resultado.

⁶⁵ Sobre tal transferencia, cfr. A. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., p. 162.

responsabilidad de la persona jurídica se deriva de un hecho ajeno; por el contrario, el modelo de autorresponsabilidad o de culpabilidad de empresa fundamenta la responsabilidad en la culpabilidad de la propia empresa, derivada normalmente de la falta de controles o medidas de organización, de la ausencia de instauración en ella de "una auténtica cultura destinada a fomentar en su actividad los valores que encarna la ley"⁶⁶.

Desde la óptica del principio constitucional aquí estudiado, el modelo de autorresponsabilidad o de culpabilidad de empresa no plantea problemas, puesto que la responsabilidad no se deriva de un hecho ajeno sino de un hecho propio, sin entrar ahora en la manera en que se configura ese hecho propio. Las dificultades se pueden suscitar en la medida en que se admita que un mismo e idéntico hecho genere responsabilidad tanto para la persona física como para la persona jurídica. Ahora bien, si el hecho imputado a la empresa manifiesta un injusto propio y diferenciado, en el sentido de una *culpa in vigilando*, cada una de tales responsabilidades -la de la persona física y la de la persona jurídica- quedaría vinculada a un hecho propio y no resultaría vulnerado el principio del que me ocupo. Sin embargo, este modelo de autorresponsabilidad me genera inquietud pues obliga a instaurar en la empresa una especie de comunión con la ideología que se deriva del sistema penal. Tal adhesión recuerda demasiado a la idea de "democracia militante", hasta el punto de que casi se podría calificar de "ideología penal militante", cuando precisamente la construcción de "democracia militante" ha sido rechazada sin paliativos por la doctrina del Tribunal Constitucional, a partir de la sentencia 48/2003, de 12 de marzo, fundamento jurídico 7⁶⁷. Lo que exigen las normas penales es que se evite su infracción, pero no que se esté de acuerdo con ellas.

Por el contrario, es muy difícil que el sistema vicarial o de la heterorresponsabilidad pueda ser considerado conforme con el principio que es estudiado en estas páginas, en la medida en que en él la sanción penal de la empresa se anuda a un hecho ajeno, al hecho cometido por la persona física que actúa en nombre o por cuenta de la persona jurídica⁶⁸. Puesto que tanto el artículo 129 (ya examinado anteriormente)

⁶⁶ Así describe este sistema A. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., p. 150.

⁶⁷ Tal STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7, declara lo siguiente: "en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de democracia militante [...], esto es, un modelo en el que se imponga no ya el respeto sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución". En el mismo sentido, vid. también SSTC 5/2004, de 16 de enero, FJ 17; 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4; 12/2008, de 29 de enero, FJ 6; 31/2009, de 29 de enero, FJ 13.

⁶⁸ Correctamente expresa J. M. ZUGALDÍA ESPINAR, "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español" en *Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, cit., p. 893: "Desde el punto de vista constitucional cabe suponer que si el principio de legalidad (y una de sus consecuencias: el principio del hecho -exigencia de acciones u omisiones-) y el principio de culpabilidad constituyen garantías constitucionales del derecho sancionador tanto para personas físicas como para personas jurídicas, la sanción a una persona jurídica debe estar basada en su propia acción y en su propia culpabilidad, y no en una acción o en una culpabilidad «tomada prestada» de la persona física que actuó en nombre o interés de la persona jurídica" (cursivas en el original).

como el artículo 31.2 del Código Penal se inspiran en el sistema vicarial⁶⁹, no parece que puedan ser considerados adecuados a lo que exige la Constitución.

De acuerdo con el tenor literal del artículo 31.2⁷⁰, sólo aplicable en los delitos especiales, la persona jurídica no resulta condenada en la sentencia a cumplir una pena de multa, pero se le hace responsable del pago de dicha pena de multa impuesta a la persona física (al "autor del delito"). Se produce, pues, una transferencia de responsabilidad: de la persona física condenada y, por tanto, responsable a la persona jurídica que no ha sido condenada y por lo tanto no es, en sentido estricto, responsable del hecho, aunque sí *ope legis* del pago de la multa. Por otro lado, la responsabilidad del pago de la multa se impone de forma "directa y solidaria", lo que desde luego no implica que lo que sin duda tiene naturaleza de pena -porque así lo expresa la norma-, se transmute en una consecuencia distinta, civil o administrativa. Ahora bien, según las reglas generales de las obligaciones solidarias ello supone que el acreedor, esto es: el Estado, "puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente"⁷¹; y que "el pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación"⁷².

Aunque el precepto ha hecho correr ríos de tinta, normalmente además en sentido muy crítico, no tengo intención de examinar esa amplia bibliografía. Me interesa ante todo la valoración en clave constitucional del precepto, terreno en el que la tendencia general en la doctrina ha sido la de eludir un juicio tajante de inconstitucionalidad, mediante el rodeo de considerar que la responsabilidad de pago que establece es, según opinión mayoritaria, de carácter civil -con olvido de que el precepto se refiere expresamente a la "*pena* de multa"- . También es verdad que esa tendencia de restringir las declaraciones de inconstitucionalidad es la propia y característica del Tribunal Constitucional, órgano que se autolimita en esa tarea con la intención de respetar la voluntad soberana del legislador democrático.

Con este laudable objetivo de salvar la posible inconstitucionalidad de la norma, me parece que son dignas de resaltar las interpretaciones de algunos autores. Gómez-Jara Díez estima que esto se puede conseguir si la responsabilidad penal de la persona jurídica se vincula a la circunstancia de que ostenta una posición de garante que le obliga al cumplimiento de unos deberes penales de supervisión de las

⁶⁹ También existen en el Código otras normas que reflejan el sistema vicarial. Así, en los arts. 262.1 y 369.2 se imponen penas a personas jurídicas por hechos cometidos por personas físicas. Y al revés, el art. 318 prevé el supuesto contrario de hecho "atribuido" o cometido por persona jurídica, del que responden las personas físicas "responsables de los mismos".

⁷⁰ El texto del precepto es como sigue: "En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó".

⁷¹ De conformidad con lo establecido en el art. 1144 del Código Civil.

