

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO

REVISTA  
DE LA  
FACULTAD  
DE DERECHO



DICIEMBRE 1991

NUMERO 43

CARACAS, VENEZUELA

**UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO**

**REVISTA  
DE LA  
FACULTAD DE DERECHO**



**DICIEMBRE 1991  
NUMERO 43  
CARACAS, VENEZUELA**

**UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO**

**AUTORIDADES UNIVERSITARIAS**

**Doctor Luis Ugalde S.J.  
Rector**

**Doctora Maritza Barrios Yaselli  
Vicerrectora Académica**

**Economista Rafael López Casuso  
Vicerrector Administrativo**

**Economista Gustavo Sucre Eduardo S.J.  
Secretario**

---

**Doctor Fernando Pérez Llantada S.J.  
Decano de la Facultad de Derecho**

**Universidad Católica Andrés Bello  
Revista de la Facultad de Derecho, Número 43,  
Caracas, Venezuela.**

**ISSN 0255-5328**

**La Revista no se hace responsable por el contenido  
de los artículos firmados  
ni por originales no solicitados.**

**Se solicita canje con publicaciones análogas.**

## SUMARIO

PRESENTACION, <i>Fernando Parra Aranguren</i> .....	7
---	---

### DOCTRINA

Algunos aspectos de la propiedad intelectual en Venezuela, <i>Carlos Eduardo Acedo Sucre</i> .....	13
--	----

Arrendamiento financiero inmobiliario, <i>Eduardo Balza Navarro</i> .....	25
---	----

La valoración de la prueba en materia de delitos contra la cosa pública: una nueva formulación sobre el tema, <i>Carmelo E. Borrego Pérez</i> .....	45
---	----

¿Es posible la inserción del recurso de lesividad en el contencioso-administrativo venezolano?, <i>Gustavo Briceño</i> .....	59
--	----

La novedad de la <i>Rerum Novarum</i> de León XIII, <i>Mikel de Viana S.J.</i> .....	93
--	----

El nuevo régimen legal de los estados y municipios, <i>Roberto Delgado Salazar</i> .....	111
--	-----

Las dimensiones del Derecho a la vida (según el Derecho de los derechos humanos), <i>Héctor Faúndez Ledesma</i> .....	165
---	-----

Delitos contra el buen orden de la familia, <i>Hernando Grisanti Aveledo</i> .....	193
--	-----

Modificación de la competencia procesal internacional directa por razón de conexión (especial referencia a los litisconsorcios pasivos), <i>Eugenio Hernández-Bretón</i> .....	215
--	-----

Notas sobre algunos problemas jurídicos derivados de la adopción del decreto N° 76 y del convenio cambiario N° 1, <i>Henrique Iribarren Monteverde</i> .....	251
--	-----

Legitimación activa en el contencioso-administrativo, <i>José Antonio Muci Borjas</i> .....	277
El existencialismo de Kierkegaard con especial referencia al método fenomenológico y su proyección en el campo del derecho, <i>Rafael Ortiz Ortiz</i> .....	311
Las recientes modificaciones del derecho internacional privado en el hemisferio americano, <i>Gonzalo Parra-Aranguren</i> .....	357
La caducidad en el cheque, <i>María Auxiliadora Pisani Ricci</i> ..	445
Municipio, Turismo y Derecho, <i>Armando Rodríguez García</i>	463

### LEGISLACION

La «indemnización» por antigüedad prevista en la Ley Orgánica del Trabajo, <i>Fernando Parra Aranguren</i> .....	483
--	-----

### COLABORACIONES INTERNACIONALES

El nuevo código penal cubano, <i>Alfonso Serrano Gómez</i> .....	517
--	-----

### COLABORACIONES ESTUDIANTILES

Consideraciones sobre la responsabilidad objetiva en el derecho administrativo español y venezolano (análisis de la jurisprudencia venezolana en materia de responsabilidad), <i>Giuseppe Rosito Arbia</i> .....	535
--	-----

### PREGRADO

Las asociaciones de vecinos: estudio jurisprudencial y doctrinal de la naturaleza jurídica y la legitimación para actuar en procesos de materia urbanística, <i>Arturo Bravo Roa</i> .....	567
--	-----

### RESEÑAS BIBLIOGRAFICAS

Nuevas tendencias del derecho mercantil de <i>Alfredo Morles Hernández</i> , <i>Julio Rodríguez Berrizbeitia</i> .....	599
--	-----

### CRONICA DE LA FACULTAD

## PRESENTACION

1. Este número de la Revista está dividido en seis secciones: Doctrina, Legislación, Colaboraciones Internacionales, Colaboraciones Estudiantiles, Reseñas Bibliográficas y Crónica de la Facultad.

2. La primera contiene estudios de Carlos Eduardo Acedo Sucre ("Algunos aspectos de la propiedad intelectual en Venezuela"); Eduardo Balza Navarro ("Arrendamiento financiero inmobiliario"); Carmelo E. Borrego Pérez ("La valoración de la prueba en materia de delitos contra la cosa pública: una nueva formulación sobre el tema"); Gustavo Briceño ("¿Es posible la inserción del recurso de lesividad en el contencioso-administrativo venezolano?"); Mikel de Viana, S.J. ("La novedad de la *Rerum Novarum* de León XIII"); Roberto Delgado Salazar ("El nuevo régimen legal de los estados y municipios"); Héctor Faúndez Ledesma ("Las dimensiones del derecho a la vida, según el derecho de los derechos humanos"); Hernando Grisanti Aveledo ("Delitos contra el buen orden de la familia"); Eugenio Hernández-Bretón ("Modificación de la competencia procesal internacional, especial referencia a los liticonsorcios pasivos"); Henrique Iribarren Monteverde ("Notas sobre algunos problemas jurídicos derivados de la adopción del Decreto N° 76 y del Convenio Cambiario N° 1"); José Antonio Muci Borjas ("Legitimación activa en el contencioso-administrativo"); Rafael Ortiz Ortiz ("El existencialismo de Kierkegaard, con especial referencia al método fenomenológico y su proyección en el campo del Derecho"); Gonzalo Parra-Aranguren ("Las recientes modificaciones del Derecho Internacional Privado en el hemisferio americano"); María Auxiliadora Pisani Ricci ("La caducidad en el cheque"), y Armando Rodríguez García ("Municipio, Turismo y Derecho").

A. Carlos Eduardo Acedo Sucre examina algunos aspectos legales del problema relacionado con el amparo de los productos de la investigación y el ingenio pues, aun cuando la regla es acordarles protección, en algunos supuestos, la ley nacional o no se las da suficientemente o se las ha negado del todo. En relación con este tema analiza los dispositivos de las leyes de propiedad industrial y de derechos de autor, para concluir en la necesidad de su actualización.

B. En el número 71 de la *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela* se divulgó una conferencia dictada por Eduardo Balza Navarro sobre el "Arrendamiento financiero de bienes". Hoy se propaga -del mismo autor- un ensayo sobre una especialidad del tema: el arrendamiento financiero inmobiliario. Este -a pesar de estar permitido por la Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito- no ha sido reglamentado con precisión hasta la fecha. El autor comenta la legislación y la doctrina, tanto la extranjera como la nacional, y concluye exponiendo su opinión sobre la materia.

C. La Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público -vigente desde el 18 de diciembre de 1982- consagra el procedimiento a seguir en los casos incluidos dentro de su ámbito de validez. La investigación de Carmelo E. Borrego Pérez se centra en el contenido del artículo 98 de dicha ley, donde se establece "el marco general de la prueba o medios probatorios que deben converger en este juicio, para que el juzgador dé por comprobado el hecho demandado, la responsabilidad o la exclusión de ésta a los investigados sometidos a enjuiciamiento".

D. El recurso de lesividad afirma Gustavo Briceño -"se presenta como una excepción al principio de autotutela propia de la actividad administrativa". Sin embargo, aun cuando aceptado por la doctrina, "no está normatizado en ningún texto jurídico venezolano", razón por la cual es "imposible su inserción en el contencioso-administrativo" sin una reforma previa del régimen legal vigente.

E. Con ocasión del centenario de la primera encíclica que abordó la cuestión social, se difunde un comentario de la misma -elaborado por Mikel de Viana, S.J., profesor de las escuelas de Ciencias Sociales y de Filosofía de esta Casa de Estudios- donde el autor presenta tanto la cuestión obrera (social) como la solución dada por los liberales y, frente a ésta, la necesidad de una respuesta propia del catolicismo social. La dio Su Santidad León XIII a través del documento pontificio denominado *Rerum Novarum*, del cual de Viana destaca su aspecto novedoso.

F. El estudio de Roberto Delgado Salazar -"El nuevo régimen legal de los estados y municipios"- se divide en cuatro partes. La primera trata "lo relacionado al nuevo régimen y administración de los Estados". La segunda se refiere a "lo concerniente al régimen especial del Distrito Federal, los Territorios Federales y las Dependencias Federales". La siguiente a "la regionalización y las entidades promotoras del desarrollo regional, con especial referencia a la Corporación

Venezolana de Guayana”. La final versará sobre el “nuevo régimen y administración de los municipios”.

G. Siendo el derecho a la vida —apunta Héctor Faúndez Ledesma— “el primero y principal derecho humano”, se podría esperar “tuviera cierto tipo de primacía en el código internacional (de Derechos Humanos)... Pero, en realidad, uno no encuentra nada de esa naturaleza”. Es como cualquier otro derecho: tiene sus propias características, pero no disfruta de especial preeminencia. El autor centra su meditación en el estudio de las disposiciones consagradas en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Art. 6, 1), la Convención Europea de Derechos Humanos (Art. 2, 1) y la Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 4, 1).

H. Hernando Grisanti Aveledo comenta los delitos contra el buen orden de la familia en ponencia sustentada en las XV Jornadas Dr. J. M. Domínguez Escovar, celebradas en Barquisimeto en enero de 1990. A tal efecto divide su estudio en dos partes: una donde expone las nociones previas y la otra referida a los delitos en particular (incesto, adulterio, bigamia, suposición y supresión de estado).

I. La meditación de Eugenio Hernández-Bretón (“Modificación de la competencia procesal internacional directa por razón de conexión”) se divide en tres partes: la actualidad de los problemas relativos a la competencia internacional es el objeto de la primera; la siguiente explica el criterio de la modificación de la competencia procesal internacional directa por conexión en la praxis jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, y la final define los límites de la competencia en estudio en el Derecho venezolano. Este trabajo tiene, además, un *addendum* donde comenta dos sentencias nacionales posteriores a su escrito.

J. Henrique Iribarren Monteverde hace referencia al recurso de nulidad por inconstitucionalidad (del Decreto 76 y el Convenio Cambiario N° 1) ejercido por el Consejo Venezolano de la Industria; a la posición asumida por la Procuraduría General de la República, y a la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, de 5 de marzo de 1990.

K. Las “reflexiones” de José Antonio Muci Borjas versan sobre los caracteres “con los cuales debe cumplir el ‘interés’ de todo sujeto que pretenda demandar la nulidad de un acto administrativo de efectos particulares o que pretenda hacerse parte en un proceso contencioso-administrativo de anulación determinado, a saber: que se trate de un interés personal, legítimo y directo”.

L. De Rafael Ortiz Ortiz se publica una monografía (“El existencialismo de Kierkegaard, con especial referencia al método fenomenológico y su proyección en el campo del Derecho”), cuyo contenido puede ser de valiosa ayuda en el entendimiento de algunos de los temas de la filosofía del Derecho.

M. Del análisis de Gonzalo Parra-Aranguren sobre la evolución del Derecho Internacional Privado en el hemisferio americano, se infiere la existencia de una “seria preocupación para resolver adecuadamente los supuestos de hecho conectados con elementos extranjeros”, por una parte, y por la otra, el apoyo prestado por la Organización de los Estados Americanos a los esfuerzos realizados. Destaca la labor realizada en las conferencias especializadas interamericanas y la influencia de los logros obtenidos en las mismas en la legislación interna de varios de los países asistentes.

N. “La caducidad en el cheque” es el tema desarrollado por María Auxiliadora Pisani Ricci, profesora en esta Facultad y en la de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Las acciones cambiarias de regreso —señala— “están sujetas a caducidad, la cual opera por la infracción de las formalidades (*presentación y protesto*) que la ley dispone a cargo del portador”. En el cheque —de conformidad con lo dispuesto en el artículo 461 del Código de Comercio— “todas las acciones caducan porque sólo hay acciones de regreso”: en el mismo no se da la acción directa, pues la aceptación “—presupuesto *sine qua non* de dicha acción— no tiene cabida”.

O. De Armando Rodríguez García se difunde la ponencia presentada por ante el I Simposio Internacional sobre Turismo, celebrado en La Habana, Cuba, en marzo de 1991. “Si bien es cierto —señala el autor— que pareciera no existir a primera vista una vinculación muy estrecha entre el turismo y la actividad administrativa que despliegan los organismos municipales, no lo es menos que una reflexión acuciosa y detenida puede darnos muchos puntos de extraordinaria trascendencia en los cuales la presencia de los municipios puede ser no sólo valiosa para el desarrollo sostenido de la actividad turística en cualquier país, sino además, una fuente estable y sostenida de mejoramiento económico y social para cada una de esas comunidades, específicamente consideradas”.

3. La intitulada Legislación divulga un estudio de Fernando Parra Aranguren —“La ‘indemnización’ por antigüedad prevista en la Ley Orgánica del Trabajo”— dividido en tres partes: la primera detalla las normas relacionadas con la materia; la siguiente está dedicada al análisis de tales disposiciones; y la última presenta algunas conclusiones del autor.

4. En la sección Colaboraciones Internacionales se difunde un trabajo de Alfonso Serrano Gómez –profesor de Derecho Penal y Criminología en la UNED, Madrid– donde comenta las novedades del Código Penal cubano vigente desde el 30 de abril de 1988.

5. Bajo el título Colaboraciones Estudiantiles se divulga un trabajo del cursante de postgrado, abogado Giuseppe Rosito Arbia, y otro del, para la época, alumno de quinto año de Derecho, Arturo Bravo Roa:

A. Aquél –“Consideraciones sobre la responsabilidad objetiva en el derecho administrativo español y venezolano (análisis de la jurisprudencia venezolana en materia de responsabilidad)”– es un trabajo presentado en la materia Responsabilidad Administrativa, dictada por el profesor Enrique Sánchez Falcón. En opinión del autor, la jurisprudencia nacional en la materia, “lejos de aportar algún criterio novedoso para el desarrollo de la responsabilidad de la Administración, se ha limitado a aplicar los principios consagrados por el Derecho Civil en la materia”, particularmente los criterios de la responsabilidad por culpa y de la especial por guarda de cosas. Esto significa que, en nuestro país, no está consagrada la responsabilidad objetiva en forma absoluta, sino limitada a los supuestos de la guarda.

B. El otro aborda el tema de la naturaleza jurídica de las asociaciones de vecinos, las cuales, en concepto del autor, son sujetos de derecho privado no sólo por su origen sino también por los fines que persiguen (mecanismos de participación política y de defensa de la comunidad). Luego comenta la figura del “síndico vecinal” y concluye refiriéndose a la legitimación de estas sociedades para actuar en procesos de materia urbanística en las jurisdicciones ordinaria (o de control urbanístico), administrativa y contencioso-administrativa.

6. En la siguiente sección, Reseñas Bibliográficas, Julio Rodríguez Berrizbeitia analiza la obra *Nuevas tendencias del Derecho Mercantil*, del profesor Alfredo Morles Hernández. Sus comentarios destacan algunas de las ideas desarrolladas por el autor: la aparición de una nueva *lex mercatoria*, la desmaterialización de los títulos valores y las transformaciones conceptuales “presentes en todo el proceso de lo que será el Derecho Mercantil del mañana”.

7. La Crónica de la Facultad hace referencia a diversos temas: la toma de posesión del Decano de la Facultad, el II Congreso de Estudiantes de Derecho, la organización de cursos de mejoramiento docente y de jornadas de divulgación de temas jurídicos, la incorporación del doctor Alfredo Morles Hernández –ex Decano de la Facul-

tad- a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, el nuevo pénsum de la Escuela y los premios creados por la Fundación Fernando Parra Aranguren.

Esta Fundación –creada por quien suscribe con la finalidad de propiciar el desarrollo cultural en la comunidad, particularmente en el área de las ciencias jurídicas, políticas y sociales– creó dos premios para los estudiantes de esta Facultad: el primero (treinta mil bolívares y diploma) para quien egrese con más alta calificación en la promoción de 1991; el segundo (quince mil bolívares y diploma) al estudiante que obtenga mejor promedio en los tres primeros años de su carrera al concluir el presente año lectivo.

En este año lectivo los premios se denominarán: “Caracciolo Parra León” (1901-1939), el primero, como homenaje en el nonagésimo aniversario de su nacimiento, y “Oscar García Velutini” (1911-1991), el segundo, como reconocimiento a los méritos del recién fallecido compatriota.

8. El coordinador de la Revista agradece la colaboración recibida en la publicación de este número, espera que el material presentado sea del interés de los lectores y aprovecha la oportunidad para felicitar al profesor doctor Alfredo Morles Hernández por su elección e incorporación como Individuo de Número a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Caracas, 31 de julio de 1991.

FERNANDO PARRA ARANGUREN

**Doctrina**



**ALGUNOS ASPECTOS DE LA PROPIEDAD  
INTELLECTUAL EN VENEZUELA\***

CARLOS EDUARDO ACEDO SUCRE

*Revista de la Facultad de Derecho, N° 43*  
Universidad Católica Andrés Bello  
Caracas, Venezuela, 1991

---

\* Este trabajo es anterior a la Decisión N° 311 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.



I) Como veremos en el curso de este trabajo, el Derecho venezolano no protege la propiedad intelectual tanto como debería. Por eso, el gobierno está promoviendo un nuevo régimen jurídico sobre la materia.

Pero antes de examinar algunos aspectos legales de este problema, relativo a la protección de los productos de la investigación y el ingenio, es importante hacer alusión a los siguientes hechos:

En todos los países del mundo, el gobierno, las compañías y las personas naturales se benefician de la investigación y el ingenio de otros países. En muchos casos hay que pagar por ello; por ejemplo, cuando hay un contrato de asistencia técnica que prevé el pago de regalías. Pero en otros casos no se realiza ningún pago. Esto depende de la legislación del país de que se trate. Respecto de esto último, veamos dos supuestos en que nuestro Derecho ampara al beneficiario venezolano de la tecnología extranjera:

-Muchos hogares en Venezuela, como en otros lugares del mundo, tienen antenas parabólicas, por las que reciben programas de televisión y películas transmitidas en los Estados Unidos de América y otros países. Muchas cadenas de televisión emiten ondas con imágenes distorsionadas. Los televidentes de muchos países tienen que pagar para decodificar las imágenes. Pero en Venezuela, las personas que instalan estas antenas y todos los equipos necesarios, proveen a sus clientes de un aparato especial para decodificar, aparato este que hace los ajustes correspondientes cada vez que las televisoras extranjeras vuelven a codificar sus imágenes. El televidente en Venezuela no paga nada a las televisoras extranjeras por este servicio.

-Algunos fabricantes en Venezuela producen medicinas patentadas en los Estados Unidos o Europa sin pagar por ello, y venden esas medicinas en nuestro país a un precio más bajo.

Los anteriores son dos ejemplos en que la ley venezolana no provee suficiente protección o ha negado protección a productos de la investigación y el ingenio. Son casos bastante excepcionales. La regla es acordar protección. También hay supuestos en que por algunas lagunas de la Ley, la protección se dificulta. Actualmente prevalece el cri-

terio de que la investigación e ingenio extranjeros, de los que nos beneficiamos, siempre deben pagarse. Un régimen de propiedad intelectual laxo restringe las inversiones extranjeras y favorece la competencia desleal, y esta laxitud beneficia a unos a expensas de otros.

Para que estas ideas tengan mayor cabida en nuestro ordenamiento jurídico, el gobierno está promoviendo, en esta materia, una legislación más exigente.

II) Nuestro sistema legal vigente, en su aplicación diaria, actualmente es, a grandes rasgos, el siguiente:

La protección a la investigación y al ingenio viene dada por dos leyes en Venezuela: la Ley de Propiedad Industrial y la Ley sobre el Derecho de Autor.

No nos referiremos en estas páginas a los problemas que las cadenas de televisión americanas podrían tener si quisieran cobrar una cuota a sus espectadores por ver sus programas y películas. Sólo diremos que el gobierno venezolano tiene un monopolio sobre las ondas de radio y televisión, y ha dado concesiones a las redes de radio y televisión que operan actualmente en Venezuela. El que las ondas de redes extranjeras penetren, por así decirlo, al territorio venezolano, simplemente no está regulado. De manera que, para las cadenas extranjeras, prevenir el uso de aparatos decodificadores no autorizados sería sumamente difícil.

La Ley de Propiedad Intelectual y la Ley sobre el Derecho de Autor son leyes no actualizadas, y por tanto en algunos casos inapropiadas para regular ciertos problemas. Como en Venezuela la jurisprudencia no es fuente de derecho, sino en un sentido muy mediano y relativo, ocurre lo siguiente: nuestros jueces están muy limitados al encarar algunos problemas modernos, no resueltos por nuestras leyes, debido a que no están autorizados para crear, a través de sus decisiones, un cuerpo evolutivo de normas, como sus colegas en los Estados Unidos y otros países que aplican el *Common Law*. Al enfrentarse, en ciertos casos, a la ausencia de reglas claras, nuestros jueces posiblemente actuarían de manera conservadora y prudente, lo cual puede no ser lo más idóneo para dar una protección efectiva al proveedor extranjero de tecnología, contra el beneficiario en Venezuela de su investigación e ingenio. Por otra parte, con frecuencia las decisiones judiciales no se producen con la celeridad deseable.

III) La Ley de Propiedad Industrial protege tanto a las creaciones industriales, como a los nombres y signos utilizados para diferenciar productos o establecimientos comerciales.

Las creaciones industriales están protegidas por un registro de patentes. Los nombres y signos usados para diferenciar productos y establecimientos comerciales están protegidos por un registro de marcas.

De acuerdo con esto, las patentes y marcas deben ser inscritas en el Registro de la Propiedad Industrial. Este es un requisito para la protección legal. El registrar una marca en el exterior del país no da derecho a prioridad aquí. La patente sí. Esto coloca a los extranjeros que no han registrado sus marcas en Venezuela en una situación muy difícil, y se da el caso de que individuos inescrupulosos registran en Venezuela marcas extranjeras, con la esperanza de que algún día puedan vender sus derechos en Venezuela a los fabricantes extranjeros; o que registran en Venezuela marcas extranjeras con el objeto de fabricar y distribuir en nuestro país copias de productos fabricados fuera de Venezuela. En estas hipótesis, al titular de la marca en el extranjero no le queda otro recurso que tratar de impugnar la marca registrada en Venezuela, alegando que no había novedad ni originalidad, lo que no es fácil, o de obtener una declaratoria de prescripción por falta de uso por dos años, que puede no ser el caso.

El Registro de la Propiedad Industrial debería verificar la veracidad y originalidad de cada idea. Sin embargo, ello generalmente no se hace. Dicho Registro tiene limitaciones en cuanto al personal y a los recursos. Esto ha acarreado, incluso, la inscripción de algunas patentes que no tienen sentido, a veces por una mala traducción al español de la versión original, generalmente en inglés, de la patente.

Por otra parte, el Registro de la Propiedad Industrial actúa independientemente del Registro Mercantil, donde los documentos constitutivos y de estatutos de las compañías están inscritos. Así que la inscripción oportuna en el Registro de la Propiedad Industrial, del nombre usado para identificar un negocio, a veces no impide que ese mismo nombre sea utilizado por otra persona para identificar una compañía en el Registro Mercantil. En estos casos existe la defensa para el titular del nombre en el Registro de la Propiedad Industrial de que éste debe ser respetado; pero hacerla valer con éxito puede ser problemático. Las cosas pueden empeorar por el hecho de que el Registro Mercantil carece de un procedimiento específico para el registro de nombres sobre una base más o menos permanente, aparte de la inscripción de una nueva compañía con ese mismo nombre. La nueva compañía tendría entonces una vida propia y quizá no era ése, al menos por el momento, el deseo de sus fundadores, quienes pudieron haber deseado tan sólo evitar que otras personas usaran ese mismo nombre para identificar sus propios negocios.

La Ley de Propiedad Industrial prohíbe expresamente el registro de patentes sobre medicinas. Esto dificulta muchísimo que aquellas personas o compañías cuyas fórmulas son utilizadas por un fabricante de medicinas en Venezuela obtengan protección legal. Estas personas o compañías tendrían que: i) Haber tenido una relación contractual previa con el fabricante de medicinas, y argumentar que ese contrato ha sido violado, o ii) Probar que han sido víctimas de un acto específico, imprudente, negligente o intencional por parte del fabricante, que ha causado a estas personas o compañías un daño preciso. Sólo en estos dos casos, dichas personas o compañías podrían obtener una indemnización, y eso después de un largo y costoso procedimiento; pero, aun en estos casos, no hay una vía efectiva para prevenir la fabricación no deseada de medicinas. Los alimentos y químicos tampoco son objeto de patentes.

La Ley de Propiedad Industrial no menciona los programas de computación o el software. Tampoco excluye su patentabilidad expresamente. Esto permite argumentar que el software es patentable. En todo caso, la inscripción de una patente en el Registro de la Propiedad Industrial toma algún tiempo, y el software está cambiando constantemente. El Registro de la Propiedad Industrial, por otra parte, desestimula la inscripción de software. Y existe el problema de que la inscripción en Venezuela de software extranjero puede haberse omitido. En estas circunstancias, los proveedores de software normalmente prefieren invocar la protección de la Ley de Derecho de Autor.

IV) La Ley de Derecho de Autor protege, contra cualquier reproducción no autorizada, todas las creaciones de la inteligencia de naturaleza literaria, científica o artística, independientemente de su tipo, forma de expresión o uso.

Esta amplia definición se aplica, en nuestra opinión, al software.

Para las creaciones venezolanas, se requiere la inscripción en una Oficina Subalterna de Registro Público. Esto puede ser largo y costoso, y algunas veces no se hace. La falta de registro puede plantear insuperables problemas para los autores venezolanos.

Las creaciones extranjeras están sujetas a un régimen mucho más favorable. Venezuela suscribió, en 1966 y 1982, la Convención de Viena de 1952 y la Convención de Berna de 1971. Estas convenciones protegen, aun sin registro en Venezuela, todas las creaciones concebidas y protegidas en cualquier otro país que haya adherido las mismas convenciones. Estados Unidos suscribió ambas convencio-

nes. El nombre del autor y la inscripción ® son suficientes para invocar esta protección.

V) Tener protección legal —cuando se tiene— es una cosa, y ser capaz de hacerla valer efectivamente es otra. Una vez que se ha ocasionado un daño, la víctima puede obtener una indemnización; sin embargo, es muy difícil prevenir legalmente el daño antes que éste suceda, excepto en casos de violación de derechos constitucionales (amparo constitucional). La Ley de Propiedad Industrial y la Ley de Derecho de Autor prevén los siguientes mecanismos, y, además, puede existir una protección contractual:

#### *La Ley de Propiedad Industrial*

El registro de una marca garantiza el derecho exclusivo de usarla por un período de 15 años. Este es un período prorrogable. El registro de una patente garantiza el derecho exclusivo de explotarla por un período de cinco a diez años: cinco años si es una patente de introducción y diez años para todas las demás patentes, incluyendo las patentes de invención y las de mejoras. Si una patente ha sido registrada fuera de Venezuela, entonces su titular tiene un derecho preferencial para registrarla en Venezuela, el cual dura un año; después del registro, la protección dura de cinco a diez años o el tiempo de duración de la patente extranjera, si es más corto.

Para registrar una marca o patente, la parte interesada debe presentar una petición en el Registro de la Propiedad Industrial. Luego, se hace una publicación en el *Boletín de la Propiedad Industrial*. Las objeciones a la marca o patente deben ser hechas dentro de los treinta días siguientes a la publicación para las marcas y dentro de los sesenta días para las patentes. Si los requisitos legales se cumplen y no hay objeciones (o las objeciones son denegadas y el objetante no apela al Ministerio de Fomento), el registro es otorgado, y se hace otra publicación. Cualquier tercero puede impugnar una marca o patente en los Tribunales dentro de un período de dos años a partir de la fecha de registro.

Entonces, cualquier persona puede impugnar una marca o patente, tanto en el Registro de la Propiedad Industrial antes de ser registrada, como en los Tribunales por un período de dos años después del registro. Si no se hace dentro del período legal, la marca o patente no puede ser impugnada. Sin embargo, las patentes, por lo menos, pueden ser revocadas en cualquier momento por el Ministro de Fomento, previo informe emanado del Registro de la Propiedad Industrial, si fueron otorgadas en violación de la Ley. Y tanto marcas como patentes expiran si no son usadas en un período de dos años.

Prisión de hasta un año es el castigo para aquellos que no respeten las marcas y patentes de otras personas. Los objetos a través de los cuales se comete la infracción penal pueden ser destruidos. Estas sanciones deben ser impuestas por un Juez Penal. Aunque la Ley de Propiedad Industrial no lo dice, el titular de derechos sobre la marca o patente puede pedir una indemnización para compensar los daños que ha sufrido. Puede pedir esta indemnización ante un Juez Penal o ante un Juez Mercantil. Como no se ha establecido un procedimiento especial, se aplica el procedimiento ordinario.

Dos factores pueden conspirar contra la efectividad y equidad de estas sanciones: i) El hecho de que no tener una marca o patente registrada en Venezuela prácticamente elimina toda protección; y ii) Lo inadecuado y lento del procedimiento ordinario.

#### *La Ley de Derecho de Autor*

La Ley de Derecho de Autor ofrece protección durante la vida del autor y por cincuenta años después de la muerte de éste. Para los trabajos anónimos, o trabajos escritos bajo un seudónimo, la protección dura cincuenta años, empezando desde la primera publicación. Lo último se aplicaría probablemente a los trabajos pertenecientes a una compañía. El Registro en la Oficina Subalterna de Registro es necesario, como dijimos, cuando las convenciones internacionales no se aplican. Se hace valer judicialmente la protección acordada a través del procedimiento ordinario. Este procedimiento es, como también dijimos, largo e inadecuado para el propósito de proteger efectivamente a los autores. Sólo una ofensa repetida da lugar a un procedimiento más corto.

#### *Contratos*

También se puede invocar la protección contractual, si es el caso. De acuerdo con esto, los convenios pueden proteger una marca, un invento o cualquier otra creación. Pero ellos obligan sólo a las partes de cada contrato.

Por ejemplo, es posible firmar convenios de exclusividad para importar y distribuir o para fabricar en nuestro país bienes con diseños extranjeros, bajo una marca extranjera. Pero los competidores en Venezuela pueden adquirir estos mismos bienes fuera de Venezuela, y venderlos aquí. Estos hombres de negocios que actúan en Venezuela no podrían demandar a sus competidores locales, que no son parte en sus contratos de exclusividad. Tendrían que demandar a las partes extranjeras de estos convenios de exclusividad, pero sólo si

las mencionadas partes extranjeras estuviesen en posición de controlar estos eventos. Nuestra legislación no ofrece una adecuada respuesta a este problema, a menos que las partes extranjeras hubiesen registrado sus marcas en Venezuela y autorizado a los negociantes radicados en Venezuela a demandar a sus competidores. Pero aún así, existe el problema de un largo e inadecuado procedimiento.

VI) Existe un proyecto para reformar la legislación en materia de Propiedad Industrial en Venezuela. En realidad, hay diversos proyectos de ley; pero consideraremos aquí, muy brevemente, sólo aquel que entendemos será discutido por nuestro Congreso. Se trata de la propuesta del Ministerio de Fomento y del Registro de la Propiedad Industrial, aprobada por la Procuraduría General de la República.

Aparentemente, esta versión del proyecto de ley es compatible con las propuestas que están siendo discutidas en las negociaciones del GATT.

— El Registro de la Propiedad Industrial es llamado ahora Instituto Nacional de la Propiedad Industrial. La idea es proveer a este Instituto Nacional de la Propiedad Industrial de los recursos con los que actualmente no cuenta el presente Registro de la Propiedad Industrial.

— En el proyecto de ley, las medicinas son objeto de patentes. Los alimentos y los químicos también. Pero el Ejecutivo Nacional puede decidir que ciertas actividades industriales que se desea fomentar, no sean objeto de patentes por un período de diez años.

— Las patentes y marcas registradas en otros países, todavía deben ser registradas también en Venezuela. Los titulares de patentes o marcas extranjeras tendrán preferencia sobre cualquier otro que desee registrar la misma patente o marca en Venezuela. Esta prioridad dura un año para las patentes y seis meses para las marcas, que empiezan a correr en la fecha de registro en el país extranjero. Esto es nuevo sólo en lo que concierne a las marcas. El hecho de que no tener una marca o patente registrada en Venezuela prácticamente elimina toda protección, subsiste en el proyecto.

— El período de sesenta días para oponerse a que una patente sea concedida por el Registro de la Propiedad Industrial (ahora Instituto Nacional de la Propiedad Industrial) es extendido a tres meses. El período de oposición de treinta días para las marcas permanece igual.

— Todas las patentes duran ahora quince años. Las patentes de introducción son eliminadas. Las marcas ahora duran diez años, y continúan siendo renovables.

— Las patentes deben ser puestas en uso dentro de un período de tres años, que comienza en la fecha de registro. La utilización de la patente debe ser notificada tan pronto como sea posible al Instituto Nacional de la Propiedad Industrial. El uso de la patente debe abarcar la manufactura en Venezuela, una cobertura razonable del mercado doméstico venezolano y una capacidad para exportaciones razonable. De lo contrario, cualquier persona o compañía podrá obtener una licencia obligatoria para explotar la patente, pagando una regalía al inventor. La patente expira si no se hace uso de ella por cinco años. Las patentes podrán ser revocadas en cualquier momento sobre la base de que las licencias obligatorias no hayan resuelto o no sean capaces de resolver estos problemas. Las marcas que no han sido usadas por cinco años también expiran. Este es un cambio sustancial con respecto a la presente ley, donde prácticamente no hay limitaciones (excepto la expiración debido a la no utilización de la patente o marca por dos años).

— Las patentes concedidas por el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial podrán ser impugnadas dentro de un período de tres años desde la fecha de registro. De modo que se alarga el período actual de dos años. No existe una limitación de ese tipo para las marcas en el proyecto de ley.

— El proyecto de ley contiene sanciones y reglas de procedimiento, lo que debería eliminar lo lento y lo inadecuado del procedimiento ordinario. Sin embargo, el éxito del proyecto también depende de que los tribunales tengan el tiempo y los recursos para efectivamente tomar las decisiones que están supuestos a tomar en forma oportuna.

— Los registradores mercantiles deben verificar con el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial que los nombres de todas las compañías que vayan a ser inscritas no infrinjan marcas registradas.

— En el proyecto de ley, si un producto no ha sido alterado y ha sido marcado y vendido por el dueño de la marca o su licenciataria, dicho dueño de la marca o licenciataria no puede evitar que ese mismo producto sea comercializado bajo esa misma marca. Obviamente, éste puede evitar el uso de esa marca si el producto ha sido alterado o no fue originalmente vendido por él; pero no en otros casos.

VII) A continuación, hacemos algunos comentarios sobre planteamientos que se han hecho respecto del proyecto de Ley de Propiedad Industrial:

a) En primer término, nos referiremos a las siguientes tres situaciones: la "cláusula de escape" del artículo 4º, de acuerdo con el cual el gobierno, para promover ciertas actividades industriales en Venezuela, puede declarar como no patentables, por diez años, ciertas invenciones; las licencias obligatorias, según el artículo 32, en casos donde la explotación de una patente consiste en la importación de un producto; y el poder del registro, conforme al artículo 36, de revocar una patente si ni siquiera con el otorgamiento de una licencia obligatoria se pueden resolver ciertos problemas económicos. Estas disposiciones han sido objeto de críticas. Su deseabilidad depende de lo que cada uno piense respecto de que la industria venezolana tenga o no que ser protegida de la competencia extranjera, y de cuál debe ser el grado de protección.

b) El artículo 39 del proyecto establece que, "si la invención reivindicada en una patente posterior no pudiera explotarse industrialmente en el país, sin que se infrinja una patente anterior, el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial, a petición del titular de la patente posterior o de su licenciatario, o del beneficiario de una licencia obligatoria sobre dicha patente posterior, podrá conceder una licencia obligatoria en la medida que fuese necesario para evitar la infracción de la patente anterior". Esto permitiría al titular de una patente de mejora, aunque la mejora fuese trivial, obtener una licencia obligatoria del dueño de la patente de invención original. Dicha disposición se ha criticado sobre la base de que los dueños de las patentes subordinadas deberían estar obligados a hacer una contribución sustancial a la invención, antes de tener derecho a obtener una licencia del dueño de la patente dominante. Esto puede verse también como una medida proteccionista, debido a que generalmente los titulares de las patentes dominantes son extranjeros.

c) Otro aspecto del proyecto de ley que ha dado lugar a críticas, es el de la duración de las patentes en Venezuela, que es de quince años desde la fecha en que sean concedidas, cuando en otros países las patentes tienen una duración de veinte años desde la fecha en que sean solicitadas. El término de veinte años es probablemente una buena idea. Que la vigencia se cuente desde la solicitud probablemente también es conveniente. En países como los nuestros, en efecto, la duración de una patente debe depender de una fecha fija, que los funcionarios públicos no puedan controlar, tal como la fecha en que se solicite la patente (y no la fecha en que ésta sea concedida).

De esta forma, las partes interesadas no tendrán interés en gestionar con los funcionarios públicos involucrados, la obtención de un registro tardío y, por lo tanto, un disfrute de la patente por un período más largo.

d) De acuerdo con el artículo 28, los titulares de patentes deben, tan pronto comience la explotación de una patente, notificarlo al Instituto de la Propiedad Industrial. Se ha criticado esta exigencia, por ser de orden excesivamente burocrático. La razón de esta notificación, no obstante, es facilitar la prueba de la no explotación de una patente, al gobierno o a cualquier tercero que quiera obtener una licencia obligatoria o una declaración de expiración.

# ARRENDAMIENTO FINANCIERO INMOBILIARIO

EDUARDO BALZA NAVARRO

*Revista de la Facultad de Derecho*, N° 43  
Universidad Católica Andrés Bello  
Caracas, Venezuela, 1991



## 1. INTRODUCCION

El Arrendamiento Financiero Inmobiliario es un tema que contiene múltiples puntos que tratar por el escaso desarrollo doctrinal, y si se quiere práctico, en nuestro país. Pretendemos abarcar la mayoría de estos puntos comenzando por hacer referencia a la legislación y doctrina extranjera, pasando por la doctrina nacional y concluyendo con nuestra opinión al respecto.

A modo de introducción diremos que expresamente en la Ley de Bancos se permite el arrendamiento financiero de inmuebles en Venezuela. Carecemos, hasta el momento, de una reglamentación precisa y acertada de esta clase de operación, la cual, sin embargo, ha sido desarrollada en otros países (Francia, Ordenanza N° 67-837, del 28-9-1967).

Nos conformamos, pues, con una definición general de lo que debe entenderse por Arrendamiento Financiero, disponiendo en la misma que puede celebrarse tanto sobre bienes muebles como sobre inmuebles.

## 2. TRATAMIENTO EN OTROS PAISES

En cuanto al tratamiento del leasing inmobiliario en *Francia*, en una publicación anterior<sup>1</sup> decíamos que “en cuanto al leasing inmobiliario, la ordenanza lo define como «las operaciones por las cuales una empresa da en alquiler bienes inmobiliarios de uso profesional comprados por ella y construidos por su cuenta, cuando estas operaciones, cualquiera que sea su denominación permitan a los arrendatarios convertirse en propietarios de todo o parte de los bienes alquilados, a lo más tardar en la expiración del arriendo, sea por cesión en ejecución de una promesa unilateral de venta, sea por adquisición directa o indirecta de los derechos de propiedad del terreno sobre el que se ha edificado, el o los inmuebles alquilados, sea por transferencia de pleno derecho de la propiedad de las construcciones edificadas sobre el terreno perteneciente a dicho arrendatario»”.

1. Eduardo Balza Navarro: *Arrendamiento Financiero de Bienes*, pp. 18 y 19. Caracas, 1986.

De esta definición se desprende que, en Francia, las operaciones de leasing inmobiliario están caracterizadas así:

1. "Se señala que estas operaciones consisten en que una empresa da en alquiler bienes inmuebles de *uso profesional*.
2. Esos bienes inmuebles son comprados y construidos por la empresa arrendadora.
3. Que se permita a los arrendatarios convertirse en propietarios de todo o parte de los bienes alquilados a más tardar con la expiración del arrendamiento.
4. No se incluye en la definición el reconocimiento, por parte de la empresa arrendadora, en la transferencia de propiedad, de todo o parte de lo pagado por el arrendatario a título de alquiler".

Como se puede apreciar, en ese país, existe una regulación específica sobre el arrendamiento financiero de inmuebles.

En España, el autor Francisco Rico Pérez<sup>2</sup> asoma como figura a aplicar para el arrendamiento financiero inmobiliario la enfiteusis. En efecto, este autor es de la opinión de que "para nosotros, la solución mejor se podría encontrar en el «censo enfiteútico», no tan 'momia' en este punto, pues en el leasing inmobiliario, al contrario de lo que sucede en el arrendamiento, existe una verdadera desmembración de la propiedad. El tomador dispone no sólo de un derecho de crédito, sino de un verdadero derecho real referido directamente al inmueble.

De los preceptos dedicados en nuestra legislación al censo enfiteútico entendemos que se podrían extraer principios generales suficientes para una normativa del leasing inmobiliario en España, institución, por otra parte, que se encuentra en vías muy marcadas de desarrollo y que cada día preocupa más en los países del centro de Europa y a la doctrina en general, sobre todo el leasing de inmuebles de carácter industrial o comercial, todavía no el de viviendas".

También en el mismo país, el autor Manuel Gutiérrez Viguera<sup>3</sup> nos señala, en cuanto al leasing inmobiliario, lo siguiente: "El leasing inmobiliario, prácticamente inexistente en nuestro país, pero muy

---

2. Francisco Rico Pérez: *Uso y disfrute de bienes ajenos con opción a compra. La contratación por "leasing" en España*. pp. 44 y 45. Instituto Editorial Reus-Madrid, 1974.

3. Manuel Gutiérrez Viguera: *El leasing como institución financiera*, p. 40. Asociación para el progreso de la dirección. Madrid, 1977.

desarrollado en otros países, como es el caso de Francia, consiste en la compra y construcción, por una empresa de leasing de un local de uso industrial o comercial, con el fin de arrendárselo a un usuario con compromiso unilateral de venta, lo que permite a este último, después del período irrevocable de arrendamiento, convertirse en propietario del bien o prorrogar el arrendamiento”.

En Ecuador, la autora Martha Zorrilla de Durán<sup>4</sup> nos señala que “escrutando la historia de la institución, los comentaristas coligen que en sus inicios el término ‘lease’ no fue dirigido a los bienes muebles sino a los negocios inmobiliarios, por lo que esta expresión resulta ‘impropia’ como sinónima de arrendamiento mercantil.

Para Giovandi, el lease designaba una institución tradicional del derecho inmobiliario angloamericano: la transferencia convencional de derechos reales sobre inmuebles (conveyance) por un plazo fijo contra el pago de una renta”.

Continúa diciéndonos esta autora que<sup>5</sup> “En Ecuador el arrendamiento mercantil de inmuebles no tiene la misma difusión que el mobiliario que ha alcanzado un rápido despegue, principalmente por los voluminosos capitales de inversión que precisa, su lenta recuperación, pues se concreta en créditos a largo plazo lo que no entusiasma a las sociedades arrendadoras.

... Para terminar, los estudiosos del leasing sostienen, con razón, que esta institución aplicada al campo inmobiliario, sólo debe tener una *finalidad industrial o profesional*”. (Subrayado nuestro).

Tenemos que en Ecuador está previsto el leasing inmobiliario, específicamente en el decreto Supremo N° 3.121 del 22 de diciembre de 1978, en cuyo artículo 1° se dispone que “el arrendamiento de bienes muebles o *inmuebles* tendrá carácter mercantil cuando se sujete a estos requisitos:

- A) Que el contrato se celebre por escrito y se inscriba en el libro de arrendamientos mercantiles, que al efecto llevará el registrador mercantil del respectivo cantón.
- B) Que el contrato contenga un plazo inicial, forzoso para ambas partes.

4. Martha Zorrilla de Durán y Mauricio Laniado Castro: “El Arrendamiento Mercantil en el Ecuador”. *Manual Jurídico-Financiero*, p. 3. Jomar-Guayaquil, Ecuador, junio 1986.

5. Obra citada, p. 24.

- C) Que la renta a pagarse durante el plazo forzoso, más el precio señalado a la opción de compra de que se trata más adelante, excedan del precio en que el arrendador adquirió el bien. El monto de dicha renta no estará sometido a los límites establecidos para el inquilinato, cuando se trate de inmuebles.
- D) Que el arrendador sea propietario del bien arrendado.
- E) Que al finalizar el plazo inicial forzoso, el arrendatario tenga los siguientes derechos alternativos:
1. Comprar el bien, por el precio acordado para la opción de compra o valor residual previsto en el contrato, el cual no ser inferior al veinte por ciento del total de rentas devengadas.
  2. Prorrogar el contrato por un plazo adicional. Durante la prórroga la renta deberá ser inferior a la pactada originalmente, a menos que el contrato incluya mantenimiento, suministro de partes, asistencias u otros servicios.
  3. Recibir una parte inferior al valor residual del precio en que el bien sea vendido a un tercero.
  4. Recibir en arrendamiento mercantil un bien sustitutivo, al cual se apliquen las condiciones previstas en este artículo”

Del artículo 1º de la ley ecuatoriana sobre la materia, podemos afirmar que se incluyen en igualdad de condiciones al *leasing* mobiliario y al inmobiliario, cuando lo conveniente sería hacer una distinción entre ambos a los fines, por ejemplo, de las formas de transmisión de la propiedad del bien inmueble, dado en arrendamiento financiero por parte de la sociedad de arrendamiento al usuario del mismo, régimen fiscal a los fines del impuesto sobre la renta municipal, y el registral, regulaciones específicas en caso de requerirse la construcción de un inmueble, etc.

Pareciera que en esa legislación la única forma que tiene el usuario de adquirir el bien inmueble es mediante el ejercicio de la opción de compra.

En Argentina, los autores Jorge Lavalley y Carlos Pinto<sup>6</sup> manifiestan su opinión en el sentido siguiente: “El *leasing* inmobiliario no es una mera especie de *leasing* financiero, sino un negocio con características propias que impiden un tratamiento conjunto.

---

6. Jorge Lavalley y Carlos Pinto: *Leasing mobiliario*, p. 95. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982.

”Esto aparece evidente tan pronto como se consideran los conceptos corrientes de valor residual y amortización: la tierra no se amortiza y las construcciones tienen lapsos de amortización sumamente dilatados. Al no ser amortizable la tierra, se destruye el concepto básico sobre el cual se asienta el precio del *leasing*: es el pago por el uso y goce de un bien que sufre depreciación u obsolescencia y por eso se amortiza, y no un pago a cuenta del precio de compra.

”Es evidente que en el aspecto que se refiere a la opción de compra de la tierra, los pagos realizados a título de arrendamiento en nada podrán incidir sobre el precio de la opción, pues en caso contrario nos hallaríamos frente a una locación-venta.

*”Todo ello lleva a la conclusión de que el leasing inmobiliario, sumamente interesante como medio de financiación a largo plazo, requiere la sanción de una legislación especial, a falta de la cual no se le puede practicar sin correr graves riesgos. Por esta razón, no ha tenido mayor aplicación en nuestro medio”* (subrayado nuestro).

Igualmente en Argentina, el autor Roque Fortunato Garrido<sup>7</sup> señala que: “...en el derecho positivo argentino no existe una regulación del *leasing*, pues las sucesivas leyes de entidades financieras se limitan a autorizar a las instituciones comprendidas en ellas a dar en locación bienes de capital adquiridos con tal objeto...”; agregando, en cuanto a las diferencias entre el *leasing* mobiliario y el inmobiliario, lo siguiente:<sup>8</sup> “La cosa, en el *leasing inmobiliario*, ubica en el plano de orden público y de *numerus clausus* de los derechos reales, creando la necesidad de vincularlo a un derecho real existente para la garantía del tomador del *leasing* frente al concurso o quiebra del otorgante”.

“Los efectos de la obsolescencia son diversos y marcan una diferencia plena de ambos tipos. En el *leasing* mobiliario influye la evolución tecnológica, repercute a plenitud sobre los bienes muebles con destino y uso industriales. Por ello, cuando se entrega el bien para financiar la actividad industrial, es básico el cálculo de la cuota de amortización, pues el valor residual resulta prácticamente inexistente al aplicarse un 10 por ciento anual de amortización en este tipo de bienes; por ello, un lapso de diez años sólo autoriza un residual mínimo, pues por vía de la cuota de amortización el otorgante del *leasing* va percibiendo la renta por el uso y la amortización en alto grado del capital invertido. En el *leasing* inmobiliario el panorama es dis-

7. Garrido-Garrido Condobera: *El “leasing” inmobiliario*, p. 25. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1986.

8. *Ob. cit.*, pp.34-35.

tinto: normalmente, el castigo por depreciación es del 2 por ciento anual, pero el progreso y la labor de la comunidad ampliando y mejorando el entorno y los servicios neutraliza por lo general la desvalorización por obsolescencia” (subrayados nuestros).

En Chile, tenemos que el autor Carlos Alberto Villegas<sup>9</sup> nos dice sobre el *leasing* en su país, lo siguiente: “No es inconveniente la inexistencia de previsión legal, porque se trata de un contrato absolutamente viable en todos los países, que no contradice normas de orden público y que es conveniente al desarrollo económico nacional”.

En cuanto al *leasing* inmobiliario, nos refiere el citado autor, lo siguiente:<sup>10</sup>

“Esta modalidad del contrato de *leasing* es utilizada principalmente por industrias a instalarse o en procesos de expansión que no pueden o no desean financiar por sí mismas el proyecto de construcción que necesitan. Consiste en la adquisición que hace un banco o entidad financiera de un determinado inmueble seleccionado por el cliente, con el objeto de construir en el terreno adquirido un edificio destinado a industria, establecimiento fabril, explotación comercial, etc., el cual una vez terminado es inmediatamente ocupado y utilizado por el cliente en locación financiera. Vencido el plazo del contrato y cumplidas todas y cada una de las obligaciones asumidas, el cliente se convierte en propietario del terreno y de la construcción.

”Esta modalidad operativa también puede desarrollarse mediante la adquisición por el banco o entidad financiera de un inmueble que ya contenga la construcción que el cliente necesita”.

Por su parte, en el mismo país, el autor Roberto Freeman C.<sup>11</sup> señala que: “El *leasing* inmobiliario presenta problemas distintos del llamado *leasing* mobiliario (compuesto por bienes de equipo). Entre los más relevantes está la amortización de los inmuebles.

”Las construcciones industriales tienen una vida más bien larga (30-40 años); y su especialización no alcanza verdaderos extremos, salvo la necesidad de rapidez de su instalación dejándose paso a los armados preconstruidos en metal.

9. Carlos Alberto Villegas: *Manual de Derecho Bancario*. p. 309. Editorial Jurídica Ediar - Conosur Ltda., Chile, 1987.

10. *Ob. cit.*, p. 306.