⁷² Esto es lo que prescribe el art. 1145 del Código Civil.

actuaciones de sus empleados⁷³. Pero si, con el vigente Código Penal en la mano, la persona jurídica infringe tales deberes de supervisión, no está, por ejemplo, eludiendo el pago de un tributo, tal y como exige el artículo 305 del Código Penal, que define el delito fiscal. La inexistencia de una cláusula general o específica sobre tales deberes de supervisión determina entonces que si se impone a la empresa el pago de una multa porque su administrador eludió el pago del impuesto de sociedades, se está infringiendo el principio de legalidad ya que la conducta de infringir los deberes de supervisión no es subsumible sin más en el citado artículo 305⁷⁴.

Por su parte, Silva Sánchez y Ortiz de Urbina Gimeno, pese a rechazar por sus muchos defectos el artículo 31.2, proponen, para evitar su inconstitucionalidad, considerarlo como un modelo de responsabilidad por deuda de Derecho público proveniente de sanción ajena⁷⁵. Ahora bien, a mi juicio esta elaborada calificación choca con la atribución de una diferente naturaleza a una misma medida. En efecto, si en el artículo 31.2 la responsabilidad para la persona jurídica es directa y solidaria, también debe serlo necesariamente para la persona física condenada por el hecho en la sentencia, pues la calificación de una obligación como solidaria significa que tiene este mismo carácter para todos los codeudores. Pues bien, según la concepción de estos autores una misma consecuencia jurídica es calificada como pena para un sujeto (la persona física) y como aseguramiento patrimonial de una deuda de Derecho público, para otro sujeto (la persona jurídica). Se trata, en definitiva, del método, rechazado con razón por Spolanski, de que una misma sanción sea pena para la persona física y deje de serlo cuando solidariamente se impone a la persona jurídica.

Aparte de que el precepto puede chocar contra otros derechos fundamentales⁷⁶, conviene recordar que el Tribunal Constitucional, en su sentencia 76/1990, de 26 de abril, FJ 4 B), ha declarado inadmisibles la responsabilidad solidaria en Derecho penal⁷⁷. La inconstitucionalidad del artículo 31.2, motivada por la infracción del

⁷³ Cfr. C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, "El nuevo art. 31.2 del Código Penal: cuestiones de *lege lata* y de *lege ferenda*", *La Ley*, 2006, t. 4, p. 1599.

⁷⁴ En sentido similar, cfr. B. SCHÜNEMANN, "La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos directivos en la Unión Europea", en M. BAJO FERNÁNDEZ (Director) y S. BACIGALUPO / C. GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coordinadores), *Constitución Europea y Derecho penal económico. Mesas redondas Derecho y Economía*, Madrid, 2006, Edit. Universitaria Ramón Areces, pp. 148-149.

⁷⁵ Cfr. J. M. SILVA SÁNCHEZ / I. ORTIZ DE URBINA GIMENO, "El art. 31.2 del Código Penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?", *InDret* (www.indret.com), núm. 2, 2006, p. 39 s.

⁷⁶ Puesto que los órganos de justicia suelen ser reacios a aplicar una norma que conduce a resultados abiertamente irracionales, me cuesta trabajo imaginar que, siguiendo estrictamente el art. 31.2 CP, que no requiere condenar en la sentencia a la persona jurídica, un tribunal pudiera imponerle a ésta el pago de la multa sin respetar su derecho a la defensa y la garantía de la contradicción (art. 24.1 y 2 CE), es decir, sin considerarla parte penal (y en su caso también civil) en el proceso, sin permitirle alegar por ejemplo que la persona física no actuó en su nombre o a su cuenta, o sin tolerarle argumentar que ha habido una confusión y que se trata de otra persona jurídica la que verdaderamente tiene relación con el autor; etc. Pero técnicamente una aplicación estricta del precepto penal en cuestión podría vulnerar garantías procesales básicas previstas en la Constitución.

⁷⁷ Declara esta STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 4 B) lo siguiente: "[...] no es trasladable al ámbito de las infracciones administrativas la interdicción constitucional de la responsabilidad solidaria en el ámbito del Derecho penal,

principio de responsabilidad por hechos propios⁷⁸, sólo podría ser evitada, como ya se ha dicho, por una declaración del Tribunal Constitucional en el sentido de excluir a las personas jurídicas del ámbito de aplicación del mencionado principio. Pero si así fuera, el Supremo Intérprete de la Constitución debería fundamentar esa exclusión en muy buenas razones, pues además de que así no atribuiría idénticas garantías a todo el ámbito penal, ¿podría ser considerado conforme con las ideas de racionalidad y de razonabilidad -a las que las resoluciones de ese Tribunal tienen tanto apego- castigar penalmente a una persona jurídica por un hecho que en realidad es imputable a otra persona jurídica? Sinceramente, teniendo en cuenta que en esa hipótesis resulta afectado el núcleo más duro del principio de responsabilidad por el hecho propio, yo creo que no.

puesto que no es lo mismo responder solidariamente cuando lo que está en juego es la libertad personal -en la medida en que la pena consista en la privación de dicha libertad- que hacerlo a través del pago de una cierta suma de dinero en la que se concreta la sanción tributaria, siempre prorrateable a posteriori entre los distintos responsables individuales". Creo que la declaración es contundente, pese a la simplificación que supone identificar la pena con la privación de libertad, con olvido de que la legislación penal también incluye multas y otras penas pecuniarias, así como otras penas restrictivas de diferentes derechos.

⁷⁸ Coincide con la idea de que es "posible" que el precepto vulnere este principio: J. G. FERNÁNDEZ TERUELO, "Obligación solidaria de la empresa de hacer frente al pago de la multa penal impuesta a su representante (criterios de regulación y consecuencias del nuevo apartado segundo del art. 31 del Código Penal derivado de la reforma 15/2003)", *Revista de Derecho y proceso penal*, núm. 13, 2005, p. 37 s. Aunque plantea el problema, no se pronuncia sobre la posible inconstitucionalidad F. J. ALVAREZ GARCÍA, "El nuevo artículo 31.2 del Código Penal", *Revista de Derecho Penal (Lex Nova)*, núm. 12, mayo 2004, p. 125 ss, y notas 28 y 29.

RÉGIMEN CONSTITUCIONAL TRIBUTARIO
AUTONÓMICO BOLIVIANO

*BOLIVIAN CONSTITUTIONAL
TAXATION AUTONOMOUS REGIME*

Rev. boliv. de derecho n° 9, enero 2010, ISSN: 2070-8157, pp. 240-249



Juan Alberto
MARTÍNEZ
BRAVO

RESUMEN: Es objeto de atención el principio de responsabilidad personal por hecho propio, también conocido como principio de personalidad de las penas. Dentro de la amplia gama de manifestaciones de esta garantía constitucional se abordan a continuación las de carácter cuantitativo, esto es, las que impiden una acumulación indebida de responsabilidad penal en dos o más sujetos por un mismo hecho. Tras el análisis de los elementos que delimitan el ámbito de aplicación del principio (persona responsable / hecho / consecuencia jurídico-penal), se analizan otras consecuencias y la posible contradicción del referido principio con algunos preceptos del Código Penal español.

Este artículo ha sido escrito para el Libro que será editado en Homenaje a Juan Bustos. Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación del Ministerio de Educación y Ciencia DER2008-05980/JUR1, del que soy Investigador principal.

A la memoria de *Juan Bustos*, penalista honesto y socialista comprometido

PALABRAS CLAVE: Garantías constitucionales penales.- Principio de legalidad penal.- Responsabilidad penal.- Personalidad de las penas.- Prohibición de castigos colectivos por hechos individuales.

SUMARIO: NIVELES TERRITORIALES COMPETENCIALES. –Nivel Central Nacional. –Nivel Departamental Autónomo. –Nivel Municipal Autónomo. –Nivel Indígena Autónomo. **CONCLUSIONES**

Con la nueva Constitución Política del Estado, vigente desde el 7 de febrero de 2009, y por disposición de su Artículo 1, el Estado Boliviano, adopta el régimen autonómico en el ámbito departamental, provincial, municipal (ya existente) e indígena originario campesino, que supone la existencia de cuatro niveles de gobierno que coexistirán con el nivel de gobierno central o general del Estado.

A partir de sus Artículos 269, 270 y 271, organiza territorialmente al Estado, en los ámbitos autonómicos referidos, bajo los principios de unidad, voluntariedad, solidaridad, equidad, bien común, autogobierno, igualdad, complementariedad, reciprocidad, subsidiariedad, gradualidad, coordinación, la provisión de recursos, que informan la constitución de un Estado Unitario Autonómico conformado por entidades territoriales autónomas dotadas de Estatutos Autonómicos y Cartas Orgánicas, elaborados según el procedimiento previsto en la Ley Marco de Autonomías y Descentralización que habrá de ser aprobada por la Asamblea Legislativa Plurinacional, y que regulará la transferencia de competencias y el régimen económico financiero.

La Constitución, en su Artículo 272, asigna a las entidades autónomas, competencias legislativas y administrativas (reglamentaria, fiscalizadora y ejecutiva), y si bien reserva la competencia jurisdiccional a órganos judiciales nacionales, con la señalada asignación competencial configura entes territoriales con gobierno y recursos económicos propios, distintos al gobierno nacional.

El Artículo 275, establece que los Estatutos Autonómicos y Cartas Municipales (ámbito municipal) serán aprobados por los órganos deliberativos de las entidades territoriales autónomas y previo control de constitucionalidad, entrarán en vigencia mediante referendo aprobatorio en su jurisdicción.

Las normas orgánicas autonómicas, estarán sujetas a la conformidad del órgano legislativo nacional, a través de su adecuación a la Ley Marco de Autonomías y Descentralización; a la del órgano judicial, mediante el control de constitucionalidad, y a la conformidad ciudadana, por medio del referendo aprobatorio en la jurisdicción territorial correspondiente.

• **Juan Alberto Martínez Bravo**

Abogado. Especialidad en Derecho Constitucional y Administrativo por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Maestría en Derecho Tributario. Profesor de Derecho Administrativo y Tributario. Ha publicado "Derecho Administrativo Boliviano" (2001).

NIVELES TERRITORIALES COMPETENCIALES

El Artículo 323, establece que la política fiscal se basa en los principios de capacidad económica, igualdad, progresividad, proporcionalidad, transparencia, universalidad, control, sencillez administrativa y capacidad recaudatoria.

A su vez, el Artículo 108, dispone, que es deber de los bolivianos, tributar en proporción a su capacidad económica, conforme a ley.

El Capítulo Octavo, Título I de la Tercera Parte, reconoce competencias al nivel central, a los gobiernos departamentales autónomos, a los gobiernos municipales autónomos, y a las autonomías indígena originario campesinas.

En lo que respecta a las autonomías regionales, en su Artículo 301, dispone que una vez constituida como autonomía regional, recibirá las competencias que le sean transferidas o delegadas.

El Artículo 323, parágrafo III, señala que la Asamblea Legislativa Plurinacional mediante ley, clasificará y definirá los impuestos que pertenecen al dominio tributario nacional, departamental y municipal.

De lo anterior se establece, que en el ámbito autonómico regional, y de hecho en el nivel de autonomía indígena originario campesina, no se habrán de crear impuestos, al no existir en la clasificación constitucional, impuestos de carácter provincial.

Nivel Central Nacional

El Artículo 298, establece que es competencia privativa (legislativa, reglamentaria y ejecutiva) del nivel central del Estado, la creación de impuestos nacionales, tasas y contribuciones especiales de dominio tributario de dicho nivel central estatal.

En su Artículo 158, dispone, que es atribución de la Asamblea Legislativa Plurinacional, la creación o modificación de impuestos de competencia del nivel central del Estado.

En su Artículo 299, señala que es competencia compartida (legislación de desarrollo de la legislación básica de la Asamblea Legislativa Plurinacional) entre el nivel central del Estado y las entidades territoriales autónomas, la regulación para la creación y/o modificación de impuestos de dominio exclusivo de los gobiernos autónomos.

Es de entenderse, que en la creación de impuestos cuya recaudación y fiscalización (gestión tributaria) habrá de estar a cargo de los gobiernos autónomos

departamentales y municipales, la legislación productora de dichos tributos, tendrá que adecuarse a la legislación básica que para el efecto sancione el órgano legislativo.