11. Roberto Freeman C.: *Leasing*. p. 25. Ediar Editores Ltda., Santiago de Chile.

"Aparte, la técnica aplicada al *leasing* inmobiliario no puede ser lisa y llanamente la misma del *leasing* mobiliario aplicada por traslación.

"Los riesgos son mucho mayores que en el caso del *leasing* mobiliario, pues el plazo de amortización es sensiblemente más largo. La sociedad del *leasing*, por tanto, debe tomar muchas más precauciones. El usuario deberá disponer de un diez a un quince por ciento del costo final de la operación, incluyendo el costo de adquisición del terreno (lo cual no ocurre en el *leasing* mobiliario en que el usuario prácticamente no hace desembolso inicial alguno)".

En Colombia, de acuerdo con una publicación de la Asociación Bancaria de ese país,<sup>12</sup> consideran que "Esta modalidad de *leasing* cabe dentro de la categoría de *leasing* financiero, pero, dada la naturaleza del bien adquirido, la operación se hace más compleja y merece mención aparte.

"Es un contrato en virtud del cual la compañía de *leasing* cede en arrendamiento un bien destinado al uso profesional (comercial, industrial, de salud, etc.) comprado o construido por su cuenta, concediendo al arrendatario la facultad de adquirirlo al finalizar el contrato.

"De la naturaleza inmueble del bien surgen problemas que no se presentan cuando el alquiler versa sobre muebles. Por una parte, el terreno no es amortizable y la de las construcciones o edificios es mucho más lenta que la de los equipos o maquinarias. Por otra parte, *la devaluación monetaria y la valorización del terreno tienen una gran incidencia sobre la economía del contrato*. Por ello, las técnicas ideadas para realizar la operación son múltiples y complejas". (Subrayado nuestro).

Podemos concluir del análisis de las legislaciones y comentarios extranjeros citados, lo siguiente:

1. La necesidad de que el *leasing* inmobiliario sea regulado en un texto normativo especial;
2. Que esa legislación especial sea lo suficientemente diáfana en los siguientes aspectos:
  - a) Transferencia de propiedad del bien inmueble de la sociedad de arrendamiento financiero al usuario;

12. Asociación Bancaria de Colombia: *Leasing o Arrendamiento Financiero*, p. 16. Bogotá D.E., febrero 1982 (participó en su elaboración Beatriz Tobar de Umaña).

- b) Fiscal: impuesto sobre la renta tanto para la sociedad de *leasing* como para el usuario;
- c) Plazo mínimo del contrato;
- d) Obligaciones de las partes durante la construcción, si fuere el caso;
- e) Que el *leasing* inmobiliario se limitara únicamente a bienes de uso profesional.

### 3. SITUACION EN VENEZUELA

#### 3.1. *Antecedentes doctrinarios*

Antes de entrar al análisis del *leasing* financiero inmobiliario en Venezuela, a la luz de la Ley General de Bancos y Otros Institutos de Crédito, de febrero de 1988, haremos referencia a las opiniones que la doctrina venezolana ha emitido sobre esta clase de *leasing* antes de la promulgación de la citada Ley.

3.1.1. Primeramente, Tomás Polanco Alcántara al referirse al arrendamiento financiero que regulaban las normas sobre Arrendamiento Financiero de Bienes, contenidas en el Decreto N° 1.611 de fecha 4 de setiembre de 1982, hoy derogado por la Ley General de Bancos y Otros Institutos de Crédito antes referida, comentaba lo siguiente:<sup>13</sup> “Estamos en presencia de una institución jurídica. El derecho ha creado en Venezuela la figura del arrendamiento financiero de bienes muebles e *inmuebles*.”

“...Este derecho traerá consigo dos consecuencias: una de orden contable y la otra de orden fiscal. La consecuencia contable es que mi ejercicio de ese derecho debe estar reflejado en mi contabilidad; la consecuencia fiscal es que el ejercicio de ese derecho causará impuesto en mi cabeza si acaso me produce un enriquecimiento en los límites indicados en la Ley correspondiente”. (Subrayado nuestro).

Específicamente, el mismo expositor, al abordar el tema relativo a qué clase de bienes inmobiliarios se contrae el arrendamiento financiero en Venezuela, se manifestó así:<sup>14</sup> “...parto de que en este contrato de arrendamiento financiero, el objeto del contrato es un bien

---

13. Conferencia dictada por Tomás Polanco A., en el Primer Congreso Nacional de Arrendamiento Financiero. Asociación de Empresas de Arrendamiento Financiero. Caracas, 1984, pp. 249 y 250.

14. *Ob. cit.*, p. 254.

inmueble. Ahora, la pregunta que cabe hacerse siempre es ¿qué clase de inmueble? . . . El legislador sólo habla de 'bienes muebles'. Si se interpreta la norma en una forma amplia (donde el legislador no distingue, no debe el intérprete distinguir), toda clase de inmuebles pueden ser objeto de arrendamiento financiero. Pero si se piensa un poco sobre la naturaleza del contrato, parecería, sin yo atreverme a dar una definición absoluta, que *solamente en el caso de los inmuebles por naturaleza*, pueden ser objeto de un arrendamiento financiero inmobiliario". (Subrayado nuestro).

De acuerdo con esta afirmación del conferencista, *no absoluta*, tendríamos que no se podría hacer arrendamiento financiero inmobiliario sobre bienes inmuebles por su destinación o por el objeto a que se refieren. Esta afirmación, a nuestro entender, merece un comentario. Analicemos, a los fines de determinar si es posible hacer un arrendamiento financiero inmobiliario sobre estos bienes inmuebles, el contenido de los artículos 528 y 530, de nuestro Código Civil.

"Artículo 528. Son inmuebles por su destinación: las cosas que el propietario del suelo ha puesto en él para su uso, cultivo y beneficios, tales como: los animales destinados a su labranza; los instrumentos rurales; las simientes; los forrajes y abonos; las prensas, calderas, alambiques, cubas y toneles; los viveros de animales".

Veamos el siguiente ejemplo para saber si, a la luz del artículo 528 transcrito, es posible celebrar un arrendamiento financiero sobre bienes inmuebles por su destinación. Supongamos que una persona interesada en cultivar un campo, se dirige a una arrendadora financiera y le plantea realizar un arrendamiento financiero sobre el campo "x" y determinados instrumentos de cultivo de uso necesario para su desarrollo. Este ejemplo, a nuestro juicio, encaja perfectamente dentro de un arrendamiento financiero inmobiliario, realizado válidamente, sobre un inmueble por su naturaleza, que sería el campo, y un inmueble por su destinación, que serían los instrumentos para su cultivo. La arrendadora financiera sería la propietaria de ambos, y los daría en arrendamiento financiero inmobiliario.

Por su parte, el artículo 530 dispone lo siguiente:

"Artículo 530. Son inmuebles por el objeto a que se refieren: los derechos del propietario y los del enfiteuta sobre los predios sujetos a enfiteusis, los derechos de usufructo y de uso sobre las cosas inmuebles y también el de habitación; las servidumbres prediales y la hipoteca; las acciones que tiendan a reivindicar inmuebles o a reclamar derechos que se refieran a los mismos".

A diferencia de la posibilidad de celebrar un arrendamiento financiero inmobiliario sobre inmuebles por su destinación, parece difícil llegar a sostener que se pueda celebrar dicho arrendamiento sobre inmuebles por el objeto a que se refieren. Veamos por qué: los supuestos contemplados en el citado artículo 530 no dejan margen para pensar en un arrendamiento financiero sobre esa clase de bienes; ello por la especificidad de los supuestos en él previstos. No parece lógico ni económicamente lucrativo por ejemplo para el futuro usuario, pedirle a un arrendadora financiera que se celebre un contrato de arrendamiento financiero sobre una servidumbre. El que goza de la servidumbre es que la necesita y tiene sentido para él.

Resulta interesante mencionar en este punto, la opinión del autor Gert Kummerow<sup>15</sup> sobre los bienes inmuebles por el objeto a que se refieren en Venezuela. Dicho autor opina que "... la distinción entre muebles e inmuebles responde a la naturaleza de las cosas y concierne en principio al mundo físico. Siendo incorporeales los bienes agrupados en este rubro (se refiere a los inmuebles por el objeto a que se refieren) no son, por su esencia, muebles e inmuebles.

Hablar de inmuebles incorporeales, por ello, resultaría un contrasentido, sin embargo, dentro del cuadro del ordenamiento jurídico venezolano, la estructura del artículo 530 del C.C. obliga a aplicar esta terminología, que debería ser erradicada. La doctrina alemana ha descartado la ubicación de los derechos y las acciones dentro de las categorías básicas acogidas por los sistemas recortados sobre el modelo francés".

En nuestra opinión, pues, es posible en Venezuela celebrar arrendamiento financiero sobre bienes inmuebles por su naturaleza o por su destinación.

Nuevamente retomando los criterios del expositor Polanco Alcántara, encontramos que nos dice que<sup>16</sup> "... *la propiedad que una empresa de arrendamiento financiero tiene sobre un bien inmueble, es especial. Especial ¿por qué? Porque esa sociedad tiene una sola finalidad: el arrendamiento financiero. Es decir, que la empresa de arrendamiento financiero no puede especular con ese bien. No puede mantenerlo en su patrimonio. Solamente lo puede mantener en tanto en cuanto lo destine a ese tipo de negocios*". (Subrayado nuestro).

15. Gert Kummerow: *Compendio de Bienes y Derechos Reales* (Derecho Civil II). Paredes Editores, Caracas, 1986, p. 88.

16. Publicación citada, pp. 256 y 257.

Añade dicho expositor que la empresa de arrendamiento financiero debe efectuar, en el *leasing* inmobiliario, un examen de la propiedad, que abarque, entre otras cosas, la tradición de la misma y su clasificación urbanística. Al respecto se manifiesta así:<sup>17</sup> “El examen jurídico de la propiedad trae consigo una serie de consecuencias muy importantes. Por ejemplo, la titulación. . .

Entre todos esos exámenes del ordenamiento jurídico de la propiedad, está uno muy serio que es el examen urbanístico. Cuando se adquiere un bien inmueble para esta clase de operaciones, su tratamiento urbanístico es delicado. El tratamiento urbanístico es la clasificación urbanística que da la norma correspondiente, generalmente municipal, para determinar el tipo de *uso* a que ese inmueble puede ser destinado. . . Es por tanto indispensable que la empresa de arrendamiento financiero inmobiliario, realice un estudio cuidadoso de la titulación jurídica de una propiedad y sus características urbanísticas jurídicas antes de hacer la operación”. (Subrayado nuestro).

Por otra parte, advierte el mismo expositor que la propiedad que tiene la arrendadora financiera sobre el bien inmueble constituye una especie de gravamen. En efecto, admite que<sup>18</sup> “al adquirir la propiedad y darla en arrendamiento financiero, surge sobre esa propiedad una especie de gravamen. Ese gravamen no es un gravamen en sentido tradicional; ¿qué significa ese gravamen? Yo, como propietario del bien, no puedo disponer de él. ¿Por qué? Porque el bien está destinado a una función específica”.

Bien interesante resulta esta conclusión del doctor Polanco Alcántara, ya que de la misma se desprende que cada vez más nos aproximamos a sostener que la propiedad que tiene la arrendadora financiera sobre el bien dado en *leasing*, en este caso inmueble, es una propiedad nueva, y como ha sostenido el propio doctor Polanco, especial, con unas características que le son propias y con un destino específico y determinado previamente por el legislador.

3.1.2. Por su parte, los autores José Rafael Bermúdez y Juan Garrido Rovira<sup>19</sup> admitieron que en las normas que regulaban las operaciones de arrendamiento financiero (Decreto N° 1.611, G.O. N° 32.554, del 7-9-1982) preveían la posibilidad de realizar arrenda-

17. Publicación citada, p. 259.

18. Publicación citada, p.261.

19. “Las Normas venezolanas sobre arrendamiento financiero: Opinión sobre aspectos relevantes”. *Revista de Derecho Público* N° 17, p. 145. Editorial Jurídica Venezolana, 1984.

miento financiero sobre bienes inmuebles. Estos autores, al tratar el punto relativo a la calificación que de institutos de crédito se les dio en ese decreto a las empresas arrendadoras, expresaron que “así, por ejemplo, el artículo 160 de la Ley General de Bancos y Otros Institutos de Crédito solamente permite a los institutos de crédito adquirir bienes inmuebles en los casos excepcionales allí señalados. Es evidente que esta norma no es aplicable a las empresas de arrendamiento financiero, por cuanto éstas se encuentran facultadas para adquirir bienes inmuebles a los fines de la realización de sus operaciones”.

3.1.3. El autor Carlos Acedo Mendoza,<sup>20</sup> al referirse al *leasing* inmobiliario, lo hizo de la siguiente forma: “Esta modalidad de *leasing* cabe dentro de la categoría de “*leasing* financiero”, pero, dada la naturaleza del bien adquirido, la operación se hace más compleja y merece mención aparte.

”Es un contrato en virtud del cual la compañía de *leasing* cede en arrendamiento un bien destinado preferencialmente al uso personal, comercial, industrial, de salud, etc., comprado o construido por su cuenta, concediendo al arrendatario la facultad de adquirirlo al finalizar el contrato.

”De la naturaleza del bien surgen problemas que no se presentan cuando el alquiler versa sobre maquinarias y equipos. Por una parte, el terreno no es amortizable y la de las construcciones y edificios es mucho más lenta que la de los equipos o maquinarias. Por otra parte, la devaluación monetaria y valorización del terreno tiene una gran incidencia sobre la economía del contrato. Por ello, las técnicas ideadas para realizar la operación son múltiples y complejas”.

3.1.4. La doctrina venezolana, que acabamos de mencionar, se manifiesta acerca del arrendamiento financiero inmobiliario en el siguiente sentido:

- a) Que el mismo ocasiona consecuencias contables y fiscales;
- b) Que puede hacerse sobre bienes inmuebles por su naturaleza;
- c) Que el derecho de propiedad de la arrendadora financiera sobre el bien dado en *leasing* es un derecho especial, y que constituye una especie de gravamen sobre el mismo.

20. Carlos Acedo Mendoza: “*Leasing* o Contrato de Arrendamiento Financiero”. Publicado por CONECAM, separata de la *Revista de la Bolsa de Valores de Caracas* N° 373, marzo-junio 1981.

- d) Que era posible celebrar un contrato de arrendamiento financiero inmobiliario tanto antes de la promulgación de las normas sobre arrendamiento financiero de bienes como durante la vigencia de ellas.

Apreciamos que la doctrina nacional en materia de arrendamiento financiero inmobiliario, además de ser escasa, no toca algunos otros aspectos de interés que se presentan en esta clase de *leasing*, quizás por considerar que se trata de un tema complejo por el bien dado en arrendamiento financiero.

Trataremos en el siguiente punto de abordar algunos aspectos específicos del arrendamiento financiero inmobiliario, haciendo especial referencia a la Ley General de Bancos y Otros Institutos de Crédito, de febrero de 1988.

#### 4. NUESTRA OPINION SOBRE EL ARRENDAMIENTO FINANCIERO INMOBILIARIO

##### 4.1 *El arrendamiento financiero inmobiliario en la Ley General de Bancos y Otros Institutos de Crédito*

En esta Ley se incluye expresamente, en la definición de arrendamiento financiero, al relativo a bienes inmuebles, a diferencia de las derogadas normas sobre arrendamiento financiero de bienes, que en la definición que dio, no hizo esta expresa mención.

Tenemos que en el artículo 96 de la vigente Ley General de Bancos y Otros Institutos de Crédito, se define al arrendamiento financiero así:

“Artículo 96. Se considera arrendamiento financiero la operación mediante la cual una empresa de esta naturaleza adquiere un bien mueble o inmueble conforme a las especificaciones indicadas por el interesado, quien lo recibe para su uso, por un período determinado, a cambio de una contraprestación dineraria”.

También en el párrafo segundo del citado artículo 96, se contempla una disposición relativa al arrendamiento financiero inmobiliario, consistente en que en el caso de que el arrendatario financiero ejerza la opción de compra sobre el inmueble, “los derechos de registro del documento de compra-venta se calcularán sobre el precio de venta que resulte de los límites establecidos en este párrafo”.

Los límites establecidos en ese párrafo no son otros que dicho precio de la opción de compra ejercida por el arrendatario financiero,

el cual será el valor de rescate establecido en el contrato de arrendamiento financiero.

Tenemos entonces que *los derechos de registro* del documento de compra-venta, serán calculados sobre el valor de rescate previsto en el contrato de arrendamiento financiero.

Por valor de rescate debemos entender el precio que “Fija de antemano la empresa, de acuerdo con el criterio que más le convenga, para la eventualidad de que el usuario ejerza la opción de compra prevista en el contrato”.<sup>21</sup>

La mencionada Ley General de Bancos se refiere también, en otros artículos, al arrendamiento financiero inmobiliario. En efecto, en el artículo 104 se dispone que las operaciones de arrendamiento financiero sobre inmuebles no estarán sometidas a la Ley de Regulación de Alquileres ni a las disposiciones legales sobre arrendamiento.

En el artículo 105 *ejusdem*, en materia de prohibiciones a las arrendadoras financieras, se dispone lo siguiente:

- a) No pueden celebrar arrendamiento financiero inmobiliario, con una sola persona natural o jurídica, por cantidad o cantidades que excedan en su totalidad del sesenta por ciento del capital pagado y reservas de la empresa arrendadora, salvo las excepciones allí previstas (Ord. 3° de dicho artículo).
- b) No pueden celebrar arrendamiento financiero inmobiliario con personas naturales o jurídicas, vinculadas directa o indirectamente entre sí o con el respectivo Instituto, por cantidad o cantidades que excedan en su totalidad del ochenta por ciento del capital pagado y reservas de la empresa arrendadora, salvo la excepción allí prevista (Ord. 4° de dicho artículo).

#### 4.2. Aspectos jurídicos a considerar en el arrendamiento financiero inmobiliario

##### 4.2.1. Bienes inmuebles de uso profesional

Se ha planteado por la doctrina extranjera (España: Rico Pérez/ Manuel Gutiérrez Viguera; Ecuador: Martha Zorrilla de Durán; Chile: Carlos Gilberto Villegas; Colombia: Asociación Bancaria, así como por la legislación foránea (Ej. Francia) que el arrendamiento

---

21. Eduardo Balza Navarro: *Arrendamiento Financiero de Bienes*. Reforma de la Ley de Bancos de 1988, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, 1988.

financiero inmobiliario debe referirse a bienes inmuebles de uso profesional o, más propiamente hablando, de uso industrial o comercial.

En el Título VIII de la Ley General de Bancos y Otros Institutos de Crédito, relativo a las arrendadoras financieras, no encontramos previsión alguna que disponga que el arrendamiento financiero inmobiliario deba circunscribirse a bienes de uso profesional o industrial, por lo que debemos concluir que puede celebrarse esta clase de *leasing* sobre bienes no destinados a uso profesional o industrial, como por ejemplo a la vivienda.

#### 4.2.2. *Derecho de propiedad de la arrendadora financiera*

Se ha sostenido que la arrendadora financiera tiene un derecho de propiedad especial sobre el bien que ha dado en arrendamiento financiero inmobiliario, y que existe una especie de gravamen sobre dicho bien dado por la opción de compra a favor del arrendatario (ver *supra* N° 3.1.1, opinión del doctor Tomás Polanco Alcántara).

Coincidimos con esta opinión por la razones siguientes:

- a) La adquisición que hace la arrendadora del bien inmueble se efectúa de acuerdo a las instrucciones que le da el interesado-futuro arrendatario. No compra, pues, la arrendadora financiera el bien inmueble que ella misma desea, sino el que desea el interesado y para el uso de ese interesado-futuro arrendatario.
- b) La compra del bien por parte de la arrendadora, además de que debe responder a las instrucciones y requerimientos que previamente le ha suministrado el interesado, necesariamente dicho bien va a estar destinado posteriormente al uso de ese interesado-arrendatario.
- c) Como requisito necesario en el contrato de arrendamiento financiero, debe incluirse, a favor del arrendatario, una opción de compra del bien.

Todas estas características nos llevan a sostener que estamos en presencia de un derecho de propiedad especial, con elementos propios que se dan conjuntamente en esta clase de contrato.

#### 4.2.3. *Precio de la opción de compra dada al arrendatario financiero*

Según vimos anteriormente (*supra* N° 4.1) el precio de la opción de compra del bien inmueble que concede la arrendadora financiera al arrendatario, corresponde al *valor de rescate* de dicho bien, el cual debe estar establecido en el correspondiente contrato.

Este valor de rescate lo fija, regularmente, la empresa arrendadora. Para ello, además de otras consideraciones, puede tomar en cuenta dos elementos muy importantes, cuales son: la devaluación de la moneda y la plusvalía que puede haber adquirido el bien inmueble, todo ello a los fines de poder continuar haciendo esta clase de negocios y mantener la llamada "economía del contrato".

Hay que recordar aquí, que el legislador venezolano no previó, en la normativa referente al arrendamiento financiero, que dentro del precio de la opción de compra, debería de tomarse en cuenta los cánones o contraprestaciones dinerarias pagadas por el arrendatario al arrendador financiero.

#### 4.2.4. *Autonomía de la voluntad de las partes*

Ya que no existe en el país una normativa específica que regule al arrendamiento financiero inmobiliario, las partes en el contrato deben de prever ciertas situaciones que se pueden suceder en el transcurso del contrato, puesto que estos contratos suelen tener un plazo largo de duración.

Es conveniente entonces establecer los seguros que deban cubrir los riesgos del bien inmueble dado en arrendamiento financiero. Estos seguros son a cargo del arrendatario y cubren los riesgos de incendio y terremoto sobre el bien.

También se acostumbra establecer la variabilidad de la contraprestación dineraria a pagar por el arrendatario en cuanto a la porción de interés que forma dicha contraprestación, siempre y cuando dicha variación o ajuste no exceda los límites establecidos por el Banco Central de Venezuela.

## 5. CONCLUSIONES

5.1. Nos encontramos con una carencia de regulación específica para el *leasing* inmobiliario, tanto en Venezuela como prácticamente en toda latinoamérica.

5.2. En la normativa que necesariamente debe dictarse en esta materia, que estimamos sería por vía de reglamento a la Ley General de Bancos y Otros Institutos de Crédito, es conveniente incluir disposiciones relativas a las obligaciones de las partes durante la construcción del inmueble, si fuese el caso, clase de bienes inmuebles sobre los cuales se puede realizar este *leasing* y si puede o no celebrarse arrendamiento financiero inmobiliario para vivienda.

5.3. Incluir dentro de la Ley de Impuesto sobre la Renta, el tratamiento fiscal tanto para la arrendadora financiera como para el arrendatario, en el caso del *leasing* inmobiliario, teniendo en cuenta la depreciación del inmueble propiedad de la arrendadora y lo concerniente al precio de la opción de compra que da dicha arrendadora a favor del arrendatario, precio que será igual al valor de rescate previsto en el contrato correspondiente.

También habría que considerar si se tomará o no como costo para el arrendatario, todo o parte de los cánones pagados a la arrendadora financiera.

5.4. En Venezuela se pueden celebrar contratos de arrendamiento financiero inmobiliario de acuerdo a la Ley General de Bancos y Otros Institutos de Crédito. También se podía, de acuerdo con las normas que regulaban estas operaciones publicadas en septiembre de 1982. Mientras no se dicten las disposiciones específicas sobre el arrendamiento financiero inmobiliario, quedará a la voluntad de las partes establecer en los correspondientes contratos la forma en que se regularán las relaciones entre arrendadora financiera y arrendatario.



**LA VALORACION DE LA PRUEBA EN MATERIA  
DE DELITOS CONTRA LA COSA PUBLICA:  
UNA NUEVA FORMULACION SOBRE EL TEMA**

**CARMELO E. BORREGO PÉREZ**  
Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, UCV  
Sección de Derecho Procesal Penal

*Revista de la Facultad de Derecho, N° 43*  
Universidad Católica Andrés Bello  
Caracas, Venezuela, 1991



## INTRODUCCION

Como es conocido en nuestro medio, en fecha 18 de diciembre de 1982 entra en vigencia la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, cuyo propósito central ha sido el control delincriminal sobre hechos de corrupción administrativa. Ahora bien, este instrumento normativo, aparte de incorporar un serie de conductas delictivas no contempladas en el Código Penal, introdujo procedimientos en el orden administrativo para las averiguaciones con tal carácter, y las restituciones al patrimonio público a causa de enriquecimientos ilícitos. Además, a los fines de concretar las sanciones penales por los delitos cometidos previstos en la ley, se estableció un procedimiento que representa una mezcla entre juicio ordinario y juicio breve (Art. 99, LOSPP, y 412, CEC), siendo este último de carácter oral.

El legislador previó igualmente la reclamación civil o solicitud para que sean restituidos, reparados o indemnizados los daños sufridos por el patrimonio público con ocasión del delito previsto en dicha ley. Sin embargo, esta actuación no representa ninguna novedad en el campo penal, aunque la petición aludida tiene carácter obligatorio.

Ahora bien, dentro del procedimiento para el enjuiciamiento, se contempla una disposición cuyo contenido es el motivo central de este trabajo. Nos referimos al artículo 98, cuyo tenor es el siguiente:

El mismo día en que sean contestados los cargos o queden contestadas las excepciones dilatorias o de inadmisibilidad opuestas, se entenderá abierto, sin necesidad de decreto previo ni notificación alguna, un lapso de treinta audiencias para promover y evacuar las pruebas que el Ministerio Público, el indiciado o su defensor o el juez, consideren convenientes...experticias, inspecciones oculares, documentos públicos o privados, declaraciones de testigos facultativos y peritos y demás medios de prueba previstos en leyes y códigos vigentes, así como también fotografías y grabaciones a juicio del juez...

La descripción legal nos da el marco general de la prueba o medios probatorios que deben converger en este juicio, para que el

juzgador dé por comprobado el hecho demandado, la responsabilidad o la exclusión de ésta a los investigados sometidos al enjuiciamiento.

Se mantiene en la norma el mismo esquema probatorio que aparece en el Código de Enjuiciamiento Criminal, en cuanto a los medios de prueba se refiere, es decir, experticias, inspecciones oculares, documentos, declaraciones de testigos, facultativos o peritos. Pero deja abierta la posibilidad para que el juez y las partes traigan a los autos medios de prueba, los cuales se encuentran previstos en otras leyes y códigos vigentes. Además de ser permisibles recursos técnicos tales como las fotografías y grabaciones a juicio del juez.

Este esquema probatorio empleado por el legislador ha sido denominado muy acertadamente como *sistema de la prueba legal amplio* (Cabrera Romero, 1989:24). Sobre todo por la apertura probatoria, cuya fórmula abre un universo de posibilidades en busca de la verdad verdadera, real y objetiva, o como se le denomina procesalmente, realidad histórica.

La intención del legislador es la de dotar a los sujetos procesales de amplitudes probatorias para la consecución de la justicia, y en el caso concreto de los jueces de salvaguarda darles facultades discrecionales que les permitan admitir en el proceso, los controvertidos recursos técnicos "fotografía y grabaciones".<sup>1</sup>

2. *¿En qué consiste el esquema probatorio previsto en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público?*

Ya hemos dicho que el artículo 98 en comentario, establece un sistema de prueba legal amplio, cuyo contexto, no es más que la enunciación de medios probatorios admisibles, ya establecidos por el legislador, ya sea en la ley o en otros instrumentos que paralelamente se encuentren vigentes. A diferencia del sistema de prueba legal restringido donde en la ley se señalan en forma expresa los medios de pruebas admisibles sin remisión a otros códigos legales. Casos específicos de la LOSEP y del CEC.

El esquema así presentado tiene su justificación en que precisamente éste procedimiento de la Ley de Salvaguarda, por sus fines, contempla una mayor amplitud probatoria para la investigación y se

1. La controversia surge, por el carácter modificable y engañoso que pueden tener estos medios, siendo que mediante los montajes o actos ilícitos se puede perfectamente, presentar hechos no ocurridos como reales o verdaderos. Por tanto el Juez debe ser sumamente exigente en la apreciación de estos recursos.

prevé, como ya se dijo, la llamada reclamación civil, admitiendo en consecuencia fases del procedimiento civil (cuestiones previas, tacha de documentos y testigos, entre otros), además de los medios probatorios del novísimo Código de Procedimiento Civil, vigente desde el año 1987.

Es de advertir, que el sistema probatorio contemplado en el Código de Procedimiento Civil, es el de la prueba libre, el cual permite de acuerdo con la descripción del artículo 395 *ejusdem*, medios de prueba que no están expresamente prohibidos en la ley y las partes en consecuencia, pueden valerse de estos medios para demostrar sus afirmaciones dentro del juicio civil.

Pero no obstante, esta previsión de la prueba libre en el procedimiento civil no será admisible en el procedimiento previsto en la ley anticorrupción, porque el mentado artículo 98, objeto de nuestro análisis, sólo se refiere a aquellos medios de prueba "previstos en leyes y códigos vigentes". Como bien podemos apreciar, los planteamientos del Código Procesal Civil y de la Ley de Salvaguarda son diferentes, razón esta fundamental para considerar que no se trata del sistema probatorio abierto sino más bien semicerrado, y en consecuencia, únicamente serían admisibles los catálogos de pruebas u otros medios técnicos y científicos que aparecen descritos en instrumentos normativos diversos.

Bajo esta premisa son admisibles en el procedimiento previsto en la ley en estudio, por ejemplo: el previsto en el ordinal 2º de la Ley Antidrogas, el cual se refiere al reconocimiento del reo, aunque la admisión y la valoración de este medio autónomamente es muy discutible, por cuanto el reconocimiento en rueda de personas se ha entendido como extensión de la declaración del testigo que declara en el proceso, y en consecuencia susceptible de un solo valor probatorio.

Por otra parte, el instrumento procesal civil ha dispuesto que las partes y el juez oficiosamente puedan valerse de medios técnicos y científicos, tales como: planos, calcos, copias, fotografías, objetos y documentos, reproducciones cinematográficas (artículo 502 CPC). Así también la reconstrucción del hecho para comprobar su producción, esto a los fines de lograr una mayor intermediación judicial con respecto al hecho histórico objeto de comprobación en el proceso (artículo 503). De la misma manera, a los efectos de lograr una mayor certeza pueden traerse a los autos recursos científicos como serían las fotografías, radioscopias, análisis hematológicos, bacteriológicos y cualesquiera otros que involucran aspectos técnicos (artículo 504 CPC).

Pues bien, estos medios y recursos perfectamente pueden ser incorporados y utilizados en el procedimiento previsto en la Ley de Salvaguarda, tanto por el juez oficiosamente, como por las partes que concurran al juicio, siendo de esta manera la amplitud de la ley un elemento indicador acerca de la función del juez en la investigación sobre delitos de corrupción administrativa y de las partes en busca de la verdad real, garantizándose con ello un mejor derecho a la defensa, principio rector de todo proceso y que a su vez permite cumplir con los principios de contradicción y control de la prueba.

Sin embargo, a pesar de la admisión en el juicio de salvaguarda de los medios de pruebas diversos, nos queda por dilucidar un problema que es de suma importancia procesal, tal como lo es la valoración probatoria que el juez debe hacer para llegar a la conclusión definitiva, pronunciándose a favor o en contra de los hechos aducidos o alegados en el transcurso del debate probados o no; esta circunstancia nos lleva a analizar seguidamente lo que podemos entender *a grosso modo* por apreciación y valoración de la prueba por parte del juez.

### 3. Valoración de la prueba

Como bien sostienen diversos autores, entre ellos Hernando Devis Echandía<sup>2</sup>, el proceso de valoración de la prueba por parte del juzgador, no es un simple juicio, sino que al contrario es una elaboración mental compleja y variable en cada caso, cuyo contenido se diversifica en tres aspectos, cuales serían —de acuerdo con el autor— básicos en la función valorativa.

Sintéticamente, se pueden resumir estos tres aspectos o fases así:

El primero sería que la percepción sea de manera directa o indirecta en que el juez entra en contacto con los hechos a través de la relación que, sobre ellos, hacen personas o se determinan por otros elementos es, como expresa el autor Devis Echandía, “ver, oír, palpar, oler y, en casos excepcionales, gustar. . . se trata siempre de percibir u observar un medio de prueba de ese hecho: cosas, personas, documentos, huellas. . . y de una fase de la actividad probatoria de valoración, porque es imposible apreciar el contenido y la fuerza de convicción de una prueba si antes no se ha percibido u observado”<sup>3</sup>.

2. Devis, Hernando: *Teoría general de la prueba judicial*, Editor Alberti 835, Buenos Aires, 1980, p. 55.

3. *Ob. cit.*

Este proceso debe ser real, a los fines de conducir un criterio inequívoco acerca del hecho planteado, lo que constituye una fórmula acuciosa para el resultado de la prueba y, en definitiva, de la sentencia. En consecuencia, pues, la apreciación de los hechos está estrechamente vinculada con el proceso de raciocinio y conciencia que el juez debe realizar.

El segundo plano es el proceso de representación o reconstrucción histórica de los hechos, no ya en forma separada sino en su conjunto, es decir, la correcta y completa representación de los hechos, en la cual no debe omitirse ninguno por accesorio que éste parezca, y por tanto deben ubicarse y coordinarse todos para, en definitiva, clasificarlos por su naturaleza, tiempo y circunstancias según sea la realidad histórica que se trata de reconstruir; no basta sólo con una simple impresión, "sino que deben examinarse reiteradamente" (Gorphe, 1955: 53).

La reconstrucción puede hacerse a través de la vía directa de apreciación u observación. Pero no siempre es así, de tal manera que a través del camino indirecto, es decir, mediante la inferencia de otros hechos, se puede llegar a la reconstrucción o también, deduciéndolos de reglas de experiencias o máximas.

La tercera fase a referirnos, es el proceso intelectual de razonamiento y expresión del convencimiento por parte del juez, esta actividad analítica o razonadora es la "actividad inductiva" que consiste en sacar de los datos aportados una conclusión o conclusiones, ya sea a través de un sendero directo o indirecto, donde en este último caso, en el proceso de inducción debe conocerse las reglas de experiencias "que sirven de guía al criterio del juzgador y le enseñan qué es lo ordinariamente ocurrido en el mundo físico o moral, gracias a la observación de los hechos y de las conductas humanas y de tales reglas se deducen consecuencias probatorias" (Devis, 1980: 56).

Ahora bien, estas fases enunciadas no se dan en forma aislada, ni sucesivas, aunque la primera (percepción) está estrechamente vinculada con la última (proceso intelectual, raciocinio o razonamiento), siendo que en todo el proceso descrito, los principios de la lógica deben prevalecer en todo momento, cuando se hacen inferencias de los hechos debido a la inducción, o se califican de acuerdo con deducciones de reglas de experiencias.

Sin embargo, el criterio expresado, acerca de las reglas y principios de la lógica, no debe considerarse a todo evento, ya que en nuestro caso, se trata de juicios, no de situaciones mecánicas como las operaciones matemáticas u otro tipo de silogismo teórico.

#### 4. *¿Cuáles son los sistemas de valoración de pruebas?*

Las legislaciones y las costumbres judiciales han regulado en el transcurso del tiempo, el aspecto político de la prueba judicial, sujetando a los jueces, por una parte a reglas abstractas preestablecidas que le señalan la conclusión que debe aceptar ante la presencia de determinados medios de prueba; y por otro lado, se les otorga facultades para que hagan una valoración personal y concreta del material probatorio, tomando en cuenta reglas de orientación que el juzgador conoce o va conociendo y aplica con base al raciocinio (Devis, 1988: 84).

Digamos entonces que se está aludiendo a los sistemas de valoración probatoria. Estos sistemas son denominados por la doctrina sistema de la tarifa legal y sistema de la libre apreciación de la prueba. Aunque parte del pensamiento jurídico mantiene una clasificación más extensa, sin embargo consideramos que en definitiva, estos dos esquemas nos dan una orientación más completa acerca de las formas de valoración de la prueba.

Pues bien, el primero (tarifa legal), se basa en la apreciación y valoración de la prueba bajo esquemas expuestos de antemano por el legislador, es decir, la premisa mayor del silogismo está regulada en la Ley, ésta en consecuencia, fija determinadas reglas para que el juez así las aplique al momento de valorar pruebas presentadas y evacuadas en el transcurso del debate, para luego llegar a la conclusión sobre la realidad histórica.

Sobre este sistema, ya se ha dicho en infinitas oportunidades que: *mecaniza o automatiza la función del juez en tan importante aspecto del proceso. Conduce a declarar una certeza legal más que una certeza real.*

Con respecto a este aspecto, opina Framarino dei Malatesta que:

*La certeza totalmente legal es absolutamente irracional y las certezas parcialmente legales son también parcialmente irracionales (esta tesis es aplicable al caso del Código de Enjuiciamiento Criminal venezolano).*

En contraposición al sistema de la tarifa legal encontramos el de la libre apreciación del juez, o de la libre convicción o sana crítica, como se le denomina por lo general. Este sistema permite al juez utilizar criterios de lógica y de experiencia para obtener un convencimiento más real acerca de los hechos; bajo este sistema, no existen criterios anticipados de apreciación porque el juez *“razona mediante juicios lógicos o máximas de experiencias de su propio entendimiento”* (Couture, 1948: 58).

En consecuencia, el proceso de convicción del juez debe ser razonado, crítico, lógico, con exposición o publicación *a posteriori* de tal convencimiento, motivando el fallo que ha de recaer en el proceso o debate; bajo esta premisa la libre apreciación debe conducirse bajo reglas muy claras de la lógica, la experiencia, la sicología, la sociología, la sana crítica, reglas éstas que deberá tomar en cuenta el juez para llegar a una convicción; y motivando su sentencia, convenza a los que tengan interés en ella.

Podríamos concretar que la actividad del juez en materia de valoración bajo el sistema de la libre apreciación, libre convicción o sana crítica, obra en exclusiva sobre el universo probatorio cursante en el juicio y solamente sobre él recae la evaluación. Por otra parte, el hecho de que los medios de prueba se encuentren fijados legalmente no contradice que el juzgador pueda valorarlos bajo este sistema; por ello, la calificación de las pruebas fijadas por el legislador es libre, razonada y reflexiva para el operador de justicia, debido a lo cual tiene la obligación de motivar su resolución, cuestión con la que garantiza el control sobre la prueba.

##### 5. *¿Cuál o cuáles son los sistemas de valoración probatoria en Venezuela?*

En Venezuela los sistemas de valoración probatoria civil y penal están gobernados, por una parte, por el *sistema de la libre apreciación o sana crítica* como expresamente lo determina el artículo 507 del CPC, cuando dice:

*A menos que exista una regla legal para valorar el mérito de la prueba el juez deberá apreciarla según las reglas de la sana crítica.*

Por la otra, en materia penal existen verdaderas mixturas entre el sistema de la *sana crítica* (LOSEP) y el sistema de la *tarifa legal atenuada*, caso particular del Código de Enjuiciamiento Criminal, ya que este instrumento legal admite valoración de prueba ya regladas por el legislador (por ejemplo en los artículos 251, 252, 259, 261, 267), y además contiene disposiciones que permiten la valoración razonada y motivada por el juez, casos específicos de la apreciación del dictamen pericial y la desestimación de la declaración del testigo (artículos 276, 268).

Ahora bien, en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, no existe un tipo de valoración probatoria expreso, como ya dijimos establece un esquema de pruebas legales bastante amplios. Siendo que además, por primera vez se incorporan al sistema probatorio venezolano recursos tales como las fotografías y grabaciones.

Dentro de este contexto, los jueces que conocen de los juicios por delitos previstos en esta ley han entendido que el reenvío genérico contenido en la Ley los conduce a valorar las pruebas de acuerdo con las reglas establecidas en el CEC (tarifa legal) y, en caso de admitir otros recursos probatorios contenidos en otras leyes también han aplicado las reglas de tarifa reguladas en ellas. Especialmente en los casos de la reclamación civil planteada en el juicio penal, de conformidad con el artículo 95 de la Ley, los jueces usaban las reglas de valoración de la tarifa legal, expresadas en el CPC derogado, y las del Código Civil vigente, en razón de la supletoriedad contenida en el artículo 108 del instrumento en comentario.

Pero a raíz de la incorporación de la LOSEP en el año 1984 y la puesta en vigencia del novísimo Código de Procedimiento Civil en 1987, se establece un sistema de valoración distinto a la tarifa legal, al asumir la libre apreciación o *sana crítica* (Bello, 1989; Rosales, 1988).

Sin embargo, ¿cuál ha sido hasta el presente el tratamiento judicial en materia de valoración probatoria, en juicios contra la cosa pública?

Lo cierto es que en esta materia no ha existido un cambio notorio o significativo que conlleve a pensar que los jueces aquí han asimilado los cambios introducidos para la evaluación probatoria. Del estudio que hemos realizado sobre sentencias que cursan en tribunales penales con competencia en salvaguarda, vemos que la gran mayoría de las veces, se usa el método de valoración probatoria de la *tarifa legal*, con absoluta independencia del medio de prueba utilizado en el juicio; muchas veces, ni siquiera se aplica en forma correcta dicho modelo y se presentan graves errores de motivación.

Esto sin duda nos deja un marco de referencia, acerca de la pobre actividad jurisdiccional en Venezuela, no concordada con las nuevas orientaciones dadas por la doctrina procesal sobre Critología o ciencias de las pruebas y las modificaciones legales introducidas recientemente, como ya dijimos.

#### 6. Nuestra proposición y ¿por qué?

Como bien hemos anotado la Ley en estudio, en el capítulo relativo al procedimiento penal, no contempla un sistema de evaluación de pruebas. Aunque sí describe los medios probatorios utilizados y otros que pueden converger en el juicio provenientes de diversos instrumentos legales vigentes. Este esquema que se denomina de la *prueba legal ampliada*, a nuestro juicio, sólo admite un tipo de valora-

ción probatoria tal y como se encuentra previsto en el nuevo Código de Procedimiento Civil, cual es el de la *sana crítica* o de libre apreciación. Este sistema que explicamos en líneas anteriores, aparte de no prever fórmulas legales *a priori* sobre valoración, permite armonizar todos los medios de pruebas presentados en el debate bajo un esquema más cónsono con la realidad y la certeza que ha de relucir mediante el proceso del razonamiento y la reflexión basado en la lógica, la ciencia, la experiencia. De esta forma, conduce al juez a discernir lo verdadero de lo falso, sin necesidad de utilizar las fórmulas legales de valoración (tarifa legal) que mediatizan su función juzgadora.

Pero esto no es todo, el contenido del artículo 98 de la LOSPP está concebido más hacia la amplitud y discrecionalidad del juez en esta materia. Es así, como se permite en el procedimiento recursos como las fotografías y las grabaciones, a pesar de los discutible en cuanto a su admisión y posterior valoración. Sin embargo, estos recursos de la técnica, no encuentran, bajo el esquema de la tarifa legal ningún asidero posible. Sin duda, tales instrumentos representan, la puerta abierta para apreciar, aunados a otros elementos de convicción procesal, el hecho investigado y sus responsables o, en caso contrario, la inexistencia de éstos.

La tarea de valoración, en cuanto se refiere a estos medios, no podrá seguirse por otra vía que no sea la *sana crítica* o sistema de la *racionalidad de la prueba*, como también se le denomina. Máxime cuando el propio legislador advierte que los recursos a utilizar deben quedar "a juicio del juez", siendo así una motivación discrecional ante el abanico probatorio ampliado del instrumento en estudio.

En otro sentido, al existir dentro del enjuiciamiento por delitos previstos en esta ley la reclamación civil interpuesta para garantizar las restituciones, reparaciones e indemnizaciones, que de acuerdo con el mencionado artículo 95 de la LOSPP, deben cumplir con las previsiones del Código de Procedimiento Civil, en cuanto se refiere a la demanda, en concreto debe seguirse la acción por la pretensión penal y civil, en un solo procedimiento, debiéndose admitir los medios de pruebas previstos en dicho instrumento adjetivo civil, además de las pruebas contenidas en el artículo 98 citado. Tal situación coloca al juez de salvaguarda en la obligación de valorar la prueba, al momento de producir el fallo, mediante el sistema de la libre apreciación, convicción, racionalidad o sana crítica.

De la misma manera, al admitirse un medio probatorio previsto en la Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, el juez de salvaguarda, estará obligado a valorar la prueba traída a los

autos mediante el sistema de valoración contemplado en dicha ley, vale decir, el de la sana crítica.

No encontramos impedimentos para que las pruebas que aparecen descritas en el analizado artículo 98, tales como experticia, inspección ocular, testigo, facultativo y perito, puedan ser apreciadas de acuerdo a este método racional, sin menoscabo de las formalidades que deban cumplirse para su admisión y evacuación, las cuales pueden seguirse por las reglas normales establecidas en el CEC. Pero eso sí, no sujetando la evaluación de la prueba al sistema de tarifa legal que nos presenta éste.

Como es obvio concluir, el sistema probatorio previsto en la Ley de Salvaguarda armoniza con el nuevo Código de Procedimiento Civil más que con el CEC, en tanto que ambos cuerpos normativos promulgados en fechas recientes, participan de los mismos criterios de amplitud probatoria, al mismo tiempo que otorgan a los sujetos procesales, mayor libertad discrecional. De esta manera, el sistema de valoración de la sana crítica, encuadra dentro del marco general de los medios probatorios previstos en ambos cuerpos legales.

Por el contrario, la colisión de sistemas de pruebas se evidencia, frente a lo establecido en el CEC, cuando este instrumento pone cortapisas al juez en la promoción de las pruebas establecidas y previamente seleccionadas por el legislador con su respectiva regla de valoración.

Por ello ante la falta en la ley de un sistema de apreciación expreso, ante lo contradictorio que puede significar para el juez utilizar mixturas para la evaluación de las pruebas, lo sensato es erigir el *sistema de la libre apreciación o sana crítica*, como medio para apreciar, valorar y motivar la convicción que el juez obtiene de las pruebas evacuadas en el juicio.

La justificación de la proposición, quedaría sustentada legalmente, a través del contenido del artículo 507 del CPC, donde se determina:

*"A menos que exista una regla legal para valorar el mérito de la prueba, el juez deberá apreciarla según las reglas de la sana crítica".*

Tal aplicación, que en definitiva será supletoria, es permisible de acuerdo con lo establecido en el artículo 108 de la Ley Anticorrupción. Por demás, el contenido del CPC es aplicable en este procedimiento, ya que el mismo no colide en cuanto se refiere a formas para valorar pruebas en el juicio.

## BIBLIOGRAFIA

1. BELLO, CARLOS SIMÓN: *Comentarios a la Casación Penal*. Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. UCV, 1989. Caracas.
2. CABRERA ROMERO, JESÚS: *Contradicción y control de la prueba legal y libre*. Editorial Jurídica Alva, 1989.
3. COUTURE, EDUARDO: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Edit. Depalma, 1958.
4. DEVIS ECHANDIA, HERNANDO: *Teoría General de la Prueba Judicial*. Editor Alberti 835. Buenos Aires, 1981.
5. FRAMARINO DEI MALATESTA: *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Bogotá, Edit. Temis, 1964.
6. GORPHE, FRANÇOIS: *De la apreciación de la prueba*. Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955.
7. ROSALES, ELSIE: "La valoración probatoria en la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas: comentarios jurisprudenciales". En: *Sobre la Ley de Drogas en Venezuela*, 1991. En imprenta.



**¿ES POSIBLE LA INSERCIÓN DEL RECURSO  
DE LESIVIDAD EN EL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO VENEZOLANO?**

**GUSTAVO BRICEÑO**  
Profesor de Derecho Administrativo, UCAB, UCV

*Revista de la Facultad de Derecho, N° 43*  
Universidad Católica Andrés Bello  
Caracas, Venezuela, 1991



## SUMARIO

- I. INTRODUCCION
- II. ADAPTACION DEL RECURSO DE LESIVIDAD AL ORDEN JURIDICO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO
  1. NOCION
  2. CARACTERISTICAS
    - A. UBICACION
    - B. NATURALEZA
    - C. SU OBJETO
    - D. REQUISITOS
      - a) De orden subjetivo
      - b) Las partes en el proceso
      - c) De orden objetivo
    - E. LA DECLARACION ADMINISTRATIVA DE LA LESIVIDAD
    - F. LIMITES
- III. LA REVOCACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y SU RELACION CON LA LESIVIDAD
  1. APORTE JURISPRUDENCIA. SCSJ—SPA. 14-05-85
  2. APORTE DOCTRINARIO
- IV. LA SENTENCIA OCHOA SERRANO DE LA CPCA
- V. CONCLUSIONES

### I. INTRODUCCION

Del análisis de la normativa que en nuestro país rige la materia contencioso-administrativa, no existe la posibilidad de que la Administración Pública, en cualquiera de sus niveles, pueda ejercer la posición de actora demandante de la nulidad de sus propios actos administrativos, esto es, solicitar al juez competente (juez administrativo) la

anulación de los actos administrativos cuando considere que los mismos son lesivos para la comunidad o el interés general. El recurso de lesividad es, pues, una acción de orden contencioso-administrativo especial, cuyo objetivo constituye "... la pretensión deducida por una entidad pública en relación a un acto de la misma que no puede revocar *per se*".<sup>1</sup> Así, lo indicativo en este punto es que la Administración Pública pretende de la jurisdicción, que anule por vicios de ilegalidad aquellos actos administrativos emanados de la Administración que parece imposible su revocación, porque ya han creado derechos en favor de los administrados. Sin embargo, no es de considerar la posición especial de demandante de la Administración, puesto que ella está legitimada para actuar como parte actora cuando a su juicio considere, que sus derechos o intereses han sido ilegítima o ilegalmente lesionados. El punto que tiene interés en este artículo y por ende en el recurso de lesividad es cuando la Administración, va a juicio en primer lugar, como parte actora pretendiendo que el juez anule un acto emitido por ella misma, así como una especie de acción reflexiva, y en segundo lugar, llevar al juicio especial al administrado, quien para el momento de la pretensión disfruta de un derecho concedido y acordado por la actora demandante. Como bien lo señala José Roberto Dromi Casas, que "... la circunstancia de que una entidad pública aparezca como parte demandante no da de por sí lugar al proceso de lesividad, sino que puede operarse a través del proceso ordinario o especial que corresponda. . .<sup>2</sup> El ejercicio por lesividad, es una especie de contencioso-administrativo al revés, donde las partes invierten sus roles tradicionales (en el derecho administrativo tradicional). La Administración siempre en juicio defensora de "sus" actos administrativos, se transforma por consecuencia de la acción de lesividad, en atacante de sus actos; al contrario, el administrado que normalmente combate al acto administrativo, esta vez lo defiende.

1. González Pérez, Jesús: "El proceso de Lesividad", en el N° 25 de la *Revista de Administración Pública*, tomado del trabajo de José Roberto Dromi Casas. "Acción de Lesividad", *Revista de Administración Pública*, N° 88, pp. 209.
2. José Roberto Dromi Casas: "Acción de lesividad" en el N° 88 de la *Revista de Administración Pública*. Enero-abril de 1979, Centro de Estudios Constitucionales, pp.209. Por demás, en el Ordenamiento Jurídico venezolano, concretamente en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en el ordinal 2° del artículo 183, los tribunales de la jurisdicción ordinaria son competentes de acuerdo con las previsiones del derecho común o especial para conocer en primera instancia en sus respectivas circunscripciones judiciales de las acciones de cualquier naturaleza que intente la República, los Estados o los Municipios contra los particulares.