Nivel Departamental Autónomo

El Artículo 277, señala que el gobierno autónomo departamental está constituido por una Asamblea Departamental, con facultad deliberativa, fiscalizadora y legislativa departamental, y por un órgano ejecutivo.

El Artículo 300, establece que son competencias exclusivas (legislativa, reglamentaria y ejecutiva, pudiendo transferir y delegar estas dos últimas) de los gobiernos departamentales autónomos, en su jurisdicción, la creación y administración de impuestos de carácter departamental, cuyos hechos imponibles no sean análogos a los impuestos nacionales o municipales.

En el mismo sentido que el Artículo 300, el párrafo IV del Artículo 323, dispone que los gobiernos autónomos facultados para la creación, supresión o modificación de impuestos, no podrán crear impuestos cuyos hechos imponibles sean análogos a los correspondientes a los impuestos nacionales, departamentales o municipales existentes.

Este poder tributario constitucionalmente derivado se supone además supeditado, considerando que dicha actividad legislativa impositiva estará limitada por la legislación que para el efecto sancione el órgano legislativo nacional, por expresa disposición del Artículo 299 Constitucional, sobre la base de la limitación que literalmente establece el Artículo 300 y el Artículo 323.

En España, por disposición de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas, de 22 de septiembre de 1980, los tributos que establezcan las Comunidades Autónomas no podrán recaer sobre hechos imponibles gravados por el Estado español.

De igual forma, la Ley No. 23548 de 1998 de Coparticipación Federal de Recursos Fiscales de Argentina, establece que Las Provincias, se obligan a no aplicar gravámenes locales análogos a los nacionales distribuidos por esta Ley, y en cumplimiento de esta obligación no se gravarán por vía de impuestos, tasas, contribuciones u otros tributos, cualquiera fuere su característica o denominación, las materias imponibles sujetas a los impuestos nacionales distribuidos.

El numeral 2 del párrafo IV del Artículo 323 de la Constitución boliviana vigente, prescribe además, que no podrán crear impuestos, tasas, patentes y contribuciones especiales, que graven bienes, actividades, rentas o patrimonios localizados fuera de

su jurisdicción territorial, salvo las rentas generadas por sus ciudadanos o empresas en el exterior del país.

De la posibilidad constitucional de los gobiernos autónomos de gravar las rentas generadas por sus ciudadanos o empresas en el exterior del país, se establece la configuración e incorporación, en nuestra legislación tributaria, del principio de renta mundial en materia de impuesto sobre la renta sustentado en los elementos de residencia, nacionalidad, establecimiento permanente, como factores de conexión, y propio de los países desarrollados exportadores de capitales, distinto al principio territorial o de fuente productora o generadora de la renta reconocido por la Ley No.843 de 20 de mayo de 1986, de Reforma Tributaria vigente.

La incorporación del principio de renta mundial en el ámbito autónomo departamental y municipal resultaría equívoco, ya que los ciudadanos y las empresas lo son del Estado Nacional y no de los departamentos o municipios autónomos, debiendo aplicarse a las rentas que generen en el exterior los residentes y ciudadanos del Estado Nacional Boliviano, independientemente si son o no de un determinado departamento autónomo.

Para la aplicación del principio de renta mundial en el ámbito territorial autónomo, se tendría que adoptar un registro de identificación personal y comercial propio de cada jurisdicción autónoma y además establecer en la ley pertinente, la participación de los gobiernos de dichas jurisdicciones en la recaudación de las rentas generadas en el exterior.

El Artículo 323, establece que los gobiernos autónomos, no podrán crear impuestos, tasas, patentes y contribuciones especiales, que obstaculicen la libre circulación y el establecimiento de personas, bienes, actividades o servicios dentro de su jurisdicción territorial, y no podrán crear impuestos, tasas, patentes y contribuciones especiales, que generen privilegios para sus residentes y discriminen a los que no lo son.

El dispositivo constitucional, no deja dudas, respecto de la potestad privativa del nivel central en materia tributaria aduanera, de conformidad la potestad privativa del nivel central en cuanto al régimen aduanero, prevista en el Artículo 298 numeral 4, constitucional.

La Constitución Política de 1978 del Estado Español, en su Artículo 157, dispone que las Comunidades Autónomas no podrán en ningún caso adoptar medidas tributarias sobre bienes situados fuera de su territorio o que supongan obstáculo para la libre circulación de mercancías y servicios, lo cual es coincidente con la competencia exclusiva del Estado español, en cuanto al régimen aduanero y arancelario, prevista en su Artículo 149 constitucional.

Similar dispositivo encontramos en el Artículo 117 de la Constitución Política de 1917 del Estado Federal Mexicano, que establece que las entidades federativas no pueden gravar el tránsito de personas o cosas que atraviesen su territorio; prohibir ni gravar directa ni indirectamente la entrada a su territorio, ni la salida de él, a ninguna mercancía nacional o extranjera; gravar la circulación ni el consumo de efectos nacionales o extranjeros; expedir ni mantener en vigor leyes o disposiciones fiscales que importen diferencias de impuesto o requisitos por razón de la procedencia de mercancías nacionales o extranjeras.

Nivel Municipal Autónomo

El Artículo 283, dispone que el gobierno autónomo municipal está constituido por un Concejo Municipal con facultad deliberativa, fiscalizadora y legislativa municipal en el ámbito de sus competencias, y un órgano ejecutivo.

En su Artículo 284, establece que el Concejo Municipal podrá elaborar el proyecto de Carta Orgánica, que será aprobado según lo dispuesto por esta Constitución.

El Artículo 302, prescribe que es competencia exclusiva de los gobiernos municipales autónomos, en su jurisdicción, la elaboración de su Carta Orgánica Municipal; la creación y administración de impuestos de carácter municipal, cuyos hechos imposables no sean análogos a los impuestos nacionales o departamentales; y la creación y administración de tasas, patentes a la actividad económica y contribuciones especiales de carácter municipal.

La Constitución, reconoce expresamente a los gobiernos municipales potestad de auto legislación, que comprende la orgánica, y potestad tributaria para la creación de tributos, que al igual que en el caso de los gobiernos autónomos departamentales, está limitada por lo dispuesto en los Artículos 299, 300 y 323.