Concretamente, en el Derecho Positivo venezolano, no existe norma jurídica alguna, que autorice a los órganos administrativos a actuar de esta manera y por parte de la jurisprudencia de los tribunales contenciosos administrativos en general no han visto la posibilidad del recurso o acción de lesividad,<sup>3</sup> quizás, porque la Administración puede revocar (reconocer) sus actos administrativos viciados de nulidad absoluta (art. 83 de la LOPA) y por tal circunstancia, no ha habido interés en desarrollar esta forma de acción posible en el derecho administrativo venezolano. Sin embargo, parece interesante observar, que un órgano público, como lo es la Fiscalía General de la República, a través de sus representantes o cualquiera de sus delegados "...podrán también solicitar la nulidad del acto cuando éste afecte un interés general. ..." (art. 121 parte final de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia) lo que nos induce a pensar (aunque no es el verdadero proceso de lesividad del modelo español) en la posibilidad de que un órgano del Estado pueda ser parte actora pretendiente de la nulidad de un acto que afecte al interés general, no obstante que, la Fiscalía General de la República es un órgano atípico (sin personalidad jurídica y con autonomía funcional) guardián de la legalidad exterior a la Administración y que, cuida de la actuación de ésta. Inclusive, el Fiscal General puede participar en el proceso como actor-demandante, si comparece en virtud de lo acordado en el artículo 126 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, solicitando igualmente que la causa se abra a pruebas. Indicando específicamente los hechos sobre los cuales recaerán las que pretendiere promover y producir aquellas que requieran evacuación. Hacemos referencia a esto último, porque en nuestro sistema contencioso-administrativo, es posible pensar en que un órgano del Estado (y no siempre los administrados) pueda ejercer el recurso de lesividad, es decir, aparecer supuestamente en el proceso como actor que demanda la nulidad de un acto administrativo proveniente del propio Estado. Claro está, dependerá todo, de la noción de Administración Pública que tengamos, y si en tal sentido, incluiríamos o no a la Fiscalía como un órgano que forma parte de la Administración Pública Nacional.

Nos preguntamos: ¿qué efectos produciría la inclusión de este específico recurso en el Derecho Administrativo venezolano? (contencioso-administrativo). La respuesta depende en primer lugar de, si el Ordenamiento Jurídico regulador estaría adaptado a una nueva modalidad de actuar por parte de los órganos administrativos. En segundo lugar, si es posible imaginarse una Administración Pública

3. Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de fecha 29 de enero de 1979.

haciendo uso de mecanismos o medios procesales, a los fines de solicitar la nulidad de sus propios actos administrativos creadores de derechos, cuando en Venezuela tanto la doctrina como la jurisprudencia están contestes en afirmar en la absoluta imposibilidad (en discusión) de revocar actos administrativos creadores de derechos a los particulares.

Por otra parte, dado que en el Derecho Positivo venezolano no aparece el recurso de lesividad consagrado expresamente, el tratamiento jurisprudencial ha sido poco, por no decir escaso, sin embargo, la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo emitió una sentencia a propósito de un problema suscitado en cuanto a la aplicación de un presunto recurso de lesividad incoado por la Universidad Central de Venezuela, lo cual nos invita a analizar su propuesta, dando énfasis suficiente en la revocatoria de los actos administrativos en el Contencioso-Administrativo venezolano.

## II. ADAPTACION DEL RECURSO DE LESIVIDAD AL ORDEN JURIDICO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

El recurso de lesividad supone necesariamente *ab-initio* su adaptación al sistema Contencioso-Administrativo venezolano, lo cual nos lleva en primer lugar, a acogernos a una definición de este específico recurso, tomando en consideración el aporte de la doctrina española, con quien tenemos grandes semejanzas jurídicas y de instituciones (sobre todo en los procedimientos administrativos), a propósito de los variados recursos administrativos. La definición vendría en consecuencia posterior a su ubicación, en tanto señalaremos sus características, su régimen jurídico, y por último su extensión y sus límites.

### 1. *Noción*

Siguiendo al autor y administrativista José González Pérez, el recurso de lesividad es aquel proceso contencioso-administrativo que tiene por objeto la pretensión de una entidad administrativa por lo que solicita del órgano jurisdiccional la revocación de un acto de la misma,<sup>4</sup> o como bien señala José Roberto Dromi, catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Mendoza, Argentina, el proceso de lesividad, es aquel proceso administrativo especial, cuyo objeto es la pretensión deducida por una entidad pública en relación a un acto de

4. Ver González Pérez, Jesús: "La declaración de lesividad" en el N° 2 de la *Revista de Administración Pública*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

la misma que no puede revocar *per se*; citando igualmente a González Pérez.<sup>5</sup> Así, ciertamente, el recurso o acción de lesividad, aparece como un medio de orden procesal, de naturaleza contenciosa y administrativa encaminado a obtener del juez, la anulación por lesividad de un acto emanado por ella misma que creó derechos en favor de los particulares o administrados. Ambos autores señalan la frase "actos de la misma" lo cual excluyen el recurso de lesividad cuando una entidad administrativa interpone un recurso contra un acto de otra entidad administrativa.<sup>6</sup>

Por ello, podemos dar un concepto señalando que, el recurso de lesividad, es una acción procesal incoada por la Administración Pública, cuyo objeto específico es lograr del juez administrativo, que éste anule un acto administrativo porque lo considere lesivo para ella misma o para la comunidad a quien representa.

Según la óptica anterior, si la Administración de cualquiera de los Ministerios (aquellos previstos en la Ley Orgánica de la Administración Central) intentase un recurso de lesividad contra un Instituto Autónomo del Estado, no estaríamos en real presencia de una acción o recurso de lesividad, porque la intención de la doctrina española da a entender una reclamación judicial frente a un acto dictado por ella misma (entendemos pues la misma entidad, en nuestro ejemplo el Ministerio y no otro). Así, entendemos por ella misma, la reclamación frente al juez contra un acto creador de derechos en favor de alguien emitido por la autora directa del acto en cuestión. No así, cuando una entidad administrativa, pongamos un ejemplo, un Concejo Municipal, pretende la anulación de una decisión administrativa emanada de una entidad descentralizada (un instituto autónomo municipal), claramente, no estaríamos, según las anteriores definiciones expuestas, en presencia del denominado recurso de lesividad.

En general, el Derecho Administrativo venezolano no admite la posibilidad por medio del cual la Administración puede interponer recurso de orden jurisdiccional contra sus propios actos administrativos, a pesar de que nuestro sistema jurídico admite la posibilidad de

5. Ver José Roberto Dromi Casas: "Acción de lesividad" en el Nº 88 de la *Revista de Administración Pública*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

6. En González Pérez dice: "Pues bien, cuando hablamos de recurso de lesividad, nos referimos a aquellos casos en que una entidad administrativa interpone un recurso contencioso administrativo contra un acto dictado por la misma entidad administrativa, como cuando una entidad Municipal impugna una disposición general del Estado que atenta contra la autonomía (art. 233 de la Ley Municipal) cuando interpone un recurso contencioso contra un acto del Tribunal económico-administrativo provincial.

que existan conflictos entre entidades administrativas, tal como lo prevé el ordinal 13 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.<sup>7</sup>

Desde sus orígenes en España, a través del decreto de 21 de mayo de 1853, la primera piedra histórica del recurso de lesividad<sup>8</sup>, se nos muestra el mismo como un recurso concedido a la Administración del Estado para pretender de los órganos jurisdiccionales el resarcimiento por “hechos lesivos” más que contra actos administrativos por vicios de ilegalidad o ilegitimidad. Nos explicamos: el mal ocasionado a la Administración, no constituye, una propia ilegalidad por vicios diferentes, sino al contrario, el agravio se sitúa dentro del campo del daño o perjuicio ocasionado, lo que no es lo mismo, mas la perspectiva es diferente. La Administración solicita del juez la anulación de un acto administrativo porque el mismo es lesivo, esto es, de un acto administrativo dañoso, causa un perjuicio de orden económico que de seguir produciendo sus efectos en el tiempo, sus resultados y consecuencias serían perjudiciales para el interés general. Como bien lo señala García de Enterría, “. . . el concepto de lesión, como el más vulgar de ‘perjuicio’, tiene un perfil exacto en el Derecho y se refiere concretamente, no a un supuesto de invalidez de un acto por infracción formal de las normas, sino por el contrario, a un acto perfectamente válido, pero sin embargo implica la consecuencia de un perjuicio económico para una de las partes. . . ”<sup>9</sup> Pues bien, lo anterior es una descripción interesante, puesto que pareciera, con temor a equivocarnos, que el recurso de lesividad tuvo, en sus comienzos, un origen de impugnación orientada hacia el campo extracontractual, daños y perjuicios ocasionados más que daños de orden objetivo, lo que nos induce a pensar que, al principio, fue, no un recurso de nulidad propiamente dicho, sino un auténtico recurso contencioso-administrativo de plena jurisdicción. Esta apreciación la hacemos debido a que el profesor Enterría, en su escrito, señala que el artículo 3º del Decreto Real decía

7. Art. 42 de LOCSJ: “Es de la competencia de la Corte como más Alto Tribunal de la República: ord. 13, dirimir las controversias en que una de las partes, sea la República o algún Estado o Municipio, cuando la contraparte sea otra de esas mismas entidades, de conformidad con lo dispuesto en el ordinal 8º del artículo 215 de la Constitución” (subrayado nuestro).

8. A propósito de un comentario que hace García de Enterría en un artículo para la *Revista de Administración Pública*, en trabajo titulado “La configuración del Recurso de Lesividad”, p. 115.

9. García de Enterría hace referencia a una cita con la descripción siguiente: “Cir P. Ossipow. De la lesión. Lausanne, Paris, 1940, F. Gómez Acedo. Revisión del concepto de lesión. Estructura Técnica. *Revista Derecho Privado*, junio 1950.

que: "... cuando se impone a la Administración la carga de la acción contenciosa, no se está contemplando el caso ordinario de la nulidad o anulación de los actos administrativos, sino específicamente el de declaraciones administrativas de liquidación de créditos que, siendo perfectamente válidos, han producido sin embargo una lesión económica en contra de la hacienda por motivos que son típicos de la lesión, error de hecho o incluso de derecho...". No se puede omitir lo expuesto, porque a nuestro juicio y a la hora de la adaptación del recurso de lesividad al orden jurídico venezolano, tal circunstancia sería de esencial consideración e importancia debido fundamentalmente a que, nuestro sistema contencioso-administrativo, desdibuja la frontera entre los recursos clásicos del Derecho Administrativo francés, en recursos de anulación y recurso de plena jurisdicción (*le recours pour excès de pouvoir et recours de pleine juridiction*) en forma nítida, lo que su inserción podría ser según los parámetros en cualquiera de los dos sistemas. Claro está, hoy en día, el recurso de lesividad, se sitúa y se amplía en el campo de la anulación de actos administrativos por extensión progresiva de su ámbito de aplicación; entonces, cuando la Administración va al Tribunal y pretende la desaparición de los efectos de un acto administrativo lesivo, normalmente lo hace alegando vicios tanto de fondo como de forma, tanto por nulidad relativa como absoluta. No obstante, en la actualidad se sigue el criterio por medio del cual, la lesión provocada por la emisión del acto administrativo, lesivo a juicio de la Administración autora del acto y demandante al mismo tiempo, es un perjuicio de carácter económico. Así, lo deducimos, de la sentencia emanada de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de fecha 29 de enero de 1987, cuando en el N° 2 de su parte expositiva señala textualmente: "...el recurso de lesividad parte del supuesto de que el acto administrativo recurrido causa una lesión que debe traducirse en una lesión jurídica, es decir que infringe el ordenamiento positivo y es económicamente perjudicial para el interés público, lesión económica...".<sup>10</sup> Es claro pues, que al intentar obtener una definición de la acción por lesividad, tenemos que agregar el ingrediente económico, puesto que la Administración, cuando va al juez, deberá en su pretensión alegar y probar "*Actore incumbit onus probandi*" una lesión económica o lesiva para los intereses públicos o de la administración. Así, la palabra lesiva, situándonos bajo esta perspectiva, parece sinónimo de daño pecuniario o económico. Bajo esta apreciación, definiremos el recurso de lesividad, como aquel recurso o acción que tiene por finalidad obtener del juez contencioso-administrativo, la nulidad de un acto administrativo que creó dere-

10. Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de fecha 29-01-87 con ponencia de la magistrado Cecilia Sosa.

chos a un particular o administrado, y cuya pretensión deberá estar fundada en derivaciones de orden lesivo al interés general. Con ello señalamos, que en primer lugar, es una acción o recurso (indiferentemente). En segundo lugar, de orden contencioso y, en tercer lugar, pretensión al juez, por ser lesiva económicamente al interés público o la propia Administración.

## 2. *Características*

El recurso de lesividad se nos presenta con unas características peculiares, el cual le dan cierta especialidad en relación a los demás recursos contenciosos-administrativos.

Parece bien, detectar su ubicación, puesto que el mismo nos va a dar la pauta de su posible inserción o no, en el contencioso-administrativo venezolano.

### A) SU UBICACION

En primer lugar, por ser un recurso o una acción ejercida por una persona pública, en ejercicio de prerrogativas de Poder Público<sup>11</sup> quien es el legitimado activo para ejercitar la acción, lo encuadramos pues, dentro de la esfera del Derecho Público, lo que significa que, primordialmente está sujeto a un régimen jurídico especial. "Régimen Jurídico de Derecho Público". Así, en derecho específico, extraño al común (jurisdicción especial y no ordinaria), con la real especialidad, de ser una acción pretendida por un órgano administrativo, cuya formulación es indudablemente inversa a la posición "normal" de la administración en los procesos de nulidad de actos administrativos. No así, con el recurso de plena jurisdicción, en el cual puede "normalmente" estar ubicada la Administración procesalmente tanto en el plano de la demanda como del demandante, lo

---

11. Acogemos en este trabajo, la tesis expuesta por Maurice Haurion. Señala el profesor Lares Martínez lo siguiente: "... el poder administrativo es para Haurion el elemento primordial del régimen administrativo. De una parte, el régimen administrativo francés está fundado sobre una separación de poderes entre la autoridad judicial y la autoridad ejecutiva. De otra parte, la organización de la administración pública no es sino la organización del poder administrativo. El Derecho Administrativo, que es el derecho de la actividad administrativa no se explica, sino como una reglamentación de los poderes de la administración, legados a ser derecho de Poder Público, o el ejercicio de esos poderes por actos de administración o por operaciones administrativas, todo ello en conflicto con los derechos de los particulares que son poder privado. . .", p. 23, *Manual de Derecho Administrativo*. Cuarta Edición, 1978, Eloy Lares Martínez.

que nos indica, que pudiéramos introducir el recurso de lesividad dentro del entero proceso contencioso-administrativo de anulación, suficientemente detallado en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y otras leyes procesales afines con la materia administrativa.

En segundo lugar: propicia su vida, dentro de los esquemas y patrones del Derecho Administrativo, entendiéndolo por este, el conjunto de relaciones, instituciones, poderes, derechos, personas que tienen que ver con la Administración Pública. Y en general, su forma de manifestarse.<sup>12</sup> Y por último, prevalece la idea de incluirlo en el campo de lo contencioso-administrativo. En tal sentido, se supone en él unas condiciones para su admisibilidad, documentos a aportar, solicitud de los antecedentes administrativos, a la entidad administrativa que intenta el recurso, como debe ser el contenido del auto de admisión, la apertura de los lapsos probatorios, términos de pruebas, admisión de pruebas, relación, informes, sentencias y apelaciones procedentes. Así, existiría un contencioso-administrativo de anulación contra actos administrativos, un recurso de plena jurisdicción contra actuaciones administrativas contractual o extracontractual, un recurso de interpretación destinado a conocer el alcance e inteligencia de textos legales y por último habría un recurso de lesividad, destinado a la anulación de actos administrativos, intentados por la Administración por ser lesivos al interés público.

#### B) NATURALEZA DEL RECURSO DE LESIVIDAD

Siguiendo a González Pérez, el recurso de lesividad es caracterizado por ser un proceso contencioso-administrativo; así, se trata de un verdadero proceso, puesto que es necesaria la participación en el "iter procesal" de dos partes: una la Administración como entidad administrativa propia, la otra, el particular beneficiado y defensor del acto administrativo que fue favorecido con un derecho subjetivo. Por ello, este citado autor dice que se trata de un auténtico proceso en cuanto es una serie de actos a través de los cuales se realiza la función jurisdiccional. Necesariamente, implicaría en el proceso de lesividad, una demanda, una contestación, un período de promoción y evacuación, y por último el pronunciado judicial, el cual estaría en principio delimitado a anular o no la decisión administrativa, esto último coincidente con el objeto típico en lo contencioso-administrativo de anulación de actos administrativos de efectos particulares.

12. Observamos una definición genérica de Derecho Administrativo a los fines de no delimitar o restringir el recurso de lesividad dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

En cuanto al objeto del recurso, esto es, la declaración de voluntad por medio del cual se solicita del juez, un pronunciamiento sobre la nulidad o no del acto administrativo, parece idéntica al proceso normal contencioso-administrativo de anulación, sólo que existe, una inversión de orden procesal administrativo no común en el proceso normal. En el recurso de lesividad, la pretensión procesal es aquella que se intenta contra el titular del acto administrativo, es decir, contra el sujeto que en virtud del acto administrativo le concedió un derecho público subjetivo en su favor. De ahí, la clara y evidente naturaleza jurídica de orden público del proceso de lesividad. En primer lugar, en el citado proceso, una de las partes interesadas es el Estado, actuando en la función administrativa, esto es, en consideración y satisfacción de los servicios públicos a él encomendados por el ordenamiento jurídico positivo. Este proceso, deberá en todo caso, estar sometido al principio de legalidad, en el sentido de que tanto las partes (Administración-administrado) como el juez que se encuentra frente al proceso, deberán estar ordenados y encuadrados para sus actuaciones por la ley procesal administrativa. Y, sabemos que el proceso administrativo es la concreción de la voluntad del Estado, en el real caso concreto expuesto por las partes. De allí, su naturaleza de eminente orden público. En segundo lugar, existe en el proceso de lesividad, una variante a tomar en consideración y es la siguiente: cuando la Administración decide ir al juez y solicitar de éste, la nulidad del acto administrativo, que no pudo revocar en su oportunidad (en sede administrativa)<sup>13</sup> y después de haber declarado la lesividad, pierde sus prerrogativas de Poder Público propias del contencioso-administrativo. Y necesariamente, debe así acudir al juez. Cabe ciertamente, la posibilidad de imaginarse que la Administración, el ordenamiento jurídico, le impide hacer uso de las prerrogativas de poder (autotutela) para revocar actos administrativos cuando han creado derechos en favor de los particulares, de allí, debe acudir al juez para solicitar la revocación de ese específico acto administrativo; es una muestra de evidente debilidad administrativa ordenada por el orden jurídico, es decir, la administración en el recurso de lesividad administrativa actúa sin prerrogativas de Poder Público. Empero, esa situación tan peculiar de la posición administrativa, no disminuye en absoluto el fin público que persigue el proceso de lesividad, principalmente porque el objeto del mismo es lograr la revocatoria del acto, por lesionar un acto administrativo de interés público, más cuando lo efectúa y pretende un ente denominado "Administración

13. Proceso administrativo es para nosotros lo "contencioso-administrativo" distinto al procedimiento administrativo.

Pública”, circunstancia que nos permite deducir que aparentemente al juez administrativo se le presenta una Administración Pública nueva, diferente a su posición normal en el proceso. El juez administrativo se encuentra acostumbrado a situarse frente a una Administración, bien sea con la emisión de providencias administrativas (prerrogativas de poder público); contratos administrativos (prerrogativas de poder público); actividad extracontractual de la Administración (prerrogativas del poder público). Frente al recurso de lesividad, el juez sufre una excepción importante en su relación con la Administración, puesto que el poder revocatorio, que normalmente lo tiene la Administración (en sede administrativa), el orden jurídico con este específico recurso de lesividad es trasladada al juez administrativo. Esto es, la autotutela pasa de la Administración al juez.<sup>14</sup> Por último, es evidente el carácter instrumental de la pretensión administrativa, su carácter adjetivo y formal, producto de la posición de la Administración al pretender la nulidad de un acto administrativo emanado por ella misma y en contra del derecho subjetivo creado en un particular.

#### C) EL OBJETO DEL RECURSO DE LESIVIDAD

La serie de actuaciones que constituyen el proceso de lesividad, constituye una declaración de voluntad, por medio del cual, se solicita del juez contencioso-administrativo una actuación concreta: la nulidad de un acto administrativo que favorece a un particular. Acogiendo el criterio de González Pérez, esta declaración de voluntad que constituye el acto fundamental del proceso,<sup>15</sup> determina la pretensión procesal.

Pues bien, el objeto de esta pretensión procesal es específicamente la nulidad de un acto administrativo por ser lesivo al interés público, y cuyo titular del acto, es un particular. Existe pues, una pretensión procesal administrativa “parecida” a las pretensiones “normales” en el recurso contencioso-administrativo de anulación. Sin embargo la pretensión procesal administrativa en el recurso de lesividad, tiene una característica distinta y diferenciada de las otras pretensiones procesales administrativas, y lo constituye claramente y sin equívocos, el sujeto o la persona frente a quien se demanda la pretensión. Así, en el recurso contencioso-administrativo de anulación, e inclusive en el llamado plena jurisdicción, la pretensión procesal se

14. Nos referimos a la autotutela judicial.

15. *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*. Jesús González Pérez. Temis, Bogotá-Colombia, 1985, pp. 151 y 152.

sirva "a la administración", esto es, la nulidad de un acto administrativo (recurso de nulidad) o en contra la actuación administrativa (plena jurisdicción). En el recurso de lesividad existe una invención en el sujeto pretendido. En tal sentido, la administración pretende "al particular" dejar sin efecto, el derecho subjetivo que lo favorece; por esta razón, el particular será defensor del acto y la Administración la atacante.

En cuanto a la providencia o acto objeto de impugnación existe una coincidencia entre el recurso de lesividad y el de anulación. En ambos, siempre existe la pretensión de nulidad de un acto administrativo, salvo las diferencias expuestas anteriormente. Y en cuanto a la base jurídica de la pretensión, en el recurso de lesividad, la administración invocaría vicios de ilegalidad y de inconstitucionalidad al igual que el recurso de anulación tradicional. Sin embargo, es posible que la Administración Pública en su recurso de lesividad pudiera solicitar no sólo la anulación del acto sino la pretensión de condena, perjuicios y daños ocasionados.<sup>16</sup> La respuesta es afirmativa, si tomamos en consideración que al particular, el ordenamiento constitucional (art. 206), le confiere la posibilidad de pretender del juez la reparación integral de sus derechos subjetivos lesionados, lo que conllevaría a imaginarse la interpretación inversa del art. 206 de la Constitución. En tal sentido, así podría la Administración junto con la solicitud de nulidad pretender la reparación de daños y perjuicios ocasionados por la emisión del acto administrativo que concedió un derecho a un particular.<sup>17</sup> Claro está, la interpretación inversa de este artículo constitucional debería estar acompañado de una nueva normativa en el contexto de la futura Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativo. Por otro lado, la sentencia del juez tendría por objeto declarar la nulidad del acto administrativo que afecta al interés público; lo que sería evidentemente un acto jurisdiccional de orden declaratorio y no constitutivo.

16. Imaginemos el caso Recadi, la Administración de Hacienda (Ministerio de Hacienda), una vez otorgado los dólares preferenciales a través de un acto administrativo concesorio. ¿Podría intentar un recurso de anulación contra el acto administrativo de otorgamiento por el mal uso de los dólares concedidos?
17. Art. 206. "La jurisdicción contencioso-administrativo corresponde a la Corte Suprema de Justicia y los demás tribunales que determine la Ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativo son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar el pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración y disponer lo necesario para el restablecimiento de la situación jurídica subjetiva lesionadas por la actividad administrativa".

D) REQUISITOS DEL RECURSO DE LESIVIDAD

Analizando el derecho comparado, se observa, salvo la legislación española y otros, que el recurso de lesividad es regulado en forma aislada y no realmente sistemática. Pensamos primeramente en que, a veces resulta difícil imaginarse un medio de impugnación (recurso) al revés, o a la inversa del proceso normal contencioso-administrativo, y por ello, la dificultad en que se encuentran los ordenamientos jurídicos para introducir en forma ordenada tal recurso dentro de su interioridad. Igualmente, el hecho de que el Derecho Administrativo, es difícil de codificarlo, por aquellas razones que los autores franceses denominan “la imposibilidad de sistematizar normas jurídicas entre administración-administrados”, dado el fin de utilidad pública (servicio público) tan mutable que presenta en su propio origen.<sup>18</sup> El recurso de lesividad, no escapa pues de esta situación desventajosa que presenta el Derecho Administrativo en general, lo cual de hecho, ya es un problema para introducir el tan nombrado recurso en este trabajo, en una futura ley de lo contencioso-administrativo en nuestro país. Sin embargo, tratemos de presentar unas ideas sobre los posibles requisitos del recurso de lesividad en el ordenamiento jurídico venezolano.

a) *De orden subjetivo*

El juez que conoce del recurso.

Lo aceptable en nuestro sistema contencioso, sería que el recurso de lesividad lo conociese el juez contencioso-administrativo principalmente, porque a pesar de que la Administración asume la posición de parte actora-demandante en el proceso, esta sola circunstancia no disminuye, la cualidad prestadora de servicio público del cual emana la esencia del actuar administrativo. Estamos convencidos, de que la noción de Servicio Público, es un elemento fundamental a los fines de identificar la noción de Derecho Administrativo, a pesar de la crisis a que la misma idea ha estado sometida a lo largo de los últimos 50 años de vigencia de esta disciplina. Pero, volviendo al recurso de lesividad en estudio, el mismo estaría conformado por la base de la idea de servicio público. La Administración piensa que de seguir produciendo los efectos de aquel acto administrativo en el orden jurídico y en favor de aquel particular, se estaría lesionando el interés general, esto es, el servicio público. Siguiendo a Ch. Eisen-

18. Jean Rivero: Droit Administratif. Dixième édition, p. 30, Précis Dalloz.

mann.<sup>19</sup> “Que los agentes adscritos a un servicio público, al menos los que lo están de modo permanente son funcionarios, lo que significa que están en una situación no contractual, sino reglamentaria. Esta situación los distingue de los agentes de “gestiones administrativas”, que sí están vinculados a la Administración por una relación contractual de prestación de servicios. . .”.

En el recurso de lesividad, la intervención de los agentes es esencial, puesto que son funcionarios públicos, aquellos que emitieron el acto administrativo, y aquellos mismos (la misma administración) la que va a solicitar la nulidad ante el juez. En esta situación no cabe duda, del elemento administrativo-servicio público-juez administrativo, competente en el recurso de lesividad. En segundo lugar: “que los bienes que sirven, es decir, que eran afectados a una actividad de servicio público formalmente del llamado dominio público, mientras que los que integran el soporte de una ‘gestión administrativa’ componen el dominio privado, regido por reglas de derecho privado. . .”. Pues bien, es posible imaginarse que el perjuicio sufrido se haya originado por la utilización de un bien del dominio público, lo cual, el juez administrativo sería el competente en razón de la materia. Bien público, es un elemento caracterizador en el proceso, y de allí la estimable competencia del juez contencioso-administrativo. Por otro lado, señala Ch. Eisenmann, el dinero, es decir los medios económicos puestos a la disposición para la prestación de los servicios públicos, son sujetos a una condición particular, régimen distinto exorbitante del derecho común. En tercer lugar: “. . . que las actividades propias de los servicios públicos gozan de los privilegios propios de la obra pública: expropiación forzosa, ocupación temporal y que ello no sucede con las actividades pertenecientes a la llamada ‘gestión administrativa. . .’. Aquí hacemos una salvedad, por cuanto en general, la acción de lesividad implica, una pérdida de prerrogativas de poder público, puesto que la misma es derivada al mismo tiempo, como una excepción al principio de autotutela de la Administración. Cuando la administración ocurre al juez, fue porque dadas ciertas circunstancias, no pudo hacer desaparecer los efectos de un acto administrativo que ella misma había otorgado en favor de un particular. . .” . . . que la naturaleza de los actos cumplidos por los agentes de los servicios públicos son siempre actos administrativos, es decir, actos sujetos al Derecho Público. . .”. La Administración solicita así, la nulidad de un acto administrativo, en consecuencia, su

19. Ch. Eisenmann: *Cours de Droit Administratif*. LGDJ. Paris, 1982. Tomo I, pp.23 y 55 citado en el trabajo de Luciano Parejo Alfonso en concepto del Derecho Administrativo. Editorial Jurídica Venezolana, pp. 91 y 55.

régimen jurídico es de derecho público, luego el juez administrativo debe conocer por ser un acto emanado de una Autoridad Pública. En quinto lugar, "...que la responsabilidad derivada del desarrollo y cumplimiento de los servicios públicos obedece a reglas especiales y no a las generales del Código Civil, mientras que su determinación conforme a estos últimos es lo propio de la resultante de la gestión administrativa. . .". La responsabilidad que genera la administración tiene sus reglas especiales, distintas a las del derecho común.<sup>20</sup> Un acto administrativo puede generar daños a un particular, luego, el recurrente puede solicitar la nulidad del acto administrativo más la reparación o el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por el actuar administrativo (art. 131 LOCSJ). Podemos pensar en los efectos de un acto administrativo que produzcan daños a la Administración y que favorece a un particular. Ante este caso, el juez competente es el juez contencioso-administrativo, originado en una reclamación de la Administración por razones de servicio público, máxime cuando la Administración está despojada de sus poderes de imperio. El juez administrativo conoce más que nadie la situación de la Administración reclamante y reclamada y conlleva a pensar que en ningún caso el juez civil podría ser competente para conocer del recurso de lesividad.<sup>21</sup> Está claro pues, que la actuación utilizada por la Administración en su intento de hacer desaparecer los efectos de un acto administrativo, lo realiza estimulada porque dicho acto lesiona el interés público, luego perjudica, infringe, la realización de un servicio público, sumado al órgano que emite y pretende a su vez, la nulidad de un acto administrativo que favorece a un particular, se erige en base y criterio del recurso de lesividad y por ende del derecho administrativo.

b) *En cuanto a las partes en el proceso*

La legitimación es un requisito de orden procesal que el ordenamiento jurídico exige a todo aquel que pretendiere ejercer acción frente a los tribunales. Es decir, la legitimación viene a ser una especie de habilitación para ejercer una actividad. Desde la mira procesal, para ocurrir al órgano jurisdiccional y lograr la declaración de un

20. El problema de la responsabilidad administrativa, es materia de controversia debido fundamentalmente a que en nuestro sistema jurídico no se puede hablar de una autónoma responsabilidad de la Administración. Por ello la doctrina introduce el tema de la responsabilidad administrativa y la equipara equivocadamente a la responsabilidad civil ordinaria por hecho ilícito correspondiente al artículo 1.185 del Código Civil.

21. Salvo que la Ley lo permita expresamente.

derecho. Pues bien, en el proceso contencioso-administrativo de anulación, el legitimado activo, para ser demandante, es el sujeto al cual la Administración, a través de un acto administrativo le lesionó un derecho, y legitimado pasivo, o parte demandada en el proceso administrativo (propriadamente entidad administrativa) al cual se le induce a la pretensión. La jurisprudencia, y acogida por la legislación (Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia) exige en el recurso contencioso-administrativo de anulación, un interés calificado, esto es, personal, directo y legítimo en la anulación del acto que lesionó su derecho (Art. 121, LOCSJ). Como existe una inversión de partes en el proceso de lesividad, el legitimado pasivo va a ser la persona titular que ostenta el derecho concedido y reclamado por la Administración ante el juez. Ahora bien, ¿la Administración autora y demandante de la nulidad del acto administrativo debe cumplir con los requisitos exigidos en el artículo 121 *ejusdem*? Pensamos, que en igualdad de partes e inversamente proporcional al recurso normal de anulación, debe cumplir con los requisitos de obtener un interés personal, legítimo y directo en la anulación del acto. Primeramente, prefiere pretender la nulidad de una resolución que ha creado derechos particulares, implica un gravamen en contra del titular del derecho y, en consecuencia, la Administración debe demostrar al juez *ab-initio* un interés plenamente invocado y justificar las razones de derecho y de hecho que la conlleva a solicitar la nulidad del acto. Igualmente, la Administración en el recurso de lesividad, pierde en todo caso sus privilegios de imperio, al no poder revocar sus actos administrativos cuando ya creara derechos; luego la situación jurídica de actora demandante en el juicio, la iguala al particular recurrente, luego por obtener un interés calificado y no simple.

De otra parte, pueden ser legitimados activos, además de la Administración, todos aquellos que se encuentran afectados por el derecho otorgado a un administrado. Así, serían y de acuerdo al ordenamiento jurídico simples coadyuvantes que pretendieren la anulación del acto.<sup>22</sup> No obstante, es importante señalar que el Recurso de Lesividad, es un proceso por medio del cual una entidad administra-

22. A tales efectos lo señala González Pérez en esta frase: "Si el fundamento del proceso de lesividad no es otro que la imposibilidad del ejercicio de la autodefensa para privar de efectos a un acto por derivar del mismo derechos subjetivos, es evidente la legitimación pasiva de los titulares de estos derechos. Y también lo es la posibilidad de que cualquier interesado en el mantenimiento del acto pueda comparecer en su defensa. Pero no como parte demandada principal, sino como coadyuvante...". *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*. Temis, p. 123.

tiva interpone un recurso contra un acto dictado por la misma entidad, pero no cuando una entidad administrativa interpone un recurso contra un acto de otra entidad administrativa.<sup>23</sup> Lo que nos induce a pensar es que el legitimado activo, va a hacer “una entidad administrativa” en particular “. . . aquella que emitió el acto. . .” y no la Administración en sentido general, lo que ocasiona por consecuencia problemas de personificación para actuar en juicio. No olvidemos, que en el sistema jurídico español existe una tendencia mayoritaria en considerar como persona jurídica al ente Administración Pública; existe pues, un consenso en considerar que la Administración es un ente servidor de la colectividad que actúa en nombre del Estado, y por consiguiente la Administración es titular de derechos y deberes y en consecuencia es legitimado activo en cualquier proceso que pretendiere ejercer. En nuestro país, tal situación no está suficientemente aclarada, lo que evidentemente dificultaría la introducción del recurso de lesividad en el orden jurídico proceso-administrativo venezolano.<sup>24 y 25</sup>

c) *Requisitos de orden objetivo*

¿Cuáles actos emanados de la Administración serían impugnables por vía del Recurso de Lesividad? Así, ¿sería impugnable un acto administrativo de efectos generales? ¿o simplemente actos administrativos de efectos particulares?

No parece lógico señalar que los reglamentos emanados del Ejecutivo Nacional, pudieran ser susceptibles de recurso de lesividad. La razón es simple, el ordenamiento jurídico permite la derogación de los reglamentos independientemente que los mismos hayan o no creado derechos, lo cual significa que la Administración está facul-

23. Ver González Pérez.

24. Así lo dicen Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Tercera Edición Civitas, 1982. “. . . La Administración Pública no es tampoco para el Derecho Administrativo un complejo orgánico más o menos ocasional. . .”. “*Para el derecho administrativo la Administración Pública es una persona jurídica*. Ente de la personificación es el único factor que permanece siempre, que no cambia como cambian los órganos y las funciones. Y por él se hace posible el Derecho Administrativo”, p. 24 y siguientes (subrayado nuestro).

25. La Doctrina venezolana no observa con simpatía la idea española. Se alega con razón, que en Venezuela la República es la persona jurídica donde la Administración Pública actúa por su cuenta, luego la Administración representa la personalidad de la República.

tada para hacerlos desaparecer cuando así lo disponga sus propios intereses. Al contrario de lo que acontece en el acto administrativo, la Administración está limitada para revocar sus efectos, más aún cuando ha creado derechos. Por ello, la Ley en general impone limitaciones al órgano administrativo para revocar, originado al principio del respeto a las garantías de los derechos, el reglamento supone una regulación genérica e indeterminada (una ley), por tanto, tiene sus propios medios autónomos para poder extinguir sus efectos en el orden jurídico-político. Por esta razón, parece inadecuado acudir al proceso de la lesividad para hacer desaparecer los efectos de una norma reglamentaria, cuando el mismo órgano administrativo que lo emitió puede hacerlo por sus propios medios derogatorios. Por otro lado el mismo ordenamiento jurídico nuestro, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (art. 112) sólo confiere la posibilidad a "toda persona natural o jurídica plenamente capaz que sea afectada en sus derechos o intereses por ley, reglamento, ordenanza u otro acto de efectos generales emanado de algunos de los cuerpos deliberantes nacionales, estatales o municipales o del Poder Ejecutivo Nacional, puede demandar la nulidad del mismo, ante la Corte, por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad, salvo lo previsto en las disposiciones transitorias de esta Ley. . .". Para solicitar la nulidad del reglamento por vicios, lo cual a nuestra interpretación, excluye a los órganos administrativos como posibles recurrentes de tal recurso, en consecuencia no es posible ejercer la acción de lesividad contra los reglamentos administrativos.

#### E) LA DECLARACION ADMINISTRATIVA DE LA LESIVIDAD

Para intentar el recurso contencioso-administrativo de anulación de efectos particulares previsto en el artículo 127 y siguientes de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, se exige a los fines de la admisión del recurso, una serie de requisitos previstos en el artículo 124 de la misma Ley Orgánica. Entre ellos, quizás el más importante lo constituye el ordinal 2º, referente a que el recurrente debe agotar la vía administrativa. Como bien lo señala Allan Brewer Carías<sup>26</sup> ". . .este agotamiento de la vía administrativa como paso previo a la vía contencioso-administrativa, no es más que la obligación impuesta legalmente al recurrente de agotar los medios administrativos útiles que tiene a su disposición ante la misma Administración. . .". Dentro de las finalidades de exigencias del agotamiento de

26. Ver *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*, Colección Textos Legislativos N° 8. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1989, p. 194.

la vía administrativa se destaca el hecho de que el juez administrativo tiene frente a él, ya un procedimiento instaurado, discutido en una instancia primaria, cuya función principal la constituye el hecho de revisar un procedimiento y analizar el resultado final constituido por un acto administrativo, el cual declara o no, según los términos del recurrente en su pretensión administrativa. Así pues, constituye la vía administrativa un requisito de orden procesal a los fines de la admisión o no de un recurso.

En el recurso de lesividad, está igualmente precedido de un previo pronunciamiento por parte de la Administración, para que el juez administrativo revise, y si tal requisito se ha cumplido, proceda a admitir el recurso contencioso. Entonces, la Administración antes de acudir a la vía judicial deberá previamente declarar la lesividad del acto administrativo que es lesivo al interés público. Es entonces un acto administrativo previo al recurso jurisdiccional, cuyo objetivo fundamental es lograr que el juez admita el proceso a instaurarse. González Pérez señala que la declaración de lesividad es un acto administrativo discrecional presupuesto del proceso de lesividad por el que una entidad administrativa declara lesivo a sus intereses en acto anterior dictado por la misma. Primeramente, para González Pérez es un acto administrativo, en cuanto que es un acto jurídico que emana de un órgano administrativo en el ejercicio de una función administrativa. Observamos que, el nombrado autor envuelve el acto jurídico dentro de todo la encubierta de la definición *in sustancia* del acto administrativo. Es decir, el órgano que lo emite es una entidad administrativa (criterio orgánico) y en ejercicio de la función administrativa (criterio material). Lo que nos induce a pensar que sólo en estas condiciones se debe emitir la declaración de lesividad.

Por otra parte, el acto administrativo que declara lesivo un acto administrativo otorgado a un particular, es de carácter discrecional, y en consecuencia, no está sometido a un control estricto de la legalidad por parte del juez contencioso-administrativo. En Venezuela, la inclusión del recurso de lesividad, contrastaría en forma apreciable con este específico acto administrativo que declara la lesividad. El ordenamiento jurídico venezolano, en general, somete todos los actos administrativos al control del juez, debido básicamente a que el Derecho Administrativo, considera el Principio de la Legalidad en dogma que en términos concretos no admite excepciones. En este sentido, la Constitución en su artículo 206 dice: "... Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativo son competentes para anular *los actos administrativos* generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder. ..." (subrayado nuestro), lo que

significa que, constitucionalmente no se prevé en este texto mayor, alguna excepción de no control sobre los actos administrativos, lo cual, implicaría una seria dificultad al introducir en la ley de la jurisdicción contencioso-administrativo el tratamiento con respecto a este acto administrativo que declara lesivo otro acto administrativo. Empero, bien sabemos, que la apreciación de los hechos,<sup>27</sup> cada vez la jurisprudencia limita esa apreciación por la Administración, lo que equivale a señalar que una futura ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, acogería los límites del poder discrecional en materia de lesividad y delimitaría en el texto normativo hasta donde llega la apreciación de los hechos por la Administración y cual sería el control de la legalidad que ejercería como control el juez administrativo, observación que hacemos, por supuesto, partiendo del principio, de que el poder discrecional se limita sólo a la apreciación de los hechos y no a su calificación.<sup>28</sup> De otra parte, el proceso de lesividad es excepcional, es el contencioso-administrativo al revés, luego por ser excepcional, nada impediría un tratamiento distinto, en cuanto a que el acto que declara lesivo, otro acto administrativo. no estuviera sometido al control jurisdiccional.

Así, el recurso de lesividad, considerado en ser un medio para solicitar la revocatoria de los efectos de un acto administrativo que creó derechos, constituye una limitación al principio de la autotutela administrativa; en Venezuela el recurso de lesividad no se encuentra consagrado expresamente, sin embargo, la Administración puede en determinados casos hacer uso de actos administrativos que aun siendo creadora de derechos puedan, sin acudir al juez, hacer desaparecer sus efectos en el ordenamiento jurídico; veamos, cómo es esa revocatoria.

#### F) LIMITES DEL RECURSO DE LESIVIDAD

El límite principal del recurso de lesividad, esto es, su ejercicio por parte de la Administración estaría condicionado por el principio de la legalidad del Derecho. Tal límite de la actividad administrativa garantizaría los derechos del particular para reclamar contra la pretensión administrativa ya ante el juez administrativo. Contrariamente al recurso normal de nulidad, el límite para su ejercicio es que la Administración reconoce haber concedido unos derechos. Normalmente, la Administración puede revocar en todo caso, siempre y cuando no haya creado derechos en favor del particular, situación

27. Actividad administrativa excluida de control del juez.

28. Jean Kahn: *Le pouvoir discretionnaire et le juge administratif*. Institut Français des Sciences Administratives. Editions Cujas, Cahier N° 16, 1978.

que constituye un límite a la potestad revocatoria de la Administración. En el recurso de lesividad el límite para la acción es haber creado derechos, pero los mismos a juicio de la Administración, son lesivos al interés público. De otra parte, siempre debe ser un acto administrativo de efectos particulares, puesto que las otras actividades de la Administración puede hacer uso de sus potestades propias de imperio.

## II. LA REVOCATORIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y SU RELACION CON EL RECURSO DE LESIVIDAD

Tal como está normatizado en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, existen cuatro figuras por medio de las cuales, la ley confiere la facultad a la Administración para revisar sus propios actos administrativos. En efecto, el artículo 81 de la LOPA dice: "La Administración podrá convalidar en cualquier momento los actos anulables subsanando los vicios de que adolezcan". El artículo 83 de la LOPA dice: "La Administración podrá en cualquier momento, de oficio o a solicitud de particulares, revocar la nulidad absoluta de los actos dictados por ella". El artículo 34 *ejusdem*, dice: "... La Administración podrá en cualquier tiempo corregir errores materiales o de cálculo en que hubiere incurrido, en la configuración de los actos administrativos" y, en tercer lugar, el artículo 82 dice: "... los actos administrativos que no originen derechos subjetivos o intereses legítimos personales y directos para un particular podrán ser revocados en cualquier momento en todo o en parte, por la misma autoridad que los dictó, o por el respectivo superior jerárquico". Así, aparece en la ley, una convalidación de los actos administrativos, una posibilidad de declaratoria de nulidad absoluta, una corrección de errores materiales o de cálculos y en fin, la posibilidad de revocación de los actos administrativos.

No se encuentra, consagrada ni en la LOPA ni en otro texto jurídico alguno, la posibilidad del ejercicio por parte de la Administración del recurso de lesividad objeto de estudio en el presente trabajo.

Ahora bien, ¿qué relación existe entre la posibilidad que tiene la Administración de revocar sus propias decisiones por contraste con el llamado recurso de lesividad? Primeramente, dentro de la etapa de toda la institución jurídica (del recurso de lesividad), la relación en cuanto a instancia administrativa se refiere a la estricta declaración de lesividad, puesto que el mismo como señaláramos anteriormente es un requisito de orden procesal a los fines de aceptación en la sede contenciosa. De otra parte, la materia de autotutela administrativa

(revocatoria) procedimentalmente se encuentra separada del recurso de lesividad, puesto que este último, es ya su ámbito de aplicación en el plano estrictamente de orden judicial.

Empero, sí existe una relación de orden conceptual, puesto que la Ley permite a la Administración revocar sus decisiones siempre y cuando, no haya creado derechos a los particulares (82 LOPA), siendo que el recurso de lesividad posterior a la declaratoria del acto lesivo, se utiliza cuando la Administración desea o pretende la revocatoria pero contra un acto que sí creó derechos en favor de los particulares.

Así, la Administración puede en toda situación revocar, a excepción de que no haya creado derechos. Esta excepción es subsanada por el recurso de lesividad, previo al trámite de orden tanto formal como material. La acción de revocación por lesividad no tendría que estar normatizada en un texto jurídico que regulase la revocatoria administrativa, sino en un texto jurídico que regule la jurisdicción contencioso-administrativa.

Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, que incluiría obviamente todo el sistema de la lesividad. En tal sentido, podría regular hasta un incidente de suspensión de los efectos de un acto administrativo pretendido por la Administración autora y actora en el proceso. Podría hablarse de una forma de suspensión de los efectos; no obstante, la mayoría de los autores en el Derecho español no están de acuerdo con esa posibilidad de suspender los efectos en los diferentes procesos de lesividad. Así lo señala Aurelio Guaiba, *El proceso administrativo de lesividad*, Madrid, Editorial Civitas, 1968, pp. 163-164 (información obtenida del trabajo sobre "Incidente de suspensión del acto administrativo en la vía judicial", del costarricense N. Enrique Rojas Franco, p.191).

En nuestro país, tanto la jurisprudencia como la doctrina han aceptado una serie de principios en materia de revocación de actos administrativos, que claramente supondrían su interacción con el recurso de lesividad; veamos el aporte de la jurisprudencia y luego la doctrina.

#### 1. *Aporte jurisprudencial*

La Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, dictó sentencia en fecha 14 de mayo de 1985, con ponencia de la magistrado Josefina Calcaño de Temeltas, con motivo de la revocato-

ria de un nombramiento ocurrido en la designación del ciudadano equis, de la Universidad Nacional Experimental de los Llanos Occidentales Ezequiel Zamora. A tal efecto, la sentencia de la Sala, después de un análisis pormenorizado del caso, concluye en siete puntos importantes lo siguiente:

- a) Reconoce la posibilidad de que la Administración, en base al principio de autotutela, pueda revocar sus actos administrativos (art. 82 LOPA).

En tal sentido, esta potestad de revocatoria de la Administración tiene su limitación, que la misma jurisprudencia reconoce y en la posibilidad que tal situación pueda ocurrir cuando haya habido creación de derechos en favor del particular. Eduardo García de Enterría, dice que el recurso de lesividad no contiene ningún privilegio para la Administración, sino que, por el contrario, implica un verdadero despojo de una cualidad esencial de un *status* y la reducción de la misma a un régimen inferior al de los propios administrados, inferior todavía al que correspondería en el sistema de derecho privado a los simples particulares.<sup>29</sup>

- b) La revocatoria de oficios o a solicitud de parte, procede en cualquier tiempo cuando sus actos se encuentran afectados de nulidad absoluta (art. 83 LOPA).

La conclusión de la sentencia en este punto, parece muy concluyente en el sentido de señalar que cuando existe un vicio de nulidad absoluta en el acto, la Administración puede revocar en cualquier momento; pensamos, que ese acto administrativo no ha creado derechos en favor del particular, pues lo que el art. 83 de la LOPA utiliza es el término "reconocer" y no revocar como lo muestra la sentencia. La acción de lesividad, supone la ocurrencia de la Administración a solicitar del juez administrativo la nulidad del acto indiferentemente del vicio ocurrido, pues lo que ya había creado derechos o intereses en favor del particular, razón por la cual, la Administración tiene un lapso de tiempo para el ejercicio de la acción de lesividad.

- c) Señala (se refiere al artículo de la LOPA) en forma clara, categórica y taxativa cuáles son los vicios que afectan la nulidad absoluta del acto administrativo. Cuándo la Administración ocurre al juez a solicitar la nulidad del acto por ella misma otorgado. Las leyes que consagran en la acción generalmente no señalan las causas

29. En la doctrina de los actos propios y el sistema de la Lesividad, p. 69 y siguientes. *Revista Administrativa Pública.*

en forma categórica y taxativa para intentar el recurso. Empero, se dice que la Administración va al contencioso cuando se considera lesionada en sus intereses y derechos. Por ello, en la demanda de lesividad, la Administración deberá fundamentar en qué consiste esa lesión de derechos e intereses. Creemos, que en caso de incluir el recurso de lesividad en una futura ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa en Venezuela sería sano y conveniente que la ley destacase en forma clara, categórica y taxativa cuáles serían los motivos por los cuales la Administración sería legalmente activa para ocurrir en lesividad, tal como se hace en materia de nulidad absoluta en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

- d) Determina que fuera de esos indicados vicios específicos de nulidad absoluta, todas las otras irregularidades que presente el acto administrativo sólo lo afecten de nulidad relativa (anulabilidad) (art. 20 LOPA).
- e) Establece que esos actos viciados de nulidad relativa pueden también ser revocados en cualquier momento por la Administración (art. 82 LOPA).

Siempre y cuando, el acto administrativo aun con los vicios de nulidad relativa, no haya creado derechos el Recurso de Lesividad, se instaura pues, cuando el acto administrativo ha sido creador de derechos, aun teniendo posibles vicios, la Administración no puede hacer uso de sus potestades revocatorias, en consecuencia debe acudir a la vía judicial. Y, anule, a pesar de haber originado derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un particular (art. 82). Aclara la sentencia que, "el acto administrativo que tenga un vicio de nulidad relativa, es decir, que sea anulable, si crea derechos a favor de los particulares y ha quedado firme (por haber vencido los lapsos para impugnarlos en vía administrativa o en vía judicial), es un acto irrevocable por la Administración y si esa revocatoria se produce el acto revocatorio está viciado de nulidad absoluta. . .". El planteamiento en la sentencia de la Corte, está acogida por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en el ordinal 2º, artículo 19, que a su vez, se encuentra consagrada en la legislación española. El Recurso de Lesividad, se impone pues, como una necesidad puesto que evitaría la práctica de una Administración incontrolada que abusa del ejercicio de la revocación y lesiona derechos ya aun consagrados en el ordenamiento jurídico. ¿Qué más garantía para un particular que ir al contencioso y defender un acto administrativo que le concedió un derecho? ¿Y qué más limitación a la Administración?