Nivel Indígena Autónomo

El Artículo 296, establece que el gobierno de las autonomías indígena originario campesinas se ejercerá a través de sus propias normas y formas de organización, establecidas en sus estatutos y en sujeción a la Constitución y a la Ley.

El Artículo 304, establece que es competencia exclusiva de las autonomías indígena originario campesinas, administrar los impuestos de su competencia en el ámbito de su jurisdicción.

Lo anterior, corrobora lo referido en cuanto a que este nivel no tiene potestad tributaria para la creación de impuestos, y se limitará a la administración de los que la ley establezca.

CONCLUSIONES

De lo anterior se establece, que son limitadas las probabilidades que tendrán los gobiernos autónomos departamentales y municipales en Bolivia, al igual que las Comunidades Autónomas españolas y las Entidades Federativas mexicanas y argentinas, de ejercer sus potestades tributarias de creación de impuestos, verbigracia, el Estado de Tabasco de México, que ha establecido el Impuesto sobre traslado de bienes muebles; Impuesto sobre actos, contratos e instrumentos notariales; Impuesto sobre honorarios por actividades profesionales y ejercicios lucrativos no gravados por la Ley del Impuesto al Valor Agregado IVA; Impuesto sobre loterías, rifas, sorteos y concursos de toda clase e Impuesto por la prestación de servicios de hospedaje.

Para el ejercicio de dicha potestad tributaria, en nuestro país, tendríamos la ineludible necesidad de recrear o repensar actividades que actualmente no constituyan hechos generadores de tributos, lo cual no resultaría un ejercicio sencillo, ya que en la actualidad, nuestras normas tributarias gravan el consumo de bienes y servicios, el patrimonio de las personas, los ingresos de las personas, las utilidades de las empresas, la explotación de bienes de dominio público, el ejercicio de profesiones liberales, las transacciones financieras, el comercio y la industria.

De ser posible recrear otros hechos generadores, habría que estar consciente que ello provocaría mayor carga tributaria sobre los contribuyentes formales.

Es importante referir, que en España, los porcentajes de los impuestos cedidos a favor de las Comunidades Autónomas oscilan entre el 33% y 40% de la recaudación por cada impuesto cedido (Impuesto a la Renta de las Personas Físicas IRPF=33%), (Impuesto al Valor Añadido IVA=35%), (Impuesto a los Hidrocarburos IH = 40%), (Impuesto al Tabaco= 40%), (Impuesto a la fabricación de bebidas alcohólicas y fermentadas = 40%) y excepcionalmente el 100% del Impuesto a la Electricidad, según lo establece la Ley 21/2001 de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía.

En el caso Argentino, la Ley de Coparticipación Federal de Recursos Fiscales, establece que de la recaudación de todos los impuestos nacionales existentes o a crearse, se distribuirá el cuarenta y dos con treinta y cuatro centésimos por ciento (42,34%) en forma automática a la Nación; El cincuenta y cuatro con sesenta y seis por ciento (54,66%) en forma automática al conjunto de las veintidós (22) provincias adheridas; El dos por ciento (2%) en forma automática para el recupero del nivel relativo de las provincias de Buenos Aires, Chubut, Neuquén y Santa Cruz, y el uno por ciento (1%) para el Fondo de Aportes del Tesoro Nacional a las provincias.

Establece además, que el monto a distribuir a las provincias, no podrá ser inferior al treinta y cuatro por ciento (34%) de la recaudación de los recursos tributarios nacionales de la Administración Central, tengan o no el carácter de distribuibles por esta Ley.

De la asignación de recursos por tributos cedidos en España, se establece que, al igual que el caso Argentino, básicamente se trata de una coparticipación de las Comunidades Autónomas en la recaudación tributaria nacional del Estado.

Al respecto, cabe referir que en nuestro país, con la Ley No.1606 del 22 de diciembre de 1994 de modificaciones a la Ley No. 843 de Reforma Tributaria del 20 de mayo de 1986, se transfirió o cedió a las Municipalidades el cien por ciento (100%) de toda la recaudación tributaria por concepto de impuestos a las transferencias de bienes inmuebles y vehículos automotores (IMT) e impuestos a la propiedad de bienes inmuebles y vehículos automotores (IPBIV).

Cesión de tributos que faculta a las Municipalidades no solo a su administración e inversión sino también a su fiscalización y control a través de sus respectivas Direcciones de Recaudaciones.

La cesión de tributos en su totalidad implicaría la transferencia de competencias tributarias, en tanto que la cesión parcial implicaría coparticipación tributaria propiamente dicha y la transferencia de competencias administrativas para su administración e inversión y no así de competencias tributarias para la fiscalización y control de los mismos.

La Constitución Política Española de 1978, asigna estas competencias al "Estado Español", pudiendo las Comunidades Autónomas actuar como delegados o colaboradores del Estado para la recaudación, la gestión y la liquidación de los recursos tributarios de aquél, de acuerdo con las leyes y los Estatutos.

Sobre el particular, cabe señalar que la cesión total de tributos, hoy de recaudación nacional, a favor de los gobiernos autónomos departamentales y municipales, tampoco resultaría viable, ya que habría que establecer, lo cual no resultaría una tarea sencilla ni pacífica, cuáles tributos serían cedidos: IVA, IT, RC-IVA, IUE, ITF, ITGB, ISAE, IEHD, ICE, IDH, ICM o los ya cedidos a las municipalidades IPBIVA e IMT.

En Bolivia, también tenemos experiencias de coparticipación tributaria porcentual, tales como las dispuesta por la Ley No.1551 de Participación Popular del 20 de abril de 1994, que a fin de descentralizar en las Municipalidades los servicios de salud, educación, cultura, deportes, caminos vecinales y micro riego, transfiere en favor de aquellas entidades descentralizadas de tipo territorial, el veinte por ciento (20%) de la recaudación tributaria por concepto de impuestos nacionales y el cinco por

ciento (5%) para las Universidades Públicas en su calidad de entes descentralizados de tipo institucional.

Asimismo, la Ley No.1654 de Descentralización Administrativa del 28 de julio de 1995, dispuso la transferencia en favor de las Prefecturas Departamentales, del cien por ciento (100%) de las regalías de hidrocarburos del once por ciento (11%) correspondiente a cada Departamento Productor; y del veinticinco por ciento (25%) de la recaudación tributaria efectiva por concepto del Impuesto Especial a los Hidrocarburos y sus Derivados (IEHD).

En cuanto a la coparticipación de tributos, resultaría innecesaria la transferencia de competencias tributarias de fiscalización y control a los gobiernos autónomos departamentales y municipales, ya que ello debe estar a cargo de la Administración Tributaria General que recauda y administra el mayor porcentaje de dichos tributos, salvo que se trate de tributos cedidos en su totalidad, situación en la que la Agencia o Administración Tributaria Departamental y Municipal, tendrían a su cargo dichas funciones.

Con estos antecedentes, y siendo evidente que la mayor fuente de ingresos de las entidades territoriales autónomas en nuestro país habrá de ser la coparticipación tributaria, es pertinente que la Ley Marco de Autonomías y Descentralización, que normará el régimen económico y financiero de los gobiernos autónomos, establezca expresa e inequívocamente los porcentajes de ingresos que por coparticipación tributaria tendrán los gobiernos autónomos departamentales y municipales, considerando principalmente el porcentaje de aportes de cada departamento y municipio en la recaudación tributaria nacional, y el número de habitantes de su jurisdicción territorial.

RESEÑAS
BIBLIOGRÁFICAS



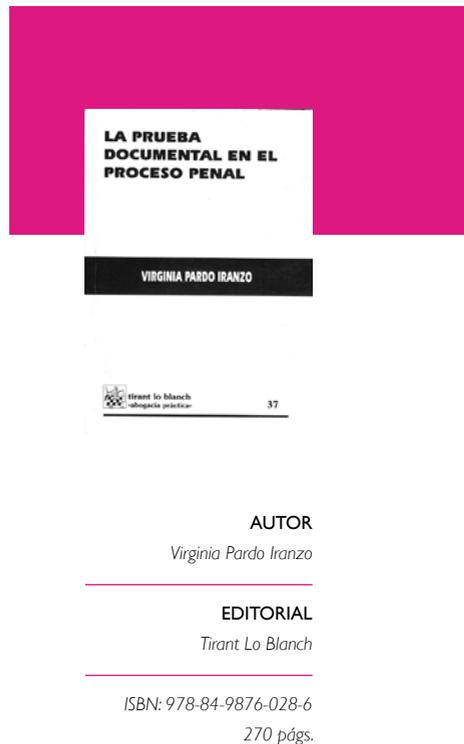
LA PRUEBA DOCUMENTAL EN EL PROCESO PENAL

El propio título del libro nos indica que nos encontramos ante una obra novedosa y de gran utilidad práctica. La autora realiza una labor de sistematización y crítica de la prueba documental en el proceso penal español, cuyos conceptos, razonamientos e, incluso, jurisprudencia comparada que allí se consignan, son de gran utilidad al jurista boliviano.

No se trata de una obra de mera descripción del medio de prueba documental en el proceso penal, sino más bien de creación y concreción de un nuevo enfoque de aquel a raíz de los vertiginosos avances tecnológicos de estos dos últimos siglos en relación a la concepción del documento y su inclusión en el proceso penal a través del medio de prueba adecuado para ello. En este sentido, el título de la monografía de la profesora PARDO IRANZO, *La prueba documental en el proceso penal*, describe a cabalidad el alcance de la obra. La autora, con acertado criterio, divide el trabajo de investigación en dos partes: la primera dedicada a la prueba penal y el documento y, la segunda, propiamente a la prueba documental, no dejando de lado el aspecto procedimental y dedicando un capítulo especial a la valoración de dicho medio de prueba.

Ideas que, para muchos, son verdades indiscutibles, son discutidas y rebatidas en busca de una nueva y adecuada concepción del documento en material procesal penal, así como del mecanismo a través del cual deben insertarse al proceso. En cuanto a los aspectos y conclusiones más relevantes de la obra podemos destacar, entre otros, los siguientes:

La finalidad y función de la prueba penal, al igual que en el proceso civil, no es la búsqueda y averiguación de la “verdad material” sino más bien, “la verificación de las afirmaciones fácticas introducidas en el proceso por las partes” (p. 37). La



AUTOR

Virginia Pardo Iranzo

EDITORIAL

Tirant Lo Blanch

ISBN: 978-84-9876-028-6

270 págs.

verificación de esta afirmación es importante ya que, de ello dependerá la mayor o menor concesión de facultades procesales al juez en sede de prueba ya que “parte de la doctrina ha querido ver en la búsqueda de la verdad el fin último de la prueba y como consecuencia de ello abogan por la atribución al órgano jurisdiccional de amplias facultades en materia probatoria” (p. 168). Para ello, es obligado partir de la distinción entre actos de investigación y actos de prueba ya que, los que se desarrollan en el primero, no tienen propiamente efectos probatorios, que deberán desarrollarse en la fase del juicio oral.

PARDO IRANZO desarrolla las distintas concepciones de documento, en la doctrina y en la legislación española, no dejando de lado la determinación de los elementos y características que deben concurrir para que se pueda hablar de tal fuente de prueba, siendo, las más discutidas en la doctrina la fidelidad y perdurabilidad (p. 52) para asimilar los contenidos en soportes informáticos o telemáticos al concepto tradicional de documento.

A nuestro parecer, el aspecto más relevante se encuentra en la Sección I de la Segunda Parte del libro. En ella, la autora, partiendo de la distinción entre fuentes y medios de prueba concluye que, al ser la fuente de prueba un concepto extraprocesal y que, por su propia naturaleza, no se encuentra sujeto necesariamente a un *numerus clusus*, el problema no está en determinar y clasificar dichas fuentes ya que, “todas ellas deben poder acceder al proceso”, sino más bien, el *quid* de la cuestión está en “determinar a través de que medio de prueba se insertan en el mismo” (p. 76). Por ello, realiza una clasificación de las fuentes de prueba susceptibles de acceder al proceso a través de la prueba documental, aclarando, claro está, que se referirá solamente a aquellas “que por un motivo y otro han sido puestas en tela de juicio”. Esto, en atención a la evidente imposibilidad de referirse a todas ellas, debido a que, por su propia naturaleza, son innumerables. Así aclarada las cosas, la profesora PARDO analiza los documentos tradicionales, las grabaciones fonográficas y videográficas, el documento informático, las fotografías, croquis, plano y similares, las copias, los informes periciales, las diligencias sumariales y la lectura de las declaraciones testimoniales.