## 2. *Aporte doctrinario*

En Venezuela, la doctrina administrativa, no ha hecho hasta el presente un estudio sobre el recurso de lesividad y sus posibles aplicaciones dentro del Derecho Administrativo venezolano, quizás debido en primer lugar, a pensar que la Administración tiene poderes exorbitantes y que aceptar el específico recurso en estudio, implicaría un despojo de prerrogativas administrativas. O simplemente, porque como no se encuentra positivamente consagrado en ningún texto legislativo, no ha habido un real interés en someterlo a su estudio. De todas formas, la doctrina administrativa, al hacer interesantes y originales planteamientos en materia de revocación de actos administrativos, podríamos obtener conclusiones derivativas acerca del recurso de lesividad, del siguiente modo: la doctora Hildegard Rondón de Sansó actual magistrada de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, en su estudio sobre el Procedimiento Administrativo (Colección Estudios Jurídicos N° 12, Edición Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 1983, pp. 251 y 252) al escribir sobre la potestad revocatoria dice que: "...la potestad revocatoria es el poder que se le acuerda a la Administración de eliminar los actos que ella misma dictara fundándose en motivos de oportunidad o conveniencia bien originaria o bien sobrevenida". La autora limita la revocación sólo "fundándose en motivos de oportunidad o conveniencia bien originaria o bien sobrevenida...".

Nos preguntamos: ¿Y si existe un vicio contrario al orden jurídico puede la Administración revocar? Pues bien, la acción por lesividad, impediría que la Administración revocase, cuando ha creado derechos en favor de un administrado y si la Administración pretende eliminar los efectos del acto administrativo, debe declarar la lesividad y luego ir al camino contencioso, no importando que el acto haya creado derechos ni importando que sean inoportunos o ilegítimos, porque en este caso, la Administración considera el administrativo lesivo al interés general. Señala la autora, que la revocación la ejerce el mismo órgano que dictó el acto o el órgano jerárquicamente superior, lo que coincide en un aspecto con la acción por lesividad puesto que ésta exige que el órgano que intenta el juicio ante la jurisdicción contencioso, el mismo que emitió acto administrativo lesivo al interés general. Pensamos objetivamente que el recurso de lesividad es una forma de revocatoria auxiliada por el juez administrativo. "Auxilio" que no debe interpretarse como que el juez "ayuda" a la Administración, porque infringiría el principio de igualdad procesal de las partes en el proceso (Administración-administrado), sino como la

posibilidad de acudir en "ayuda" del juez a los fines de lograr el efecto anulatorio del acto administrativo lesivo al interés público.

Por otra parte, la teoría de la institución del recurso de lesividad se sitúa en la famosa doctrina de los actos propios: "*venire contra factum proprium non valet*", lo cual implica, y así lo acoge gran parte de la doctrina y la jurisprudencia, y conduce al principio de irrevocabilidad de los actos administrativos declaratoria de derechos, puesto que la Administración no podría alegar su propia torpeza en la emisión de los actos administrativos. Esta idea, por medio del cual la Administración no puede volver contra sus propios actos, es inadmisibles en la concepción de una Administración moderna. Está suficientemente demostrado que la Administración se equivoca al conceder derechos, no solamente en cuanto al mérito y oportunidad de las decisiones sino en cuanto a la actividad ilegítima de la Administración. Ahora bien, suponiendo la premisa anterior, es cierto que se debe resguardar los derechos en los particulares, pero dándole la oportunidad a la Administración de acudir como un particular a solicitar la desaparición de los efectos del acto a un juez administrativo. Por ello, partiríamos de la idea de consagrar en principio la irrevocabilidad del acto cuando creó derechos, pero con la posibilidad de que aun creando derechos, la Administración por vía jurisdiccional solicite su nulidad.

Eduardo García de Enterría señala que, el recurso de lesividad no contiene ningún privilegio para la Administración, sino, que por el contrario, implica un verdadero despojo de una cualidad esencial de un *status* y la reducción de la misma a un régimen inferior al de los administrados, inferior todavía al que correspondería en el sistema de derecho privado a los simples particulares. Nosotros estamos de acuerdo con la anterior interpretación.<sup>30</sup> Sin embargo, el hecho de que la Administración, su situación (recurso de lesividad) sería inferior al que correspondería en el sistema de derecho privado a los simples particulares, no es del todo extraño, puesto que bien sabemos, que la Administración asume posiciones de igualdad frente al particular, no sólo en la actividad administrativa normal, sino en el plano eminentemente contencioso; contratos administrativos *versus* contrato de derecho común, etc.

-Así pues, el recurso de lesividad, sería una institución novedosa en el sistema administrativo venezolano, porque justamente el que exista un descenso en *status* de la Administración garantizaría por su parte, el derecho correlativo de los particulares a defenderse en la

30. En la Doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad. García de Enterría: *Revista de Administración Pública*, pp. 70 y 71.

sede jurisdiccional frente a la pretensión de la Administración contra un acto que creó un derecho subjetivo.

La jurisprudencia ha aportado poco, por no decir nada al estudio de este original y específico recurso de lesividad. Sin embargo, la sentencia Emilia Ochoa Serrano introduce elementos de importancia que a los fines de encarar su estudio y su posible o no introducción dentro de una Ley de lo contencioso-administrativo, plantea interrogantes en cuanto a su tratamiento que veremos de seguidas.

IV. LA SENTENCIA OCHOA SERRANO EMANADA DE LA CORTE PRIMERA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO  
EN FECHA 29 DE ENERO 1987

1. En realidad, la Corte Primera no resuelve un recurso de lesividad, debido fundamentalmente a que como hemos dicho en varias ocasiones, no existe la normativa que regule ni procedimiento alguno que la administración pueda, eventualmente invocar ante una jurisdicción la nulidad de un acto administrativo que ha creado derechos subjetivos a un particular o administrado. Es más, los problemas planteados en la sentencia, son principalmente entre varios, la legitimidad para solicitar la nulidad de un acto administrativo, y he aquí, el problema de fondo planteado en el debate judicial, lo que nos señala claramente que, el tema de la lesividad es abordado en forma subsidiaria por la Corte debido al comentario del mismo pretendido por el recurrente.

Trata de un recurso contencioso-administrativo de anulación intentado por la Universidad Central de Venezuela (Ente de Derecho Público) contra un acto administrativo emitido por el Consejo de Apelaciones de la misma Universidad Central, porque a decir del recurrente del recurso que: "...la decisión de reincorporar a la profesora Emilia Ochoa Serrano a su cargo lo que crea un gravísimo malestar entre los profesores de la cátedra así como de la facultad y a pagar los sueldos dejados de percibir...".

2. El recurrente se personifica en el ciudadano Rector de la Universidad y el mismo alega un interés personal, legítimo y directo en la anulación del acto administrativo que el Consejo de Apelaciones cambió la decisión de destitución por la de amonestación escrita, en contra de la ciudadana Emilia Ochoa Serrano.

3. Existe pues, un órgano administrativo, el Consejo Universitario, solicitando la nulidad de un acto administrativo de contenido jurisdiccional proveniente del Consejo de Apelaciones, cuya impug-

nación la realiza ante la corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, por lo que aparenta ser un auténtico recurso de lesividad puesto que se observa a la Administración (Consejo Universitario) solicitando la nulidad de un acto administrativo que favorece presuntamente a un particular.

4. La Corte resuelve la controversia declarando sin lugar el recurso, principalmente porque considera con razón, que el Rector de la Universidad Central de Venezuela no es legitimado activo para intentar recurso de nulidad contra el acto administrativo emanado del Consejo de Apelaciones de la misma Universidad Central de Venezuela.

- a) Señala la sentencia que el Rector a pesar de ser el representante legal de la Universidad Central, no ostenta el interés personal, legítimo y directo previsto en el artículo 121 de la LOCSJ.
- b) Que las excepciones al principio del interés personal, la establece el artículo 121, a saber, el Fiscal General de la República, quien puede ser legitimado activo cuando se trate de actos de efectos particulares que afecten un interés general, que ello es así porque el Ministerio Público por su naturaleza misma está llamado a velar por la legalidad y todo acto que la menoscabe le atañe directamente en cuanto debe solicitar el restablecimiento de derecho violado por un acto que perturba el interés general y que otra excepción con los funcionarios a quien la Ley atribuya esta facultad. En ninguno de los dos casos podemos sublimar, dice la sentencia, la condición de actora en este juicio.

Entendemos, pues, que fueron las razones que tuvo la Corte Primera, para no aceptar al Rector de la UCV como legitimado activo para intentar el recurso. Sin embargo, consideramos que la sentencia ha podido argumentar en su parte dispositiva la circunstancia de que el Rector y máxima autoridad ejecutiva del Consejo Universitario no tenía legitimación activa para intentar el recurso, fundamentalmente por el hecho de que el Consejo de Apelaciones dicta la medida de amonestación escrita y lo hace como ente administrativo único de la Universidad, lo cual representa al Rector en su decisión. Dado que en Venezuela y su ordenamiento jurídico no existe el recurso de lesividad, no podía el Rector ejercer el recurso, puesto que el mismo Consejo Universitario emitió el acto a través de uno de sus órganos: el Consejo de Apelaciones, máxime cuando el sujeto pasivo del acto administrativo de imposición de la sanción no es al Consejo Universitario, ni mucho menos al Rector, sino a la profesora Ochoa Serrano, quien sí pudiera eventualmente haber tenido interés en la nulidad del

acto administrativo. De haber aceptado el argumento del Rector se equipararía absurdamente al hecho de que el Presidente del Consejo de la Judicatura pretendiese acudir a un tribunal y solicitar la nulidad de un acto administrativo de sanción emitido por el tribunal disciplinario del propio Consejo de la Judicatura. Pues bien, y a nuestro juicio, la sentencia rechazó la pretensión del Rector de la UCV en consideración de orden meramente formal y no material, como lo exponemos en las anteriores líneas.

5. La sentencia define al Recurso de Lesividad como aquel recurso que parte del supuesto de que el acto administrativo recurrido causa una lesión que debe traducirse en una *lesión jurídica*, es decir, que infringe el ordenamiento positivo y es económicamente perjudicial para el interés público (lesión económica). Además, exige de la propia administración autora del acto, declararlo previamente dentro de un determinado plazo como lesivo a los intereses públicos.

Notamos que la expresión "lesión jurídica" abarca un contexto más amplio que el de un perjuicio económico solamente, argumentado en la sentencia. En efecto, cuando existe un daño económico se dice perjuicio patrimonial y no lesión jurídica. La lesión jurídica supone que el detrimento patrimonial sea antijurídico,<sup>31</sup> no ya porque la conducta de su autor sea contraria a derecho, sino más simplemente porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo. En el recurso de lesividad implica en contra del interés de la Administración un perjuicio económico más que una lesión jurídica, término empleado por la sentencia.

## V. CONCLUSIONES

1. El Recurso de Lesividad es una acción de naturaleza contencioso-administrativa pretendida por la Administración, autora del acto, con la finalidad de solicitar del Juez administrativo la nulidad del acto administrativo por ser lesivo al interés público.

2. El Recurso de Lesividad, no está normatizado en ningún texto jurídico venezolano, luego sin reforma jurídica sería imposible su inserción en el contencioso-administrativo. Es evidente, que con una reforma o su inclusión en una futura ley de la jurisdicción contencioso-administrativo el ordenamiento sí estaría adaptado a esta figura tan original del Derecho Administrativo.

31. Ver, Tomás Ramón Fernández: *Curso de Derecho Administrativo II*, pp.337 y 55. Civitas, Madrid, 1981.

3. En sus orígenes históricos el recurso de lesividad aparece como un recurso identificado no como un recurso de nulidad, sino como una especie de plena jurisdicción.

4. Con la posible introducción del recurso de lesividad habrían en nuestro ordenamiento procesal administrativo cuatro tipos de recursos contenciosos: el recurso contencioso-administrativo de anulación, el recurso contencioso-administrativo de plena jurisdicción contractual y extracontractual, el recurso de interpretación y el recurso contencioso-administrativo de lesividad.

5. El recurso de lesividad, se presenta como una excepción al principio de autotutela propia de la actividad administrativa.

6. La Administración, en el proceso de lesividad, ocupa la posición de actor demandante de un acto administrativo, contrario al común del contencioso-administrativo de nulidad previsto en las leyes administrativas venezolanas. (Ley de la Corte Suprema de Justicia y otras leyes).

7. En el recurso de lesividad, la jurisdicción competente para conocerlo, sería la jurisdicción contencioso-administrativa, por estar envuelto la prestación de un servicio público.

8. Dentro de los requisitos más importantes para que la Administración ejerza el recurso de lesividad lo constituye la declaración previa de lesividad que constituye ciertamente un acto administrativo de trámite no susceptible de impugnación y de efectos particulares. Empero, en Venezuela, según su perspectiva, el acto administrativo previo lesivo podría ser motivo de impugnación, lo cual no sería de mero trámite sino definitivo.

9. El Fiscal General, en base a la atribución normativa que le concede el artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia no ejerce un presunto recurso de lesividad, puesto que él, el Fiscal, no emitió el acto administrativo, condición esencial para la definición del recurso de lesividad.

10. El recurso de lesividad debe estar encuadrado dentro de un texto jurídico que regule la jurisdicción contencioso-administrativa. Saludable sería, que se sitúe dentro de un capítulo dedicado a la competencia de un tribunal y luego prever si es posible, un procedimiento para lograr sus fines y cometidos.

### NOTAS BIBLIOGRAFICAS

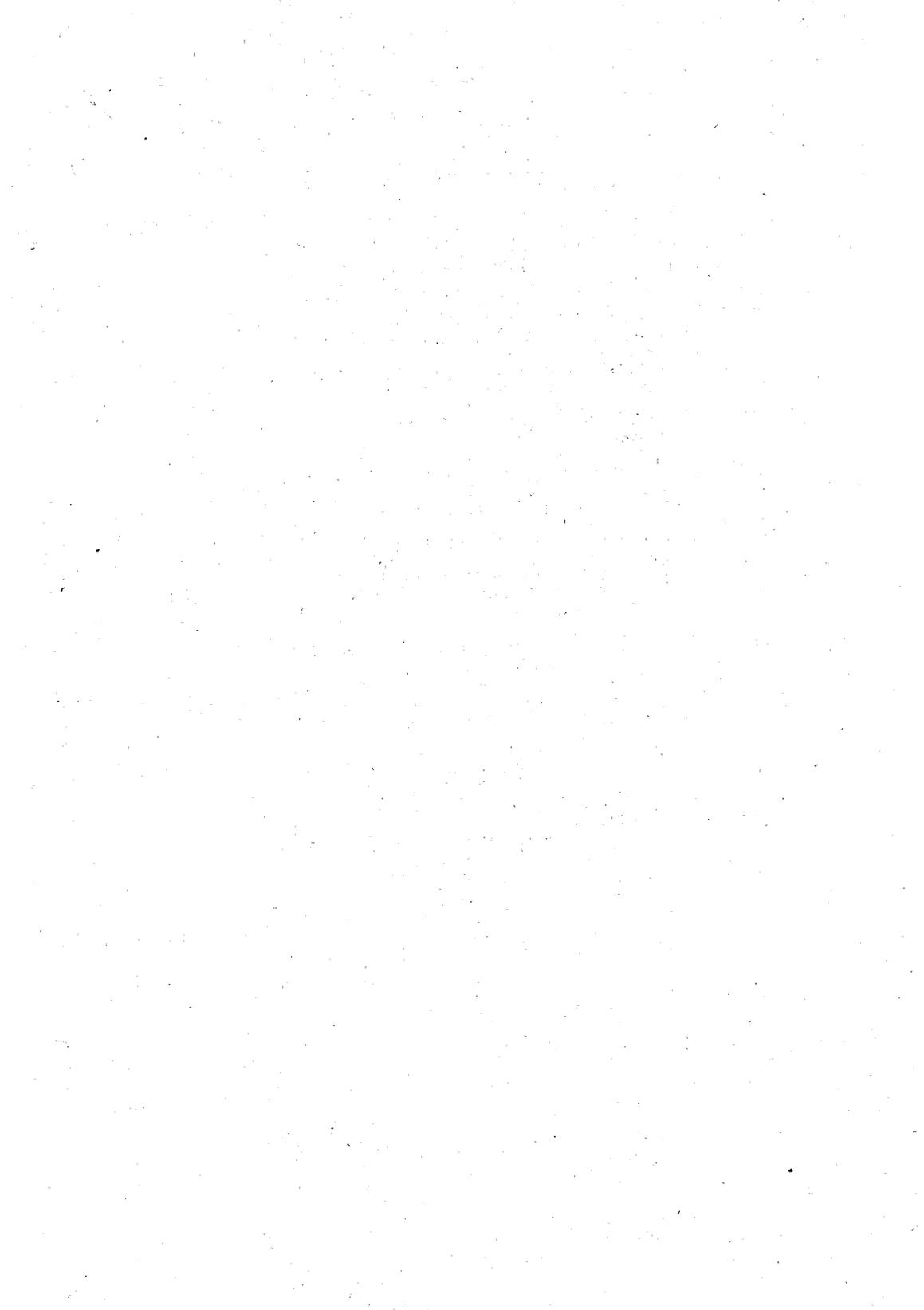
A continuación se reseñan los trabajos y las obras más directamente atinentes al objeto del tema y que se han utilizado para el estudio.

## DOCTRINA

1. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN: *Curso de Derecho Administrativo II*. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1981.
2. GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS: *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*. Editorial Temis, S.A. Bogotá, Colombia, 1985.
3. PAREJO ALFONSO, LUCIANO: *El concepto del Derecho Administrativo*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1984. Colección Estudios Jurídicos N° 23.
4. DROMI CASAS, JOSÉ ROBERTO: *Revista de Administración Pública*. Centro de Estudios Constitucionales N° 88, enero-abril 1979.
5. GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS: "El Proceso de Lesividad", N° 25 de la *Revista de Administración Pública*.
6. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO: "La configuración del recurso de lesividad", N° 15 de la *Revista de Administración Pública* y "La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad" en el N° 20 de la misma revista.
7. RIVERO, JEAN: *Droit Administratif*. Précis Dalloz.
8. CALCAÑO DE TEMELTAS, JOSEFINA Y BREWER-CARÍAS, ALLAN R.: "Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia". Editorial Jurídica Venezolana. Colección Textos Legislativos N° 8. Caracas, 1989.
9. RONDÓN DE SANSO, HILDEGARD: *Procedimientos Administrativos*. Colección Estudios Jurídicos N° 1, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1983.
10. *Le Pouvoir Discretionnaire et le juge administratif*. Institut Français des Sciences Administratives. Cahiers N° 16. Cujas, 1978.

## JURISPRUDENCIA

1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Repertorio Mensual N° 5, mayo 1985. Sentencia de la SPA-CSJ. Caso Fredy Martín Rojas Pérez.
2. Jurisprudencia en *Revista de Derecho Público* N° 29 en cuanto al recurso de lesividad, pp. 124-127.



**LA NOVEDAD DE LA *RERUM NOVARUM*  
DE LEON XIII**

**MIKEL DE VIANA S.J.**

*Revista de la Facultad de Derecho*, N° 43  
Universidad Católica Andrés Bello  
Caracas, Venezuela, 1991



## 1. *La cuestión obrera*

El siglo XIX ofreció la escena para la Primera Industrialización a gran escala, primero en Europa y luego en América del Norte. En pocas décadas, una auténtica revolución trastocó desde sus raíces las estructuras seculares del Antiguo Régimen. La perennidad milenaria del orden medieval, que había sembrado en la conciencia europea la convicción de que el orden social estaba dotado de la estabilidad y regularidad naturales propias del curso de los astros, saltaba hecha pedazos.

Dos fenómenos saltaban a la vista y caracterizaban la agitada vida social del pasado siglo:

### 1.1. *La expansión de las capacidades productivas de la sociedad*

El primero de ellos, la expansión vertiginosa de las capacidades productivas de la sociedad mediante el inmenso desarrollo técnico, industrial y comercial. Después de milenios de enfrentamiento pasivo a la naturaleza, el hombre la sometía y se liberaba de los lazos materiales que habían condicionado su existencia. Los efectos psicológicos y sociales de tal proceso están aún hoy en marcha: el hombre del siglo pasado como sus tataranietos actuales han perdido la inocencia original y la pasiva conciliación del "ser natural" y viven acuciados por el sueño prometeico de dominar la naturaleza y hacer que les obedezca; de decidir la historia y hacerla a sus medidas.

### 1.2. *La deshumanización de decenas de millones de hombres y mujeres trabajadores*

Pero el segundo fenómeno revela la estructura ambigua de las conquistas humanas: el costo de la expansión vertiginosa de las capacidades productivas de la sociedad fue la deshumanización de decenas de millones de hombres y mujeres trabajadores y sus familias. La elevación de los niveles de vida de algunos sectores sociales se acompañó de la concentración de la riqueza apenas producida en manos de la nueva clase capitalista, del abandono de los destinos del mundo al arbitrio de una exigua minoría y de la miseria generalizada de la muchedumbre de los proletarios.

### 1.3. *Edad de Oro del capitalismo salvaje y Edad de la Miseria proletaria*

Entre 1800 y 1870 corre la Edad de Oro del capitalismo salvaje, abandonado a su propia avidez: sin ningún tipo de controles estatales y sin el contrapeso de la organización obrera. En ese mismo período es preciso reconocer la Edad de la Miseria proletaria.

La vida de aquel proletariado urbano ha quedado descrita no sólo en las encendidas páginas de los revolucionarios, sino en las novelas de Dickens: una vida envilecida y degradada por la pobreza vergonzante y por el trabajo desarrollado en condiciones inhumanas.

Horarios de catorce y dieciséis horas, durante las cuales el obrero debía de repetir casi siempre mecánicamente los mismos movimientos, en una atmósfera física y moralmente malsana: en medio de un ruido ensordecedor, olores repugnantes, calor sofocante, o bien humedad y frío insoportables en invierno. Los salarios sometidos a modificaciones cotidianas, apenas eran suficientes para mantener no ya una familia, sino un solo obrero. Se trabajaba día y noche en las fábricas, gracias a la iluminación a gas, que permitía rendimientos nunca antes vistos.

Un economista de Oxford se lamentaba amargamente de que una ley de 1833 prohibiera jornadas de trabajo de más de once horas y media a los menores de dieciocho años. Algunos industriales de Dorset y de Somerset obligaron a firmar a sus obreros una solicitud contra una ley que fijaba en diez horas la jornada de trabajo, con el pretexto de que una hora de tiempo libre adicional habría producido sólo el efecto de deteriorar la moralidad de sus hijos, porque como todos sabemos, la ociosidad es la madre de todos los vicios.

Era normal la contratación indiscriminada de mujeres y niños menores de seis años que eran llevados por sus padres a los mercados de trabajo para ponerlos a disposición de los representantes de las fábricas. No se conocía ningún tipo de seguridad ante la desgracia, la enfermedad o los frecuentísimos accidentes laborales.

Cuando los trabajadores regresaban a sus casas, generalmente se encontraban con tugurios asquerosos de un solo ambiente, sin agua, sin luz y en barrios azotados por las epidemias. Dermatitis de todo género, raquitismo, tuberculosis y alta mortalidad infantil eran consecuencia de la crónica subalimentación y las precarias condiciones higiénicas.

Las clases dirigentes no saben ofrecer al proletario otro remedio que paciencia y resignación. En 1848, tras la represión del movi-

miento proletario parisino, la Asamblea Nacional define a los obreros, lanzados a la revuelta por la desesperación, como “locos que habían tomado las armas para matar y saquear; nuevos bárbaros bajo cuyos golpes corrían peligro de perecer la familia, la religión, la libertad, la patria y al civilización misma”.

Cuando se recuerda aquella época, inevitablemente se pierde la fría y neutral objetividad de los análisis, y se concede razón a las indignadas críticas de Marx al poder alienante del dinero, a la deshumanización del trabajo en el mundo capitalista y al fetichismo de la mercancía.

## 2. *El liberalismo*

La situación que he descrito con gruesos trazos encontró su fundamento teórico en la doctrina del liberalismo económico defendida desde finales del siglo XVIII por Adam Smith y David Ricardó. El liberalismo no sólo alentaba el papel de la nueva clase capitalista, sino que ofrecía —y todavía hoy pretende hacerlo— una justificación construida sobre bases aparentemente científicas indiscutibles. No en vano la economía se presentaba como la primera ciencia de la sociedad burguesa.

La doctrina del liberalismo sostiene cuatro principios fundamentales:

### 2.1. *Amoralismo económico*

Se supone que la economía está dotada de una racionalidad intrínseca y autónoma. Esto significa concretamente que en las leyes de la economía son relaciones necesarias de causa y efecto, en las que no hay espacio para las consideraciones morales. Categorías éticas como “la dignidad humana”, el “bien común” o la “justicia”, pertenecen a un tipo de discurso que no tiene que ver con la legalidad económica. El trabajo del obrero, por ejemplo, no deja de ser una mercancía más en el mercado, y por lo tanto, sujeta a las contingencias de la oferta y la demanda. Nada añadiría a la lógica de la economía el hecho de que la remuneración de ese trabajo no pueda garantizar mínimamente la dignidad del trabajador y su familia.

### 2.2. *Libre competencia*

Que supone en el plano económico la superación de todas las trabas a la producción y al mercado impuestas por el control de los Esta-

dos absolutistas. En efecto, el mercantilismo y las viejas corporaciones medievales subordinaban la actividad económica a controles inútiles que además fundaban la posibilidad de privilegios. Desde el punto de vista técnico, corresponde a la superación de la fase artesanal en la que la producción estaba determinada por la demanda. En la sociedad capitalista, se establece la producción industrial en serie que antecede y provoca la demanda. Desde el punto de vista ideológico, el principio de la libre competencia es la proyección a la economía de la omnímoda libertad del sujeto y su actividad. Desde el punto de vista práctico, la libre competencia establece una pugna universal en el terreno de la economía, de la que saldrán vencedores sólo los más eficientes; estimula un perfeccionamiento continuo de los productos; y a la larga ajustaría la producción al consumo. Esta afirmación de la libre competencia en el mercado, entraña el concebirla como artífice natural de los equilibrios económicos.

### 2.3. *No intervencionismo estatal*

La inmanente racionalidad de la economía impone la completa autonomía del ámbito económico de la intervención del Estado en sus procesos. La intervención del Estado es innecesaria porque la naturaleza de la economía es capaz de restablecer por sí misma los equilibrios perdidos; es contraproducente porque se produce inevitablemente el retraso de la acción natural equilibradora; es injusta porque limita la libertad individual y atenta contra la libre competitividad.

El "dogma" de la no intervención estatal fue seguido fielmente por el Estado liberal. La primera medida estatal en materia de economía social se produjo en Inglaterra en 1802, prohibiendo la jornada de trabajo de más de doce horas. En 1819 se prohibió el trabajo de niños menores de diez años.

No hace falta ser muy perspicaz para entender que el retraimiento estatal ante la economía liberal era en realidad una cláusula del pacto tácito entre el Estado y el Capital.

### 2.4. *Individualismo*

Es una consecuencia del desarrollo de la subjetividad moderna. El principio sostiene que los únicos agentes sociales son los sujetos individuales. Como exponía el relator de la Ley Le Chapelier, aprobada en Francia en 1791, "no existen las corporaciones dentro del

Estado; no existe más que el interés individual de cada uno y el interés general de todos. Corresponde a los contratos libres e individuales fijar la jornada para cada obrero y corresponde a cada obrero cumplir su contrato con el que le da trabajo". Las consecuencias prácticas del individualismo se cifran en la pérdida del sentido de la función social de la propiedad y en la prohibición de la constitución de sindicatos, corporaciones o asociaciones, y con ellas, de la contratación colectiva. De este modo, la única fuerza del proletariado, su número, quedaba neutralizada y la masa obrera quedaba indefensa ante las extorsiones de los empresarios.

Sobre estos cuatro ejes se edifica la economía del liberalismo. Allí donde se aplicaron consecuentemente, la igualdad social y la libertad real fueron sacrificadas y se generalizó la miseria obrera como subproducto tal vez no deseado pero inevitable. A la evidencia de los hechos, el liberalismo siempre respondió que a largo plazo los equilibrios se restablecerían a condición de que el Estado no interfiriera en el crudo rumbo de los procesos.

La respuesta liberal recuerda el mito de la lanza de Aquiles, que era el único remedio para curar las heridas que ella misma producía. El hecho es que allí donde la sociedad capitalista aparentemente ha alcanzado los anhelados equilibrios, el costo pagado ha sido la exportación del desequilibrio hacia la periferia del sistema; y allí donde los equilibrios no se alcanzaron, siempre cabe la explicación de que el Estado u otras fuerzas sociales, con sus intervenciones, no permitieron la rienda suelta a los procesos de la economía. En pocas palabras, el liberalismo impone una hipótesis todavía no verificada felizmente, pero ensayada mil veces previo pago de un altísimo costo humano.

### 3. *El Catolicismo social*

#### 3.1. *La demora de la conciencia católica*

Entre la publicación del *Manifiesto del Partido Comunista* (1848) y la de *Rerum novarum* (1891) transcurrió casi medio siglo. Parecería que León XIII llegaba con retraso a la atormentada sociedad moderna, como Pedro llegó tarde al sepulcro vacío del Señor. La demora no deja de ser preocupante. Sin embargo se impone un esfuerzo de comprensión:

a. La Iglesia católica en su conjunto requirió tiempo para captar las dimensiones y la naturaleza de la cuestión obrera. La mutación

operada en la sociedad difícilmente podía ser comprendida cabalmente desde unos marcos de pensamiento que no habían asimilado el radical sentido de la historicidad. La ruptura del Antiguo Régimen y con ella la caída de los privilegios históricos de la institución eclesial habían sido comprendidas como un grave accidente de camino que sería rectificado por el curso mismo de las cosas, y no como un hito histórico irreversible. Conviene subrayar el aspecto de la filosofía social de inspiración tomista: su carencia de interés por el tema de la historia y consecuentemente su dificultad para comprender un fenómeno que sólo se hace patente en la modernidad. La historicidad no es un fenómeno moderno, pero sólo en la modernidad se impone a la conciencia como consecuencia de factores macroscópicos de aceleración del proceso histórico-social. La aceleración, por otro lado, proyecta el problema sintético del gobierno político de la transformación, y seguidamente, de los criterios de valor (éticos) en los que debe inspirarse.

Tal vez el obstáculo primordial para la comprensión de la nueva situación era la absoluta novedad de la comprensión estructural de la sociedad. Captar la naturaleza y dimensiones reales de la cuestión obrera implicaba comprender la sociedad como una estructura de elementos interdependientes y contradictorios. Sólo así podían ser imaginables "soluciones estructurales"; en ausencia de una comprensión estructural de la sociedad, no era posible un planteamiento de soluciones que fuera más allá de las providencias inspiradas por la micro-caridad más o menos generosa.

b. Algunas de las figuras más representativas de la jerarquía y la intelectualidad católicas estaban vinculadas por origen a estamentos privilegiados del Antiguo Régimen, de forma que su oposición al nuevo orden social brotaba espontáneamente de la amarga nostalgia del pasado, más que de los retos contemporáneos.

c. Además, sería injusto olvidar que una minoría iluminada de obispos, sacerdotes y laicos católicos fueron desarrollando una tradición de "catolicismo social" que desde los años tempranos del siglo XIX intuía que la situación del proletariado requería planteamientos radicales de justicia. En este sentido, parangonar el *Manifiesto del Partido Comunista* con la *Rerum novarum* distorsiona un hecho fundamental: el *Manifiesto*. . . fue el punto de partida de un movimiento social, mientras que la *Rerum novarum* era el punto de llegada de múltiples experiencias e ideas maduradas con el tiempo y finalmente discernidas por León XIII.

concejales. Debe ser venezolano, mayor de edad, tener por lo menos certificado de educación básica y haber cumplido con el deber de votar.

Sus deberes son, entre otros, asistir a las sesiones y elaborar todas las actas de las mismas, así como llevar con regularidad los libros y expedientes del Concejo.

#### EL SINDICO PROCURADOR

El síndico procurador es designado también por mayoría de votos de los concejales. Debe ser venezolano, mayor de edad y haber cumplido con el deber de votar. En los municipios con más de 50.000 habitantes debe ser abogado, quien estará impedido para el ejercicio libre de la abogacía.

Sus funciones son, entre otras, las de representar y defender, judicial o extrajudicialmente, los intereses del municipio, así como todo lo relacionado con su ordenamiento jurídico, sometándose a las instrucciones que le imparta el Concejo y el alcalde, así como asesorarlos jurídicamente, cuando sea abogado. Está facultado para asistir a todas las sesiones de la Cámara Municipal relacionadas con las materias de su competencia y ejercer en ellas el derecho de palabra.

Aunque la ley no lo señala expresamente, creemos que el secretario y el síndico son electos para el lapso de tres años, ya que es el período que se establece para los poderes públicos municipales en su artículo 58 y porque su remoción sólo puede hacerse mediante la instrucción de un expediente y con audiencia del interesado, quien puede recurrir ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, además de que una sola oportunidad contempla la ley para su elección, que es el día de la instalación del Concejo y dentro de los cinco días hábiles siguientes, respectivamente, siendo que dicha instalación sólo tiene lugar una sola vez dentro de todo ese período municipal, como más adelante será expuesto.

#### LA CONTRALORIA Y EL CONTRALOR MUNICIPAL

La Contraloría Municipal es un organismo auxiliar del Concejo en su función contralora sobre la administración municipal, para el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos municipales. Este organismo está a cargo de un funcionario denominado contralor municipal, quien debe ejercer autónomamente esas funciones.

Debe necesariamente existir en todo municipio con población mayor de 100.000 habitantes, es electo por el Concejo para que ejerza sus funciones por todo el período municipal y sólo puede ser removido mediante decisión de las dos terceras partes de los concejales, pudiendo recurrirse de ello ante el correspondiente Tribunal de lo Contencioso-Administrativo.

El contralor municipal es seleccionado mediante un concurso de credenciales y por veredicto de un jurado integrado por tres miembros, dos de ellos designados por el Concejo Municipal y un tercero nominado por la Contraloría del Estado, debiendo seguirse para esa selección un procedimiento reglamentariamente adoptado.

El reglamento parcial de la Ley Orgánica de Régimen Municipal sobre Nombramiento de Contralores Municipales, establece que los candidatos a ocupar ese cargo deben tener experiencia en control fiscal o financiero en la administración pública o privada, o el título de Abogado, Economista, Contador Público, Administrador, Técnico Superior en Administración u otras carreras afines o idóneas.

#### EL VICEPRESIDENTE DEL CONCEJO

Como ya se dijo y según lo previsto en el artículo 76 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en su ordinal 1º, el Concejo Municipal debe elegir un vicepresidente, a quien le corresponde suplir las faltas temporales del alcalde en la presidencia de la Cámara Municipal y sólo se encargará de la alcaldía mientras se cumple la toma de posesión de un nuevo alcalde electo popularmente o por la Cámara, en caso de producirse su falta absoluta, sea antes de cumplirse la mitad de su período legal o más de la mitad del mismo, respectivamente.

Esa elección debe hacerla la Cámara Municipal dentro de su seno, o sea que como vicepresidente debe elegirse a un Concejale, lo que no está señalado expresamente en la ley, pero ello se deduce porque el ordinal 2º del mismo artículo sí establece que el secretario, el síndico procurador y el contralor deben ser elegidos fuera de su seno.

Tampoco dice nada la ley sobre la oportunidad para que el Concejo haga la elección del vicepresidente, pero es obvio que ello debe producirse el mismo día de su instalación, ya que dicho funcionario está destinado fundamentalmente a suplir las faltas temporales del alcalde en la presidencia de la Cámara Municipal, siendo inconveniente una acefalía total en la dirección del órgano legislativo municipal.

Y en cuanto a la duración del vicepresidente en su cargo, sobre lo que tampoco hay una expresa previsión particular, creemos que le es aplicable igualmente el artículo 58 de la ley, que contempla el período de tres años para los poderes públicos municipales, ya que, como el alcalde y los concejales, el vicepresidente es parte integrante de estos poderes y se trata de un funcionario de elección en segundo grado, no debiendo hacerse una distinción limitativa, donde el legislador no la hace.

Además de los antes señalados funcionarios de elección en primero y segundo grados, los municipios tendrán los directores y jefes de departamentos necesarios para su mejor funcionamiento y cuyas atribuciones serán establecidas en las respectivas ordenanzas, entre ellos los relacionados con las áreas de administración, hacienda pública municipal, ingeniería municipal, salud, urbanismo, catastro, deportes, cultura, etc., dependientes todos del alcalde, bajo su libre designación y remoción, así como el cronista de la ciudad.

## LOS BIENES E INGRESOS MUNICIPALES

Se denomina fisco municipal a la persona jurídica que comprende todos los bienes, ingresos y obligaciones que constituyen la Hacienda Pública Municipal y son, tanto los bienes muebles, como los inmuebles del dominio público o privado que por cualquier título les pertenezcan o ingresen al patrimonio del municipio.

Son inmuebles municipales las obras, instalaciones y edificaciones construidas o adquiridas por el municipio, o por cualquier organismo o persona de carácter público o privado, en beneficio del municipio, cuando estén destinadas o adscritas a la prestación de un servicio público; y los ejidos, siendo todos ellos inalienables e imprescriptibles, salvo que el Concejo Municipal proceda a su desafectación con el voto favorable de las tres cuartas partes de sus integrantes.

Los ingresos del municipio son ordinarios y extraordinarios.

### LOS INGRESOS ORDINARIOS

Ingresos ordinarios del municipio son los provenientes de impuestos correspondientes a las materias de su competencia; de las tasas por servicios públicos municipales y de las sanciones pecuniarias y multas que se liquiden con destino al fisco municipal; los intereses devengados por cualquier clase de crédito fiscal municipal; las

rentas obtenidas por la administración de los bienes o servicios municipales; lo que por cualquier concepto sea pagado a los municipios por los institutos autónomos, empresas, fundaciones, asociaciones civiles y otros organismos descentralizados del municipio; los dividendos producidos por el capital que los municipios aporten a cualquier tipo de empresas; el producto de los contratos que celebre con cualesquiera personas privadas o públicas, salvo que se deriven de los empréstitos y demás operaciones de crédito público; los frutos civiles que obtenga de otros ingresos públicos municipales y los intereses devengados por las cantidades de dinero depositadas en bancos o institutos de crédito; y el situado municipal.

#### EL SITUADO MUNICIPAL

El situado municipal consiste en una cuota de los ingresos ordinarios estimados del respectivo Estado que debe ser repartida entre los municipios que lo integran, la cual debe ser incorporada a una partida en las Leyes de Presupuesto de los Estados. De esa cuota se debe distribuir un cincuenta por ciento en partes iguales, entre todos los municipios del Estado y el otro cincuenta por ciento también entre todos ellos, pero en proporción a la población de cada uno.

Según lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, el situado municipal será en 1990 de un diez por ciento de dichos ingresos ordinarios estimados de los Estados y deberá incrementarse anual y consecutivamente en un uno por ciento, hasta alcanzar un veinte por ciento.

Ese situado municipal debe ser invertido, conforme a la previsión de ley, en la construcción de obras y la adquisición de equipos para la prestación de servicios públicos y en gastos imprescindibles para su buen funcionamiento.

#### INGRESOS EXTRAORDINARIOS

Se consideran ingresos extraordinarios del municipio las contribuciones especiales previstas en las leyes nacionales; el producto de los empréstitos y demás operaciones de crédito público; el precio de la venta de sus ejidos y demás inmuebles municipales; las donaciones hechas a su favor y los aportes especiales que les acuerden los organismos gubernamentales nacionales o estatales.

Esos ingresos públicos extraordinarios sólo podrán destinarse a obras o servicios que aseguren la recuperación de la inversión o el incremento efectivo de su patrimonio.

Además de todos esos ingresos, los municipios podrán tener los siguientes:

1. Los gravámenes sobre juegos y apuestas lícitos que se pacten en su jurisdicción, lo cual no podrá exceder del cinco por ciento del monto de lo apostado, cuando se trate de juegos establecidos nacionalmente por algún instituto oficial.
2. El producto sobre la publicidad comercial realizada en su jurisdicción.
3. Las contribuciones por mejoras sobre los inmuebles urbanos que directa o indirectamente se beneficien con la construcción de obras o el establecimiento de servicios por el municipio.
4. Las contribuciones por los mayores valores que adquieran las propiedades en virtud de los cambios de usos o de intensidad de aprovechamiento con que se vean favorecidas por planes de ordenación urbanística.

## LOS EJIDOS

Como ya se dijo, los ejidos son bienes inmuebles municipales. La palabra "ejido", proveniente del latín *exitus*, que significa "salida", anteriormente era aplicada a los terrenos situados a la salida de las poblaciones y que estaban dedicadas al uso común de todos los vecinos.

Actualmente, el concepto de ejidos responde no sólo a los terrenos de uso común, sino también a los que pueden ser disfrutados por los individuos en particular, en virtud de contratos celebrados con las autoridades municipales.

Conforme al artículo 32 de la Constitución, los ejidos son bienes inalienables e imprescriptibles y sólo podrán ser enajenados para contrucciones, en los casos establecidos en las ordenanzas municipales y previas las formalidades que las mismas señalen, así como para los fines de reforma agraria, según lo determine la ley, dejando a salvo los que sean requeridos para el desarrollo de los núcleos urbanos.

Ello está también expresamente consagrado y desarrollado en la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en donde se establece el procedimiento a seguir y, entre otras cosas, se dispone que la desafectación de esos terrenos de su condición ejidal sólo puede acordarse con el voto favorable de las tres cuartas partes de los concejales, como requisito indispensable para que puedan ser urbanizados y enajena-

dos para construcciones, dentro de la extensión prevista para la expansión urbana.

Y además, a los fines de la reforma agraria, se prevé en dicha ley, que los terrenos situados fuera de esa extensión podrán ser transferidos al Instituto Agrario Nacional, lo que está igualmente previsto en la Ley de Reforma Agraria, en donde se contempla también la necesidad de que esos terrenos no se hayan reservado para el establecimiento de servicios públicos u otras obras públicas de aprovechamiento común de los habitantes de la cabecera del municipio.

Cuando se trate de la enajenación de cualquier parcela ejidal, para fines de construcción, deberán cumplirse los trámites y condiciones establecidas en respectiva ordenanza, lo que deberá ser aprobado por el Concejo Municipal, y se requerirá el voto favorable de las tres cuartas partes de sus miembros cuando el desarrollo del parcelamiento respectivo no sea hecho por el municipio. Pero en todo caso, todas esas enajenaciones estarán sujetas al control previo de la Contraloría Municipal o, a falta de ésta, de la Contraloría General de la República y serán nulos los contratos que se celebren contraviniendo estos requisitos.

#### RESPONSABILIDADES DEL ALCALDE, CONCEJALES Y DEMAS FUNCIONARIOS MUNICIPALES

El artículo 63 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal establece que el ejercicio de los Poderes Públicos Municipales por el alcalde, por los concejales y demás funcionarios municipales, acarrea responsabilidad individual por abuso de poder o por violación de la ley.

Concretamente, el artículo 118 de la misma ley prevé que el alcalde, los concejales y demás funcionarios municipales, están sujetos a responsabilidad civil, cuando con intención, o por imprudencia, negligencia, impericia, o con abuso de poder o violación de las leyes, ordenanzas, reglamentos, decretos, resoluciones o instrucciones administrativas, causaren un daño al municipio, en cuyo caso estarán obligados a repararlo e independientemente de la responsabilidad administrativa o penal que les pueda corresponder por delitos o faltas cometidos en ejercicio de sus funciones, para lo cual rigen las previsiones de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público y sin exclusión de su posible responsabilidad frente a terceros.

También, el artículo 119 establece que dichos funcionarios responderán personalmente por las cantidades de dinero que hayan

dejado de ingresar al tesoro municipal, cuando concedieren o aprobaran exoneraciones o condonaciones de deudas atrasadas, sin el previo cumplimiento de las formalidades establecidas en las ordenanzas.

Por otra parte, la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, en su artículo 112, establece sanciones para cualquier funcionario, consistentes en destitución o multa por un monto equivalente a diez veces su remuneración mensual, cuando se abstuviere o retardare injustificadamente la ejecución de un acto que esté obligado a realizar en relación con una obra de ingeniería, arquitectura o urbanismo.

Igual sanción pecuniaria se contempla para los concejales y demás funcionarios municipales que destinaren a usos distintos los inmuebles que constituyen áreas verdes, o los que estén destinados a servicios comunales de infraestructura; así como cuando aprobaran actos generales o particulares que consagren cambios de zonificación aislada o singularmente propuestos; o cuando se negaren a ejecutar decisiones judiciales definitivamente firmes.

Esas multas serán impuestas por la Contraloría Municipal, o en su defecto, por la Contraloría General de la República, sin que todo ello excluya la responsabilidad civil o penal que haya lugar a cargo del funcionario sancionado.

### LOS VECINOS Y SU PARTICIPACION EN LA GESTION MUNICIPAL

La tantas veces citada Ley Orgánica de Régimen Municipal y la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, contienen muchas disposiciones que confieren a las comunidades y sus vecinos la posibilidad de tener cierta participación en la gestión de los asuntos municipales, coadyuvando para ello a los respectivos órganos de gobierno competentes, además de organizarse para la mejor defensa de sus intereses.

Esos derechos, por supuesto, no pueden menoscabar las facultades de decisión que corresponden a dichos órganos de gobierno, contra las cuales pueden ejercerse recursos administrativos y judiciales.

Una forma de esa participación es a través de los llamados "Cabildos Abiertos". Para ello los Concejales Municipales están obligados a celebrar, por lo menos cada tres meses, una sesión pública, con la presencia del alcalde y con participación de los vecinos, quienes tendrán derecho a formular preguntas y emitir opiniones sobre asuntos de interés local, debiendo obtener oportuna y razonada respuesta. Para la celebración de esa sesión pública, se debe convocar, entre otras, a

las organizaciones vecinales, gremiales, sociales, culturales y deportivas de la comunidad.

Otra de las formas de participación de la comunidad tiene que ver con la toma de algunas decisiones y es mediante el *referendum*, a los fines de que determinados asuntos de interés colectivo y la aprobación de ordenanzas, con excepción de las de presupuesto y las de carácter tributario, sean consultados a los electores, cuando así lo decida la Cámara por el voto de las dos terceras partes de sus miembros o lo solicite el diez por ciento, por lo menos, de los vecinos inscritos en la Junta Electoral que tenga jurisdicción en la entidad respectiva.

Los vecinos, en igual proporción, podrán solicitar al Concejo la reconsideración de ordenanzas, distintas de las antes exceptuadas, dentro de los tres meses contados a partir de su publicación en la Gaceta Municipal.

Y además, las asociaciones de vecinos, así como las organizaciones sindicales, gremiales u otras agrupaciones representativas de sectores de la comunidad, legalmente constituidas, tienen reconocida una iniciativa legislativa municipal, al estar facultadas para presentar proyectos de ordenanzas para su discusión y aprobación por el Concejo, siempre que ello esté respaldado por un número no menor de un mil vecinos de la respectiva entidad.

También el Concejo podrá requerir una cooperación vecinal para labores de asesoramiento, designando a algunos vecinos para integrar las comisiones permanentes del propio cuerpo y comisiones encargadas de velar por el buen funcionamiento de los servicios públicos en las áreas educativas, asistenciales, recreacionales, de policía, acueductos, cloacas, aseo urbano, abastecimiento, mercados y control de precios, cementerios y servicios funerarios, transporte público, vialidad urbana y conservación de vías, etc.

Es importante destacar también que, conforme a lo previsto en la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, las asociaciones de vecinos, organizaciones gremiales, sociales, culturales, deportivas u otras que funcionen en la comunidad, están facultadas para exigir de los órganos de control urbanístico, nacionales o municipales, la adopción de medidas para el cumplimiento de los planes urbanos.

## LAS ASOCIACIONES DE VECINOS

La mejor forma de participación organizada de la comunidad en los asuntos municipales es mediante las asociaciones de vecinos que,

conforme a la Ley Orgánica de Régimen Municipal, deben ser sociedades civiles, con personalidad jurídica, inscritas en la Oficina Subalterna de Registro y creadas por los vecinos que integran comunidades con lazos y vínculos permanentes, en barrios, urbanizaciones o vecindades, de acuerdo al ámbito territorial que determine la oficina municipal que tenga a su cargo la planificación urbana local.

El Reglamento Parcial N° 1 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal sobre las asociaciones de vecinos, establece los requisitos y procedimientos que deben seguirse para la constitución y funcionamiento de estas asociaciones, exigiendo para ello no menos de doscientas familias establecidas en un mismo territorio.

Las asociaciones de vecinos son de carácter privado y deben erigirse en verdaderos defensores de los intereses de la comunidad; y las autoridades deben favorecer su desarrollo e impulsar su participación en la gestión municipal.

La Ley Orgánica de Régimen Municipal prevé que todas las entidades y autoridades municipales deben favorecer el desarrollo de esas asociaciones destinadas a la defensa de los intereses colectivos, debiendo además facilitarles la más amplia información sobre sus actividades y, dentro de sus posibilidades, el uso de los medios públicos y el acceso a las ayudas económicas para la realización de sus fines, impulsando así su participación en la gestión municipal.

Por otra parte, la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, en su artículo 108, prevé que los organismos urbanísticos podrán celebrar convenios con las asociaciones de vecinos para que éstas asuman la realización de determinadas actividades, tales como el acondicionamiento y limpieza de parques, zonas verdes y otras áreas públicas, pudiendo recibir contraprestaciones en dinero o en especie para compensar los gastos de esos servicios.

#### ATRIBUCIONES Y DEBERES DE LAS ASOCIACIONES DE VECINOS

El antes citado reglamento nacional, que regula todo lo concerniente a las asociaciones de vecinos, en su artículo 6° establece que las asociaciones de vecinos tendrán por objeto esencial gestionar, en nombre de la respectiva comunidad, la atención de sus problemas y la defensa de sus intereses generales, correspondiéndoles las siguientes atribuciones y deberes:

1. El desarrollo y superación de la comunidad y contribuir a la solución de los problemas que afecten su interés.

2. Propender al desarrollo integral de los miembros de la comunidad.

3. Proponer ante los ministerios, institutos autónomos, Gobernación del Estado y Concejo Municipal, planes y programas para el mejoramiento de los servicios públicos de la circunscripción de la asociación, con señalamiento de las prioridades que considere procedentes.

4. Vigilar el fiel cumplimiento de las normas y ordenanzas establecidas para la comunidad.

5. Colaborar con los organismos encargados de la administración de los servicios públicos comunales.

6. Solicitar de los organismos correspondientes la asignación de áreas destinadas a servicios públicos educacionales, asistenciales, recreativos y deportivos, en la respectiva comunidad.

7. Promover o realizar, entre otros, programas de capacitación de los vecinos en actividades culturales, cívicas y deportivas.

8. Contribuir a la conservación y mejoramiento del ambiente, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Ambiente y sus reglamentos.

9. Colaborar con las autoridades competentes en la fiscalización de precios de artículos de primera necesidad.

10. Cooperar en el control sanitario de los locales de expendios de artículos alimenticios.

11. Ejercer recursos respecto al otorgamiento ilegal de licencias para expendio de licores.

12. Colaborar en la práctica de medidas destinadas a proteger las personas y propiedades de los vecinos.

13. Tomar la iniciativa en las campañas contra ruidos molestos y prestar la cooperación necesaria.

14. Promover y ejecutar con sus propios medios, previas las aprobaciones de las autoridades competentes, obras de interés para la comunidad, así como prestar servicios de la misma índole.

15. Ejercitar en nombre de sus miembros o asociaciones, los recursos judiciales, administrativos y de cualquier índole, que fueren menester para el cabal cumplimiento de la normativa general o especial concerniente a los aspectos urbanísticos y materias afines.

## RECURSOS DE LOS VECINOS CONTRA USOS Y CONSTRUCCIONES ILEGALES

En caso de que un inmueble se destinare a un uso contrario al que le corresponda según la ordenanza de zonificación, o se realizaren en él construcciones ilegales, las asociaciones de vecinos o cualesquiera personas que tengan un interés legítimo, personal y directo pueden solicitar de un juez de distrito que ordene la paralización de las actividades o la clausura del establecimiento. Así lo establece la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, concediendo al juez un plazo de diez días para tomar su determinación después de citar al ocupante del inmueble, quien dentro de los tres días siguientes a su citación tendrá la oportunidad de demostrar la legalidad de la construcción o uso dado al mismo.

### EL SINDICO VECINAL

Para la defensa de sus intereses en materia urbanística local y según lo previsto en los artículos 105, 106 y 107 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, cada asociación de vecinos podrá designar un síndico vecinal, quien no será considerado como funcionario público y prestará sus servicios a título oneroso o gratuito, según el acuerdo a que llegue con la respectiva asociación, la cual hará su designación o remoción libremente y mediante decisión autenticada, no pudiendo una persona desempeñar ese cargo para más de una asociación al mismo tiempo.

La ley no establece qué condiciones debe tener el síndico vecinal, pero dada la naturaleza de sus funciones es conveniente que sea un abogado en ejercicio libre.

### ATRIBUCIONES Y DEBERES DEL SINDICO VECINAL

El síndico vecinal está concebido como una especie de "fiscal urbanístico", destinado a la defensa y protección de los vecinos en esa materia, siendo sus funciones las siguientes:

1. Asistir a las asociaciones de vecinos en sus denuncias, quejas, reclamos, trámites, solicitudes, recursos y cualquier otro acto ante los órganos de la administración pública nacional, estatal o municipal.
2. Hacer del conocimiento del organismo competente, de oficio o a solicitud de los vecinos o de las asociaciones de éstos, las contravenciones en materia de usos, patentes o construcción o en aspectos urbanísticos.

3. Instar a los organismos públicos nacionales, estatales o municipales a proceder en los casos de violación de las normas urbanísticas.

4. Seguir los procedimientos administrativos y jurisdiccionales en los cuales tengan interés las asociaciones de vecinos y hacerse parte de dichos procedimientos cuando pudiere resultar afectado el interés de dichas asociaciones.

5. Asistir a las asociaciones de vecinos en sus actividades relacionadas con la participación de la comunidad en la elaboración de los planes de desarrollo urbano local y los programas de actuaciones urbanísticas.

6. Colaborar con las autoridades urbanísticas en la vigilancia de la adecuación de las actividades urbanísticas a las previsiones contenidas en los planes y ordenanzas.

## CONCLUSION

Por todo lo anterior, hemos de augurar un mejor y más promisorio orden político, económico y social en el ámbito regional y local, que se hará propicio a través de este nuevo régimen legal que ahora rige para los Estados y Municipios, posibilitando no sólo una toma de decisiones más oportuna y eficaz, acorde con las realidades y conveniencias de cada entidad, para lo cual sus órganos de gobierno deberán contar con suficientes recursos propios, sino también una verdadera participación de la comunidad en la gestión de los asuntos que les conciernen y en la mejor defensa de sus intereses.

Pero ello dependerá de la más acertada aplicación de la nueva normativa legal y, en gran parte, de la labor que habrán de realizar quienes estén investidos de esas exigentes funciones otorgadas por el mandato popular, apuntalados en la cooperación de todas sus comunidades.

Todo cambio jurídico-político siempre trae consigo serios inconvenientes de comprensión y adaptación. Una simple implementación legislativa no es suficiente para lograr los fines de progreso social que se propone una reforma del Estado en ese campo estatal o municipal. Se hace necesaria una verdadera concientización y, sobre todo, que nos preparemos adecuadamente para asimilar la nueva realidad.

## FUENTES

### BIBLIOGRAFIA

- LARES MARTÍNEZ, ELOY: *Manual de Derecho Administrativo*. 7ª Edición. UCV, Caracas, 1988.
- HERNÁNDEZ RON, J.M.: *Tratado elemental de Derecho Administrativo*. Caracas, 1943.
- BREWER CARÍAS, ALLAN RANDOLPH: *Instituciones Políticas y Constitucionales*. Editorial Jurídica. Caracas, 1982.
- BREWER CARÍAS, ALLAN RANDOLPH: *Ley Orgánica de Régimen Municipal. Introducción General*. Editorial Jurídica. Caracas, 1988.
- BREWER CARÍAS, ALLAN RANDOLPH; SOSA GÓMEZ, CECILIA; AYALA CORAO, CARLOS M.; ROMERO MUCCI, HUMBERTO: *Ley Orgánica de Ordenación Urbanística. Introducción General. Comentarios y Jurisprudencia*. Editorial Jurídica. Caracas, 1989.
- RONDÓN DE SANSÓ, HILDEGARD: *Aspectos fundamentales de la Corporación Venezolana de Guayana*. Libro Homenaje a Eloy Lares Martínez, UCV. Caracas, 1984.
- URDANETA TROCONIS, GUSTAVO: *La enajenabilidad de ejidos con fines urbanísticos*. Libro Homenaje a Eloy Lares Martínez, UCV. Caracas, 1984.
- GRATEROL MARÍN, ALEJANDRO: *Notas sobre la regionalización*. Libro Homenaje a Eloy Lares Martínez, UCV. Caracas, 1984.
- GIL FORTOUL, JOSÉ: *Historia Constitucional de Venezuela*. Biblioteca Simón Bolívar, México 1979.

### LEGISLACION

Constitución.

Ley Orgánica de la Administración Central.

Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público.

Ley de Elección y Remoción de Gobernadores de Estado.

Ley Orgánica de Régimen Municipal.

Ley Orgánica de Ordenación Urbanística.

Ley de División Político-Territorial de la República de Venezuela.

Ley Orgánica del Distrito Federal.

Ley Orgánica de los Territorios Federales.

Ley Orgánica de las Dependencias Federales.

Constituciones de varios Estados.

Leyes de División Político-Territorial de varios Estados.

Leyes de Régimen Político de varios Estados.

Estatuto Orgánico del Desarrollo de Guayana.

**LAS DIMENSIONES DEL DERECHO A LA VIDA  
(SEGUN EL DERECHO  
DE LOS DERECHOS HUMANOS)**

**HÉCTOR FAÚNDEZ LEDESMA**

*Revista de la Facultad de Derecho, N° 43*  
Universidad Católica Andrés Bello  
Caracas, Venezuela, 1991



El carácter primordial del derecho a la vida no puede ser discutido; sin una garantía adecuada del mismo, prácticamente todos los otros derechos carecen de relevancia. Desde este punto de vista, el derecho a la vida es el primero y principal derecho humano, pudiendo ser —con justicia— calificado de fundamental; tal es la importancia de este derecho que él no puede ser suspendido ni aun en caso de circunstancias extraordinarias.<sup>1</sup> Por tal razón, uno podría esperar “que el derecho a la vida tuviera cierto tipo de primacía en el código internacional (de Derechos Humanos); que de algún modo tuviera un rango preeminente sobre los otros. Pero, en realidad, uno no encuentra nada de esa naturaleza; el derecho a la vida es como cualquier otro derecho humano. Como otros, tiene sus propias características —por ejemplo, la obligación del Estado es absoluta e inmediata, y no puede haber suspensión del mismo en tiempo de guerra o emergencia pública—, pero no disfruta de especial preeminencia. En realidad, en su formulación en los tratados incluso admite varias excepciones”<sup>2</sup> Yendo aún más lejos, la profesora Jeanne Hersch ha puesto en duda el que el derecho a la vida sea un derecho humano y, en todo caso, ha condicionado su ejercicio al derecho a la libertad.<sup>3</sup>

En efecto, y no obstante su importancia crucial, este derecho no es absoluto y se encuentra sujeto a numerosas calificaciones; en tal

1. Aunque, paradójicamente, una de esas circunstancias extraordinarias pueda ser un estado de guerra que, por su naturaleza misma, constituya una licencia para ‘matar al enemigo’.
2. Paul Sieghart: *The Lawful Rights of Mankind*, Oxford University Press, 1986, pp. 107 y s.
3. Élla sostiene que, “en un sentido, este derecho es primordial, pero no creo que sea exactamente un ‘derecho humano’. Corresponde al ‘no matarás’ bíblico. Salvaguarda la ‘vida biológica’ y no la libertad responsable. En sí mismo no implica ni respeto ni dignidad. Si el derecho a la vida es un ‘derecho humano’, es un caso fronterizo, pues la cualidad específicamente humana de la vida se origina ‘en otra parte’. En realidad, como vimos en Antígona, lo absoluto donde arraigan los derechos humanos siempre puede cuestionar la importancia de la vida, convertir su valor en algo condicional y, lejos de querer salvarla a toda costa, preferir su pérdida a la abdicación de la libertad”. Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos en el contexto europeo, en *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, Serbal, UNESCO, 1985, p. 161.

sentido, Paul Sieghart ha destacado el marcado contraste del derecho a la vida comparado con la prohibición de la tortura, o la prohibición de la esclavitud y servidumbre, que sí son derechos absolutos y que no están sometidos a ninguna especie de excepciones, lo cual sugiere — en una opinión que nos gustaría compartir, pero que estimamos no corresponde a una adecuada interpretación de los textos— que el Derecho de los Derechos Humanos asigna un mayor valor a la calidad de vida como proceso que a la existencia de la vida como estado.<sup>4</sup> Es por ello que los contornos del derecho a la vida deben ser precisamente definidos, en función de los instrumentos internacionales que lo consagran y de las características y limitaciones que se le han atribuido.

De acuerdo con el art. 6, N° 1, del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, “el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”. En el mismo sentido, el art. 2, N° 1, de la Convención Europea de Derechos Humanos señala que “el derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionalmente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena”. En cuanto a la Convención Americana de Derechos Humanos, ella dispone, en su art. 4, N° 1, que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

#### A. CONTENIDO DEL DERECHO A LA VIDA

De las disposiciones previamente transcritas se desprende que, no obstante el carácter fundamental de este derecho, el mismo tiene un alcance bastante reducido. Desde luego, él no implica una protección y garantía ‘absoluta’ de la vida humana y en toda circunstancia; tampoco constituye la garantía de una cierta ‘calidad de vida’, ni impide que, eventualmente, se pueda privar de la vida a un individuo.

Como se podrá apreciar, las dimensiones de este derecho son bastante modestas; en esencia, la clave de lo que se protege puede encontrarse en la frase empleada tanto por el Pacto como por la Convención Americana en el sentido de que “nadie podrá —o ‘puede’— ser privado de la vida arbitrariamente”, idea que parece reiterar la Convención Europea al señalar que nadie podrá ser privado de su vida ‘intencionadamente’ (sin perjuicio de la distinta connotación semán-

4. *The international Law of Human Rights*, p. 130.

tica de una y otra expresión); en efecto, la obligación asumida por los Estados se reduce a garantizar que nadie será privado de la vida 'arbitrariamente' (o 'intencionadamente'), pero no impide que a una persona se le pueda privar de la vida de una manera que no resulte arbitraria. De hecho, todos los instrumentos que hemos citado contemplan como legítima la aplicación de la pena de muerte, aunque la reglamentan, constituyendo éste —aunque parezca un contrasentido— uno de los aspectos de mayor relevancia de la garantía del derecho a la vida.

### 1. *Calidad de vida*

Como ya se ha señalado, el derecho a la vida no asegura al individuo una cierta calidad de vida; tampoco garantiza un nivel mínimo de subsistencia ni protege la vida de quien esté desfalleciendo de hambre, o el derecho a la asistencia médica de quien padezca una enfermedad curable, o de quien es víctima de una enfermedad incurable, pero que pudo haberse prevenido con una simple vacuna. Aunque la Comisión Interamericana de Derechos Humanos pareciera inclinarse por una opinión diferente al condenar a un Estado por falta de atención médica a personas que padecían enfermedades infecciosas y que se encontraban en sus prisiones,<sup>5</sup> estimamos que tal conclusión parece apuntar fundamentalmente a los 'medios' que puede emplear el Estado para ocasionar la muerte (condenando tanto la acción como la omisión adecuada para matar) y que, en este sentido, ello no es incompatible con lo señalado precedentemente.

Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos ha criticado las interpretaciones demasiado restrictivas del derecho a la vida, señalando que "la expresión 'derecho inherente a la vida' no puede entenderse adecuadamente de manera restrictiva, y la protección de este derecho exige que los Estados adopten medidas positivas (encaminadas a asegurarlo). A este respecto, el Comité considera que sería oportuno que los Estados partes tomaran todas las medidas posibles para disminuir la mortalidad infantil y aumentar la esperanza de vida, en especial adoptando medidas para eliminar la malnutrición y las epidemias".<sup>6</sup>

5. Cf. *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Haití*, 1978, p. 75.

6. Comentario general Nº 6, *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Suppl. Nº 40 (A/37/40), 1982, p. 95.

## 2. Aborto

Un problema adicional que plantea el derecho a la vida, especialmente en el marco de la Convención Americana, se refiere al momento a partir del cual la vida comienza a ser objeto de protección, y su relevancia en lo que concierne a leyes nacionales que prohíban o permitan el aborto. Desde luego, todos los instrumentos referidos señalan que éste es un derecho de la 'persona'.<sup>7</sup> En la medida en que la existencia de toda persona comienza al nacer, sería a partir de ese instante que se protegería la vida humana; sobre este punto, incluso el art. 17 del Código Civil venezolano, que se refiere a los derechos del feto, indica que, "para que sea reputado como persona, basta que haya nacido vivo", con lo cual —implícitamente— está admitiendo que mientras no nace no es persona.

Sin embargo, la Convención Americana ha introducido un elemento adicional al expresar, en su art. 4, párrafo 1, que "este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción". Si bien ello puede sugerir una toma de posición en lo que se refiere a la polémica en torno a la prohibición o legalización del aborto, debe observarse que, por su redacción, esta disposición no ha pasado más allá de la tenue insinuación de un principio que, al mismo tiempo, acepta —probablemente como solución de compromiso, o como reconocimiento de una realidad jurídica compleja— el que las legislaciones internas de los Estados puedan eventualmente admitir y reglamentar el aborto, como —efectivamente— lo ha aceptado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.<sup>8</sup> En efecto, la norma que comentamos indica que, 'en general', la vida se protege desde el momento de la concepción; pero —en una interpretación correcta del texto del tratado, y sin recurrir a los trabajos preparatorios del mismo— ese 'en general' admite que puede haber excepciones legítimas contempladas en la legislación interna de los Estados, y que —en los hechos— permiten el aborto en ciertas circunstancias,

7. Un instrumento no mencionado, y que constituye una excepción, es la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, el 2 de mayo de 1948, y que, de acuerdo con las enmiendas introducidas a la Carta de la Organización de Estados Americanos mediante el Protocolo de Buenos Aires —del 27 de febrero de 1967 y que entró en vigencia en febrero de 1970— es jurídicamente vinculante para los Estados miembros de la OEA, y que, en su artículo I, sostiene que todo 'ser humano' tiene derecho a la vida, permitiendo, probablemente, que el concepto de ser humano sea interpretado de manera más amplia que la noción jurídica de 'persona'.

8. Ver nota 9, *infra*.

tales como en los casos de aborto terapéutico (para salvar la vida de la madre —como admite el párrafo final del art. 435 del Código Penal venezolano—, o para salvar la salud de la madre, como permite el art. 86 del Código Penal argentino, o el art. 121 del Código Penal de Costa Rica), aborto eugénico (cuando la madre es idiota o demente, como se encuentra previsto en el art. 86 del Código Penal de Argentina, o en el art. 447 del Código Penal de Ecuador), aborto por causa de honor (en caso de violación o incesto, tal como lo permite, por ejemplo, el art. 333 del Código Penal mexicano —o el art. 266 del Código Penal de Bolivia— en caso de que el embarazo sea el resultado de una violación), o aborto por razones de angustia económica (como se encuentra previsto en el art. 328 del Código Penal de Uruguay).<sup>9</sup>

Si bien el problema del aborto no se ha planteado en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos (como consecuencia de una comunicación sometida ante sus órganos para examinar un problema concreto), el mismo surgió en una denuncia presentada —por el presidente de la asociación de ‘Católicos por Acción Política Cristiana’— en contra de los Estados Unidos de América, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.<sup>10</sup> El denunciante alegó —inter alia— que las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos liberalizando la legislación en materia de aborto<sup>11</sup> y la decisión de los tribunales del Estado de Massachusetts absolviendo de la acusación de homicidio al doctor Kenneth Edelin —quien, en 1973, practicó un aborto en una adolescente de 13 años, a solicitud de ésta y de su madre—, constituían una violación del derecho a la vida del ‘niño’ (en realidad, del feto, o del embrión), derecho que estaría

9. Esta interpretación puede no agradar a quienes —por razones éticas o religiosas perfectamente legítimas— son contrarios al aborto, del mismo modo como puede disgustar a un contribuyente pacifista (o que tiene prioridades distintas de la guerra) el que un importante porcentaje del presupuesto nacional se destine a la adquisición de armamento sofisticado o innecesario. En ambos casos podría haber sólidos argumentos —éticos o, en caso de que haya alguna otra motivación disfrazada de consideraciones morales, puramente políticos— en pro o en contra de tales medidas, que a la larga podrían conducir a la reforma de la norma jurídica; pero mientras tal cambio no ocurra, la norma legal tiene plena validez y debe interpretarse teniendo en cuenta el sentido natural y obvio de sus palabras o, en caso de que éste no resulte evidente, la intención original del legislador.
10. Caso 2141, OAS/Ser. L/V/II.52, Doc. 48, decisión del 6 de marzo de 1981. El asunto fue ampliamente difundido por la prensa, denominándolo el caso ‘baby boy’.
11. En particular, *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, y *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179, ambas de 1973.

protegido por el artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, según el cual "todo ser humano tiene derecho a la vida".<sup>12</sup>

En el caso precedentemente citado, la Comisión Interamericana sostuvo que no había ninguna violación, por parte de los Estados Unidos, a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. En lo que se refiere a los límites del derecho a la vida, la Comisión llegó a su decisión, más que como resultado de una estricta interpretación del texto mismo de la Declaración, gracias a los trabajos preparatorios de ésta (al igual que a los de la Convención), que demostrarían la intención de sus redactores de no extender el derecho en cuestión a la vida del feto.<sup>13</sup> Sin embargo, el procedimiento utilizado por la Comisión ha sido justamente criticado, en cuanto habría ignorado las reglas internacionalmente aceptadas para la interpretación de los tratados —codificadas en los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados— recurriendo directamente a los trabajos preparatorios de la Declaración (que constituyen un elemento de interpretación 'subsidiaria' —la Convención lo califica de 'complementario'—, para el evento de que la aplicación de otros elementos de interpretación dejen ambiguo u oscuro el sentido de la norma, o para el caso de que conduzcan a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable), omitiendo establecer qué es lo que el sentido literal de las palabras del art. I de la Declaración efectivamente dice o, en su defecto, cómo debe interpretarse dicha norma según su contexto.<sup>14</sup>

12. No habiendo Estados Unidos ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, el texto de la misma no podía ser invocado como obligatorio respecto de este país; en consecuencia, se citó la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, alegando que —de acuerdo con una interpretación generalmente aceptada en la actualidad, y previamente citada en la nota 6, *supra*—, tal Declaración sería vinculante para los Estados como miembros de la OEA, luego que el Protocolo de Buenos Aires reformara la Carta de ésta e incorporara a la misma, en forma indirecta, el texto de la citada Declaración.
13. Un proyecto inicial, rechazado por los redactores de la Declaración, indicaba que "toda persona tiene derecho a la vida. Este derecho se extiende al derecho a la vida desde el momento de la concepción, al derecho a la vida de los incurables, al de los imbeciles, y al de los insanos", el cual habría sido sustituido por el texto vigente. Case 2142, OAS/Ser. L/V/II. 52, doc. 48, decisión del 6 de marzo de 1981, p. 15, párrafo 19 h.
14. *Cf.*, en este sentido, el muy breve pero incisivo comentario de Dinah Shelton, en *Abortion and the right to life in the Inter-American system: The case of 'baby boy'*, en *Human Rights Law Journal*, Vol. 2, parts 3-4, december 1981, p. 313.

Una interesante crítica que se ha formulado a la decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos previamente comentada proviene de la profesora Dinah Shelton, quien ha observado una incongruencia por parte de la Comisión al rechazar la petición, por no considerar que el feto sea “ser humano”, de acuerdo con el sentido y alcance de esta expresión en el artículo I de la Declaración pero que, sin embargo, haya dado por establecida su jurisdicción sobre el caso, sin examinar la disposición de su reglamento vigente en ese momento, y que la facultaba para considerar comunicaciones de cualquier persona o grupo de personas, sometidas en su propio nombre “o en el de terceras personas”, dando implícitamente por establecido —y sin ningún análisis— que, para propósitos jurisdiccionales, el feto es “persona”.<sup>15</sup> La misma autora comenta cómo, incluso si se admitiera que el feto es “ser humano”, según el significado que se confiere a esta expresión en el artículo I de la Declaración, tal conclusión no sería suficiente, por sí sola, para proteger la vida del feto y sancionar el aborto pues, de acuerdo con el artículo XXVIII de la misma Declaración, “los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás”, entre los cuales figuraría el derecho a la vida de la madre, el derecho a su privacidad y a su bienestar, los cuales habría que poner en la balanza frente al derecho a la vida del feto, sin conceder a este último un carácter prioritario o preferente.<sup>16</sup>

En el marco de la Convención Europea de Derechos Humanos, la Comisión Europea de Derechos Humanos, en un caso que se le sometió, expresó dudas en cuanto a la aplicación del derecho a la vida respecto del que está por nacer; no obstante indicó que, incluso si el derecho a la vida estuviera asegurado al feto desde el momento de la concepción, estaría sujeto a limitaciones implícitas, permitiendo la terminación del embarazo con el objeto de proteger la vida o la salud de la madre.<sup>17</sup>

El aborto también ha debido ser examinado por la Comisión Europea de Derechos Humanos en el marco del derecho a la vida privada; en efecto, en el caso *Brüggeman and Scheuten v. Federal Republic of Germany*, la Comisión concluyó que una ley que prohibía la

15. Abortion and the right to life in the Inter-American system: The case of ‘baby boy’, en *Human Rights Law Journal*, Vol. 2, parts 3-4, december 1981, p. 312.

16. *Ibid.*, p. 314.

17. Cf. la decisión de la Comisión en el caso *X. v. United Kingdom*, appl. N° 8416/78, en *Decisions and Reports*, Vol. 19, p. 244, citado por Paul Sieghart, *The International Law of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1983, p. 132.

terminación del embarazo en casos en que éste fuera indeseado y no hubiera otras razones para practicarlo, no constituía una interferencia con el derecho a la vida privada.<sup>18</sup> En todo caso, es interesante observar que en esta ocasión, aparentemente, no se haya considerado la posible vinculación del aborto con el derecho a la vida.

### 3. Esterilización

Intimamente asociado con el problema del aborto y el derecho a la vida se encuentra la práctica de la esterilización, que impediría la reproducción misma de la vida humana, como método frecuentemente utilizado, en algunos países, para combatir el crecimiento de la población. Sobre esta materia, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha sostenido que una operación de esterilización podría, en ciertas circunstancias, implicar una violación del derecho a la vida.<sup>19</sup> En nuestra opinión, estimamos que, si la persona se ha sometido voluntariamente a esa operación, ella cae completamente en el ámbito de la vida privada; si, por el contrario, ella no ha contado con el consentimiento del afectado, podrá ser calificada como una violación al derecho a la integridad personal, pero en ningún caso del derecho a la vida.

### 4. Eutanasia

Otro aspecto en el cual el contenido del derecho a la vida aún resulta incierto es el que se refiere a la eutanasia, y a la compatibilidad de la legislación que la prohíba o reglamente con el Derecho de los Derechos Humanos. En particular, la legalización de la eutanasia parecería, en principio, colidir con las disposiciones que comentamos, en cuanto garantía del derecho a la vida, incluso en los casos en que se cuente con el consentimiento de la propia víctima. Francis Jacobs parece resolver esta dificultad señalando "el carácter fundamental de los derechos protegidos por la Convención (Europea de Derechos Humanos), y el elemento de interés público que excluiría la posibilidad de cualquier forma de renuncia de estos derechos".<sup>20</sup> Sin embargo, nos parece que el Estado no puede exigir el heroísmo y

---

18. Cf. la decisión de la Comisión en el caso *Brüggeman and Scheuten v. Federal Republic of Germany*, appl. 6959/75, en *Decisions and Reports*, vol. 10, p. 100, citado por Paul Sieghart, *op. cit.*, *loc. cit.*

19. Caso 1287/61. Tal decisión no ha sido publicada por la Comisión y se encuentra citada por Francis Jacobs, en *The European Convention of Human Rights*, Oxford University Press, 1975, p. 22.

20. *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 1975, p. 22.

que, tratándose de eutanasia pasiva —como en el caso de quien padece una enfermedad incurable, es víctima de fuertes dolores, y se niega a recibir un tratamiento que sólo prolongará innecesariamente el dolor y sufrimiento— el propio 'interés público' podría inclinarse en una dirección diferente, permitiendo que la naturaleza siga su curso y que el paciente pueda morir dignamente.

Que el derecho a la vida no brinde ninguna atención a la 'calidad de vida' de quienes se encuentran abandonados a su suerte —guste o no guste— es algo que resulta compatible con una concepción limitada de este derecho, que sólo impide 'tomar' o 'disponer' de la vida humana, sin atender a las condiciones materiales en que ella se desenvuelve; pero, cuando la muerte es inevitable y se procura la prolongación 'artificial' de la vida —en contra de la voluntad individual y a costa de padecimientos indecibles—, pretender ignorar que la vida es un proceso finito equivale a imponer la vida, como una carga, o como un deber muy pesado, que en ciertos casos puede resultar más cruel e inmoral que el propio asesinato, y que resulta contradictorio con la indiferencia mostrada por la calidad de vida.

#### B. AMBITO DE LA 'PROTECCION' LEGAL DEL DERECHO A LA VIDA

Tanto el Pacto como las Convenciones Europea y Americana señalan que el derecho a la vida estará 'protegido' por la ley. Lo que no se ha precisado es el ámbito de esa protección, en un marco en el que —como muy bien observa Paul Sieghart— a fin de cuentas, todos tenemos que morir, y en el que la vida está llena de riesgos.<sup>21</sup>

La obligación precedentemente citada no puede ser satisfecha con la mera incorporación de una garantía constitucional del derecho a la vida (incluso si ésta prohíbe la pena de muerte), si paralelamente no se adoptan medidas que permitan garantizar el respeto efectivo de tal derecho por parte de los cuerpos policiales y militares. En cambio, esta obligación puede cumplirse, en parte, con la legislación penal que sancione el delito de homicidio; éste fue, en efecto, el argumento del gobierno del Reino Unido, en el caso *X. vs United Kingdom*, en donde el peticionario, que se encontraba en prisión, sostuvo que su vida se encontraba en peligro porque el personal de la prisión tenía licencia para matar.<sup>22</sup> Sin embargo, para que la legisla-

21. *The lawful rights of mankind*, Oxford University Press, 1986, p. 108.

22. 4203/69, *Collection of Decisions*, Vol. 34, p. 48. El caso fue, eventualmente, rechazado por la Comisión Europea de Derechos Humanos.

ción que sancione el homicidio pueda ser considerada como garantía del derecho a la vida es indispensable que el Estado la aplique rigurosamente y no avale o ampare el asesinato; en este sentido, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>23</sup> como el Comité de Derechos Humanos,<sup>24</sup> refiriéndose a la práctica de la 'desapariciones forzosas', han señalado la obligación del Estado de tomar medidas para impedir y sancionar tales hechos.

No obstante, la obligación del Estado no puede reducirse, sencillamente, a la adopción de legislación que sancione el homicidio. En el caso *Association X. vs United Kingdom*, la Comisión Europea de Derechos Humanos indicó que la frase 'estará protegido por la ley' obliga al Estado no solamente a abstenerse de tomar la vida arbitrariamente, sino también a dar los pasos necesarios para asegurarla y garantizarla.<sup>25</sup> En esta ocasión, la Comisión sostuvo que un Estado cumplía suficientemente con su obligación de proteger la vida si establecía un sistema de control y supervisión para reducir, tanto como fuera posible, las muertes que pudieran resultar de la aplicación de un programa de vacunación voluntaria, diseñado para proteger la salud de la población y erradicar una enfermedad infecciosa.<sup>26</sup> En el mismo sentido, en el caso *Simon-Herold vs Austria*, la Comisión declaró admisible la petición de un recluso que atribuyó a las condiciones de la prisión y a la negligencia de su personal una neumonía, la parálisis de un brazo, y la pérdida de más de 16 kilos de peso, en violación de su derecho a la vida.<sup>27</sup> Por el contrario, en el caso *X. vs Ireland*, la Comisión rechazó categóricamente que el derecho a la vida implica el deber del Estado de proporcionar guardaespaldas, por un período indefinido, a quien tema que su vida se encuentra amenazada por organizaciones ilícitas o paramilitares;<sup>28</sup> aunque, en el caso del escritor Salman Rushdie, amenazado de muerte por fundamentalistas islámicos, el Reino Unido asumió la responsabilidad de ocultarlo y, probablemente, proporcionarle guardaespaldas que le protejan, en forma indefinida. Asimismo, en el caso *Delgado Páez vs Colombia*, el

23. Informe de la Comisión, *Diez años de actividades, 1971-1981*, p. 317.

24. *Informe anual del Comité, 1983-1984*, p. 135.

25. 7154/75, *Decisions and Reports*, Vol. 14, p. 31.

26. *Ibid.*

27. 4340/69, *Collection of Decisions*, Vol. 38, p. 18. La Comisión no llegó a pronunciarse sobre los méritos de esta petición, pues las partes llegaron a un arreglo amigable; sin embargo, el que ella haya sido admitida sugiere que, en principio, la Comisión habría considerado plausible la queja del peticionario.

28. 6040/73, *Collection of Decisions*, Vol. 44, p. 121.

Comité de Derechos Humanos parece haber asumido una actitud diferente a la de la Comisión Europea, al concluir que el Estado debía haber adoptado alguna medida respecto de las amenazas de muerte recibidas por el afectado; aunque, en este caso, la inacción del Estado no fue considerada una violación del derecho a la vida sino del derecho a la seguridad de la persona.<sup>29</sup>

Un aspecto adicional de la protección 'legal' del derecho a la vida, lo proporciona la proscripción del genocidio, en cuanto práctica a la que pueda recurrir el Estado para eliminar grupos humanos. Teniendo en cuenta la experiencia de la Segunda Guerra Mundial, ésta es una materia a la que la Organización de Naciones Unidas ha brindado especial atención, mediante la adopción —un día antes de que se aprobara la Declaración Universal de Derechos Humanos— de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, en la que los Estados partes se comprometen a tomar medidas para castigarlo. Lamentablemente, hoy en día no se puede afirmar que éste sea un problema definitivamente superado, siendo muchos los grupos étnicos, raciales o religiosos, víctimas de actos encaminados a eliminarlos, total o parcialmente.

#### C. LA PROHIBICION DE LA PRIVACION ARBITRARIA DE LA VIDA

Hay una diferencia entre los textos de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, por una parte, y la Convención Europea de Derechos Humanos, por la otra en cuanto los dos primeros expresan que nadie podrá ser privado de la vida 'arbitrariamente', y la última dispone que nadie podrá ser privado de su vida 'intencionadamente'; estas dos expresiones no son sinónimas y ponen el énfasis en cuestiones diferentes: en un caso se cuestiona un procedimiento arbitrario o discriminatorio; en el otro, el ánimo o la intención de quien ha ocasionado la muerte. Esta diferencia implica que la muerte se puede ocasionar en forma intencionada pero no arbitraria (caso de la pena de muerte), o como resultado de una acción arbitraria en la que, sin embargo, no se ha tenido la intención de ocasionar la muerte (por ejemplo, en el caso de la represión de una manifestación pública lícita, con violencia excesiva e innecesaria, en que la muerte sobreviene en forma inesperada y no deseada).

29. Cf. las observaciones del Comité en el caso N° 195/1985, Delgado Páez *c.* Colombia, citadas en el Informe del Comité de Derechos Humanos, Suppl. N° 40 (A/45/40), Vol. I, 1990, p. 146.

Obviamente, en la medida que la obligación fundamental del Estado consiste en no privar a alguien 'arbitrariamente' de la vida, la conclusión necesaria es que lo que se objeta no es el resultado—privar de la vida—, sino el procedimiento—hacerlo arbitrariamente—; en consecuencia, una privación 'no arbitraria' de la vida estaría permitida por el derecho de los Derechos Humanos.

En lo sustancial, el derecho a la vida intenta proteger al ciudadano de la acción caprichosa de quien tiene el poder del Estado y que, abusando de ese poder, puede sentir la tentación de disponer de la vida de quienes puedan estorbarle, eliminándolos, ya sea recurriendo a las tristemente célebres cámaras de gases, a los escuadrones de la muerte, a las ejecuciones extrajudiciales o a la más discreta aplicación de la ley de fuga o de supuestos 'enfrentamientos' con las fuerzas del orden, o a los frecuentes 'suicidios' de personas que se encuentran privadas de su libertad por cualquier causa. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos ha expresado que los Estados no sólo deben tomar medidas para evitar y castigar la privación de la vida mediante actos criminales, sino también evitar que sus propias fuerzas de seguridad causen muertes arbitrarias y que, por consiguiente, la ley debe controlar y limitar estrictamente las circunstancias en que dichas autoridades pueden privar de la vida a una persona; así mismo, ha manifestado que los Estados deben tomar medidas concretas y eficaces para evitar la 'desaparición' de individuos, algo que se ha hecho demasiado frecuente y desemboca, demasiadas veces, en una privación arbitraria de la vida.<sup>30</sup>

En lo que concierne a la privación 'arbitraria' de la vida, el Comité de Derechos Humanos tuvo oportunidad de pronunciarse sobre una acción policial, basada en un mandato judicial—dictado conforme a la ley— disponiendo el allanamiento de una vivienda en la que se creía se encontraba cautivo un ex Embajador de Colombia en Francia, quien días antes había sido secuestrado por un grupo guerrillero. En esta ocasión, siete personas perdieron la vida como resultado de la acción deliberada e intencional de la policía. Aunque se señaló que las víctimas habían cometido, días antes, un secuestro, y que fueron muertas porque habían presentado resistencia, no se pudo probar su participación en ningún delito de secuestro y, en cambio, se demostró—mediante peritajes balísticos y de pruebas de parafina— que ninguna de las víctimas había disparado, y que todas ellas fueron asesinadas a balazos hechos a quemarropa, algunos de

30. Cf. el comentario general N° 6 del Comité, en Informe del Comité de Derechos Humanos, Suppl. N° 40 (A/37/40), 1982, p. 95.

ellos por la espalda o la cabeza; así mismo, se pudo establecer que las víctimas no fueron muertas en una sola acción, sino a intervalos, a medida que fueron llegando a la casa en que los aguardaba la policía. En este caso, el Comité expresó que “la acción policial se llevó a cabo aparentemente sin advertencia previa a las víctimas y sin dar a éstas ninguna oportunidad de rendirse a la patrulla policial ni de ofrecer ninguna explicación de su presencia o de sus intenciones. No hay pruebas de que la acción de la policía fuera necesaria en defensa propia o de otros, ni de que fuera necesaria para la detención o para impedir la huida de las personas interesadas. Además, solamente se sospechaba que las víctimas eran culpables del secuestro que se había producido algunos días antes y su muerte por la policía privó a todas ellas del juicio debido requerido en el Pacto. En el caso de la señora María Fanny Suárez de Guerrero, el informe forense demostró que había sido objeto de varios disparos después de haber muerto de un ataque cardíaco. No sería razonable dudar que su muerte fue causada por la patrulla policial. . . La acción de la policía que dio como resultado la muerte de la señora María Fanny Suárez de Guerrero no estaba de acuerdo con las exigencias de la aplicación de la ley en las circunstancias del caso, y que esa persona (la única a cuyo nombre se interpuso la petición ante el Comité) fue privada arbitrariamente de vida”.<sup>31</sup>

#### 1. *Actos de guerra*

La guerra es, sin duda, la primera y más obvia limitación al derecho a la vida; en este sentido, el art. 15, Nº 2, de la Convención Europea la contempla expresamente como una limitación al derecho a la vida, al señalar que, si bien éste no puede ser suspendido ni aun en caso de guerra u otro peligro público que amenace la vida de la nación, quedan exceptuadas las muertes resultantes de actos lícitos de guerra. De hecho, la guerra constituye la limitación más notable del derecho a la vida, en cuanto implica una autorización o licencia para matar —si no la ‘orden’ de hacerlo— a quien se ha identificado como ‘el enemigo’.

Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos no ha podido dejar de expresar su inquietud por la amenaza que la guerra implica para el derecho a la vida, aunque sus comentarios puedan resultar poco realistas en el marco de las relaciones internacionales. Sobre este punto, el Comité ha observado que “los Estados tienen la suprema obligación de evitar las guerras, los actos de genocidio y demás

31. Observaciones del Comité en el caso Nº R. 11/45 (actualmente numerado 45/1979), María Fanny Suárez de Guerrero c. Colombia, en Informe del Comité de Derechos Humanos, Suppl. Nº 40 (A/37/40), 1982, p. 152.

actos de violencia masiva que causan la pérdida arbitraria de vidas. Todos los esfuerzos que realicen para evitar el peligro de la guerra, especialmente una guerra termonuclear, y para fortalecer la paz y seguridad internacionales, constituirán la condición y garantía más importante para la protección del derecho a la vida. A este respecto, el Comité observa, en particular, que existe una vinculación entre el artículo 6 y el artículo 20, en el cual se dispone que toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley (párrafo 1), así como toda actividad que constituya incitación a la violencia (párrafo 2), según se define en el artículo”<sup>32</sup>

El Comité también ha reiterado su preocupación en este sentido, refiriéndose a la proliferación de espantosas y sofisticadas armas de destrucción masiva, que absorben recursos que, de otro modo, podrían utilizarse para fines económicos y sociales vitales, en particular, en beneficio de los países en desarrollo, y para promover y garantizar el disfrute de los derechos humanos para todos.<sup>33</sup>

## 2. *Pena de muerte*

La segunda limitación al derecho a la vida es la pena de muerte que —no obstante el carácter obsoleto de la misma—, se encuentra permitida —con importantes limitaciones— tanto en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos como en la dos convenciones regionales de derechos humanos. Sin embargo, es importante observar que, a pesar de encontrarse permitida en los textos fundamentales, tanto a nivel internacional como en la esfera regional se han adoptado (o están en proceso de redacción) instrumentos adicionales, encaminados a la abolición de la pena de muerte. En efecto, en el marco de la Convención Europea, con fecha 28 de abril de 1983, el Consejo de Europa aprobó el Protocolo N° 6 (en vigor desde el 1° de marzo de 1985), cuyo propósito es la plena abolición de la pena de muerte en tiempo de paz, y permitiéndola únicamente en tiempo de guerra o en caso de amenaza inminente de guerra. En el mismo sentido, la Asamblea General de la ONU aprobó, el 15 de diciembre de 1989, un Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, encaminado a la abolición de la pena de muerte. En nuestro medio, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también ha recomendado a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos la adopción de un protocolo adicional a

32. Comentario general N° 6, *loc. cit.*, p. 95.

33. Comentario general N° 14, en Informe del Comité de Derechos Humanos, Suppl. N° (A/40/40), 1985, p. 171.

la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo propósito sería la abolición de la pena de muerte.<sup>34</sup>

Al prohibir la privación 'arbitraria' de la vida se está indicando, por una parte, que ella sólo es procedente en los casos previamente contemplados por la ley y, por otra parte —en lo que se refiere específicamente a la pena de muerte como una de esas circunstancias—, que ella debe ser el resultado de una sentencia ejecutoriada, impuesta mediante un procedimiento penal dotado de las debidas garantías procesales para la defensa.<sup>35</sup> En tal sentido, puede citarse la opinión coincidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que, en uno de sus informes, ha sostenido que "no se podrá considerar adecuadamente amparado el derecho a la vida ante la actuación de Consejos de Guerra que habían dictado y reiteradamente dictaban penas de muerte que no satisfacían los requisitos del debido proceso".<sup>36</sup>

### 3. *Recurso legítimo a la fuerza*

Además de la referencia a la pena de muerte, en cuanto limitación importante del derecho a la vida que figura en los textos que comentamos, la Convención Europea de Derechos Humanos expresa que la muerte no se considerará inflingida con infracción del artículo 2 número 1 cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima; b) para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente; y c) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección. Si bien ninguna de estas circunstancias se encuentra prevista en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos o en la Convención Americana de Derechos Humanos, es evidente que ellas no constituirían privaciones 'arbitrarias' de la vida y que, en consecuencia, estarían permitidas; sin embargo, hay que resaltar que, en tales casos, corresponderá al Estado el deber de demostrar que la muerte ha sido el resultado de un uso de la fuerza 'absolutamente necesario' y 'proporcionado' para el logro de alguno de los objetivos específicamente mencionados.

34. Cf., en este sentido, el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: 1988-1989, p. 262.

35. Cf. en este sentido, el Informe del Relator especial de Naciones Unidas sobre ejecuciones sumarias o arbitrarias, E/CN.4/1983/16, párrafo 66.

36. Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile, OEA, doc. 21, 1974, citado en Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Diez años de actividades 1971-1981, OEA, 1982, p. 251.

No obstante su carácter precario, el primer aspecto de la garantía del derecho a la vida, en cuanto se refiere a que nadie podrá ser privado de la vida 'arbitrariamente', implica para el Estado dos obligaciones diferentes: por una parte, la consecuencia obvia es que las autoridades del Estado, y en particular los cuerpos policiales y militares, deben abstenerse de ocasionar muertes arbitrarias; por otro lado, esta garantía implica, igualmente, el deber del Estado de proteger a las personas de actos de particulares que puedan atentar arbitrariamente en contra de su vida, sancionando los mismos en forma que pueda disuadir o prevenir tales atentados. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos estimó que un Estado había violado el derecho a la vida, "porque no tomó las medidas apropiadas para evitar la desaparición y posterior asesinato de José Herrera y Emma Rubio de Herrera ni para investigar efectivamente la responsabilidad de estos asesinatos".<sup>37</sup>

a) *Uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*

Tanto la represión del delito como el mantenimiento del orden público pueden, eventualmente, ocasionar la muerte de alguna persona; pero la obligación directa del Estado, de no privar a nadie de su vida arbitrariamente, implica también la existencia de algunos principios elementales que deberán ser tenidos en consideración al recurrir al uso de la fuerza por parte de los agentes del Estado.

Según la Convención Europea, no se considera una infracción de este derecho las muertes causadas en defensa de una agresión ilegítima, ni aquellas que resulten de la acción encaminada a detener a una persona conforme a derecho, o que se produzcan como consecuencia de actos diseñados para impedir la evasión de una persona que se encontraba legalmente presa o detenida, o las que resulten de la represión de una revuelta o insurrección. No obstante, debe tenerse presente que, si bien las circunstancias antes referidas pueden —en principio— justificar tales muertes, eliminando el carácter arbitrario de las mismas, dichos casos no constituyen una autorización en blanco para matar, ni le confieren al Estado un derecho ilimitado e irrestricto para disponer de la vida humana toda vez que concurre alguna de las situaciones previamente señaladas. Además, cada uno de estos casos parece requerir un trato diferente en lo que concierne

37. Cf. las observaciones del Comité en el caso N° 161/1983, Herrera Rubio c. Colombia, en Informe del Comité de Derechos Humanos, Suppl. N° 40 (A/43/40), 1988, pp. 196-205.

al grado de fuerza que legítimamente se puede utilizar; mientras —en el caso de un banco que está siendo asaltado— las muertes ocasionadas por la policía en el curso de la refriega pueden resultar legítimas, cualquier muerte producida al reprimir una protesta pública es, en principio, incompatible con el respeto al derecho a la vida en particular y a los derechos humanos en general (incluyendo entre éstos la libertad de expresión y el derecho a manifestar).

En efecto, aunque lo anterior legitima el uso de la violencia 'necesaria' por parte del Estado —o de un particular en caso de legítima defensa—, de una manera razonable y proporcionada al daño que se desea evitar o al bien jurídico que se procura proteger, de ninguna forma autoriza o legitima el empleo indiscriminado de la violencia, en forma excesiva o innecesaria. En tal sentido, debe recordarse que, de acuerdo con el art. 3 del Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley,<sup>38</sup> éstos podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas; en el comentario que la propia Asamblea General hace de esta disposición y que se encuentra anexo a la misma, se recalca que: a) el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley debe ser excepcional; b) que el derecho nacional restringe ordinariamente el uso de la fuerza, por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, de conformidad con un principio de proporcionalidad; y c) que el uso de armas de fuego se considera una medida extrema, cuando un presunto delincuente ofrezca resistencia armada o ponga en peligro, de algún otro modo, la vida de otras personas y no se le pueda reducir o detener aplicando medidas menos extremas.

Refiriéndose precisamente a las muertes ocasionadas por la violencia indiscriminada y excesiva utilizada por algunos agentes del Estado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha coincidido en señalar que "esta modalidad de atentado contra el derecho a la vida se deriva del empleo de medios desproporcionados empleados por las fuerzas de seguridad en la represión de manifestaciones públicas, como consecuencia de los cuales se ha producido la muerte de numerosas personas".<sup>39</sup> Tal desproporción resulta aún más evidente cuando se recurre al uso de armas de fuego para reprimir manifestaciones legítimas —en cuanto parte del derecho humano a expresarse—, o —incluso si la manifestación es ilícita—, cuando las víc-

38. El Código fue aprobado por la Asamblea General de la ONU, mediante resolución 34/169, del 17 de diciembre de 1979.

39. Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile, 1985, p. 71.

cimas de la represión son niños, estudiantes, mujeres o inválidos desprovistos de armas, y que pueden ser controlados de manera menos drástica.

Puesto que la muerte de personas sospechosas de haber cometido algún delito —ocasionada por cuerpos policiales o militares— parece ser un hecho cotidiano y frecuente en algunos países, convirtiéndose en una forma usual de ejecución extrajudicial y constituyendo una de las amenazas más serias al derecho a la vida, la opinión del Comité de Derechos Humanos sobre esta materia resulta especialmente pertinente; en una de las denuncias que ha tenido oportunidad de conocer, el Comité señaló que “en el presente caso, se desprende de los hechos que siete personas perdieron la vida como resultado de la acción deliberada de la policía, y que la privación de la vida fue intencional. Además, la acción policial se llevó a cabo aparentemente sin advertencia previa a las víctimas y sin dar a éstas ninguna oportunidad de rendirse a la patrulla policial ni de ofrecer ninguna explicación de su presencia o de sus intenciones. No hay pruebas de que la acción de la policía fuera necesaria en defensa propia o de otros, ni de que fuera necesaria para la detención o para impedir la huida de las personas interesadas. Además, solamente se sospechaba que las víctimas eran culpables del secuestro que se había producido algunos días antes y su muerte por la policía privó a todas ellas del juicio debido requerido en el Pacto”<sup>40</sup>

Además de la natural desconfianza que despierta la muerte, causada por cuerpos policiales o militares, de una persona sospechosa de la comisión de algún delito (y sin perjuicio de la indignación que pueda producir en toda persona decente el que tales cuerpos policiales o militares se arroguen el derecho de convertirse en jueces y verdugos), es cuestionable el que la detención de una persona sea considerada, en toda circunstancia, como más importante que la vida humana. Su eliminación física no sólo priva a dicha persona del derecho a un juicio justo e imparcial, sino que impide a la sociedad conocer si la policía está cumpliendo efectiva y adecuadamente con su deber y si atrapó —aunque muerto— al verdadero responsable del delito o a una persona inocente.

b) *‘Suicidios’ o muertes por ‘causas naturales’  
de personas privadas de su libertad*

Otro aspecto no menos importante es el que se refiere al alto índice de ‘suicidios’, o muertes por ‘causas naturales’, que suele pro-

40. Informe del Comité de Derechos Humanos, 1982, caso Guerrero c. Colombia, N° 45/1979, p. 152.

ducirse en la sede, o en los cuarteles, de los cuerpos policiales o militares, con personas sometidas a alguna forma de detención o presión o que —debido al régimen militar— carecen de libertad plena. El incremento de la tasa de mortalidad en aquellos lugares, y entre esas personas, es más que una curiosa coincidencia, y no deja de resultar sospechoso.

En el caso de un detenido político que, según el gobierno del Estado parte, había cometido suicidio —después de cumplir su condena de ocho años de prisión—, sin que se hubiera realizado ninguna investigación para establecer las circunstancias de su muerte, el Comité de Derechos Humanos estimó que, si bien no podía “llegar a una conclusión definitiva sobre si Hugo Dermitt cometió suicidio, fue impulsado a cometerlo o fue muerto de otro modo mientras estaba encarcelado, la conclusión ineludible es que, en cualquier circunstancia, las autoridades uruguayas fueron responsables, por acción u omisión, de no haber adoptado medidas adecuadas para proteger su vida, conforme exige el párrafo 1º del artículo 6º del Pacto”.<sup>41</sup> Obviamente, en presencia de situaciones como éstas, se impone —en una sociedad democrática— la necesidad de que sea el propio gobierno quien disponga la realización de severas investigaciones que establezcan los hechos y, si es el caso, exoneren de responsabilidad a los órganos del Estado o sancionen a los responsables; pero lo que no se puede admitir es que, ante denuncias como ésta, el Estado asuma una actitud de parte ofendida y se limite simplemente a negar la veracidad de la acusación.

#### D. LIMITACIONES RELATIVAS A LA APLICACION DE LA PENA DE MUERTE

Si bien todos los instrumentos internacionales que comentamos admiten la aplicación de la pena de muerte, tanto el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, como la Convención Americana de Derechos Humanos la restringen notablemente, sometiénola a importantes limitaciones, sin perjuicio de los protocolos adicionales a que ya se ha hecho referencia y que contemplan su abolición. En efecto, en el caso de la Convención Europea de Derechos Humanos, aunque ella sólo se refiere a que la condena a la pena capital debe estar contemplada por la ley para el delito imputado al reo, ésta ha sido objeto de un protocolo adicional, concerniente a la abolición de la pena de muerte, el cual se encuentra en vigor y ya ha sido ratificado por 14 Estados euro-

41. Informe del Comité de Derechos Humanos, 1983, *Dermitt c. Uruguay*, N° 84, 1981, p. 135.

peos;<sup>42</sup> asimismo, la Asamblea General de la ONU también ha aprobado, recientemente, un segundo protocolo adicional al Pacto de Derechos Civiles y Políticos, cuyo propósito es la abolición de la pena de muerte.<sup>43</sup>

Sin embargo, debe observarse que, aunque el Pacto y la Convención Americana admiten la aplicación de la pena de muerte, ninguna de sus disposiciones puede ser invocada como un obstáculo para demorar o impedir su abolición. Además, la Convención Americana contempla la abolición progresiva de la pena de muerte puesto que, de acuerdo con el artículo 4º, párrafo 3, ella no podrá restablecerse en los países que ya la han abolido y, de acuerdo con el párrafo 2 del mismo artículo, tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se le aplique actualmente; es decir, si el ordenamiento jurídico de un Estado parte no contempla la pena de muerte respecto de un delito específico, o una vez que la misma ha sido sustituida por otra pena más benigna, no se podrá reinstaurar dicha pena para tal delito.