Por otro lado, como indicamos supra, la autora completa su análisis de la prueba documental en el proceso penal con una descripción razonada y fundamentada de lo que considera es el procedimiento por medio del cual se introducen tales fuentes de prueba en el proceso penal, concluyendo con una explicación del método de valoración de la misma.

Alex Parada Mendía

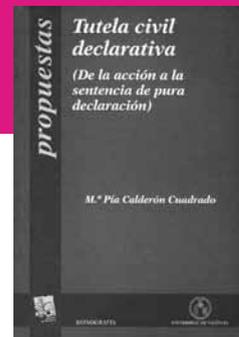
TUTELA CIVIL DECLARATIVA

Una obra maestra. Es, en pocas palabras, como puede definirse el libro de la profesora Calderón Cuadrado, titulado “Tutela civil declarativa (de la acción a la sentencia de pura declaración)”.

La autora hace un brillante análisis –además de exhaustivo– sobre la tutela declarativa en el proceso civil. Si bien se trata de un estudio realizado, principalmente, sobre la base del derecho español, los argumentos esgrimidos, además de la doctrina y jurisprudencia comparada utilizada, son perfectamente aplicable al derecho boliviano.

Calderón divide la obra en tres capítulos. El primero de ellos lo dedica a discutir sobre la posibilidad de existencia o no de este tipo de tutela, como posibilidad autónoma y atípica de protección jurisdiccional. En este sentido, analiza recoge los principales obstáculos para su reconocimiento por parte del legislador y la jurisprudencia española. El segundo “Capítulo-Problema”, como ella misma denomina los denomina, se centra en la discusión sobre los presupuestos específicos que el justiciable debe cumplir para la concesión de una tutela meramente declarativa. Por último, el tercer capítulo, analiza los efectos de la sentencia de pura declaración, así como sus similitudes y diferencias con los pronunciamientos constitutivos y de condena. Por ello, aborda las complejas cuestiones de la autoridad de cosa juzgada en esta tipo de pronunciamiento, así como la ausencia de fuerza ejecutiva.

En resumen, considero que se trata de uno de los más grandes e importantes aportes de los últimos tiempos a la comunidad jurídico científica.



AUTORA

María Pía Calderón Cuadrado

EDITORIAL

Tirant lo Blanch

ISBN: 978-84-9876-023-1

756 págs.

IV PREMIO NACIONAL DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA

AABIJUVA

Asociación de Amigos de la
Biblioteca Jurídica Valenciana

CONVOCATORIA

Con el objetivo de fomentar la investigación jurídica en Bolivia, la Asociación de Amigos de la Biblioteca Jurídica Valenciana (AABIJUVA) invita a participar del CUARTO PREMIO NACIONAL DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA de la ASOCIACIÓN DE AMIGOS DE LA BIBLIOTECA JURÍDICA VALENCIANA, bajo las siguientes bases:

3. Tanto el Premio como la Distinción Especial podrán ser declarados desiertos por el jurado.
4. La decisión del Jurado sobre la concesión del Premio y de la Distinción Especial será definitiva e inapelable.
5. El fallo del Jurado se decidirá en el plazo máximo de los cuatro meses siguientes al cierre del concurso.

CATEGORÍA ÚNICA

Se establece la Categoría Única para promover la investigación en temas jurídicos de acuerdo a los siguientes requisitos:

1. Podrá participar cualquier persona natural boliviana o extranjera con una residencia oficial de al menos dos años y práctica profesional en Bolivia.
2. Sólo se admitirán trabajos inéditos, originales y redactados en español.
3. El tema de investigación es libre dentro de cualquier rama jurídica.
4. El trabajo de investigación deberá presentarse en formato Word con una extensión mínima de 100 y máxima de 400 carillas tamaño carta, letra Nro. 12, espacio 1,5, incluyendo índice, anexos, gráficos y bibliografía.
5. La entrega se realizará en dos sobres cerrados (ver convocatoria en la página www.bibliotecajuridicavalenciana.org).

EL JURADO Y LA DECISIÓN DEL PREMIO

1. El jurado será designado por el Directorio de la AABIJUVA y estará conformado por personas de amplios conocimientos y trayectoria profesional y académica en el ámbito jurídico y entre ellos designarán un Presidente y un Secretario.
2. Las personas que formen parte del jurado no recibirán por ello retribución alguna.

PREMIOS

Los premios consistirán en:

- Primer Premio \$us. 1,000,00 y publicación de la obra.
- Distinción Especial \$us. 500,00 y publicación de la obra.

CONDICIONES GENERALES

El plazo límite de entrega para todos los trabajos será el 18 de septiembre del 2009 hasta horas 18:00 en las instalaciones de la Biblioteca Jurídica Valenciana situada en los predios de la U.A.G.R.M. edificio de Posgrado, en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra.

La AABIJUVA se reserva el derecho de publicar en exclusiva los trabajos premiados. Los derechos económicos de cualquier género precedentes de la citada publicación serán exclusivamente de la AABIJUVA, entendiéndose cedidos por el autor de la obra a la AABIJUVA por el hecho de presentarse al Concurso.

Mayor Información:
Biblioteca Jurídica Valenciana
Campus Universitario UAGRM - Av. Centenario
Santa Cruz de la Sierra, Bolivia
www.bibliotecajuridicavalenciana.org

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

I. Invitación

La invitación para publicar en cualquiera de las secciones de la Revista, artículos relacionados con las diferentes ramas del Derecho, está abierta a autores nacionales y extranjeros. Siendo requisito imprescindible, que el contenido de los mismos sean de interés para la doctrina jurídica boliviana o iberoamericana.