Todos estos instrumentos reflejan no sólo el sentimiento de rechazo que genera hoy en día la pena de muerte, sino también la evolución de la conciencia jurídica de los miembros de la sociedad internacional, en cuanto éstos han ido adoptando acuerdos encaminados a su inmediata o progresiva abolición, o en cuanto la práctica de un grupo numeroso de Estados demuestra que dicha pena ha sido abolida de derecho o ya no existe de hecho. Esa marcada tendencia abolicionista sugiere que, en opinión de la vasta mayoría de la sociedad internacional, existe un amplio consenso para calificar la pena de muerte como incompatible con las actuales nociones de justicia y equidad, imponiendo restricciones muy significativas a su aplicación por parte de aquellos Estados que aún la conservan.

En cuanto a la naturaleza misma de las limitaciones a la aplicación de la pena de muerte, algunas de ellas revisten un carácter eminentemente formal, mientras que otras constituyen limitaciones sustantivas a la aplicación de la misma.

42. Protocolo 6 a la Convención Europea de Derechos Humanos, concerniente a la abolición de la pena de muerte, suscrito en Estrasburgo el 28 de abril de 1983, y en vigor desde el 1º de marzo de 1985.

43. Segundo Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de la ONU con fecha 15 de diciembre de 1989, mediante resolución 44/128. Este protocolo fue suscrito por Venezuela el 7 de junio de 1990 y se encuentra pendiente su ratificación.

1. LIMITACIONES DE CARACTER FORMAL

a) *Pena prevista por la ley*

Como una primera limitación, tanto el Pacto como las dos convenciones regionales señalan que la pena de muerte sólo podrá imponerse de conformidad con las leyes que dispongan esta pena y que —aunque la Convención Europea no lo diga expresamente— tienen que ser anteriores a la comisión del delito. En el caso Soering, el juez De Meyer, de la Corte Europea de Derechos Humanos, interpretó esta disposición en el sentido de que la pena de muerte no sólo debe estar prevista en la ley del Estado que la va a aplicar, sino también en la ley del Estado que va a extraditar a una persona a dicho Estado, con el riesgo de que se le imponga tal pena; en su opinión, “en las circunstancias del presente caso, la extradición del peticionario a los Estados Unidos lo sometería al riesgo de ser sentenciado a muerte y ejecutado. . . por un crimen por el cual esa pena no está prevista en la legislación del Reino Unido. Cuando el derecho a la vida de una persona está involucrado, ningún Estado requerido tiene derecho a permitir al Estado requirente hacer lo que el propio Estado requerido no puede hacer”<sup>44</sup>

b) *Compatibilidad con convenios internacionales*

En el marco del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, otra importante limitación formal expresa que la pena de muerte sólo podrá imponerse de conformidad con las leyes en vigor en el momento de cometerse el delito —que no sean contrarias a las disposiciones del Pacto— y en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente —art. 6, párrafo 2, del Pacto—, con lo cual se le procura revestir de las garantías y procedimientos legales más cuidadosos, proporcionando al acusado todas las seguridades necesarias para la defensa.

El Comité de Derechos Humanos tuvo ocasión de pronunciarse sobre este punto, subrayando la importancia de legislación nacional ‘que no sea contraria a las disposiciones del Pacto’, y estableciendo un nexo entre la imposición de la pena de muerte y la observancia —por parte de las autoridades del Estado— de las garantías del Pacto, especialmente las relativas al derecho a un juicio justo; efectivamente, en dos casos recientes el Comité expresó ser de opinión “de que la imposición de una sentencia de muerte como resultado de un proceso en el

44. Opinión concurrente en la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso Soering v. United Kingdom, del 7 de julio de 1989, p. 41.

que no se hayan respetado las disposiciones del Pacto constituye, cuando contra esa sentencia no puede interponerse un recurso, una violación del artículo 6 del Pacto. Como ha señalado el Comité en su observación 6/16, la disposición por la que una sentencia de muerte sólo puede imponerse de acuerdo con la ley y no debe contradecir las disposiciones del Pacto entraña que 'deben observarse las garantías de procedimiento prescritas en el Pacto, incluido el derecho a un juicio justo por un tribunal independiente, la presunción de inocencia, las garantías mínimas de defensa y el derecho a apelar ante una instancia superior'. En el caso en cuestión, puesto que la sentencia de muerte definitiva se impuso sin que se hubieran respetado las garantías de juicio justo enunciadas en el artículo 14, hay que concluir que se ha violado el derecho protegido por el artículo 6 del Pacto"<sup>45</sup>

En consecuencia, en el contexto del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, de la condición de que la pena de muerte sólo puede imponerse de conformidad con las leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del Pacto, se desprenden dos requisitos: en primer lugar, se exige que tanto las leyes sustantivas como las procesales en virtud de las cuales se pueda imponer la pena de muerte no sean incompatibles con las disposiciones del Pacto, especialmente aquellas del mismo art. 6 —que señalan los casos en que se puede imponer la pena de muerte—, las del art. 14 —que se refieren a las garantías procesales de toda persona acusada de un delito—, y las del art. 15 —relativas a la prohibición de leyes penales *ex post facto*—; en segundo término, es indispensable que la pena de muerte sea efectivamente impuesta de acuerdo con esas leyes y con las garantías contempladas en el Pacto. En éste sentido, en el caso de una persona que fue condenada a muerte en dos ocasiones, enterándose de dichas sentencias por la prensa, sin que las autoridades de su país lo citaran a comparecer para responder las acusaciones en su contra y asegurar su defensa, sin que se le notificaran dichas sentencias, la segunda de las cuales impuso dicha condena por los delitos de traición y conspiración, pero sin señalar hechos que fundamentaran tales acusaciones, el Comité de Derechos Humanos declaró que tales penas de muerte eran contrarias a las disposiciones del Pacto.<sup>46</sup>

45. Caso N° 232/1987, Daniel Pinto *c.* Trinidad y Tobago, y caso 250/1987, Carlton Reid *c.* Jamaica, la opinión en ambos casos aprobada, en iguales términos, el 20 de julio de 1990, citados en el Informe del Comité de Derechos Humanos a la Asamblea General, Suppl. N° 40 (A/45/40), 1990, p. 146.

46. *Cf.* las observaciones del Comité en el caso N° 16/1977, Daniel Monguya Mbenge *c.* Zaire, en Informe del Comité de Derechos Humanos, Suppl. N° 40 (A/38/40), 1983, pp. 137-144.

c) *Peticiones de gracia*

Una tercera limitación de carácter formal se refiere a que toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar la amnistía, el indulto, o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos.<sup>47</sup> La Convención Americana expresa que no se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud de amnistía, indulto, o conmutación de la pena, esté pendiente de decisión ante autoridad competente; si bien el Pacto no menciona expresamente esta limitación, la misma parece estar implícita en el derecho a 'pedir' alguno de los beneficios previamente mencionados, sin que se pueda aplicar la sentencia de muerte antes de que se haya puesto término a los respectivos procedimientos de amnistía, indulto o conmutación de la pena.

En el evento de que se conceda la amnistía o el indulto, el Estado debe cumplir de buena fe con dicha medida, y asegurar el respeto a la vida de la persona beneficiada con la misma. En un caso en que se concedió una amnistía a las personas que regresaran al país dentro de un cierto lapso establecido en la misma ley de amnistía, el Comité de Derechos Humanos encontró que esto no podía considerarse como suficiente garantía de que habían cesado las consecuencias adversas de dos sentencias de muerte dictadas con anterioridad, agregando que el Estado parte no había alegado ninguna razón válida para explicar por qué una persona que deseara beneficiarse de la amnistía debía regresar al territorio del Zaire.<sup>48</sup>

2. *Limitaciones sustantivas*

Las limitaciones de carácter material o sustantivo constituyen una serie de circunstancias que restringen notablemente la facultad del Estado de imponer o aplicar la pena de muerte. Ellas son las siguientes:

a) *Gravedad del delito.* La pena de muerte sólo es procedente en el caso de los delitos más graves. En efecto, atendiendo a lo dispuesto por el art. 6, párrafo 2, del Pacto y art. 4, párrafo 2, de la Convención Americana, en los países que no hayan abolido la pena capital, ésta sólo podrá imponerse por los más graves delitos. Debe observarse

47. Cf. art. 6, párrafo 4, del Pacto, y art. 4, párrafo 6, de la Convención Americana.

48. Cf. las observaciones del Comité en el caso N° 16/1977, Daniel Monguya Mbenge c. Zaire, en Informe del Comité de Derechos Humanos, Supl. N° 40 (A/38/40), 1983, pp. 137/144.

que, según las disposiciones citadas, la pena de muerte es una pena excepcional, que está reservada no sólo para delitos 'graves', sino que para 'los más graves' y que, en consecuencia, sólo es aplicable para un grupo reducido de delitos. En uno de sus informes, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos criticó la extensión de la pena de muerte a una amplia gama de delitos, recordando que, antes del golpe de Estado en ese país, su aplicación "se encontraba restringida a delitos de extrema gravedad".<sup>49</sup>

Sobre esta materia, el Comité de Derechos Humanos ha expresado que, si bien los Estados no están obligados a abolir totalmente la pena de muerte, ellos se encuentran obligados a limitar su uso y, en particular, abolir respecto de los delitos que no sean de 'los más graves'. Asimismo, el Comité estima que la expresión 'los más graves delitos' debe ser interpretada en forma restrictiva, en el sentido de que la pena de muerte debe constituir una medida sumamente excepcional.<sup>50</sup>

b) *Tipo de delitos.* El artículo 4, párrafo 4, de la Convención Americana (aunque no así el Pacto de Derechos Civiles y Políticos), excluye a los delitos políticos y a los delitos comunes conexos con los políticos de entre aquellos que pueden ser sancionados con la pena de muerte. La noción de 'delitos políticos' no es siempre fácil de identificar, y ello permitió que, en el curso de la Conferencia de San José, en noviembre de 1969, se expresaran algunas dudas en torno al significado de esta expresión en la Convención Americana. En principio, los 'delitos políticos' se pueden definir en función de la naturaleza 'política' del bien jurídico protegido, y en cuanto ellos tienden a quebrantar el orden político, económico y social establecido, o en cuanto dichos delitos atacan contra la seguridad de las instituciones del Estado y los poderes constituidos; quien comete un delito político puede considerarse un reformador social, o una persona altruista que no persigue un fin de lucro o beneficio personal, sino que intenta corregir —por métodos probablemente inadecuados, o por los únicos medios posibles en el marco de una sociedad no democrática— lo que él estima constituye una forma injusta, o inadecuada, de organización social y política. Por el contrario, en el caso de los delitos conexos estamos en presencia de un delito común cometido con una finalidad política (robo de armas para la revolución, secuestro de un político prominente para obligar al gobierno a negociar, etc.); este

49. Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile, 1985, p. 50.

50. Cf. Comentario general 6/16, en Informe del Comité de Derechos Humanos a la Asamblea General, Suppl. N° 40 (A/37/40), 1982, p. 96.

elemento subjetivo hace que no siempre sea fácil distinguir entre el delito común puro y simple, y el delito común conexo con los políticos. En todo caso, en el marco de la Convención Americana, respecto de unos y otros se ha estimado que la 'aplicación' de la pena de muerte es absolutamente improcedente; esta disposición no sólo tiene la ventaja de reconocer el fin altruista del delincuente político (aunque pueda estar equivocado en los métodos), sino que impide que algún régimen intolerante o tiránico pueda desprenderse de sus adversarios mediante la aplicación de la pena de muerte.

Por otra parte, y no obstante su posible motivación política, desde hace mucho tiempo los tratados de extradición han excluido de los delitos políticos (mediante la llamada cláusula belga) a los atentados en contra de jefes de Estado y, más recientemente, se ha excluido el terrorismo y los atentados en contra de personas internacionalmente protegidas (agentes diplomáticos y otros).

c) *Menores de edad.* De acuerdo con el art. 6, párrafo 5, del Pacto, y el art. 4, párrafo 5, de la Convención Americana, no se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad. Lo que resulta decisivo, en este caso, es la edad del menor al momento de cometer el delito y no al momento de la aplicación de la pena. Sin duda, esta disposición se encuentra vinculada con el art. 14, párrafo 4, del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el cual dispone que, en el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales, se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social, la que jamás se podría lograr mediante la aplicación de la pena de muerte.

d) *Personas mayores de setenta años.* Otra limitación contemplada por la Convención Americana (aunque no por el Pacto), según el art. 4, párrafo 5, de la misma, señala que no se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren más de setenta años de edad. Si en el caso anterior lo que importa es la edad de la persona 'en el momento de la comisión del delito', en este caso resulta crucial pues, si al cometer el delito la persona no había cumplido setenta años de edad, no tendrá ninguna relevancia el que pueda ser mayor de esa edad en el momento en que vaya a ejecutarse la pena de muerte.

e) *Mujeres en estado de gravidez.* Por último, tanto el Pacto (art. 6, párrafo 5) como la Convención Americana (art. 4, párrafo 5) prohíben aplicar la pena de muerte a las mujeres en estado de gravidez. Sin embargo, debe observarse que ambos instrumentos han distinguido entre 'imponer' y 'aplicar' la pena de muerte; mientras a quienes —

el momento de cometer el delito— fueran menores de dieciocho años o mayores de setenta no se les puede 'imponer' la pena de muerte, esto es, no se les puede 'condenar' a muerte, en el caso de la disposición que comentamos ella sólo prohíbe 'aplicar' la pena de muerte a las mujeres en estado de gravidez. En consecuencia, las mujeres pueden ser condenadas a muerte pero, mientras se encuentren en estado de gravidez, tal pena no les podrá ser 'aplicada'. En este caso, se trata únicamente de una limitación temporal en cuanto a la aplicación de la pena de muerte.

**DELITOS CONTRA EL BUEN ORDEN  
DE LA FAMILIA**

**HERNANDO GRISANTI AVELEDO**  
Jefe de la Cátedra de Derecho Penal II, UCAB

*Revista de la Facultad de Derecho, N° 43*  
Universidad Católica Andrés Bello  
Caracas, Venezuela, 1991



## SUMARIO

*Delitos contra el Buen Orden de la Familia:* I. Nociones previas. 1. Objeto jurídico. 2. El incesto, el adulterio y la bigamia no son delitos bilaterales. II. Los delitos en particular. 1. Incesto. 2. Adulterio. 3. Bigamia. 4. Suposición y supresión de estado:

### I. NOCIONES PREVIAS

1. *Objeto jurídico.* El bien jurídicamente protegido es el *buen orden de la familia*. La familia es la célula fundamental de la sociedad (artículo 73 de la Constitución Nacional). Sin familias bien cohesionadas por el afecto y el respeto es imposible que exista vida social sana y estable. La sociedad y la familia se parecen al arco de un palacio: quitas una piedra y todo se derrumba (*Talmud*). Las normas éticas y los modales que hacen pacífica y grata la vida comunitaria y permiten la coexistencia humana sólo pueden inculcarse en el seno de la familia. Como afirmó Mirabeau (*Discours sur les successions*), es en el hogar doméstico donde se forman los sentimientos y los hábitos que constituyen la felicidad pública. “La carrera de tus acciones comienza en la familia; la primera palestra de la virtud es la casa paterna” (Silvio Pellico, *Doveri degli uomini*). Escribió Sófocles, en *Antígona*: el que es bueno en la familia es también buen ciudadano.

Los principales derechos que la legislación civil reconoce a los integrantes de una familia y que deben, por tanto, ser amparados por el Código Penal, son éstos: los que adquiere cada cónyuge respecto del otro, al contraer matrimonio, entre los cuales se destacan la *fideli-dad conyugal* y la *unidad del vínculo*, que son atacados por el *adulterio* y la *bigamia*; la *moralidad en la familia* considerada como organización y en cada uno de los miembros de ella, lesionada particularmente por el *incesto*; y el *estado civil o de familia*, que corresponde a todos y cada uno de los componentes de ésta, por el hecho de formar parte de ella, y es ofendido por la *supresión*, la *alteración* o *suposición* de dicho estado.<sup>1</sup>

1. Cfr. Pedro Pacheco Osorio: *Derecho Penal especial*, tomo III, p. 4, Editorial Temis, Bogotá, 1972; Giuseppe Maggiore: *Derecho Penal*, Parte Especial, vol. IV, p. 173, Editorial Temis, Bogotá, 1955.

Algunos de los delitos enumerados lesionan varios de los intereses jurídicos que acaban de mencionarse; como acontece con el adulterio, por ejemplo, que además de ofender el derecho del cónyuge burlado vulnera el que tienen los hijos legítimos o matrimoniales a la conservación de la moral familiar.<sup>2</sup>

Este estudio tiene por objeto el examen de los delitos que vulneran *directamente* el buen orden de la familia. Tales delitos son: el incesto, el adulterio, la bigamia y la suposición y la supresión de estado.

2. *El incesto, el adulterio y la bigamia no son delitos bilaterales.* La doctrina nacional<sup>3</sup> sostiene, con pequeñas variantes, que el incesto, el adulterio y la bigamia son delitos bilaterales. Chiossone<sup>4</sup> llega a escribir que la bigamia puede ser ibilateral o unilateral!

Definitivamente, el incesto, el adulterio y la bigamia son delitos individuales; *jamás* bilaterales ni, en general, colectivos o plurisujetivos.

Los delitos bilaterales o, genéricamente, colectivos no pueden ser cometidos por una sola persona física e imputable, sino, al menos, por dos. En ellos, la pluralidad de sujetos activos *forma parte del tipo*, como ocurre en el caso del agavillamiento (art. 287 del C.P. ven.).

En el incesto, el adulterio y la bigamia se requiere la *conducta de dos*, mas *no es menester la culpabilidad de dos*. Así, no comete el delito de adulterio el hombre que tiene acto carnal con mujer casada, creyéndola soltera, viuda o divorciada; ni perpetra el delito de incesto la mujer que copula con su padre, sin conocer tal vínculo de parentesco; ni, por último, comete el delito de bigamia la mujer soltera que contrae matrimonio con hombre casado, al cual cree libre (soltero, viudo o divorciado).

Son decisivas, en esta discusión, las diáfanas palabras de Biagio Petrocelli: "No son bilaterales, y no son en general plurisujetivos,

2. Pacheco Osorio, ob. y t. cit., pp. 4 y 5, quien se adhiere a la opinión de Carrara: *Programa de Derecho Criminal*, párrafo 1863.

3. *Vid.*, por todos, José Rafael Mendoza Troconis: *Curso de Derecho Penal Venezolano*, Compendio de Parte Especial, 3ra. Edición, pp. 370, 388 y *passim*, Empresa El Cojo, S.A., Caracas, 1967.

4. *Manual de Derecho Penal Venezolano*, p. 631, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1972.

5. *Principi di Diritto Penale*, vol. I, seconda edizione, p. 217, Giovene, Napoli, 1964 Traducción nuestra.

aquellos delitos (*reati*) en los cuales la conducta de uno de los dos sujetos es sólo eventualmente punible, como la bigamia (artículo 556), el adulterio (art. 559), el incesto (art. 564). La pluralidad de las conductas punibles no es aquí esencial, pudiendo aquellos delitos (*reati*) verificarse también con la punibilidad de la conducta de uno solo de los sujetos. En la bigamia, en efecto, es esencial el hecho de cualquiera que, estando ligado por un matrimonio que tiene efectos civiles, contrae otro; no la consciente, y por tanto culpable, participación de la persona con la cual se contrae el otro matrimonio. En el adulterio, es esencial que una mujer casada se junte carnalmente con otro hombre; no que éste sepa, y por eso responde penalmente, que se une con mujer casada. En el incesto, es esencial el hecho de quien, de modo que se derive escándalo público, comete incesto con un ascendiente o un descendiente, o con un afín en línea recta, o bien con una hermana o un hermano; pero no es esencial que estos sujetos sean penalmente partícipes del hecho, el cual puede verificarse también sin conciencia del vínculo de parentesco o de afinidad, o mediante violencia carnal. Cuando la conducta del otro sujeto, en los delitos en cuestión, es punible, ello es producto de la aplicación de los principios generales del concurso de personas en el delito (*reato*), no ya de una situación inherente a la naturaleza colectiva o plurisujetiva del delito”.

La errónea afirmación según la cual el incesto, el adulterio y la bigamia son delitos bilaterales proviene de una simplista contemplación del aspecto *físico* del problema planteado, ignorando su aspecto *jurídico*.

Cada delito es, dilemáticamente, según su naturaleza y estructura jurídicas, individual o colectivo; unilateral o bilateral. No puede “cambiar de camisa”, según pedestres consideraciones meramente materiales.<sup>6</sup>

## II. LOS DELITOS EN PARTICULAR

1. *Incesto*. Según el Derecho Romano del Imperio, el incesto consistía en el acceso carnal entre ascendientes y descendientes o entre colaterales y afines hasta ciertos grados, que por razón del parentesco no podían contraer matrimonio. La pena aplicable era la capital. Se distinguía el *incestus iuris gentium* (perpetrado con ascendiente o descendiente) del *incestus iuris civilis* (cometido con colateral o afín con

6. Vid. nuestras *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, quinta edición, corregida y aumentada, pp. 431 y 432, Mobil-Libros, Caracas, 1987.

quien el agente no podía casarse). Esta distinción carece de relevancia, como veremos, a la luz de lo dispuesto en el art. 381 del Código Penal venezolano vigente.

La etiología de este delito, que constituye un hecho contra la misma naturaleza, hállase con frecuencia en estados degenerativos del agente, pero sobre todo en causas sociales, y en particular en las miserables condiciones de habitación de las clases pobres, especialmente en las grandes ciudades, que hacían a padres, hijos y hermanos en espantosa promiscuidad.

Las razones que justifican el castigo del incesto son, en primer lugar, la lesión del orden moral y jurídico familiar, cuya conservación requiere la abstención de relaciones sexuales entre las personas ligadas por íntimos vínculos de sangre. También se invocan consideraciones eugenésicas basadas en investigaciones biológicas, que demuestran que las uniones entre próximos parientes pueden dar vida a seres anormales y de ínfimo o nulo valor social.<sup>7</sup>

Nótese que, según el artículo últimamente citado del C.P. ven., también son constitutivas de incesto las relaciones sexuales entre afines en línea recta, quienes, normalmente, no están vinculados por parentesco consanguíneo. Claro está que, por ejemplo, la suegra puede ser la tía y el yerno el sobrino, lo que ocurre en caso de matrimonio entre primos hermanos, que no resulta deseable desde el punto de vista genético. Entre tíos y sobrinos, así como entre tíos y los descendientes de los sobrinos, existe un impedimento matrimonial meramente impediende y, además, dispensable (arts. 53 y 65 del Código Civil venezolano vigente), pero tampoco es aconsejable, por razones genéticas, el matrimonio —ni la unión sexual extramatrimonial— entre los parientes consanguíneos que acabamos de indicar.

El art. 381 del C.P. ven. preceptúa: “Todo individuo que, en circunstancias capaces de causar escándalo público, tenga relaciones incestuosas con un ascendiente o descendiente, aunque fuere ilegítimo, con algún afín en línea recta o con un hermano o hermana, germanos, consanguíneos o uterinos, será castigado con presidio de tres a seis años”.

A. *Acción.* Nuestro Código Penal no señala en qué consiste el incesto. Por lo tanto, hay que acudir a la doctrina para precisar tal noción.

7. Eugenio Cuello Calón: *Derecho Penal*, t. II (Parte Especial), décimocuarta edición, pp. 618 y 619, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1980.

El incesto es el ayuntamiento carnal entre personas de distinto sexo, vinculadas entre sí por parentesco de consanguinidad o de afinidad que constituya impedimento matrimonial dirimente.

En consecuencia, no han de ser apreciados como incesto los actos libidinosos distintos de la cópula carnal, ni las relaciones homosexuales masculinas o femeninas.

Si bien para que haya incesto, en sí mismo considerado, es suficiente un solo acto de ayuntamiento carnal entre los parientes indicados, para que exista *delito de incesto* es indispensable que los precitados parientes mantengan *relaciones incestuosas*, que puedan apreciarse como una suerte de concubinato.

El art. 381 del C.P. establece, como elemento del tipo de incesto, un *requisito de punibilidad*: es menester que las predichas relaciones se tengan *en circunstancias capaces de causar escándalo público*. Es ésta una cuestión de hecho abandonada al criterio del juez competente.

Con vista a la *lex ferenda*, pensamos que debería bastar para que exista el delito de incesto un solo acto sexual, incluso realizado por personas del mismo sexo, y aunque no se lleve a cabo en circunstancias capaces de causar escándalo público. Anota Maggiore<sup>8</sup> que hay llagas de la vida social que tienen que ser curadas con hierro y fuego, sin falsos pudores ni peligrosas hipocresías. El temor de intervenir con remedios peores que la enfermedad, poniendo en claro oscuras depravaciones, que nadie conoce, se resuelve en una protección, si no es ya complicidad, del incesto cauto y clandestino.

**B. Sujeto activo.** Son los parientes comprendidos en el tipo o, al menos, uno de ellos. Ya se ha dicho por qué en el caso del delito de incesto no es preciso que haya coautoría.

Si el ascendiente tiene acto carnal con el descendiente que no ha cumplido dieciséis años, hay concurso ideal de violación —con violencia *ope legis*— e incesto. Cuando el ascendiente constriñe al descendiente mayor de tal edad a la realización del acto carnal, existe concurso ideal de violación —con violencia efectiva— e incesto. Lo mismo ocurre cuando es el descendiente quien constriñe al ascendiente.

**C. Culpabilidad.** El delito entraña el *dolo*, que consiste en la voluntad consciente de mantener relaciones carnales, a sabiendas de que son incestuosas, en circunstancias capaces de causar escándalo público.

8. Ob. y vol. cits., pp. 208 y 209.

El error sobre la existencia o el grado del vínculo de consanguinidad o de afinidad excluye el dolo.

CH. *Proceso ejecutivo.* Este delito se consuma con las relaciones carnales, entre los parientes preindicados, efectuadas en circunstancias capaces de causar escándalo público. El incesto es un *delito permanente*; perdura mientras se tengan las predichas relaciones. No admite el grado de tentativa ni el de frustración, porque si las relaciones incestuosas se llevan a cabo en circunstancias capaces de causar escándalo público, el delito se consuma; y si las prenombradas relaciones no se realizan en las precitadas circunstancias, no existe delito.

D. *Naturaleza de la acción penal.* El incesto es un delito de *acción pública*.

E. *Penalidad.* *Presidio* de tres a seis años.

2. *Adulterio.* Ha habido, en la doctrina penal, intensas discusiones en lo atinente a la *punibilidad del adulterio*. En nuestro concepto, debe conservarse el carácter delictivo del adulterio, que implica una gravísima lesión de la fidelidad conyugal, puesto que la ley penal cumple una función ética y social. Por otra parte, en Venezuela existe el divorcio vincular desde 1904; y siempre será preferible el mal del divorcio al del adulterio.

Se afirma que el castigo del adulterio no ha impedido ni siquiera uno solo; pero esta manera de razonar nos llevaría a abolir el Código Penal, que tiene la culpa de no haber acabado con el delito. Se dice que un proceso por adulterio pone en ridículo al marido burlado; pero esto es asunto del esposo, que puede no querellarse, si cree más decente el honor de los cuerpos que el deshonor de un proceso. Se objeta que el amor no se manda y que hay que ser benigno con las pasiones; pero lo que se exige no es que los candidatos a adúlteros le den órdenes al amor, sino a los bajos pruritos de los sentidos; y el argumento de la pasión sirve para justificar cualquier delito, ya que toda infracción implica algún elemento pasional.<sup>9</sup>

A. *Adulterio de la mujer.* El art. 396 del C.P. ven. prescribe: "La mujer adúltera será castigada con prisión de seis meses a tres años.

La misma pena es aplicable al coautor del adulterio".

a) *Acción.* Este tipo legal es anómalo, ya que no describe la acción delictiva.

El adulterio de la mujer es la infracción dolosa de la fe conyugal cometida por la mujer casada que tiene acto carnal, normal o anor-

9. Maggiore, ob. y vol. cit., pp. 187 y 188.

3.2. *Los católicos sociales: entre la política reaccionaria y el progresismo social ingenuo*

Se podría pensar que los “católicos sociales” se encontrarían entre las filas de los demócratas decimonónicos, particularmente entre aquellos llamados en Francia y Bélgica “católicos liberales”. Y sin embargo, no fue así. Los “católicos sociales” del último tercio del siglo XIX engrosaban las filas de los más empeñados adversarios del liberalismo, que habían hecho del *Syllabus* su caballo de batalla contra la sociedad moderna. El hecho es que muchos de ellos pertenecían a la aristocracia terrateniente todavía apegada a los ideales de la antigua Cristiandad. Veían en la acción social de corte paternalista un medio para luchar contra la oligarquía burguesa, detestada por dos motivos: su anticlericalismo y su pretensión de desplazar el poder de la nobleza estamental con el del dinero mercantil e industrial. Estas peculiaridades sociológicas explican por qué las preocupaciones de los “católicos sociales” se solían inspirar en un ideal nostálgico de regreso al Antiguo Régimen patriarcal y corporativo, antes que en una adaptación creativa y realista a la nueva situación creada por la revolución industrial.

Los “católicos sociales” no pudieron evitar la herida de una profunda contradicción: políticamente podían ser considerados “reaccionarios”, pero en el terreno social su apertura era sensiblemente mayor que la de los paladines republicanos de la época. Aunque sus motivaciones fueron complejas y contradictorias, estos hombres se abrieron en profundidad a los problemas de la condición obrera y contribuyeron decisivamente a la toma de conciencia de la Iglesia.

4. *La Rerum novarum de León XIII*

Gioacchino Pecci, el futuro León XIII, había tenido la oportunidad de conocer personalmente los problemas planteados por el desarrollo industrial. Entre 1843 y 1846, en el momento más álgido de la conflictividad social belga, ocupaba la Nunciatura en Bruselas, que devendría capital del catolicismo social. Era sin duda uno de los preladados italianos de la época, con horizontes intelectuales más amplios a pesar, o precisamente por su profesión tomista de buena ley. De ello son testimonio la dilatada correspondencia y los frecuentes contactos con la intelectualidad católica. Su personal estilo aristocrático estaba lejos de la autosuficiencia: era buen conversador, pero sobre todo excelente a la hora de escuchar, recogiendo las inquietudes de sus interlocutores, y dejándolas madurar largo tiempo antes de formular síntesis. En el terreno pastoral, antes de ser electo papa, se ocupó

cada vez con más intensidad a los problemas de actualidad, y en el papado inauguró un estilo fundado en continuas consultas y reelaboraciones de los documentos magisteriales.

#### 4.1. *La construcción intelectual del Magisterio social*

Los pioneros del catolicismo social mantuvieron una impresionante preocupación por establecer y mantener contactos con el papa. Este fue el motivo de fondo para la creación de la *Union catholique d'études sociales*, que se reunió anualmente en Friburgo de Suiza, bajo la presidencia de Mons. Mermillod, para adaptar a la época la doctrina corporativista de la sociedad. Los informes de estas reuniones fueron remitidos regularmente a León XIII. Por su parte, León Harmel dirigía desde 1885 en Roma, las peregrinaciones de la *France du travail*, para acercar las masas obreras al papado y sensibilizar al papa en relación con la situación de la clase obrera.

De este modo había nacido un movimiento que comenzaba a despertar conciencias cristianas a la "cuestión obrera". El gran mérito de León XIII fue el de acogerlo con sincera simpatía; el escuchar atentamente a todas las tendencias sin dejarse cerrar en ninguna de ellas; el llamar a su lado expertos que debían trabajar en la Encíclica que él preparaba, para poder posteriormente, con su autoridad cumplir un discernimiento crítico y formular las proposiciones para el futuro. Raras veces un documento de la Iglesia ha sido fruto de tan atrevida convergencia entre el pensamiento y la acción de laicos y expertos. Y si bien *Rerum novarum* fue obra de tantas manos, León XIII logró imprimir su propio carácter y estilo a todo el documento, manteniendo la autonomía del magisterio al orientar un movimiento histórico en el que confluían los laicos más lúcidos y generosos de la Iglesia.

La redacción de la Encíclica pasó por tres fases: tras un primer esquema redactado en 1890 por el P. Liberatore, ese mismo año, el Card. Zigliara redactó un segundo esquema. Lo corrigieron el P. Liberatore y el Card. Mazarella, lo tradujeron al latín los secretarios papales y después de algunos retoques importantes introducidos en el último momento por orden del papa, fue publicada el 15 de mayo de 1891.

#### 4.2. *Insólitos acentos*

Las dos primeras palabras de la Encíclica, *Rerum novarum*, con las que se le conoce, fueron escogidas cuidadosamente y anuncian la ori-

ginalidad del documento. Se trata de nuevas cuestiones que interpelan la conciencia cristiana, y que se concentran en la "condición obrera" (*De conditione opificum*) en la sociedad capitalista que será estudiada en toda su amplitud y con la mayor franqueza. Nótese que el primer documento de la Doctrina Social Católica centra específicamente su atención en la llamada "cuestión obrera". Sólo décadas después tomará carta de identidad la más amplia expresión "cuestión social".

La intención del papa es la de hacer un discernimiento crítico: *para refutar los sofismas de algunas opiniones*. Además hay una intención prospectiva: la promoción de "principios con que poder dirimir la contienda conforme lo piden la verdad y la justicia". Más aún, reclamar medidas concretas y urgentes *para el bien de las gentes de condición humilde, pues es mayoría la que se debate indecorosamente en una condición miserable y calamitosa, ya que, disueltos en el pasado siglo los antiguos gremios de artesanos, sin ningún apoyo que vintiera a llenar su vacío, desentendiéndose las instituciones públicas y las leyes de la religión de nuestros antepasados, el tiempo fue ir insensiblemente entregando a los obreros, aislados e indefensos, a la inhumanidad de los empresarios y a la desenfrenada codicia de los competidores. . . hasta el punto de que un número sumamente reducido de opulentos y adinerados ha impuesto poco menos que el yugo de la esclavitud a una muchedumbre infinita de proletarios*.

De la "cuestión obrera" llega a decir León XIII que *parece no haber otro tema que pueda ocupar más hondamente los anhelos de los hombres*. El tema es presentado incisivamente y es digna de notar la claridad con que describe, en diversos momentos de la Encíclica, los rasgos de la condición obrera en la sociedad industrial: *los adelantos de la industria y de las artes, que caminan por nuevos derroteros; el cambio operado en las relaciones mutuas entre patronos y obreros; la acumulación de las riquezas en manos de unos pocos y la pobreza de la inmensa mayoría; la mayor confianza de los obreros en sí mismos, y la más estrecha cohesión entre ellos, juntamente con la relajación de la moral, han determinado el planteamiento del conflicto*.

Del mismo modo sostiene con firmeza el derecho de asociación de los trabajadores. Si conserva una cierta preferencia personal por la utopía corporativa que los católicos sociales de la época proponían con insistencia, sin embargo evita vincularse a ella al admitir explícitamente asociaciones compuestas sólo por obreros: los sindicatos. Tal vez no llegaba el papa a vislumbrar que ésta sería la fórmula del futuro. Queda en pie el hecho de que León XIII no temió el tomar seriamente en consideración la fórmula sindical, dando prueba de una mayor apertura que la del conjunto de los católicos sociales de su tiempo.

Otro acento de la Encíclica está en la exigencia lanzada al Estado, de arrancar a “los desgraciados obreros de las manos de los especuladores, que sin hacer diferencia entre hombres y máquinas, abusan desmedidamente de las personas para satisfacer su insaciable codicia”. Mientras muchos eran francamente reticentes en relación con el papel del Estado en la vida económica y social, el papa no dudó al asignarle una responsabilidad decisiva en el evitar la explotación económica de que eran víctimas los obreros, y especialmente en la promoción colectiva del proletariado: *Es evidente que la autoridad pública debe tomar las medidas necesarias para salvaguardar la salud y los intereses de la clase obrera. Si se ausenta de esta tarea, viola la justicia elemental. . . El Estado. . . debe preocuparse de manera especial por los débiles e indigentes. La clase rica se erige como baluarte de sus riquezas y tiene menos necesidad de la tutela pública. La clase indigente, en cambio, carente de riquezas a proteger de la injusticia, cuenta sobre todo con la protección del Estado. El Estado, a título totalmente particular, se haga defensa de los trabajadores que pertenecen a la clase pobre en general.*

#### 4.3. Los principios firmes

*Rerum novarum* desarrolla dos órdenes de cuestiones:

- Por un lado, las más inmediatas y circunstanciales, respecto a las cuales ofrece un juicio práctico concreto, de carácter circunstancial y contingente, a las que no dedicaremos atención en esta ocasión.
- Por otro lado, al insistir en que la Iglesia no posee una fórmula social hecha y preconcebida, afirma unos principios básicos y permanentes que iluminan a los cristianos en su deber de insertarse activa responsablemente en las estructuras socioeconómicas.

Los principios fundamentales propuestos por *Rerum novarum* pueden resumirse en cinco puntos esenciales, cada uno de los cuales recoge en síntesis elementos aparentemente opuestos:

a. Se reconoce la autonomía del proceso económico, pero se afirma con energía el primado de los fines sobre los medios, lo que implica un rechazo del amoralismo económico. La autonomía de los procesos económicos es posterior y funcional a la discusión ética acerca de los fines. La discusión ética de los fines no se resuelve en el seno del discurso económico, sino en la reflexión filosófica iluminada por la revelación.

b. Se ratifica el derecho natural a la propiedad privada, pero se subraya su función social. De este modo, se opone a la raíz del principio liberal del individualismo.

c. Se atribuye al Estado la obligación de promover la prosperidad pública y privada, superando netamente el principio liberal de la no intervención estatal, pero se marcan a la acción estatal —que siempre ha de tener carácter subsidiario— límites que no puede saltar.

d. A los obreros se les recuerdan sus deberes en relación con los patronos, pero queda claro que tienen derecho en estricta justicia a un salario suficiente que les asegure un tenor de vida humano, consagrando así frente a la concepción puramente economicista del trabajo, su aspecto humano y personalista. De este modo se afirma el primado de la ética sobre el reino de los medios y de las técnicas.

e. Se condena la lucha de clases, pero se reconoce a los obreros el derecho a asociarse para defender sus intereses, incluso en asociaciones compuestas exclusivamente por obreros; es más, se les estimula a formar este tipo de asociaciones. Así se contraponen a una visión de la sociedad como agregado de meros individuos atomizados, y se propone una resolución éticamente superior, conforme a la inspiración cristiana de fondo, de la oposición objetiva de los intereses de clase.

La *Rerum novarum* recoge, pues, el fruto de casi cincuenta años de estudios y polémicas: de los sermones del Card. Ketteler en la catedral de Maguncia en 1848, a las exhortaciones de Mermillorf en Santa Clotilde de París; de las iniciativas de Harmel a las de las Obras de los Congresos; de las tesis de Haid a las conclusiones de la Unión de Friburgo y Lieja en 1890; de la intervención de Manning en la huelga de Londres a la de Gibbons en favor de los Caballeros del Trabajo; de las asociaciones de socorros mutuos al corporativismo de Vogelsang y de LaTour du Pin a los primeros conatos del sindicalismo cristiano. El papa recogía y hacía suyo lo más maduro de cuanto encontraba en estas experiencias. No sólo superaba los “dogmas” de la economía liberal, que muchos economistas defendían, sino que reconocía la legitimidad de muchas de las posturas más avanzadas de los católicos, consideradas como “socializantes” por algunos conservadores, y las hacía suyas.

## 5. *La novedad de Rerum novarum*

### 5.1. *Una novedad situada en su contexto*

Una primera lectura de *Rerum novarum*, deja hoy la impresión incómoda de su tono solemne y paternalista, de la imprecisión en que quedan ciertos elementos importantes, de la contingencia de algunas directrices prácticas sobre las asociaciones profesionales (el papa

insistía más en su aspecto moral que en el económico) o de la timidez con que se sacan conclusiones de los solemnes principios establecidos.

Sin embargo, fue muy distinta la impresión que causó su lectura a los hombres de hace un siglo: ¡Roma había tomado partido en favor de las posiciones sociales más avanzadas! Una página de Bernanos en su *Diario de un cura de aldea*, refleja aquella lectura. Decía el viejo cura párroco de aldea: “La encíclica *Rerum novarum*. Tú la lees tranquilamente como si fuese una pastoral cualquiera de cuaresma. Entonces . . . sentimos cómo temblaba la tierra bajo nuestros pies. ¡Qué entusiasmo! Una idea tan simple como la de que el trabajo no es una mercancía sometida a la ley de la oferta y la demanda, que no se puede especular con los salarios ni con la vida de los hombres como con el trigo, el azúcar o el café, eran cosas que turbaban las conciencias. Por explicarlas desde el púlpito me tomaron por socialista. . .”.

## 5.2. *La gestación de la Doctrina Social de la Iglesia*

Llama la atención la extraña aventura histórica de la Doctrina Social de la Iglesia que se constituyó en su momento genético, fuera del mapa de las disciplinas teológicas corrientemente practicadas; en un “lugar teológico” —el magisterio papal—, que si bien puede encontrar una ubicación en la tradición teológica (Melchor Cano), no dejaba de ser una ubicación singular, precisamente en cuanto no relacionada con los demás *loci theologici* universalmente reconocidos. Es preciso reconocer, pues, que en su nacimiento, lo que luego se llamará Doctrina Social de la Iglesia, ocupa una posición objetivamente confusa y no suficientemente determinada.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que las disciplinas teológicas más cercanas a la doctrina social, asistieron a su génesis de modo puramente pasivo. Sólo en vísperas del Vaticano II los manuales de moral incluían un capítulo dedicado a la Doctrina Social.

El inciso de la Doctrina Social de la Iglesia, consensualmente se pone en la *Rerum novarum* de León XIII, de 1891. Los desarrollos posteriores fueron propiciados por el proceso histórico de las transformaciones de la llamada “cuestión social” y por las modificaciones que se fueron produciendo en las complejas relaciones entre Iglesia y sociedad. El proceso evolutivo de la Doctrina Social de la Iglesia lejos de olvidar los pronunciamientos precedentes, se ha presentado como el intento de explicitar y aplicar a las nuevas circunstancias los principios enunciados por el magisterio precedente: articulaciones sucesivas de una misma “doctrina” con validez permanente, en cuanto integrante de la concepción cristiana de la vida (*Mater et Magistra*).

En *Rerum novarum* no aparece la expresión “Doctrina Social”. Sólo cuarenta años después, en *Quadragesimo anno*, Pío XI habla de la “doctrina de re sociali et oeconomicam” (n. 55), y de la “filosofía social cristiana” como remedio ante el capitalismo y el socialismo: son las primeras señales de una identidad en lento proceso de gestación.

La denominación Doctrina Social de la Iglesia entra en el lenguaje eclesiástico a través del léxico de Pío XII. En el *Radiomensaje de Pentecostés* de 1941, al cumplirse cincuenta años de *Rerum novarum*, usa por primera vez de modo inequívoco la expresión “Doctrina Social de la Iglesia”. Pío XII nunca se dedicó a definir la identidad de la Doctrina Social de la Iglesia, aunque en sus textos se perfila una identidad definida. La expresión siempre es usada en conexión con las enseñanzas pontificias acerca del “orden social”, privilegiadamente *Rerum novarum* y *Quadragesimo anno*.

Ahora bien, la continua referencia a *Rerum novarum* en el Magisterio social del papado, consolidó una tradición que se acredita el mérito de la superación de la fragmentariedad de las enseñanzas del magisterio en materia social, en el sentido de reconocer que postulan de algún modo, no una “reductio ad unum” que se cumple en el interno de las mismas enseñanzas; sino en la integración de las mismas en referencia a su objeto real de reflexión que es la sociedad, como condición necesaria para la pertinencia e inteligibilidad de la misma enseñanza.

### 5.3. De la “cuestión obrera” a la “cuestión social”

El criterio material de la “cuestión social” no es unívoco. En la *Rerum novarum* es definida simplemente como “cuestión obrera” (conflicto de clases). A pesar de la novedad y del avance de la conciencia católica supuestos en el planteamiento de León XIII, se trataba de una perspectiva parcial. La solución de la cuestión implica todo el ámbito social, y así es entendida por *Quadragesimo anno*, que trata expresamente de “la reforma de las instituciones y la enmienda de las costumbres”. Pío XII, por su parte, entiende que la competencia de la Doctrina Social de la Iglesia es todo el orden social, y no meramente la lucha de clases.

### 5.4. Una argumentación ética relativamente autónoma de la Escritura

*Rerum novarum* inaugura un tipo de argumentación moral que será seguido por el Magisterio pontificio posterior. Se trata de una

argumentación de Derecho Natural reflejo, es decir, relativamente autónoma de la Sagrada Escritura. De este modo la Iglesia católica ha ganado una temporal ventaja ante el protestantismo en la solución teórica de la cuestión social. Difícilmente se podría demostrar que la Sagrada Escritura incluya la pretensión de contener, como en un sistema, todas las normas morales que vinculan a un cristiano. El hecho en sí no es nuevo, la novedad está en que en la Doctrina Social de la Iglesia se evidencia más clara y conscientemente que en cualquier otro terreno del Magisterio, que el contenido material de la obligación moral no procede directamente de la Escritura, sino de la razón moral autónoma.

Una consecuencia importante de este hecho se cifra en que en el campo social, no hay diferencia entre el contenido material de la obligación moral del cristiano y, por ejemplo, la de un no creyente.

Sin embargo, después de un siglo no se ha superado totalmente un cierto disgusto: da la impresión de que la ética social pudiera pretender para sí sólo en un cierto sentido un carácter cristiano y vinculante, que sin embargo es de grado inferior al de la teología moral fundada en la Biblia. Nuestros compromisos éticos sociales parecen menos obligantes que nuestros compromisos éticos personales —que sólo aparentemente se derivan de la Sagrada Escritura—. Por esto, repetidamente se ha formulado la invitación a desarrollar finalmente una teología social propia, en lugar de contentarse con una doctrina filosófica-social del derecho natural.

### 5.5. *La vigencia de la crítica al liberalismo resucitado*

Finalmente, más que una novedad de *Rerum novarum*, su vigencia actual. En una sociedad como la venezolana de fines del siglo XX, en la que la reiterada frustración de las aspiraciones del pueblo conspira en favor de la desesperanza generalizada, y en la que igual que hace dos siglos se nos ofrece el paquete liberal como “dolorosa pero única solución” a nuestros males sociales, es preciso mantener la vigencia de los principios expuestos en *Rerum novarum*. En verdad que el neoliberalismo de fines del siglo XX, ha asimilado diversas correcciones, pero la médula de la crítica de *Rerum novarum* queda en pie.

En particular, es preciso afirmar que la economía no es “un paquete cerrado” de mecanismos objetivos intocables y de consecuencias necesarias. Si las opciones preeconómicas favorecen los intereses del capital, entonces la consecuencia necesaria será el empobrecimiento del trabajo. Si las opciones preeconómicas privilegian el bien común, la consecuencia necesaria será una economía

de la negociación que se trazará como horizonte la obtención del máximo bien posible para todos y sólo tolerará el mínimo mal inevitable. Hoy más que nunca se debe rechazar con vigor el irresponsable divorcio entre ética y economía. La ética ha de tener primado sobre la técnica y la economía.



**EL NUEVO REGIMEN LEGAL DE LOS ESTADOS  
Y MUNICIPIOS**

ROBERTO DELGADO SALAZAR

*Revista de la Facultad de Derecho, N° 43*  
Universidad Católica Andrés bello  
Caracas, Venezuela, 1991



*A Dios, que me asiste y da fuerzas para el estudio, el trabajo y el servicio;*

*A Miriam y Roberto José, esposa e hijo, compañeros inseparables, que son mi estímulo permanente;*

*Y a los depositarios del mandato popular, que con gran esfuerzo y probidad habrán de forjar el progreso económico y social de los Estados y Municipios, en esta Venezuela que entrañablemente nos duele.*

## PROLOGO

Después de las elecciones de Gobernadores, Alcaldes y Concejales, con la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, en la Ley Orgánica de Régimen Municipal y otras Leyes que rigen sobre la materia, sustentadas todas ellas en las normas y principios constitucionales que rigen al respecto, en Venezuela ha entrado en vigencia un nuevo régimen de los Estados y Municipios, para muchos desconocido y con grandes confusiones acerca de las características y atribuciones que ahora tendrán esos funcionarios de elección popular, investidos de autoridad para ejercer un gobierno regional y local, por lo que se impone la necesidad de dar orientación al respecto.

A ese fin se dirige este trabajo, en el que se tratará de disipar dudas sobre esa nueva realidad presente en cada Estado y Municipio y que ha traído consigo, entre otras cosas, la decisión de las comunidades de darse sus propias autoridades regionales y locales, así como mayor autonomía frente al Poder Nacional, facilitando una toma de decisiones más oportuna e inmediata, para atender sus propias necesidades, de acuerdo con sus características particulares.

Este nuevo régimen legal de los Estados y Municipios responde al propósito de lograr una mayor descentralización política y administrativa, acorde con los principios federalistas constitucionales que rigen en el país.

En un Estado federal, o políticamente descentralizado, como lo es Venezuela, en los términos y con las limitaciones establecidas en su Constitución, el ejercicio de las funciones de los Poderes Públicos ha estado repartido entre el Estado general y los Estados particulares o provincias, además de que no existe una unidad centralizada de la Administración Pública, ya que a cada una de las entidades locales, estatales o municipales, se atribuye la misión de atender a sus propias necesidades y con sus propios recursos.

Para explicar mejor la situación de esas entidades distintas del poder central o nacional, hemos creído necesario dividir este trabajo

en cuatro capítulos, titulados “Los Estados”, “El Distrito Federal, los Territorios y Dependencias Federales”, “Las Regiones” y “Los Municipios”.

Así, en una primera parte trataremos todo lo relacionado con el nuevo régimen y administración de los Estados, que fundamentalmente emergerá de la aplicación de la Ley Orgánica de Descentralización y Delimitación de Transferencia de Competencias del Poder Público, vigente desde el 1° de enero de 1990; la Ley de Elección y Remoción de los Gobernadores de Estado; las Constituciones y leyes de Régimen Político de los Estados, exponiéndose aspectos relacionados con los Poderes Públicos de dichas entidades, los Gobernadores y las Asambleas Legislativas, sus atribuciones y las de otros órganos.

En una segunda parte se tratará lo concerniente al régimen especial del Distrito Federal, los Territorios Federales y las Dependencias Federales, conforme a las leyes orgánicas que los rigen.

La tercera parte versará sobre la Regionalización y las entidades promotoras del desarrollo regional, con especial consideración sobre la Corporación Venezolana de Guayana, que este año está cumpliendo su XXX Aniversario.

Y finalmente, en una cuarta parte, se tratará lo correspondiente al nuevo régimen y administración de los Municipios, apuntalado en la Ley Orgánica de Régimen Municipal, cuya última reforma tuvo lugar el 15 de junio de 1989 y en donde se aborda todo lo que consideramos más importante sobre esta entidad territorial local, su importancia pretérita y futura, la competencia municipal, los órganos del gobierno municipal, los Concejos Municipales y esa nueva figura ejecutiva y administrativa que es el Alcalde, además de la participación de la comunidad en la gestión municipal y las asociaciones de vecinos.

Incuestionablemente que este modesto trabajo no es un aporte científico y de profundidad jurídica, como el que podrá emanar de connotadas autoridades en la materia. Sin embargo queremos contribuir con él a que la colectividad conozca mejor la situación de los Estados, Municipios y demás entidades federales o locales, así como su nuevo régimen legal, lo que es necesario para la adaptación de todos, gobernantes y gobernados, al cambio político que conlleva este primer paso que Venezuela ha dado dentro del proceso de reforma del Estado.

Si algo de ello se logra, felizmente sentiremos haber cumplido con un proyecto de servicio, que es parte del ideal que sustenta su autor.

Ciudad Guayana, mayo de 1990.

## INTRODUCCION

### CARACTER FEDERAL DE VENEZUELA Y LA DISTRIBUCION VERTICAL DEL PODER

Venezuela es definida en la Constitución como un Estado Federal, en los términos que la misma establece. Pero varios autores, entre ellos Eloy Lares Martínez y Allan Randolph Brewer-Carías, consideran que nuestra organización responde más bien a un Estado centrofederado, o federación centralizada, porque su estructura está montada sobre un sistema de distribución vertical del poder, en tres niveles, así:

1. El nivel nacional, constituido por la República, como persona jurídico-pública territorial nacional, que ocupa el vértice de esa distribución.

2. El nivel estatal, que conforma la federación e integrado por los veinte Estados, a saber: Anzoátegui, Apure, Aragua, Barinas, Bolívar, Carabobo, Cojedes, Falcón, Guárico, Lara, Mérida, Miranda, Monagas, Nueva Esparta, Portuguesa, Sucre, Táchira, Trujillo, Yaracuy y Zulia; el Distrito Federal, los Territorios Federales Amazonas y Delta Amacuro; y las Dependencias Federales, formadas por las islas venezolanas del mar de las Antillas, excepto Margarita y Coche que integran el Estado Nueva Esparta.

3. El nivel municipal, ahora constituido fundamentalmente por los Municipios, en sustitución de lo que antes se conocía como "Distritos" y del que aquellos sólo formaban parte, pero previéndose la creación de los llamados Distritos Metropolitanos, por agrupación de varios Municipios, además de las Parroquias como partes integrantes de los mismos.

Todo ello constituye la descentralización político-territorial del Poder Público, regido por la Constitución, la Ley de División Político-Territorial de la República de Venezuela y otras normativas vigentes, además de que el segundo y tercer nivel están regulados por la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de

Competencias del Poder Público, la Ley de Elección y Remoción de Gobernadores de Estado, La Ley Orgánica del Distrito Federal, la Ley Orgánica de Territorios Federales, la Ley Orgánica de Dependencias Federales, las Constituciones de los Estados, las leyes de División Político-Territorial y de Régimen Político de los Estados, la Ley Orgánica de Régimen Municipal y las Ordenanzas aprobadas por cada Municipio.

Para una exposición más sistemática, dedicamos en acto seguido nuestro primer capítulo al nivel estatal.

## LOS ESTADOS

### CONCEPTO Y AUTONOMIA DE LOS ESTADOS

Los Estados, anteriormente denominados “Provincias”, son entidades dotadas de cierta autonomía, conformados en un territorio determinado y en situación de igualdad política entre ellos.

Según el artículo 16 de la actual Constitución de Venezuela, los Estados son autónomos e iguales como entidades políticas, lo que no significa que sean entidades soberanas, como sí estaba concebido en la Constitución de 1864, a raíz del triunfo de la Revolución Federal, y en todas las Constituciones que le siguieron, hasta la de 1936, en donde se establecía que: “Los Estados se reservan la soberanía no delegada expresamente en el poder de la Unión”.

Esa autonomía de los Estados, como está ahora consagrada desde la Constitución de 1947 y hasta la que está vigente desde 1961, está sujeta a grandes restricciones y consiste en la facultad de darse sus propias normas de gobierno y administración, dentro de los límites fijados por la propia Constitución y las leyes, además que los gobernadores de los Estados ahora son elegidos por sus propias comunidades mediante el voto universal, directo y secreto.

Y siendo autónomos e iguales como entidades políticas, los Estados están obligados a mantener la independencia e integridad de la nación, pero entre ellos podrán fusionarse, modificar sus actuales límites y acordarse compensaciones o cesiones de territorio mediante convenios aprobados por sus Asambleas Legislativas y ratificados por el Senado.

## MATERIAS DE LA COMPETENCIA DE LOS ESTADOS

Se entiende por “competencia”, las atribuciones o facultades conferidas por las normas jurídicas a los entes públicos, para acometer determinadas tareas; y conforme al artículo 17 de la Constitución, corresponde a la competencia de los Estados:

1. La organización de sus poderes públicos, excluyendo de ellos al Poder Judicial, ya que éste corresponde totalmente al Poder Nacional.

2. La organización de sus Municipios y demás entidades locales, y su división político-territorial.

3. La organización de la policía urbana y rural y la determinación de las ramas de este servicio atribuidas a la competencia municipal.

4. El uso del crédito público, la administración de sus bienes y la inversión del Situado Constitucional y demás ingresos que les correspondan.

5. Los llamados “poderes residuales”.

Cuando se dice que los Estados tienen “poderes residuales”, significa que todo aquello que no está atribuido por la Constitución a la competencia nacional o municipal, corresponde a los Estados.

Por el contrario, conforme al artículo 18 de la Constitución, los Estados están impedidos para crear aduanas e impuestos de importación, de exportación o de tránsito sobre bienes nacionales o extranjeros, o sobre las demás materias rentísticas de la competencia nacional o municipal; para gravar bienes de consumo antes de que entren en circulación dentro de su territorio; para prohibir el consumo de bienes producidos fuera de su territorio, o gravarlos en forma diferente a los producidos en él; y para crear impuestos sobre el ganado en pie o sobre sus productos o derivados.

Al consagrarse el sistema federal en Venezuela, la Constitución de 1864 reconoció como bienes de los Estados a las salinas y demás riquezas naturales, quedando éstos en la facultad de administrarlos y percibir sus rentas, con entera independencia del poder nacional. Pero posteriormente los Estados se obligaron a ceder la administración de las minas, terrenos baldíos, salinas y ostrales de perlas al gobierno de la Federación, lo que perduró por mucho tiempo, recibiendo como contrapartida el Situado Constitucional, que es una cuota del total de los ingresos de la nación, estimados para cada año,

que se debe repartir entre todas las entidades federales, lo que está consagrado aún en la Constitución vigente, al establecer las materias que son competencia del poder nacional y del poder estatal.

Ahora, el artículo 137 de la misma Constitución prevé que por ley se podrá atribuir a los Estados determinadas materias de competencia nacional, para promover la descentralización administrativa.

Es por ello que la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, vigente desde el 1° de enero de 1990, contempla la existencia de competencias concurrentes que deben ser transferidas progresivamente del poder nacional a los Estados, sobre: la planificación, coordinación y promoción de su propio desarrollo integral; la protección a la familia y el menor; el mejoramiento de las condiciones de vida de la población campesina; la protección de las comunidades indígenas; la educación, en sus diversos niveles; la cultura y el deporte; los servicios de empleo y la formación de recursos humanos; la promoción de la agricultura, la industria y el comercio; la defensa del ambiente y los recursos naturales; la ordenación territorial del Estado; la ejecución de obras públicas de interés estatal y las vías de comunicación; la vivienda popular urbana y rural; la protección a los consumidores; la salud pública y la nutrición; la investigación científica; y la defensa civil.

Además, esa misma ley prevé una transferencia exclusiva de competencias a los Estados, sujeto ello a que las Asambleas Legislativas dicten leyes especiales al respecto, sobre las siguientes materias: el ramo de papel sellado; la administración y explotación de las piedras de construcción y adorno no preciosas, las arenas y demás sustancias terrosas, las salinas y ostrales de perlas, así como los impuestos respectivos; la conservación, administración y el aprovechamiento de carreteras, puentes y autopistas; los impuestos al consumo no reservados por ley al poder nacional; y la administración de puertos y aeropuertos públicos de uso comercial.

Cuando se habla de "competencias concurrentes", significa que, para la administración, explotación, ejecución de obras y servicios en esas determinadas materias, pueden concurrir coordinadamente los órganos del poder nacional, como los de los Estados.

Pero cuando la ley habla de transferencia exclusiva de competencias, como es obvio, se refiere a materias que si bien antes, y aún en este momento, han podido estar reservadas al poder nacional, al implementarse su transferencia a los Estados mediante la necesaria regulación por leyes estatales, sólo estarán reservadas a éstos.

## PODERES PUBLICOS DE LOS ESTADOS

Están limitados al Poder Ejecutivo Estatal y al Poder Legislativo Estatal, ya que el Poder Judicial corresponde al poder nacional, puesto que si bien en cada Estado funcionan juzgados con sede y competencia limitada a su territorio, éstos dependen administrativamente de un organismo nacional, como lo es el Consejo de la Judicatura, quien ejerce el gobierno del Poder Judicial y la Corte Suprema de Justicia es su máxima representación y más alta jerarquía jurisdiccional.

### PERIODO LEGAL DE LOS PODERES PUBLICOS ESTADALES

El período de los poderes públicos de los Estados será de tres años, como lo prevé la Ley sobre el Período de los Poderes Públicos de los Estados, vigente desde el 28 de abril de 1989, lo que será aplicable inmediatamente para los gobernadores electos. Pero, los actuales diputados a las asambleas legislativas durarán sus cinco años, siendo que los electos en 1993 durarán hasta que se instalen los que sean elegidos en 1995 y, desde allí, al ser electos simultáneamente con los gobernadores de Estado, continuará también para el poder legislativo estatal el período de tres años.

### PODER EJECUTIVO ESTADAL

El poder ejecutivo estatal tiene su asiento en la capital de cada Estado y le corresponde el gobierno y administración del mismo, siendo ejercido por los respectivos gobernadores, en unión de los demás órganos o funcionarios bajo su dependencia y subordinación.

#### EL GOBERNADOR DE ESTADO

Es la máxima autoridad ejecutiva de su Estado y agente del Ejecutivo Nacional. Es el jefe del gobierno y superior jerárquico de los servidores de la Administración del Estado.

De acuerdo con la Ley de Elección y Remoción de Gobernadores de Estado y sustentado ello en la previsión contenida en el artículo 22 de la Constitución, este funcionario ahora es electo por el voto universal, directo y secreto. Antes era de la libre designación y remoción por el Presidente de la República, lo que sólo subsiste para el Gobernador del Distrito Federal y los Gobernadores de los Territorios Federales.

Para ser elegido Gobernador se requiere ser venezolano por nacimiento, mayor de 30 años y de estado seglar, significando esto último que no debe ser ministro de un culto religioso.

Pero no pueden ser postulados para ese cargo quienes hayan ejercido la Gobernación durante más de cien días en el último año de su período legal, ni quien esté en ejercicio de un cargo público nacional, estatal o municipal, en Institutos Autónomos o en alguna empresa del Estado, con excepción de los cargos asistenciales, docentes, electorales, académicos o de representación legislativa o municipal.

#### ATRIBUCIONES Y DEBERES DEL GOBERNADOR

Al gobernador de cada entidad le corresponde, además de cumplir y hacer cumplir la Constitución y Leyes de la República, las siguientes funciones:

1. Ejecutar y hacer ejecutar las órdenes y resoluciones que reciba del Ejecutivo Nacional.
2. Colaborar con el Poder Público Nacional en la realización de los fines del Estado.
3. Coordinar la acción de las diversas dependencias de la Administración Pública nacional, central o descentralizada, que actúen en su jurisdicción.
4. Participar en los órganos del sistema nacional de planificación del desarrollo económico y social, así como en los de descentralización administrativa, actuando como agente del proceso de regionalización.

Además, los gobernadores están obligados a rendir informes al Presidente de la República, directamente o por medio del ministro correspondiente, cada vez que se lo soliciten; y presentar a la respectiva Asamblea Legislativa un informe de su administración durante el año inmediato anterior, debiendo concurrir ante la misma o ante su Comisión Delegada, a requerimiento de la Cámara o por iniciativa propia, para informar sobre cuestiones relacionadas con su administración, o para participar en las discusiones de las leyes.

#### REMOCION DE LOS GOBERNADORES DE ESTADO. MODO DE SUPLIR SUS FALTAS ABSOLUTAS O TEMPORALES

No obstante que los gobernadores de Estado son electos popularmente para un período determinado, sin embargo pueden ser removidos en los siguientes casos:

1. Cuando la Asamblea Legislativa imprueba su gestión, lo que acarreará de inmediato su destitución, en caso de que ello sea acordado expresamente y por el voto de las dos terceras partes de sus miembros.

2. Cuando por sentencia definitivamente firme se les imponga una condena penal que implique privación de libertad.

3. Por incumplimiento reiterado de las órdenes y resoluciones del Presidente de la República, lo cual será causal de remoción, según el artículo 31 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público y de acuerdo con el procedimiento previsto en la Ley de Elección y Remoción de Gobernadores de Estado. A tal efecto, el artículo 14 prevé que esa remoción procederá por acuerdo del Senado, tomado por el voto de las dos terceras partes de sus miembros, a solicitud escrita y motivada del Presidente de la República, en cuyo caso el gobernador tendrá derecho a comparecer ante dicha cámara para asumir su defensa.

Y al darse esa remoción del gobernador, por cualquiera de las vías antes señaladas, se producirá su falta absoluta y se procederá a su sustitución como más adelante se expone.

Las faltas temporales de los gobernadores serán suplidas por el funcionario a quien corresponda, de acuerdo con el procedimiento y con las formalidades previstas en las Constituciones de los Estados. La mayor parte de ellas prevé que esas faltas serán suplidas por el secretario general de Gobierno, con el carácter de encargado del Poder Ejecutivo Estatal.

Pero al producirse la falta absoluta de un gobernador, antes de juramentarse o antes de cumplir la mitad del período de tres años que le corresponde, deberá realizarse una nueva elección popular. Y si ello tiene lugar en la segunda mitad de ese período, la Asamblea Legislativa procederá, dentro de los treinta días siguientes, a designar por votación secreta un nuevo gobernador para el resto del período, encargándose mientras tanto el secretario general de gobierno, lo cual debe ser ratificado por dicha asamblea o su comisión delegada.

De igual forma se hará en caso de que el gobernador quede suspendido de su cargo, al declarar la Corte Suprema de Justicia que existen méritos para su enjuiciamiento, conforme a la atribución que a ese tribunal supremo le confiere el ordinal 2º del artículo 215 de la Constitución, en cuyo caso pasará los autos al tribunal ordinario competente, si el delito fuere común, o continuará conociendo de la causa hasta sentencia definitiva, cuando se trate de delitos políticos.

En ambos casos, la designación que haga la Asamblea Legislativa será provisional hasta que se produzca la decisión judicial definitiva que, de ser condenatoria, dará lugar a la falta absoluta del gobernador y a que se proceda a su sustitución en la forma antes indicada.

#### EL SECRETARIO GENERAL DE GOBIERNO Y OTROS FUNCIONARIOS

Para el ejercicio de sus funciones ejecutivas, el gobernador cuenta con un tren de inmediatos colaboradores de alto nivel bajo su dependencia, tales como el secretario general de Gobierno y los directores de política, administración, tesorería, presupuesto, obras públicas, educación, personal, turismo, cultura, deportes, etc., los cuales son de libre nombramiento y remoción por el mismo.

El secretario general de Gobierno es un funcionario que ha existido en casi todos los Estados y es el más inmediato y directo colaborador del gobernador, en quien éste puede delegar determinadas atribuciones y quien tiene bajo su subordinación a los demás despachos del Ejecutivo Estatal. Hay una tendencia actual a convertir la denominación de ese cargo en “director general del Estado”.

Todo lo relativo a los despachos y funcionarios ejecutivos de los Estados está regido por las Constituciones y leyes de régimen político de los mismos, en donde se establecen sus respectivas atribuciones.

### PODER LEGISLATIVO ESTADAL

El poder legislativo estatal, es ejercido por las asambleas legislativas de los Estados, que fundamentalmente tienen la misión de legislar sobre las materias de la competencia estatal.

#### LAS ASAMBLEAS LEGISLATIVAS

Las asambleas legislativas son los órganos parlamentarios estatales y están integradas por diputados electos para el antes indicado período, por el voto universal, directo y secreto, los cuales deben ser venezolanos por nacimiento y mayores de 21 años.

Sólo existen asambleas legislativas en los Estados, por lo que, como es obvio, el Distrito Federal y los territorios federales carecen de ellas.

Las asambleas legislativas al instalarse y para cada año, eligen de su seno presidente, un primer y segundo vicepresidente; y fuera de su

seno un secretario y un subsecretario, conforme a las previsiones que establece la Constitución del Estado y el respectivo reglamento interno parlamentario.

#### ATRIBUCIONES DE LAS ASAMBLEAS LEGISLATIVAS

Las asambleas legislativas tienen las siguientes atribuciones:

- 1) Legislar sobre las materias de la competencia estatal.
- 2) Aprobar o improbar anualmente la gestión del Gobernador en la sesión especial que al efecto se convoque.
- 3) Sancionar la Ley de Presupuesto del Estado.
- 4) Ejercer un control sobre cualquier acto de la administración pública estatal, directamente o mediante la labor técnica y permanente de supervigilancia y fiscalización que tiene a su cargo la Contraloría General del Estado.

#### LA COMISION DELEGADA

Durante el receso de la Asamblea Legislativa, funcionará una comisión delegada integrada por el Presidente, el primer Vicepresidente y varios miembros de la Cámara, con las atribuciones que le asigne la respectiva Constitución del Estado.

#### INMUNIDAD DE LOS DIPUTADOS A LAS ASAMBLEAS LEGISLATIVAS

De conformidad con el artículo 19 de la Constitución, los diputados a las asambleas legislativas gozarán de inmunidad en el territorio del Estado respectivo, desde diez días antes de comenzar las sesiones hasta diez días después de terminar éstas o de separarse del ejercicio de sus funciones.

Esa inmunidad está regida por las mismas normas contenidas en la Constitución relativas a la inmunidad de los senadores y diputados al Congreso Nacional, en cuanto fueren aplicables, lo que implica que dichos legisladores no podrán ser arrestados, detenidos, confinados ni sometidos a juicio penal, a registro personal o domiciliario, ni coartados en el ejercicio de sus funciones.

Pero en caso de que un diputado sea sorprendido en la comisión de un delito flagrante de carácter grave, las Constituciones de los res-

pectivos Estados disponen que la autoridad competente lo pondrá bajo custodia en su residencia y comunicará inmediatamente el hecho a la Asamblea Legislativa o a su Comisión Delegada, con información debidamente circunstanciada. Esta medida cesará si dentro del término de noventa y seis horas la Asamblea Legislativa o su Comisión Delegada no autoriza que continúe en ese estado, mientras se decide sobre el allanamiento.

Además, las mismas Constituciones de los Estados disponen que, cuando hubiere denuncia o acusación contra algún miembro de la Asamblea Legislativa amparado por esa inmunidad parlamentaria, el tribunal que conozca del hecho practicará las diligencias necesarias y remitirá el asunto al Tribunal Superior en lo Penal del circuito judicial respectivo, quien declarará si hay méritos para la continuación del proceso, en cuyo caso no se procederá al enjuiciamiento sin que previamente no se produzca el allanamiento de esa inmunidad por parte de la Asamblea Legislativa o de su Comisión Delegada.

## LOS BIENES E INGRESOS DE LOS ESTADOS

Los bienes que forman parte del patrimonio de los Estados, son totalmente administrados por éstos, con independencia del Poder Nacional.

Entre esos bienes de los Estados están los derivados de sus propios ingresos, y entre éstos los siguientes:

1. Los aportes que el Poder Nacional les asigne con ocasión de la transferencia de sus servicios específicos.
2. Los que provengan de las actividades que lleven a cabo en ejercicio de sus competencias, conforme a lo establecido en la Ley de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, entre los que se encuentran los productos de sus propios impuestos, tasas y contribuciones.
3. El llamado Situado Constitucional.

## EL SITUADO CONSTITUCIONAL

La Constitución ha creado el Situado Constitucional de los Estados que, como ya se expuso, es una cuota del total de los ingresos de la nación, destinada a ser repartida entre los veinte Estados, el Distrito Federal y los dos Territorios Federales, en una proporción mínima que ahora, conforme a la antes citada ley de transferencia de compe-

tencias, será de un dieciséis por ciento de los ingresos estimados en el presupuesto nacional de cada año y se incrementará anual y consecutivamente en un uno por ciento, hasta alcanzar un veinte por ciento.

De igual manera se distribuirá entre los Estados un porcentaje sobre los ingresos ordinarios adicionales que perciba la República en el respectivo año fiscal.

## LA PROCURADURIA GENERAL DEL ESTADO

En cada Estado funciona una Procuraduría General del Estado, que es el órgano de representación y asesoría jurídica, teniéndosele como guardián del orden legal en su jurisdicción. Está a cargo y bajo la dirección del Procurador General del Estado, quien es designado por la Asamblea Legislativa para todo el período del Poder Público Estatal.

### EL PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

El Procurador General del Estado debe ser abogado y reunir las condiciones exigidas por la Constitución del respectivo Estado.

Le corresponde representar y defender al Estado en todos los asuntos en que éste fuere parte o tuviere interés, designando o asociando abogados para casos específicos, previa autorización de la Asamblea Legislativa o de la Comisión Delegada; y emitir dictámenes jurídicos en los casos para los que fuere requerido por los órganos estatales.

## LA CONTRALORIA GENERAL DEL ESTADO

En cada Estado funciona además una Contraloría General del Estado, que es el órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa, encargado de ejercer el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos estatales, así como de las operaciones relativas a los mismos, pudiendo llevar a cabo las investigaciones necesarias para ello y sin perjuicio de que dicha Asamblea o su Comisión Delegada y hasta el propio Ejecutivo Regional puedan realizar directamente esas investigaciones.

### EL CONTRALOR GENERAL DEL ESTADO

La Contraloría General del Estado está a cargo de un funcionario denominado Contralor General del Estado, elegido por la Asamblea

Legislativa para todo el período del Poder Público Estatal, quien debe reunir los requisitos previstos por la Constitución del respectivo Estado. Varias de ellas exigen que sea mayor de 30 años y posea grado de educación superior universitario.

El Contralor General del Estado, por sí o por intermedio de los funcionarios bajo su dependencia, podrá requerir informaciones escritas o verbales, la exhibición de libros, registros y documentos de los organismos, entidades o personas cuyas actividades, operaciones y cuentas estén bajo su control, quienes están obligados a prestar toda la colaboración para el cumplimiento de sus funciones, lo que se extiende a los particulares.

## **EL DISTRITO FEDERAL, LOS TERRITORIOS FEDERALES Y LAS DEPENDENCIAS FEDERALES**

### **REGIMEN LEGAL ESPECIAL DEL DISTRITO FEDERAL, LOS TERRITORIOS FEDERALES Y LAS DEPENDENCIAS FEDERALES**

La Constitución establece que la ciudad de Caracas es la capital de la República y el asiento permanente de los órganos supremos del Poder Nacional, sin que se impida que transitoriamente pueda ser ejercido ello en otros lugares de la República; y que el Distrito Federal y los Territorios Federales serán regidos por leyes orgánicas, dejando a salvo la autonomía municipal. La ciudad de Caracas es además la capital del Distrito Federal.

#### **EL DISTRITO FEDERAL**

La Ley Orgánica del Distrito Federal dispone que el Presidente de la República es la primera autoridad civil y política del Distrito Federal y que ejercerá sus funciones por medio de un Gobernador de su libre nombramiento y remoción, quien por su parte es la primera autoridad ejecutiva en lo administrativo y económico.

El Gobernador del Distrito Federal, de acuerdo con ello, no es elegido popularmente como sí lo son los Gobernadores de Estado, pero sí debe reunir los mismos requisitos exigidos en la Constitución para ser Gobernador de Estado, o sea, ser venezolano por nacimiento, mayor de treinta años y de estado seglar. En igual condición que aquél están los Gobernadores de los Territorios Federales.

La creación del Distrito Federal en Venezuela data desde el 29 de febrero de 1864 y, como en otros países de régimen federal, tales como Estados Unidos, México, Brasil, Argentina, etc., ello respondió al propósito de que el asiento de los órganos supremos del Poder Nacional no estuviere en uno de los Estados, sino en un territorio de características muy particulares, que sirva de asiento a esos órganos, entre ellos la Presidencia de la República, para evitar los conflictos que podrían presentarse ante la coexistencia en una misma entidad territorial de los poderes de la nación y los de un Estado autónomo.

#### LOS TERRITORIOS FEDERALES

Los Territorios Federales están regidos en forma similar al Distrito Federal, respondiendo fundamentalmente a que son entidades mucho más despobladas que los Estados, pero la Constitución prevé que por ley especial podrá darse a un Territorio Federal la categoría de Estado, asignándole la totalidad o una parte del territorio respectivo.

#### REGIMEN MUNICIPAL DEL DISTRITO FEDERAL Y LOS TERRITORIOS FEDERALES

En cuanto al régimen municipal imperante para el Distrito Federal y los Territorios Federales, son aplicables las normas que rigen para las demás entidades, que serán expuestas en la parte correspondiente a los Municipios, en concordancia con las leyes orgánicas respectivas, por lo que en tales entidades especiales también funciona la autonomía municipal de que trataremos más adelante, con sus Concejos Municipales y alcaldes, acorde ello con la reserva que, sobre tal autonomía, está contenida en los artículos 11 y 12 de la Constitución.

#### LAS DEPENDENCIAS FEDERALES

Y en cuanto a las Dependencias Federales, la Constitución establece que son las porciones del territorio de Venezuela no comprendidas dentro de los Estados, Territorios Federales y Distrito Federal, así como las islas que se formen o aparezcan en el mar territorial o el que cubra la plataforma continental.

Según la ley que rige para las Dependencias Federales, vigente desde el 18 de julio de 1938, son tales las islas venezolanas del mar de las Antillas, excepto Margarita y Coche que forman el Estado Nueva Esparta.

Corresponde directamente al Ejecutivo Nacional todo lo relativo al gobierno y administración de las Dependencias Federales, mientras no hayan sido elevadas a la categoría de Territorios Federales, teniendo como autoridad delegada a un Comisario General, nombrado por el Ministro de Relaciones Interiores, con asiento en los lugares más poblados y donde las circunstancias lo requieran.

#### ANEXION DE NUEVOS TERRITORIOS

Finalmente, la misma Constitución prevé que la ley podrá establecer un régimen jurídico especial para aquellos territorios que, por libre determinación de sus habitantes y con la aceptación del Congreso, se incorporen al Estado venezolano.

## L A S R E G I O N E S

### LA REGIONALIZACION

Se entiende por regionalización a una especie de reordenación que se hace del territorio nacional de Venezuela en regiones, sólo a los fines de lograr una mejor planificación del desarrollo económico, social e institucional, del proceso de ordenamiento territorial y de otras actividades de la administración pública nacional, estatal y municipal, independientemente de las entidades federales que integran la República y que, como ya se dijo, son las que conforman su división político-territorial.

Ello ha respondido, por iniciativa del poder nacional, a una necesidad de atenuar los negativos efectos que se derivan de un excesivo centralismo, fundamentalmente en el campo administrativo y en cuanto afecta a los Estados que integran cada región.

En todo proceso de desarrollo regional se intenta estimular el crecimiento armónico de determinadas zonas con características geográficas y geopolíticas comunes, mediante una adecuada planificación de distintas actividades que en ellas son realizadas, enmarcadas en una estrategia global.

#### LAS NUEVE REGIONES

La regionalización de Venezuela está consagrada en el Decreto N° 478, de fecha 8 de enero de 1980, por medio del cual se dictó el

Reglamento de Regionalización y Participación de la Comunidad en el Desarrollo Regional, en el que se dividió el territorio nacional en nueve regiones, que son las siguientes:

1. Región Capital: integrada por el Distrito Federal y Estado Miranda.
2. Región Central: integrada por los Estados Aragua, Carabobo y Cojedes.
3. Región de los Llanos: integrada por los Estados Guárico y Apure, con excepción del Distrito (hoy Municipio) Páez.
4. Región Centro-Occidental: integrada por los Estados Falcón, Lara, Portuguesa y Yaracuy.
5. Región Zuliana: integrada por el Estado Zulia.
6. Región de los Andes: integrada por los Estados Barinas, Mérida, Táchira y Trujillo; y por el Distrito (hoy Municipio) Páez, del Estado Apure.
7. Región Nororiental: integrada por los Estados Anzoátegui, Monagas y Sucre.
8. Región Insular: integrada por el Estado Nueva Esparta y las Dependencias Federales (islas del mar de las Antillas).
9. Región Guayana: integrada por el Estado Bolívar y por los Territorios Federales Amazonas y Delta Amacuro.

#### LOS ENTES PROMOTORES DEL DESARROLLO REGIONAL

Ese Reglamento de Regionalización contempla el funcionamiento de un Consejo Nacional de Desarrollo Nacional, que es un órgano consultivo y de concertación de políticas de desarrollo regional a nivel nacional; y los Consejos Regionales de Desarrollo, a los cuales les corresponde proponer las políticas de desarrollo de su respectiva región, acorde con las de nivel nacional.

Además, existen institutos autónomos, que son organismos oficiales con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tienen a su cargo la planificación y promoción del desarrollo de cada región, los cuales están adscritos a un Despacho del Ejecutivo Nacional y, como tales, forman parte de la Administración Nacional descentralizada, como es el caso de la Corporación Venezolana de Guayana, de la que a continuación nos ocuparemos especialmente, por considerar que es

el ejemplo más significativo al respecto, ya que tiene el más amplio radio de acción territorial, como lo es la Región Guayana; y con ocasión de estarse cumpliendo este año el XXX Aniversario de su creación.

### LA CORPORACION VENEZOLANA DE GUAYANA

La Corporación Venezolana de Guayana fue creada por el Decreto N° 430, del 29 de diciembre de 1960, que contiene el Estatuto Orgánico del Desarrollo de Guayana, lo que como es obvio tuvo lugar antes de entrar en vigencia la actual Constitución y, por ende, cuando regía en el país la Constitución de 1953, la cual sí permitía la creación de institutos oficiales autónomos por vía de decretos del Poder Ejecutivo, siendo que ahora ello sólo es posible por Ley, o sea, por acto de las Cámaras Legislativas del Congreso.

Esa creación tuvo lugar como consecuencia de la fusión del Instituto Venezolano del Hierro y el Acero y la Comisión de Estudios para la Electrificación del Caroní, los cuales quedaron extinguidos y sus patrimonios fueron desde entonces transferidos a dicha Corporación.

Ese Estatuto Orgánico fue reformado por el Decreto N° 676 de fecha 21 de junio de 1985, dictado en ejercicio de una facultad que fue conferida por la para entonces vigente y habilitante "Ley Orgánica que autoriza al Presidente de la República para adoptar Medidas Económicas y Financieras requeridas por el Interés Público".

La Corporación Venezolana de Guayana es, pues, un Instituto Oficial Autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, distinto e independiente del Fisco Nacional, que inicialmente se adscribió a la Presidencia de la República y que actualmente está adscrito al Ministerio de la Secretaría de la Presidencia de la República.

### OBJETIVOS DE LA CORPORACION VENEZOLANA DE GUAYANA

Conforme al antes citado Estatuto Orgánico reformado, la Corporación Venezolana de Guayana tiene los siguientes objetivos:

- 1) Estudiar e inventariar los recursos de la Zona de Desarrollo de Guayana y de aquellos situados fuera de ella, cuando las características de los programas de desarrollo lo requieran.
- 2) Planificar, desarrollar, organizar, coordinar, controlar y evaluar el aprovechamiento racional de los recursos de la Zona de Desarrollo de Guayana, con miras a su desarrollo integral, conforme a las directrices del Plan de la Nación.

3) Programar, coordinar y ejecutar el desarrollo industrial de la zona a cargo del sector público y promover el desarrollo industrial del sector privado.

4) Promover el desarrollo económico, social, cultural, deportivo y recreacional en la zona, conforme a los lineamientos del Plan de la Nación.

5) Promover, fortalecer y coordinar la organización, programación, desarrollo y funcionamiento de los servicios públicos nacionales y estatales requeridos para el desarrollo integral de la zona, así como cooperar con las distintas municipalidades existentes en la misma a fin de lograr una mejor integración de los servicios que ellas prestan.

6) Conservar, administrar y aprovechar las aguas del dominio público que se encuentren en la zona y en especial, estudiar, desarrollar, organizar, ejecutar y administrar los programas y proyectos destinados al aprovechamiento integral del río Caroní y el río Orinoco, así como sus afluentes de la margen derecha, en colaboración con los Ministerios de Transporte y Comunicaciones y del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, conforme a los programas que se elaboren al respecto.

7) Realizar los trabajos de exploración, prospección y explotación de las sustancias indicadas en el artículo 2° de la Ley de Minas, conforme a las concesiones y delegaciones que a tales efectos le haga el Ministerio de Energía y Minas.

8) Realizar por decisión del Ejecutivo Nacional cualesquiera otros cometidos públicos, que podrán tener por objeto la ejecución de actividades fuera de la jurisdicción territorial de la Corporación, cuando exista una estrecha relación con la que realiza dentro de la misma.

De acuerdo con lo antes señalado, la Corporación Venezolana de Guayana es el ente promotor, planificador y ejecutor del desarrollo integral de la Región Guayana, además de coadyuvante en el funcionamiento de los servicios y coordinador de las actividades económicas y sociales que en esta zona llevan a cabo los distintos organismos oficiales, entre los que se encuentran los órganos de gobierno estatal y municipal, pero no le está dada como atribución primordial la de sustituir a esos órganos en la prestación de servicios y ejecución de obras, cuando ello contraría las decisiones de éstos, en cuanto a las materias que quedan reservadas a sus competencias, las cuales son conferidas por la Constitución y por leyes orgánicas nacionales, que indudablemente privan sobre el antes citado Estatuto Orgánico.

Además de todo ello, en ese Estatuto se confiere a dicha Corporación la facultad de promover la formación de las empresas que fueren necesarias para fomentar tal desarrollo, así como la de coordinar todas las empresas del Estado situadas en su jurisdicción y que se dediquen a la explotación de la minería y de los recursos naturales renovables localizados en la zona, pudiendo suscribir y enajenar acciones y constituir o liquidar empresas, fundaciones y otras asociaciones similares, con participación del sector privado o sin ella, declarándose de utilidad pública las obras, servicios y actividades que se realicen conforme a sus expresados objetivos.

#### CONCURRENCIA DE LAS ATRIBUCIONES DE LA CORPORACION VENEZOLANA DE GUAYANA CON LAS DE LOS ORGANOS ESTADALES Y MUNICIPALES

Esa planificación, promoción y ejecución del desarrollo integral de la Región Guayana que compete a la Corporación Venezolana de Guayana, debe estar armonizada con las actividades que tienen a su cargo los poderes públicos nacionales, estatales y municipales.

Para ese y otros cometidos, al lado del Poder Nacional, al que pertenece dicha corporación, actúa el Poder Estatal existente en virtud del sistema centro-federado de división territorial y, conjuntamente con ello, existe la administración municipal.

Es así como, cualquier tarea que se emprenda para fomentar el desarrollo de esta región, a cargo de la Corporación Venezolana de Guayana y como entidad que forma parte de la Administración Nacional descentralizada, no puede prescindir de la participación de los órganos de gobierno estatal y municipal, a los que es necesario asignarle para ello concretas actuaciones que sean perfectamente congruentes con el propósito buscado.

Y si es cierto que la Corporación Venezolana de Guayana, como cualquier otro organismo de la Administración Nacional, puede subrogarse en la ejecución de determinadas obras y en la prestación de servicios de interés regional, estatal o municipal, como efectivamente lo ha hecho y casi siempre de manera muy eficiente, sin embargo, cuando se trate de las materias que correspondan a los Estados o que les hayan sido transferidas, o que formen parte de la competencia de los municipios, ello debe realizarse con la anuencia de dichas entidades y acorde con sus propios planes y programas, siguiendo los procedimientos legalmente establecidos y acorde con el principio de cooperación entre las distintas ramas de los Poderes Públicos, para la realización de los fines del Estado, como está consagrado en el artículo 118 de la Constitución.

Para ello rige, además, respecto a las municipalidades, el principio de las competencias concurrentes y los dispuesto en el artículo 11 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, que más adelante será comentada, donde se establece que, en conformidad con los planes y programas del respectivo municipio, la administración nacional o la del Estado, podrán ejecutar obras o prestar servicios de carácter local, o mejorarlos, cuando el municipio al cual competan no las construya o preste, o lo haga de manera deficiente.

## LOS MUNICIPIOS

Para adentrarnos en el estudio del nivel municipal, debemos en primer lugar aclarar lo que es un municipio, su importancia histórica, social y económica, así como su ubicación como entidad territorial donde se ejerce un poder público dentro de la organización nacional, para después analizar lo referente a la competencia municipal, las entidades locales, los órganos de gobierno municipal, que son el Concejo Municipal y el alcalde, los vecinos y la participación de la comunidad en la gestión de los asuntos locales.

### CONCEPTO DE MUNICIPIO

La palabra "Municipio", nos viene del latín *Municipium*, con la que denominaba a una ciudad sometida a Roma, la cual gozaba de los derechos de ciudad romana, aunque gobernándose por sus propias leyes y dándose sus propias autoridades. Lo que de antemano nos advierte como, desde entonces, ya existía esa entidad político-territorial que, si tomamos en cuenta lo que más adelante se expone, revestía características similares al municipio que hoy conocemos y que particularmente tenemos en Venezuela.

Los más entendidos nos enseñan que los municipios son sociedades naturales, es decir, manifestaciones espontáneas del fenómeno de la sociabilidad humana, por lo que son muchos los que acertadamente sostienen que el municipio es anterior al Estado, con existencia real e independientemente de su reconocimiento por éste.

No se trata, según esta tesis, de una creación artificial de la ley, sino el resultado de la tendencia natural del hombre a asociarse en comunidades y depositar su confianza en otros para que decidan sobre asuntos comunes.

## IMPORTANCIA Y SIGNIFICACION HISTORICA DE LOS MUNICIPIOS

Los municipios y sus órganos de gobierno, anteriormente llamados “ayuntamientos”, han jugado un papel de primer orden en nuestra historia, principalmente en cuanto han rebasado el ámbito de su incidencia en las materias económicas y administrativas, constituyéndose como importantes factores del proceso que condujo a Venezuela hasta constituirse en un Estado independiente.

Podemos citar, como ejemplo de ello, el hecho de que fue el Ayuntamiento de Caracas, el 19 de abril de 1810, el que inició formalmente y en forma indetenida nuestro proceso de emancipación. Y fue la Municipalidad de Valencia, el 30 de abril de 1826, la que inició el movimiento separatista que dio lugar al desmembramiento de la Gran Colombia.

La importancia de los municipios para la vida económica y social de las comunidades resulta obvia, por ser entidades que directamente y en forma primaria están conectadas con una población que requiere de manera más directa e inmediata la solución a sus más apremiantes problemas, sin tener que esperar una toma de decisiones provenientes del distante poder central, a veces tardía y sin conocimiento de una realidad local que tiene sus propias características.

## UBICACION DEL MUNICIPIO DENTRO DE LA ORGANIZACION ESTATAL

Para ubicar el municipio, dentro de la organización del Estado, destacamos que existen dos formas de distribución de los poderes públicos.

Una, en atención a la naturaleza de las funciones de cada Poder y que nos viene de los conceptos de Montesquieu, lo que conocemos como la división o separación de poderes, así: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial.

Y la otra, que es propia de un Estado como Venezuela, definido constitucionalmente “federal”, pero montado en una estructura de distribución vertical del poder, o sistema de descentralización político-territorial del poder público en tres niveles, como anteriormente fue expuesto, así: el Poder Nacional, el Poder Estatal y el Poder Municipal, siendo este último el que se ejerce en una demarcación inmersa dentro una menor parte del territorio de un Estado, o sea un Municipio.

## DEFINICION CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL MUNICIPIO

Según nuestra Constitución y la actual Ley Orgánica de Régimen Municipal, al Municipio lo podemos definir como “la unidad política, primaria y autónoma dentro de la organización nacional, establecida en una extensión determinada del territorio y con personalidad jurídica”.

Es una “unidad política”, porque forma parte de la organización política del Estado.

Es una “unidad primaria”, porque es la entidad que está más cerca de las comunidades y de los ciudadanos, como verdadero instrumento de participación en la gestión de sus asuntos locales.

Y es una “unidad autónoma”, porque tiene sus propias competencias y un autogobierno de base democrática, sin dependencia de las entidades territorialmente mayores, ni mucho menos del poder central.

## REQUISITOS PARA LA CREACION O FUSION DE MUNICIPIOS

La creación de municipios o la fusión de varios de los existentes, en los respectivos Estados, corresponde a sus Asambleas Legislativas, mediante la respectiva Ley de División Político-Territorial, que debe ser aprobada con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. En el Distrito Federal y los Territorios Federales corresponde al Congreso.

Para esa creación se requiere que exista una población no menor de diez mil habitantes o un grupo social asentado establemente con vínculos de vecindad permanentes y un centro poblado no menor de dos mil quinientos habitantes, que sirva de asiento a sus autoridades.

Además, esa población y su territorio deben tener capacidad para generar recursos propios y suficientes para atender los gastos de gobierno, administración y prestación de los servicios mínimos obligatorios.

## LA AUTONOMIA MUNICIPAL

De acuerdo con lo anterior, el municipio goza de autonomía frente a los demás poderes territoriales del Estado.

Esa autonomía municipal se fundamenta en cuatro aspectos, a saber:

1. Una autonomía política, que se manifiesta por la facultad que tienen las comunidades de elegir sus propias autoridades municipales, o sea el alcalde y los concejales, mediante el voto universal, directo y secreto, siendo el primero el jefe de la rama ejecutiva del Gobierno Municipal, a la vez que presidirá la Cámara Municipal; y los segundos quienes integrarán el Concejo Municipal, que ahora actuará como órgano deliberante, legislativo y de control sobre dicha actividad ejecutiva y administrativa.

2. Una autonomía administrativa, que responde a la facultad que tienen los órganos municipales de ejercer una libre gestión sobre las materias de su competencia.

3. Una autonomía normativa, que se corresponde con la facultad que tienen los municipios de dictarse sus propias normas a través de Ordenanzas Municipales que tienen cierto carácter de leyes locales.

4. Una autonomía financiera, que se caracteriza por la facultad que tienen los municipios de crear, recaudar, administrar e invertir sus propios ingresos, dentro de las materias que corresponden a su competencia. Entre ellos, los más importantes son los provenientes de los impuestos sobre industria y comercio (“patentes municipales”), propiedad inmobiliaria (“derechos de frente”), espectáculos públicos, publicidad comercial, tasas sobre servicios de aseo urbano y domiciliario, mataderos, cementerios, ventas de ejidos, etc.

Además, esa autonomía municipal está garantizada por el hecho de que los actos emanados de los órganos municipales sólo pueden ser impugnados ante los tribunales competentes y no pueden ser revisados, ni menos revocados, por autoridades ejecutivas nacionales o estatales.

## EL MUNICIPIO Y OTRAS ENTIDADES LOCALES

La Constitución prevé que la ley podrá establecer diferentes regímenes para la organización, gobierno y administración de los municipios, además de que permite que éstos puedan ser agrupados en distritos y constituir mancomunidades para determinados fines de su competencia.

En base a ello, la Ley Orgánica de Régimen Municipal contempla no sólo al municipio como entidad local, sino que también prevé la posibilidad de que sean creados distritos metropolitanos, parroquias y mancomunidades, además de institutos autónomos municipales y formas asociativas descentralizadas con personalidad jurídica.

#### LOS DISTRITOS METROPOLITANOS

Los distritos metropolitanos son entidades de carácter público que pueden ser formadas por la agrupación de dos o más municipios, en razón de la conurbanización de sus centros urbanos capitales, en forma tal que llegaren a constituir una unidad urbana, económica y social con más de 250.000 habitantes, los cuales contarán con sus propios órganos de gobierno, que serán un cabildo metropolitano y un alcalde distrital, electos por el voto universal, directo y secreto.

Un ejemplo para ello, sería el caso de los Municipios Bolívar y Sotillo del Estado Anzoátegui, cuyas capitales son Barcelona y Puerto La Cruz, donde existen áreas verdaderamente conurbanizadas que casi integran a ambas ciudades en una sola.

La creación de los distritos metropolitanos sólo puede hacerse por ley que dicte la respectiva Asamblea Legislativa, por iniciativa de ésta, de los concejos de los municipios que quedarían agrupados o de las comunidades interesadas representadas por un número no menor del veinte por ciento de los electores.

#### LAS PARROQUIAS

Las parroquias son demarcaciones de carácter local, dentro del territorio de un municipio, creadas con el objeto de descentralizar la administración municipal, promover la participación ciudadana y la mejor prestación de los servicios públicos locales.

Podrán ser creadas para poblaciones, caseríos, aldeas o para áreas urbanas que formen parte de una ciudad y cuando éstas tengan más de 50.000 habitantes, pudiendo coincidir con barrios, urbanizaciones o sectores de dichas áreas.

Las parroquias contarán con una junta parroquial, cuyos integrantes también serán electos popularmente.

La creación de las parroquias también debe hacerse por ley que dicte la asamblea legislativa, a propuesta del respectivo Concejo Municipal o de los ciudadanos interesados, vecinos de los barrios o urbanizaciones, en un número no menor del veinte por ciento de los electores; o vecinos de las poblaciones, caseríos o aldeas separadas de la capital del municipio, en un número no menor del diez por ciento de los electores.

#### LAS MANCOMUNIDADES

Las mancomunidades son entidades, con personalidad jurídica propia, formadas mediante acuerdo celebrado entre dos o más munici-

pios o distritos metropolitanos, o entre éstos y uno o más municipios para la prestación de determinados servicios municipales que les son comunes.

Su creación requiere la aprobación de acuerdos entre las entidades municipales o distritales que concurran a su formación.

Además de esas entidades, los municipios y distritos metropolitanos podrán crear institutos oficiales autónomos, empresas públicas con formas de sociedades mercantiles, fundaciones, asociaciones civiles y otros organismos descentralizados, para acometer obras o prestar servicios en beneficio de la comunidad.

Por todo ello, el municipio es hoy la entidad local por excelencia, donde fundamentalmente se ejerce el poder municipal, en sustitución de lo que antes se conocía como “distrito”, y del que sólo formaba parte. Esos “distritos”, que como tales han desaparecido, eran divididos en municipios, pero ahora son éstos, cuando obviamente fueren dos o más colindantes y tengan las antes dichas condiciones, los que podrán tener la iniciativa para agruparse en esas formas distritales especiales que serán los “distritos metropolitanos”, delegándoles competencias para determinadas materias y manteniendo su vigencia como municipios, con sus competencias para otros asuntos que les son propios.

#### LOS LLAMADOS “MUNICIPIOS AUTONOMOS” Y “FORANEOS”

Con las nuevas disposiciones sobre este régimen municipal, creemos que debe de una vez por todas dejarse atrás la denominación de “municipios autónomos” que se ha venido dando a los municipios existentes, además de que deben desaparecer los llamados “municipios foráneos”, que también han sido creados por las respectivas leyes de división político-territorial de los Estados y que formaban parte de los primeros, puesto que lo que ahora se contempla es la creación de parroquias dentro del territorio de los municipios, los cuales estimamos que se han de denominar, a secas, “municipios”, sin ese innecesario calificativo de “autónomos”, porque, como ya se expuso, todos los municipios deben estar dotados de la autonomía que les atribuye la Constitución, en los términos anteriormente expresados.

Entonces, esos llamados “municipios foráneos”, dejarán de tener vigencia como tales, ya que no están contemplados como entidades locales en la comentada Ley Orgánica de Régimen Municipal, y

por ello ahora serán un territorio más de los hasta ahora improcedentemente denominados “municipios autónomos”, que simplemente deben, como han debido siempre, denominarse “municipios”, para lo cual dichas leyes estatales tendrán que ser reformadas a fin de su adaptación al nuevo régimen municipal y, en tal sentido, esa Ley Orgánica de Régimen Municipal, en su artículo 192, contentivo de una de sus disposiciones transitorias, ordena que las asambleas legislativas deberán abocarse a ello en el transcurso de este primer período municipal.

Así, esos abrogados “municipios foráneos” podrán ser erigidos en municipios, o parroquias integrantes de aquéllos, según sea el propósito de los órganos legislativos estatales, en atención a las características y conveniencias locales.

#### LA COMPETENCIA MUNICIPAL

La Constitución y la Ley Orgánica de Régimen Municipal establecen claramente las materias sobre las que puede ejercerse el Poder Municipal, tanto en las áreas legislativas como en las ejecutivas o administrativas, pero que fundamentalmente corresponden a los asuntos e intereses que son propios y peculiares de la vida local.

Podemos mencionar, como de la competencia municipal, una gran cantidad de actividades que, en buena parte de ellas, en la práctica no han sido atendidas por los órganos municipales, sino por otras entidades nacionales o estatales.

Así tenemos que, corresponden a esa competencia, las siguientes materias:

1. Acueductos, cloacas, drenajes y tratamiento de aguas residuales.
2. Distribución y venta de electricidad y gas en las poblaciones de su jurisdicción.
3. Los planes de desarrollo urbano local, de acuerdo con las normas y procedimientos técnicos establecidos por el Ejecutivo Nacional.
4. Promoción y fomento de viviendas, parques y jardines y otros sitios de recreación y deporte.
5. Pavimentación de las vías públicas urbanas, arquitectura civil, nomenclatura y ornato público.

6. Ordenación del tránsito de vehículos y personas en las vías urbanas.
7. Servicio de transporte colectivo urbano de pasajeros.
8. Abastecimiento, servicios de mercados y mataderos.
9. Aseo urbano y domiciliario.
10. Servicios de prevención de incendios.

Sin embargo, como lo prevé la precitada ley, para la gestión de esas actividades pueden concurrir también los otros organismos nacionales o estatales, en atención a los planes aprobados por el municipio y lo que resuelvan sus órganos de gobierno, lo que se corresponde con el principio constitucional que rige la autonomía municipal, dentro de las materias de su competencia y para todo aquello que es propio y característico de la vida local, pero armonizado ello con el principio, también constitucional, sobre la muy necesaria cooperación que debe existir entre los poderes públicos, para la realización de los fines del Estado.

Pero, en todo caso, la administración nacional o la del respectivo Estado pueden ejecutar esas obras o prestar esos servicios de carácter local, o mejorarlos, cuando el municipio al cual competan no las construya o preste, o lo haga de manera deficiente.

Así se desprende, por una parte, de lo pautado en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en donde además de definirse al municipio de la forma anteriormente expresada, se establece que la organización municipal “tendrá por finalidad el eficaz gobierno y administración, de los intereses peculiares de la entidad”; y por otra parte, de lo que dispone su artículo 11, en los siguientes términos: “En conformidad con los planes y programas del respectivo Municipio, la Administración Nacional o la del Estado podrán ejecutar obras o prestar servicios de carácter local, o mejorarlos, cuando el Municipio al cual competan, no las construya o preste, o lo haga de manera deficiente”.

## LOS ORGANOS MUNICIPALES

Los órganos de gobierno que conforman el poder público municipal, según el nuevo régimen ahora vigente, son: por una parte el Concejo Municipal, integrado por los concejales para ejercer fundamentalmente la función legislativa municipal; y por otra parte, la alcaldía, que estará a cargo del alcalde y quien viene a desempeñar ahora las funciones administrativas que antes correspondían al Concejo.

## LOS CONCEJOS MUNICIPALES

Los órganos deliberantes, legislativos y de control en cada Municipio son los Concejos Municipales, que están integrados por los concejales, electos para un período de tres años, por votación universal, directa y secreta, en un número que varía entre 5 y 17, según la población de cada entidad, así:

- 5, en los que tengan hasta 15.000 habitantes.
- 7, en los de 15.001 a 50.000 habitantes.
- 9, en los de 50.001 a 200.00 habitantes.
- 11, en los de 200.001 a 500.00 habitantes.
- 13, en los de 500.001 a 750.000 habitantes.
- 15, en los de 750.001 a 1.000.000 de habitantes.
- 17, en los de más de 1.000.000 de habitantes.