II. Acerca del envío de artículos, fechas de recepción y aceptación

1. Los trabajos deberán enviarse mediante archivo electrónico en CD, al Director de Iuris Tantum – Revista Boliviana de Derecho (Calle Tumusla N° 77, Santa Cruz, Bolivia) ó al correo electrónico contacto@revistabolivianadederecho.com.
2. Las fechas para la recepción de los trabajos a ser publicados en los números de julio y diciembre de cada año, serán hasta el 28 de febrero y 30 de agosto, respectivamente.
3. La fecha de aceptación en la cual se informará a los autores que su trabajo ha sido aprobado para su publicación en los números de julio y diciembre no excederá el 31 de marzo y 30 de septiembre, respectivamente.
4. La aceptación de un trabajo para su publicación supone que los derechos de copyright (Derechos de Autor), en cualquier medio y por cualquier soporte, quedan transferidos a la Fundación Iuris Tantum, editora de la revista.

III. Sistema de arbitraje

El Consejo Editorial, una vez recibido el artículo, decidirá si el mismo cumple con los requisitos básicos para su publicación. En caso afirmativo, el artículo será enviado a evaluación de expertos temáticos. Este proceso no excederá los cinco días desde el recibo del artículo.

- Cada artículo será evaluado por expertos temáticos externos a la revista, quienes no conocerán el nombre del autor del texto. El evaluador tendrá un período de dos semanas para comunicar su dictamen al Comité Editorial. El nombre del evaluador será reservado.
- Los posibles dictámenes son:
 - 1º) Se aprueba la publicación del artículo.
 - 2º) Se aprueba la publicación del artículo, con observaciones a corregir.
 - 3º) Se rechaza la publicación del artículo.

- Si el dictamen del revisor observa algunas correcciones, el autor tendrá un plazo de quince días para realizarlas.
- El que un artículo sometido a evaluación sea aprobado, no implica su inmediata publicación. La decisión final para la publicación de un artículo corresponde al Consejo Editorial de la Revista.
- Una vez que se decida respecto del dictamen de publicación o rechazo del artículo, el autor recibirá notificación directa y por escrito informándole de la decisión final.

IV. Normas editoriales

A) Respetto al autor

- Deberá incluirse una corta biografía del autor; de no más de 50 palabras (incluyendo sus grados académicos más relevantes, ocupaciones y cargos actuales, y publicaciones principales). Adjuntar el currículum académico detallado, no olvidando la inclusión del correo postal, correo electrónico, dirección, teléfono y fax.
- Será responsabilidad del autor adjuntar todos los datos en su reseña personal.

B) Respetto al artículo

- Todo artículo propuesto para ser publicado en *Iuris Tantum* – Revista Boliviana de Derecho debe ser original e inédito.
- Los artículos deben escribirse en idioma español.
- Buena redacción, ortografía y organización.
- Se deberá anteponer un resumen del trabajo, de no menos de 50 y no más de 70 palabras.
- Palabras claves, que definen el trabajo realizado.

V. Formato de Texto

El artículo debe contener un máximo de 25 hojas:

- Tamaño de la hoja: Carta
- Tipo de letra:
- Arial 12 (cuerpo del texto) y
- Arial 10 (nota de pie de página)
- Espacio interlineal: 1
- Seguir una secuencia de lo que son títulos y subtítulos:
- Títulos (La primera letra en mayúscula y el resto en minúsculas): 1., 2., 3.
- Subtítulos (La primera letra en mayúscula y el resto en minúsculas): 1.1., 1.2. 1.3.
- Incisos: A) o Números: 1°

VI. Referencias bibliográficas

Se deberán respetar los derechos de autor respecto de obras preexistentes. Al final del artículo, los trabajos deberán contener una bibliografía de los textos consultados.

Las citas bibliográficas y notas al texto deberán hacerse a pie de cada página. Éstas podrán ser construidas de la manera y en el orden que a continuación se sugiere:

- a) Para citar un libro: El apellido, todo en mayúscula, y la inicial del nombre del o los autores, también en mayúscula. Luego el título del libro, en cursiva. Enseguida la editorial, lugar de la impresión (en castellano), año de publicación y el número de la(s) página(s) citada(s).

Ejemplo: DURÁN RIBERA, W. R., Principios, derechos y garantías constitucionales, El País, Santa Cruz de la Sierra, 2005, pp. 22-24.

- b) Para citar un artículo contenido en una revista: El apellido, en mayúscula, y la inicial del nombre del o los autores, también en mayúscula. Luego el título del artículo, entre comillas, y -tras la preposición en- el nombre de la revista, en cursiva (agregando, si es necesario para su identificación, el nombre de la institución editora). Enseguida el volumen (vol.) y/o el número (núm.), el año de publicación y el número de la(s) página(s) citada(s).

Ejemplo: TALAVERA, P., "Imparcialidad y decisión judicial en el Estado constitucional", en Revista Boliviana de Derecho, Editorial El País, Santa Cruz de la Sierra, N° 2, julio 2006, p. 15.

- c) Para citar un trabajo contenido en una obra colectiva: El apellido, en mayúscula, y la inicial del nombre del o los autores, también en mayúscula. Luego el título del trabajo, entre comillas. Enseguida -tras la preposición en- el apellido y la inicial del nombre del (o de los) editor(es) o coordinador(es), indicando esa calidad entre paréntesis, y el título del libro, en cursiva. Luego se indicará la editorial, lugar de la impresión (en castellano), año de publicación y el número de la(s) página(s) citada(s).

Ejemplo: BARONA VILAR, S., "El proceso cautelar", en Montero Aroca, J. et al., Derecho Jurisdiccional. III. Proceso penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 445.

VII. Otras secciones de la Revista.

- Comentarios normativos deberán tener una extensión no superior a 5 páginas, excluyendo el contenido del fallo, el que también deberá ser transcrito por el autor del comentario.
- La jurisprudencia comentada deberá tener una extensión no superior a 5 páginas, excluyendo el contenido del fallo, el que también deberá ser transcrito por el autor del comentario.
- Las reseñas no podrán tener una extensión superior a 3 páginas y además, el texto debe ir acompañado de la portada del libro en digital, ISBN y la editorial que lo publica

Este libro
se terminó de imprimir en
el mes de enero de 2010 en
los talleres gráficos de Editorial El País
Calle José Cronenbold N° 6
Santa Cruz de la Sierra
Bolivia