Y por disposición especial de la Ley Orgánica del Distrito Federal, el Concejo del Municipio Libertador del Distrito Federal se integra con 25 concejales.

La presidencia del Concejo será ejercida ahora por el alcalde y los concejales sólo eligen un vicepresidente, quien suple a aquél en sus ausencias temporales para presidir las sesiones de la cámara y sólo se encargará de la alcaldía mientras se cumple la toma de posesión de un nuevo alcalde que sea designado o electo, en caso de producirse su falta absoluta.

### REQUISITOS PARA LA ELECCION DE CONCEJALES

Para poder ser electo concejal se requiere ser venezolano, mayor de edad, tener no menos de tres años de residencia en el municipio y haber cumplido con el deber de votar.

La elección de concejales se hace mediante un sistema mixto, pudiendo el elector votar nominalmente por los candidatos que integren las listas postuladas por partidos políticos o grupos de electores, o alternativamente votar por una lista completa.

### ATRIBUCIONES EL CONCEJO MUNICIPAL

Como se ha dicho, el Concejo Municipal será ahora el órgano legislativo, deliberante y de control sobre la administración municipal, además de tener otras funciones.

Le corresponderá de esa forma:

1. Dictar leyes sobre todos los asuntos que son de la competencia municipal, denominadas “ordenanzas”.
2. Aprobar los planes de desarrollo urbano locales y los planes de trabajo que ejecutará el alcalde.
3. Discutir y emitir acuerdos sobre todos los asuntos de interés local.
4. Ejercer una función contralora sobre la gestión del alcalde y demás funcionarios bajo la dependencia de éste, lo que podrá llevar a cabo directamente, a través de las investigaciones que hagan las comisiones designadas al efecto, o a través de la permanente labor técnica de vigilancia y fiscalización de la Contraloría Municipal.
5. La aprobación de concesiones para la prestación de servicios públicos o de uso de bienes del dominio público y lo concerniente a la enajenación de ejidos y otros inmuebles municipales.
6. Dictar acuerdos para la formación de mancomunidades.
7. La creación de institutos autónomos para realizar actividades de carácter local.
8. La autorización al alcalde para la creación de empresas municipales.
9. Dotar de recursos a la municipalidad, aprobando el presupuesto anual de ingresos y gastos.
10. Elegir de su seno al vicepresidente y fuera de su seno al Secretario de la Cámara, al Síndico Procurador y al Contralor Municipal, pudiendo remover a estos tres últimos mediante un procedimiento disciplinario, con audiencia del interesado y el cual tendrá recurso contra esa decisión ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo.

El Concejo tendrá también las atribuciones que le asignen las ordenanzas municipales, en cuanto no colidan con las disposiciones de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, ni alteren su espíritu, propósito y razón.

#### INSTALACION DEL CONCEJO MUNICIPAL

En la ley anterior estaba previsto que el Concejo Municipal se debía instalar todos los días 30 de abril de cada año del período muni-

cipal, que para entonces estaba fijado en cinco años, siendo esa la oportunidad en que se elegía a los integrantes de su junta directiva, que eran el presidente, el primero y segundo vicepresidente, además del secretario, por lo que el período de todos ellos era anual.

Pero la vigente Ley Orgánica de Régimen Municipal, que redujo el período municipal a tres años, cambió esa situación eliminando la junta directiva y estableciendo una sola oportunidad para la instalación del Concejo Municipal, que es a la diez de la mañana del primer día del mes siguiente a la proclamación de quienes deban integrarlo, o del día posterior más inmediato posible, fecha en la que deberá tomar posesión el alcalde como órgano ejecutivo del municipio, tal como lo prevé su artículo 57.

Por otra parte, el artículo 164 de la misma ley, dispone que esa sesión de instalación sea presidida por el concejal que haya sido electo con la mayor votación nominal y que, una vez juramentado el alcalde, éste asumirá la presidencia del cuerpo.

## EL ALCALDE

El alcalde es el funcionario de elección popular, directa y secreta, a quien le corresponde ejercer la rama ejecutiva del gobierno municipal, así como la administración de todos los recursos del municipio y su representación ante los demás poderes y entidades públicas o privadas.

El alcalde ejercerá su mandato por un período de tres años, pudiendo ser reelecto en la misma jurisdicción sólo para el período inmediato siguiente y, en este caso, no podrá ser elegido nuevamente hasta después de transcurridos dos períodos.

Para ser elegido alcalde de un municipio, se requiere ser venezolano, mayor de edad, haber cumplido con el deber de votar y tener no menos de tres años de residencia en esa localidad, inmediatamente anteriores a su postulación, la cual debe mantener durante todo su mandato y no podrá ausentarse por más de quince días, sin previa licencia del Concejo Municipal.

Esta figura del alcalde, creada en la reforma que se hizo en 1988, a través de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, asume las funciones de gobierno administrativo municipal que habían ejercido los Concejos Municipales y viene a consagrar una verdadera separación de poderes, ya que, como antes se expuso, estos organismos colegiados sólo tendrán ahora la facultad de legislar sobre las materias de compe-

tencia municipal, aprobar planes y otros asuntos, además de ejercer la función contralora sobre gestión administrativa, que ahora exclusivamente estará a cargo del alcalde.

### EL ALCALDE EN LA HISTORIA

La palabra “alcalde” nos viene del árabe *Al-gadi*, que se pronuncia *alcadi* y que se traduce como *el juez*, lo que nos significa como, en otros tiempos y países, las atribuciones de quien así se denominaba eran sumamente amplias y hasta con poder de decidir sobre todos los pleitos y conflictos de intereses que se presentaban a su conocimiento. Según el diccionario, *alcalde* se define como “la primera autoridad municipal” y como “presidente de un ayuntamiento”, lo que corresponde a ese nuevo régimen municipal de que aquí tratamos.

No obstante que en Venezuela la figura del alcalde, como máxima autoridad ejecutiva y administrativa del municipio, aparece creada en la nueva Ley Orgánica de Régimen Municipal, vigente desde el 10 de octubre de 1988 y reformada el 15 de junio de 1989, sin embargo, desde los primeros años de la conquista los españoles imitaron en América la organización gubernativa de la península, designando gobernadores para las provincias y los llamados “alcaldes ordinarios” para las ciudades que iban fundando, los cuales alcanzaron tanta importancia, que hasta llegaron a tener la facultad de sustituir a los gobernadores cuando sus cargos quedaban vacantes, además de más tarde eran los que se encargaban de reunir y presidir a los cabildos para resolver las más ingentes cuestiones de interés para la comunidad y tomar determinaciones que fueron a veces de gran trascendencia para el destino del país.

En la concepción más moderna y según la experiencia de países que tienen una muy avanzada organización municipal, el alcalde se erige como una figura de primer orden y representatividad, teniéndosele como el gran gerente de una ciudad y quien tiene a su cargo las más importantes responsabilidades ejecutivas, en cuanto a los asuntos de la vida local.

Ejemplos de ello son: el “mayor” de los Estados Unidos e Inglaterra, el “sindaco” de Italia, el “maire” de Francia, el “buergermeister” de Alemania, el “intendente” de Uruguay.

### EL ALCALDE, LOS PREFECTOS Y OTROS FUNCIONARIOS LOCALES

En Venezuela ha existido y existe aún otro tipo de funcionarios y órganos públicos locales, que generalmente funcionan en caseríos u

otros sectores de un municipio, a los que indebidamente las leyes estatales denominan “alcaldes” y “alcaldías”, respectivamente, que son dependientes del poder estatal. Esos “alcaldes” no son funcionarios municipales, sino representantes locales del gobernador, al igual que los prefectos, subprefectos, jefes civiles y comisarios de aldeas, quienes podrán seguir vigentes y con las mismas facultades que hasta ahora han tenido, a los que corresponden atribuciones policiales, para el mantenimiento del orden público, la tranquilidad social, la armonía vecinal y otros asuntos, entre ellos los conferidos por las respectivas leyes de régimen político y códigos de policía de los Estados, además de las funciones que les asigna el Código Civil, para registros de nacimientos, defunciones y otras actuaciones, especialmente las relacionadas con el estado civil de las personas.

El alcalde es pues un funcionario público diferente de los antes nombrados, sin ingerencia directa en la organización o funcionamiento de los cuerpos policiales nacionales o estatales.

No obstante que la policía urbana o rural es de carácter estatal y no municipal, porque su organización y funcionamiento corresponde a la competencia de los Estados, como lo establece la Constitución, sin embargo ésta también prevé que los Estados pueden determinar algunas ramas de este servicio como de la competencia municipal.

#### EL ALCALDE Y EL ANTERIOR PRESIDENTE DEL CONCEJO MUNICIPAL

Si bien al alcalde le corresponden funciones similares a las que ejercía el anteriormente denominado “presidente del Concejo Municipal”, sin embargo, por su autonomía funcional respecto al Concejo y por no ser concejal, es un funcionario de otra índole, que debe desempeñar un cargo a tiempo completo y remunerado, con un salario fijo que le será fijado en la ordenanza de presupuesto, en contraste con el carácter *ad-honorem* que en principio se le atribuye a los concejales, quienes sólo percibirán las llamadas “dietas” por asistencia a limitadas sesiones de cámara o sus comisiones.

#### ATRIBUCIONES DEL ALCALDE

Al desempeñar la rama ejecutiva del gobierno municipal y como presidente de la Cámara Municipal, según los artículos 72 y 77 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, el alcalde tiene, entre otras, las siguientes atribuciones:

1. Dirigir el gobierno y administración municipal y ejercer la representación del municipio en el ámbito de su competencia, ante cualesquiera entidades o personas jurídicas públicas o privadas.

2. Ejercer la presidencia del Concejo Municipal y, en consecuencia, dirigir sus sesiones.
3. Ejercer el derecho de palabra, pero sin derecho a voto, en todas las sesiones de cámara del Concejo Municipal, o de sus comisiones.
4. Ejecutar, dirigir e inspeccionar los servicios y obras municipales, teniendo a su cargo la celebración de todos los contratos que sean necesarios para ello.
5. Dictar reglamentos de carácter interno y demás actos administrativos de la entidad municipal.
6. Nombrar, dirigir, administrar, remover o destituir el personal municipal, conforme a los procedimientos establecidos, con excepción del secretario municipal, el síndico procurador municipal y el contralor municipal, quienes sí son designados por mayoría de votos de los concejales, además del personal asignado a la cámara y las respectivas dependencias de dichos funcionarios.
7. Disponer los gastos y ordenar pagos, conforme a las ordenanzas correspondientes.
8. Someter a consideración del Concejo los planes y programas de gestión local, así como el proyecto de Ordenanza de Presupuesto de Ingresos y Gastos.
9. Presentar al Concejo proyectos de ordenanzas, acuerdos, decretos y reglamentos.
10. Ejecutar los planes de desarrollo urbano local, elaborados y sancionados por el Concejo Municipal, de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística y según las especificaciones técnicas emanadas de los organismos nacionales de planeamiento urbano.
11. Autorizar al Síndico Procurador Municipal para designar apoderados judiciales o extrajudiciales.
12. Conocer y decidir en apelación, las decisiones que dicten los directores y demás funcionarios municipales.
13. Estimular la colaboración y solidaridad de los vecinos, para la mejor convivencia de la comunidad.

También le corresponde al alcalde la atribución que el Código Civil le asigna a la primera autoridad civil de un municipio y como Presidente del Concejo Municipal, para la autorización y celebración

de matrimonios, así como otros actos y registros referentes al estado civil.

Para la mejor ejecución de esas y otras atribuciones conferidas por la precitada Ley Orgánica y demás normas jurídicas nacionales, estatales y municipales, el alcalde estará obligado a llevar al día, mediante registros adecuados, el inventario de los bienes de la entidad; proteger y conservar esos bienes, requiriendo de las autoridades públicas competentes el establecimiento de responsabilidades para quienes los tengan a su cargo, cuidado y custodia; llevar buenas relaciones con los demás poderes y entidades, cooperando con ellos para el mejor cumplimiento de sus fines; y mantener informada a la comunidad sobre la marcha de la Administración e interesarla en la resolución de sus problemas.

#### SUSPENSION Y REMOCION DEL ALCALDE. MODOS DE SUPLIR SUS AUSENCIAS ABSOLUTAS Y TEMPORALES

El alcalde está obligado a presentar ante el Concejo una Memoria y Cuenta de su gestión anual y si ésta es improbadá por decisión expresa y motivada, con el voto de las tres cuartas partes de los concejales, dicho funcionario quedará suspendido en el ejercicio de su cargo y se convocará a un referéndum en un plazo máximo de treinta días, para que los electores locales decidan sobre la revocatoria o no de su mandato.

Si el electorado se pronunciare por dicha revocatoria, se producirá su falta absoluta y se procederá a su sustitución en la forma que más adelante se indica, pero si fuere en sentido contrario, el alcalde suspendido reasumirá sus funciones.

Durante la suspensión, el alcalde será suplido por el concejal que designe la Cámara y si el electorado se pronunciare sobre su remoción definitiva se procederá a nueva elección popular, siempre que esa vacante absoluta tuviere lugar antes de cumplirse la mitad de su período legal de tres años.

Esa nueva elección de alcalde se efectuará también cuando por cualquier otro motivo se produjere falta absoluta del mismo, o sea, por muerte, renuncia u otra causa por la que haya de perder su investidura, siempre que ello se produzca antes de tomar posesión o antes de cumplir la mitad de dicho período legal. Si cualquiera de esas circunstancias tiene lugar después de trascurrido ese tiempo, no habrá elección popular y el Concejo designará a uno de sus miembros para que ejerza ese cargo por lo que resta de período.

Y mientras se lleva a cabo la toma de posesión del nuevo alcalde electo popularmente por el Concejo, según sea el caso, se encargará de la Alcaldía el Vicepresidente del Concejo.

Ahora, las ausencias temporales del alcalde, en lo que respecta a sus funciones ejecutivas, serán suplidas por el funcionario de más alto nivel de dirección que él mismo designe, a menos que se trate de una suspensión por efecto de un auto de detención judicial que le fuere dictado, en cuyo caso la designación de quien deba suplirlo la hará el Concejo.

#### IMPEDIMENTOS Y PROHIBICIONES PARA EL ALCALDE Y CONCEJALES

Para el cargo de alcalde, así como para el de concejal, no pueden ser postulados quienes, por sí o por interpuesta persona, ejecuten un contrato o presten un servicio público por cuenta de la entidad municipal o de alguna empresa en que la misma tenga alguna participación; o quienes tengan acciones o cualquier derecho en empresas que tengan contratos con dicha entidad, aun cuando los traspasen a terceras personas; o que sean deudores morosos de tales entidades. De lo contrario, quienes resulten elegidos y se encuentren dentro de tales impedimentos, quedarán inhabilitados para ejercer esos cargos.

Por otra parte, al alcalde y concejales les está prohibido intervenir en la resolución de asuntos municipales en que estén interesados personalmente, o su cónyuge o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, o empresas de que sean accionistas; así como celebrar contratos, por sí o por interpuesta persona, sobre bienes o rentas municipales, salvo que se traten de simples usuarios de los servicios públicos locales; y tampoco podrán desempeñar otros cargos públicos en la administración municipal o entes descentralizados del municipio.

#### OTROS FUNCIONARIOS Y ORGANOS MUNICIPALES

Además del alcalde y los concejales, que son los únicos funcionarios del municipio electos popularmente, existen otros cuya elección corresponde hacerla el Concejo Municipal: el secretario, el síndico procurador y el contralor, quienes deben ser elegidos fuera de su seno; y el vicepresidente, quien sí es electo dentro de su seno, o sea de entre los concejales.

#### EL SECRETARIO

El secretario es el funcionario que tendrá a su cargo la secretaría del Concejo Municipal y es designado por mayoría de votos de los

mal, con hombre distinto de su marido. Es un *delito instantáneo*, puesto que se consume con tal acto sexual, por esporádico que sea.

En consecuencia, en Venezuela, la inseminación artificial heteróloga de una mujer casada, sin el consentimiento de su marido, es un acto atípico, puesto que en este caso no hay acto carnal. No es posible crear delitos por analogía.

b) *Sujeto activo*. La mujer casada y, en su caso, el hombre que tiene acto sexual con ella, a sabiendas de su estado civil.

c) *Sujeto pasivo*. Es el marido de la adúltera.

ch) *Culpabilidad*. Este delito es *doloso*. Si la mujer casada puede creerse, razonablemente, viuda (por ejemplo, en virtud de que le ha sido comunicada, por error y por la autoridad competente, la muerte de su marido en acción de guerra), no comete adulterio. Tampoco incurre en delito el hombre que tiene acto carnal con una mujer casada, en la creencia de que es soltera, viuda o divorciada.

Si la mujer piensa que tiene acto sexual con su marido cuando en realidad yace con otro hombre que fraudulentamente se ha introducido en el lecho conyugal, es inculpable; pero el hombre que ha suplantado al marido deberá ser responsabilizado de violación —con violencia *ope legis*— y adulterio, en concurso ideal.

d) *Proceso ejecutivo*. El adulterio se consume cuando la mujer tiene acto sexual con hombre distinto de su marido, sin que sea menester la *seminatio intra vas*, esto es, el perfeccionamiento fisiológico del coito. Se concibe la tentativa, pero no la frustración, que se confunde con la consumación.

e) *Penalidad*. *Prisión* de seis meses a tres años.

B. *Adulterio del marido*. El art. 397 del C.P. estatuye: “El marido que mantenga concubina en la casa conyugal, o también fuera de ella, si el hecho es notorio, será castigado con prisión de tres a dieciocho meses. La condena produce de derecho la pérdida del poder marital.

La concubina será penada con prisión de tres meses a un año”.

a) *Acción*. El marido mantiene concubina en la casa conyugal, aunque la relación no sea notoria, o fuera de ella, con notoriedad. El verbo *mantener* no debe tomarse en su acepción económica, sino en el sentido de que el delito es *permanente*. No comete adulterio el marido que tiene un acto sexual aislado con *otra mujer*, a menos que ésta sea también casada, y aquél lo sepa, caso en el cual será coautor del adulterio de la mujer.

b) *Sujeto activo.* El marido que mantiene concubina en las susomen-  
tadas condiciones y, en su caso, la concubina que obra con conoci-  
miento del estado conyugal de su amante.

Si un hombre y una mujer casados con terceras personas viven en  
concubinato, en las circunstancias antes indicadas, ambos incurren  
en los delitos previstos en los arts. 396 y 397 del C.P., en concu-  
rso real.

c) *Sujeto pasivo.* La mujer del hombre que mantiene concubina.

ch) *Culpabilidad.* El tipo es *doloso*. El error acerca de la existencia del  
vínculo matrimonial excluye el dolo y, en consecuencia, la culpa-  
bilidad.

d) *Proceso ejecutivo.* Este delito se consuma con la unión concubina-  
ria, en las condiciones predichas. No admite tentativa ni frustración,  
puesto que el acto sexual esporádico de un hombre casado con mujer  
soltera, viuda o divorciada es atípico.

e) *Penalidad.* La pena aplicable al marido adúltero es *prisión* de tres a  
dieciocho meses. Esta pena es, exactamente, la mitad de la prevista  
para la mujer adúltera (art. 396), lo que entraña una lamentable injus-  
ticia, que no proviene del Codice Zanardelli, que establece la misma  
pena en uno y otro caso (arts. 353 y 354). La última reforma del  
Código Civil (26-7-82) eliminó la potestad marital. La concubina será  
sancionada con *prisión* de tres meses a un año.

### C. *Disposiciones comunes*

a) *Tipo atenuado.* El art. 398 del C.P. dispone: "Si los cónyuges esta-  
ban legalmente separados, o si el cónyuge culpable había sido aban-  
donado por el otro, la pena de los delitos a que se refieren los dos  
artículos anteriores, será, para cada uno de los culpables, prisión de  
quince días a tres meses".

El fundamento de la atenuación de responsabilidad penal radica  
en que la violación del orden jurídico matrimonial, ya alterado con la  
separación o el abandono, es más leve que en los tipos simples ya exa-  
minados.<sup>19</sup> Adviértase que, en este caso, la pena es la misma para  
todos los infractores.

b) *Acción privada.* El encabezamiento del art. 399 del C.P. estatuye:  
"En lo que concierne a los delitos previstos en los artículos preceden-

---

10. Vincenzo Manzini: *Trattato di Diritto Penale Italiano*, seconda edizione accresciuta  
e perfezionata, vol. VI, p. 672, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino,  
1922.

tes, el enjuiciamiento no se hará lugar sino por acusación del marido o de la mujer. La querrela comprenderá necesariamente al coautor del adulterio o a la concubina”.

c) *Caducidad de la acción penal.* El art. 399, primer aparte, del C.P., preceptúa: “La instancia o querrela no es admisible si ha transcurrido un año desde la fecha en que el cónyuge ofendido tuvo conocimiento del adulterio cometido”.

Esta caducidad no debe confundirse con la prescripción de la acción penal, la cual sigue siendo regulada por sus normas generales (arts. 108 a 110 del C.P.). De manera que, si la noticia del hecho fuese obtenida después del transcurso del término prescriptivo, la acción penal no es admisible, aunque la querrela haya sido presentada antes de que haya transcurrido un año desde la fecha en que el cónyuge ofendido tuvo conocimiento del adulterio cometido.<sup>11</sup>

d) *Separación por culpa del ofendido.* El art. 399, *in fine*, del C.P. prescribe que la acusación no será tampoco admisible si procede del cónyuge por cuya culpa se hubiere pronunciado sentencia de separación de cuerpos.

e) *Causas de exención de pena.* El art. 400 del C.P. establece: “El culpable de alguno de los delitos previstos en los artículos precedentes quedará exento de pena:

1° En el caso de acusación o querrela del marido, cuando la mujer pruebe que él también, en el año anterior al hecho, había cometido el delito especificado en el artículo 397, o había obligado o expuesto a su mujer a prostituirse o excitado o favorecido su corrupción.

2° En el caso de acusación de la mujer, cuando el marido compruebe que ella también, durante el tiempo arriba indicado, ha cometido el delito a que se contrae el artículo 396”.

Estas eximentes tiene como fundamento la *indignidad* del acusador.

f) *Desistimiento.* Según el art. 401, enc., del C.P., el desistimiento procede eficazmente aun después de la condenación, haciendo que cesen la ejecución de la sentencia y sus consecuencias penales. Es ésta una norma especial. Como regla, el desistimiento no tiene efecto si interviene después de recaída sentencia firme (arts. 106, enc., 380, segundo aparte, y 387, *in fine*, del C.P.).

11. *Cfr.* Manzini, ob. y vol. cit., pp. 681 y 682.

Dispone el art. 401, aparte único, del C.P. que la muerte del cónyuge acusador produce los efectos del desistimiento.

### 3. *Bigamia*

A. *Tipo simple*. “Cualquiera que, estando casado válidamente, haya contraído otro matrimonio, o que, no estándolo, hubiere contraído, a sabiendas, matrimonio con persona casada legítimamente, será castigado con prisión de dos a cuatro años” (art. 402, enc., del C.P.).

a) *Acción*. Una persona válidamente casada contrae nuevo matrimonio; o una persona soltera, viuda o divorciada contrae, a sabiendas, matrimonio con persona casada legítimamente.

Como se ve, este tipo contiene, innecesariamente, un *elemento subjetivo (a sabiendas)*, que vincula la acción con la culpabilidad, que será estudiada posteriormente. Incluye, además, dos *elementos normativos (válidamente, legítimamente)*, que sólo por impaciencia del legislador, para usar la expresión del maestro hispano Luis Jiménez de Asúa, figuran en el tipo.

#### b) *Requisitos*

a') Ha de existir un matrimonio válido.

b') El nuevo matrimonio debe ser *formalmente* válido, aunque, desde luego, está viciado de nulidad por causa de bigamia.

c) *Cuestión prejudicial civil*. En los juicios por bigamia puede plantearse como cuestión prejudicial civil la nulidad del primer matrimonio, o la nulidad del segundo por causa distinta de la bigamia (art. 8° del Código de Enjuiciamiento Criminal venezolano vigente). Si la nulidad propuesta es declarada con lugar, no hay bigamia. Al respecto la Casación venezolana ha dicho: “El delito surge en el momento en que por virtud de una decisión civil ejecutoriada, quede establecido que la causa de nulidad alegada no existe, y que el segundo matrimonio es nulo sólo por razón de la existencia válida del primero; pues si la jurisdicción civil declara que uno de los dos matrimonios es nulo por cualquiera de los otros vicios que lo afecten según el Código Civil, entonces no podría haber delito de bigamia, que se comete por quien, estando válidamente casado, haya contraído otro matrimonio, que, desde luego, no sea nulo en sí mismo, es decir, que de no existir el primer matrimonio sería válido”.<sup>12</sup>

12. *Cit.* por Héctor Febres Cordero; *Curso de Derecho Penal*, Parte Especial, *Delitos contra las buenas costumbres y el buen orden de las familias*, p. 260, Talleres Gráficos Universitarios, Mérida, 1976.

Por lo contrario, la muerte del primer cónyuge, una vez celebradas las nuevas nupcias, no excluye la existencia de la bigamia, puesto que este delito ya se ha consumado en el momento de tal celebración. La muerte no posee el efecto retroactivo que tiene tal nulidad. Lo que sí ocurre, en la hipótesis planteada, es que empieza a correr el lapso de prescripción de la acción penal derivada del delito de bigamia, en virtud de la disolución, por causa de muerte, del primer matrimonio (art. 404 del C.P.).

ch) *Sujeto activo.* La persona válidamente casada que ha contraído otro matrimonio y, en su caso, quien no estando casado ha contraído matrimonio con persona a la que sabe legítimamente casada. Por lo tanto, la bigamia es un delito de *sujeto activo indiferente*, que puede ser cometido no solamente por una persona casada, como suele creerse, sino también por solteros, viudos y divorciados. En efecto, si una persona soltera, viuda o divorciada se casa con otra a la que sabe casada válidamente, perpetra el delito de bigamia.

Si alguien, después de contraer matrimonio válido en Venezuela y luego de divorciarse en el extranjero, pero sin obtener el *exequatur* de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa,<sup>13</sup> para la sentencia extranjera de divorcio, se casa de nuevo en Venezuela, tal persona comete delito de bigamia, y asimismo perpetra este delito quien, con conocimiento de los hechos preindicados, contraiga matrimonio con ella.

En cambio, no hay delito cuando se ha obtenido el *exequatur*. No importa que la causal de divorcio reciba denominaciones diferentes en la legislación extranjera y en la venezolana. Lo que interesa es que la causal sea, en sustancia, la misma en la una y la otra. Se requiere la *identidad de normas*, sin que sea menester la identidad de nombres. La Corte Suprema de Justicia, en sala Político-Administrativa ha decidido: "Se fundamenta el divorcio en la 'incompatibilidad de caracteres', causal que ha sido reconocida jurisprudencialmente por esta sala, aun cuando no esté expresamente enunciada en nuestras leyes, en virtud de reflejar una evidente y deteriorada relación matrimonial producida por la concurrencia de hechos y circunstancias anteceden-

13. Art. 850 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con arts. 42, ord. 25, y 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Excepcionalmente, no es menester *el exequatur* con respecto a las sentencias dictadas en asuntos civiles y comerciales por los tribunales competentes de los países signatarios con Venezuela (Colombia, Ecuador, Bolivia y Perú) del Acuerdo sobre Ejecución de Actos Extranjeros de 18-7-1911 (aprobación legislativa: 11-6-1912; ratificación ejecutiva: 19-12-1914), a condición, claro está, de que estén satisfechos los requisitos previstos en el art. 5 del Acuerdo precitado.

tes, que a su vez denotan e integran por sí mismos la existencia de otras causales de divorcio: abandono, ofensas, malos tratos, admitidas por nuestra Ley. La incompatibilidad surge como resultado o desenlace de hechos individuales y distintos, lesivos de la vida conyugal, que concluyen por deteriorarla o destruirla. En este sentido se observa que la sentencia extranjera, en uno de sus considerandos, asienta: 'Que en el presente caso, y en virtud de las declaraciones prestadas en audiencia por los testigos Alejandro Amparo Sánchez y José Rivera Reyes, se establece de un modo inequívoco que existe entre los esposos en causa un estado definitivo de incompatibilidad de caracteres, justificada por hechos precisos, que al traducirse al público, éste se ha enterado de la vida poco feliz de dichos esposos constituyendo un serio motivo de perturbación social, por cuyo motivo de perturbación social procede admitir el divorcio aludido'. Tal declaración coincide, aunque en términos diferentes, con la jurisprudencia de este Alto Tribunal. Lo expuesto y transcrito conduce a esta Sala a concluir que los hechos constitutivos de la causal de incompatibilidad, que sustentaron la sentencia extranjera, son admitidos como causal de divorcio en la legislación venezolana, y así se decide".<sup>14</sup>

d) *Sujeto pasivo.* El sujeto pasivo del delito de bigamia es, siempre, el cónyuge inculpable de quien contrajo un segundo matrimonio y, en caso de inocencia de uno de los seudocónyuges unidos mediante el nuevo matrimonio, además este contrayente inculpable.<sup>15</sup>

e) *Culpabilidad.* La bigamia es un delito *doloso*. El dolo consiste en la intención de quien se sabe válidamente casado de contraer nuevo matrimonio; o, en su caso, en la intención de la persona soltera, viuda o divorciada de contraer matrimonio con quien sabe legítimamente casado (elementos intelectual y afectivo). La duda vale como *dolo eventual*.

f) *Proceso ejecutivo.* El delito de bigamia se consuma con la celebración del nuevo matrimonio, sin que sea necesaria la llamada consumación del matrimonio mismo, esto es, el ayuntamiento carnal de los pseudocónyuges, ni su convivencia.<sup>16</sup>

14. Sentencia del 23 de febrero de 1989, con ponencia de la magistrada doctora Josefina Calcaño de Temeltas, en *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, del doctor Oscar R. Pierre Tapia, N° 2, año XVI, Editorial Jurídica Pierre Tapia, Caracas, febrero de 1989.

15. *Vid.* Manzini, ob. y vol. cit., p. 698.

16. *Cfr.* Manzini, ob. y vol., cit., p. 701; Fügér: *Die bürgerlichrechtlichen Voraussetzungen des Ehebruchs und der Bigamie*, Würzburg, 1906, p. 47.

Según los autores,<sup>17</sup> la bigamia es un delito permanente. Esta opinión es errónea porque la cesación del estado antijurídico creado con el nuevo matrimonio no depende de la voluntad del agente. En realidad, la bigamia es un *delito instantáneo* aunque de *efectos permanentes*. Así tiene sentido la norma especial consagrada en el art. 404 del C.P.: “La prescripción de la acción penal por el delito previsto en el artículo 402, correrá desde el día en que se haya disuelto uno de los dos matrimonios, o desde el día en que el segundo matrimonio se hubiere declarado nulo por causa de bigamia”. Si la bigamia fuese un delito permanente, la citada disposición sería una superflua repetición de la regla prevista en el art. 109, enc., del C.P., de acuerdo con la cual “comenzará la prescripción para las infracciones permanentes desde el día en que cesó la permanencia del hecho”.<sup>18</sup> El precepto establecido en el art. 404 es sabio, porque si la prescripción de la acción penal empezase a computarse desde el día de la celebración del nuevo matrimonio, la acción penal podría prescribir no obstante la subsistencia de la situación antijurídica creada por el delito.<sup>19</sup>

La bigamia admite el grado de tentativa. No se concibe, en cambio, el grado de frustración, porque si se realizan todos los actos necesarios para consumar el delito, celebrando un segundo matrimonio formalmente válido, la bigamia se perfecciona. En otros términos, la frustración equivale a la consumación.

La bigamia puede concurrir materialmente, y es lo que ocurre de ordinario, con el adulterio.

g) *Penalidad.* Prisión de dos a cuatro años.

h) *Tipo agravado.* “Si el culpable hubiere inducido en error a la persona con quien ha contraído matrimonio, engañándola respecto a la libertad de su propio estado o el de ella, la pena será de presidio de tres a cinco años” (art. 402, primer aparte, del C.P.).

Ejemplos: Juan, a sabiendas de que está casado, convence a María de que no lo está. O bien, Antonio, que es soltero, induce en error a Claudia, a quien sabe casada, persuadiéndola de que su matrimonio ha quedado disuelto por divorcio.

i) *Agravante específica.* “Será castigado con las penas anteriores, aumentadas de un quinto a un tercio, el que, estando válidamente

17. *Vid.*, por todos, Maggiore, ob. y vol. cits., pp. 181 y 182.

18. *Cfr.* Manzini, ob cit. y vol. cits., p. 701.

19. Cuello Calón, ob. cit y t. cits., pp. 736 y 737, nota 6.

casado, haya contraído otro matrimonio a sabiendas de que el otro contrayente era también legítimamente casado” (art. 402, *in fine*, del C.P.). Esta es la llamada *doble bigamia*.

Ejemplos: Pedro, a sabiendas de que está válidamente casado, contrae matrimonio con Irene, a quien también sabe casada, sin inducirle en error. En este caso, ha de aplicarse a Pedro la pena del tipo básico, con el aumento pautado por la agravante específica.

Rafael, quien sabe que está casado, celebra nuevas nupcias con Lucía, a quien también sabe casada, induciéndola en error en lo concerniente a la libertad de su propio estado o el de ella. En tal supuesto, debe imponerse a Rafael la pena del tipo agravado, también con el aumento proveniente de la existencia de la agravante específica.

j) *Naturaleza de la acción penal.* La bigamia, en todas sus formas, es un delito de *acción pública*.

k) *Efectos civiles.* El art. 403 del C.P. preceptúa: “Los reos de bigamia<sup>20</sup> deberán ser condenados, por vía de indemnización civil a mantener la prole menor de edad; y si la contrayente inocente es soltera y no se ha hecho constar que no es honesta, deberán ser, además, condenados a dotarla”.

Certeramente anota Torres-Rivero<sup>21</sup> que este dispositivo es superfluo, porque el matrimonio declarado nulo produce efectos civiles para los hijos y el cónyuge de buena fe (ver art. 127, primer aparte, del Código Civil).

Por otra parte, en Venezuela no existen regímenes dotales.

l) El art. 129 del Código Civil estatuye: “Cuando en el juicio de nulidad de un matrimonio, resultare algún hecho punible de uno o de ambos cónyuges, el Tribunal que conoce del asunto remitirá copia de las piezas correspondientes al juez de la jurisdicción penal para que ante éste se siga el juicio correspondiente”.

4. *Suposición y supresión de estado.* El art. 405 del C.P. prescribe: “El que ocultando o cambiando un niño haya así suprimido o alterado el estado civil de éste, así como el que hubiere hecho figurar en los registros del estado civil un niño que no existe, será castigado con prisión de tres a cinco años.

---

20. *Rectius:* El reo de bigamia.

21. *Delitos contra el estado*, Derecho de Familia, Parte General, pp. 24 y 25, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1985.

El que, fuera de los casos previstos en la primera parte de este artículo, pone en alguna casa de expósitos o en otros lugar de beneficencia, un niño legítimo o natural reconocido, o bien lo presenta en tales establecimientos, ocultando su estado, será castigado con prisión de cuarenta y cinco días a tres años; y si el culpable fuere un ascendiente, la pena de prisión podrá ser hasta de cuatro años”.

A. *Acción*. La primera parte de este artículo comprende las siguientes hipótesis:

a) *Supresión de estado*, que suele ser cometida con fines pecuniarios (p. ej., por el padre del *de cuius*, para evitar ser excluido de la sucesión del hijo por un hijo de éste, que es, por lo tanto, nieto del agente).

b) *Suposición de estado*, que también es perpetrada, de ordinario, con miras económicas (verbigracia, por la viuda sin hijos, que se propone excluir de la sucesión de su difunto marido a los ascendientes de éste).

c) *Alteración de estado*, que entraña simultáneamente supresión y suposición. En efecto, se suprime el estado civil que en realidad corresponde al niño; y se supone el que se le adjudica falsamente. Este delito puede perpetrarse para obviar los trámites de la adopción. O, como señala Pacheco Osorio,<sup>22</sup> puede consistir en la *sustitución de un niño por otro*. Así sucede cuando dos madres, que han tenido hijos de diferentes sexos, resuelven permutarlos con el fin de satisfacer los caprichos o deseos de sus respectivos esposos, o de uno de ellos que aspiraba a que su criatura resultase de género distinto del que le dio la naturaleza; o cuando una nodriza o enfermera, con el propósito de favorecer al hijo de su amiga pobre, lo trueca por el de una familia acaudalada. En tales supuestos se lesiona el estado civil de dos niños, a quienes se les *altera* el dicho estado.

El aparte de la disposición en examen prevé la *ocultación de estado*, que no debe ser confundida con la supresión del mismo, puesto que en la ocultación el estado civil del niño (matrimonial o extramatrimonial) ha quedado establecido legalmente. Como esta hipótesis envuelve menor gravedad que las previstas en la primera parte del art. 405, es natural que tenga atribuida una pena menor que la indicada en el encabezamiento. La ocultación se comete frecuentemente en virtud de la miseria del sujeto activo.

Por *niño* debe entenderse no sólo el recién nacido, sino en general el ser que no tiene aún conocimiento de sus relaciones de familia ni capacidad para velar por ellas.<sup>23</sup>

22. Ob. y t. cits., p. 170.

23. Vid. Cuello Calón, ob. y t. cits., p. 721.

B. *Culpabilidad*. Es menester el *dolo*.

C. *Proceso ejecutivo*. El delito en estudio es *instantáneo de efectos permanentes*. Admite la tentativa y la frustración.

D. *Penalidad*. La supresión, suposición y alteración de estado acarrear pena de *prisión* de tres a cinco años. La ocultación de estado tiene como consecuencia una pena de *prisión* de cuarenta y cinco días a tres años; y si el culpable fuere un ascendiente, el índice máximo de la pena de prisión puede elevarse hasta cuatro años.

E. *Tipo atenuado por causa de honor o por motivo pietista*. “El culpable de alguno de los delitos previstos en el artículo precedente, que hubiere cometido el hecho por salvar su propio honor o la honra de su esposa, de su madre, de su descendiente, de su hija adoptiva o de su hermana, o por prevenir malos tratamientos inminentes, será castigado con prisión por tiempo de quince días a dieciocho meses” (art. 406 del C.P.).

Aunque según la letra del art. 406 esta atenuación es aplicable a cualquiera de los “delitos previstos en el artículo precedente”, parece diáfano que únicamente lo es respecto de la supresión y de la alteración de estado; porque no se entiende cómo puede salvarse el honor de alguien ni prevenir malos tratamientos inminentes mediante la suposición de estado.<sup>24</sup>

F. *Naturaleza de la acción penal*. Este delito, en todas sus clases, es de *acción pública*.

*Nota final*: Agradezco a mi hija, secretaria y colega Rosibel la paciencia que ha tenido para soportar la tensión derivada de mi afán perfeccionista. Este trabajo de síntesis implica muchas horas de desvelado estudio. Como dijo mi maestro Valentín Silva Melero, hay que pensar mucho para escribir, con claridad y sistema, lo indispensable. En palabras de Gracián, “más obran quintas esencias que fárragos”.

Valencia, 13 de septiembre de 1989.

---

24. *Cfr.* Pacheco Osorio, ob. y t. cit., pp. 177 y 178. Por supuesto, el tipo atenuado también comprende la ocultación de estado.

## A P E N D I C E

### SUSTRACCION Y RETENCION DE MENORES

El artículo 178 del C.P. ven.<sup>1</sup> dispone: "Cualquiera que, con un objeto extraño al de satisfacer sus propias pasiones, de contraer matrimonio o de realizar alguna ganancia, hubiera arrebatado a una persona menor de quince años, aun<sup>2</sup> consintiéndolo ella, del lado de sus padres, tutores o demás guardadores, siquiera sea temporalmente, será castigado con prisión de seis meses a dos años; é igual pena se impondrá al que, indebidamente, secuestre<sup>3</sup> a dicha persona aunque<sup>4</sup> ésta preste su asenso para ello.

Si el delito se hubiere cometido sin la aquiescencia de la persona arrebatada o secuestrada, o si ésta no tuviere doce años de edad, se aplicarán, según los casos, las disposiciones y las penas especificadas en los artículos precedentes".<sup>5</sup>

1. Concuera con el art. 148 del Código Zanardelli. El legislador penal venezolano incurre en frecuentes y graves errores al traducir el Codice Zanardelli. Pero, en este caso, francamente abusa. Para poner de manifiesto los disparates en que incurre el legislador, creemos necesario transcribir el art. 148 del Código Zanardelli: "El que, con un fin distinto del de lujuria, de matrimonio o de lucro, sustrae a una persona menor de quince años, con el consentimiento de ella, del lado de sus padres o tutores, o del lado de quien sobre aquélla tenía la guarda o la custodia, aunque sea temporal, o la retiene indebidamente, con el consentimiento de ella, será penado con reclusión hasta por un año.

Si el hecho se ha cometido sin el consentimiento de la persona sustraída o retenida, o si la misma no había cumplido los doce años, serán aplicadas, según los casos, las disposiciones y las penas establecidas en los artículos precedentes". Nuestra traducción no es literal, pero sí fiel.

2. Sobre este adverbio. Por consiguiente, debe leerse: *consintiéndolo* ella. El propio C.P. ven. establece que, si el delito se hubiere cometido sin la aquiescencia del menor, se aplicarán otras disposiciones.
3. ¿Acaso se puede *secuestrar* a alguien debidamente? Obsérvese que el Código Zanardelli se refiere, en este caso, al menor indebidamente *retenido*.
4. Incurre en nuevo desatino el C.P. ven. al emplear esta conjunción adversativa. Léase: *siempre que* ésta preste su asenso para ello.
5. La remisión debe entenderse hecha a los arts. 174, 175 y 177, y no al art. 176, que prevé los delitos de violencia privada y amenazas.

A) *Acción*. La acción estriba en arrebatarse (sustraer) del lado de sus padres, tutores o demás guardadores o secuestrar (retener) a una persona menor de quince años con el consentimiento de ella. Impropiamente, el C.P. venezolano emplea los verbos "arrebatarse" y "secuestrar".

Si el arrebatamiento (sustracción) o secuestro (retención) se realizan sin el consentimiento de la persona menor de quince años, o si la persona arrebatada (sustraída) o secuestrada (retenida) no tuviere doce años de edad, se aplicarán, según los casos, las disposiciones y las penas especificadas en los artículos 174, 175 y 177 del C.P.

B) *Sujeto activo*. Es *indiferente*. Son penalmente responsables tanto quien sustrae al menor, cuanto quien lo retiene indebidamente. Es obvio que la misma persona puede sustraer y retener, sucesivamente, caso en el cual no hay concurso real de delitos.

C) *Sujeto pasivo*. El sujeto pasivo *inmediato* ha de ser una persona que no haya alcanzado la edad de quince, pero sí la de doce años.<sup>6</sup> Si la persona sustraída o indebidamente retenida no ha cumplido la edad de doce años, se aplicarán, según los casos, las disposiciones y las penas especificadas en los artículos 174 (plagio), 175 (privación ilegítima de libertad perpetrada por un particular) y 177 (privación ilegítima de libertad cometida por un funcionario público) del C.P.

El sujeto pasivo *mediato* es el padre —y la madre—, el tutor o el guardador del sujeto pasivo inmediato.

D) *Objeto material*. Es el mismo sujeto pasivo inmediato.

E) *Culpabilidad*. Este delito es *doloso*. El agente debe obrar con un fin distinto de los de satisfacer sus propias pasiones, contraer matrimonio o realizar alguna ganancia.<sup>7</sup> El fin de satisfacer las propias pasiones (fin de libertinaje) y el de contraer matrimonio determinan la existencia de un delito de raptó (art. 385 del C.P.). Cuando el sujeto activo persigue el fin de realizar alguna ganancia, existe un delito de secuestro propiamente dicho (art. 462, enc., del C.P.).<sup>8</sup> El tipo legal que nos ocupa contiene, por tanto, un *elemento subjetivo remanente o residual*.

6. Al interrumpir el ejercicio de la patria potestad, tutela, etc., el hecho perjudica, primordialmente, al menor, en cuyo favor se ejercen tales *poderes familiares* (cfr. el primer aparte del art. 261 del Código Civil venezolano vigente).

7. El art. 178, enc., respecto al fin del delito examinado, se expide sólo negativamente, esto es, por exclusión de determinados fines.

8. Sobre el *secuestro propiamente dicho*, es decir, el secuestro con fin de lucro, véase nuestro opúsculo *Dos Estudios de Derecho Penal Especial*, N° IV de la Colección "Estudios Jurídicos" de la Universidad de Carabobo, Valencia, 1973. Además.

F) *Proceso ejecutivo.* Este delito se consuma con la *sustracción* o la *retención*. Admite el grado de tentativa, pero no el de frustración.

G) *Penalidad.* *Prisión* de seis meses a dos años.

H) *Naturaleza de la acción penal.* El delito estudiado es de acción pública.

Tomado de nuestro libro *Delitos contra la Libertad*.



**MODIFICACION DE LA COMPETENCIA PROCESAL  
INTERNACIONAL DIRECTA POR RAZON  
DE CONEXION  
(ESPECIAL REFERENCIA A LOS LITIS-  
CONSORCIOS PASIVOS)**

**EUGENIO HERNÁNDEZ-BRETÓN**

Abogado, UCAB

Master of Laws, Columbia University

Legum Magister, Eberhard-Karls-Universität, Tübingen

Diploma en Derecho Comparado, FIEDC, Strasbourg

*Revista de la Facultad de Derecho, N° 43*

Universidad Católica Andrés Bello

Caracas, Venezuela, 1991



*En homenaje a la señora profesora doctora  
Tatiana Bogdanowsky de Maekelt, Caracas*

Sumario: I. Actualidad de los problemas relativos a la competencia procesal internacional. II. El criterio de la modificación de la competencia procesal internacional directa por conexión en la praxis jurisprudencial de la CSJ-SPA. III. Los límites de la competencia procesal internacional directa y el problema de su modificación por razón de conexión en el derecho venezolano.

I. *Actualidad de los problemas relativos a la competencia procesal internacional*<sup>1</sup>

1. A decir de los expertos jamás en la historia del derecho internacional privado la materia de la competencia procesal internacional había experimentado un desarrollo tan explosivo como en los últimos quince años.<sup>2</sup>

La experiencia venezolana parece confirmar y reactualizar esta afirmación, al punto que puede afirmarse sin ambages que el perfil procesal de los supuestos de hecho jurídicamente internacionalizados ha desplazado en importancia y de manera vertiginosa al perfil sustantivo de los mismos. La reciente reforma del Código de Procedimiento Civil ("CPC") en 1987 y su impacto en el derecho procesal civil

1. Preferimos la expresión "competencia procesal internacional" (directa o indirecta, según el caso) y no la de "conflicto de jurisdicciones" por ser ella menos impropia en describir el fenómeno al cual designa. Para la terminología véase Joaquín Sánchez-Covisa: "Anotaciones sobre la competencia procesal internacional indirecta", en *Studia Iuridica* 1 (1957) pp. 431 ss.; Gonzalo Parra-Aranguren: "Normas de Derecho procesal civil internacional", en *Conferencias sobre el nuevo Código de Procedimiento Civil*. Ciclo Ordinario de Conferencias. Academia de Ciencias Política y Sociales, Caracas. Serie Eventos N° 4 (1986) pp. 143 ss., pp. 148 s.
2. Así se expresan dos de los más calificados especialistas: la profesora Marta Weser (Bruselas) y el señor Paul Jenard, director de administración en el Ministerio de Asuntos Extranjeros (Bélgica) en el *avant-propos* de su obra *Conflicts de Jurisdiction*, Tomo II de la obra de Raymond Vander Elst y Martha Weser: *Droit International Privé Belge et Droit Conventionnel International*. Bruselas, Bruylant (1985).

internacional venezolano, sin que hasta el momento se haya sucedido la esperada y necesaria reforma del derecho internacional privado ("dip") venezolano es testimonio de su importancia teórica.<sup>3</sup> La praxis jurisprudencial también se ha encargado de reafirmar la situación.<sup>4</sup> Las novísimas decisiones de la CSJ-SPA dictadas en materia de competencia procesal internacional directa no agotan su interés en la solución de los casos concretos, sino que aportan datos para contribuir al examen de problemas teóricos de enorme importancia práctica.

2. Dicho calificativo corresponde muy acertadamente al problema de la modificación de la competencia procesal internacional directa por razón de conexión, el cual ha sido objeto de sendos pronunciamientos contradictorios por parte de la CSJ-SPA.<sup>5</sup> Tanto los razonamientos en que pretende apoyarse como las conclusiones que

3. Sobre la reforma del CPC y su impacto en el derecho procesal civil internacional venezolano véase en general: Parra-Aranguren, cit. en nota 1, pp 143 ss.; del mismo autor: *Die venezolanische Zivilprozessordnung von 1987 - Internationales Zivilprozessrecht*, IPRax 1989, pp. 326 ss. En cuanto al proyecto venezolano de reforma del dip (1963-1965) véase Werner Goldschmidt: "Avances de la extraterritorialidad de la ley en el pensamiento jurídico iberoamericano, en *Rev. Esp. Der. Int.* 17 (1964) pp. 335 ss., reproducido en *Estudios iusprivatistas internacionales. Parte General y Derecho Internacional Procesal*, Universidad Nacional de Rosario (1969) pp. 207 ss.; Fritz von Schwind: "Disposiciones generales del proyecto venezolano y recientes tendencias del dip", en *Libro Homenaje a la memoria de Roberto Goldschmidt*, UCV, Caracas (1967) pp. 69 ss.; Paul Heinrich Neuhaus: "Proyecto venezolano de ley de normas de dip. Observaciones de derecho comparado", en *Libro Homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera Mendoza*, Tomo I, UCV, Caracas (1970) pp. 53 ss.; del mismo autor: "La actualidad de la codificación del dip", en *Libro Homenaje a la memoria de Joaquín Sánchez-Covisa*, UCV, Caracas (1975) pp. 245 ss.; Eugenio Hernández-Bretón: "El régimen de las obligaciones en el proyecto venezolano de ley de normas de dip" (1963-1965), *Rev. Fac. Cien. Jur. Pol.*, UCV 69 (1988) pp. 321 ss. El texto del proyecto y su exposición de motivos pueden verse en Tatiana B. de Maekelt: *Material de clase para dip*, Tomo I, 2ª Ed. (1986) UCV, Caracas, pp. 139 ss.
4. De entre las más recientes decisiones son de citar las siguientes: Seguros Avila, C.A. vs NYK Line, Nippon Yusen Kaisha, CSJ-SPA, 26-1-1988, *Gac. For.* 139/I, pp. 75 ss. (1988); Computación Bull de Venezuela, C.A. vs Societé Bull, S.A., CSJ-SPA, 26-1-1988 (original); Enelda Teresa Martínez Cepeda vs VIASA, CSJ-SPA, 28-7-1988, *Jur. Pierre Tapia* 1988/7, pp. 43 ss.; Caso Ramona Carmen Pañeda de Suco, CSJ-SPA, 27-10-1988; Caso Inarco International Bank N.V., CSJ-SPA, 9-2-1989, ambas citadas en Tuna Atlántica, C.A. vs FOSAPATUN, S.A. y Karol Bernard Blok, CSJ-SPA, 1-2-1990 (original) p. 27; Banque Worms, S.A. vs Balandra International Inc. y otros, CSJ-SPA, 8-3-1990 (original).
5. Ellos son: Seguros Avila, C.A. vs NYK Line, Nippon Yusen Kaisha (ponencia doctora Calcaño de Temeltas) y Banque Worms, S.A. vs Balandra International Inc. y otros (ponencia doctora Calcaño de Temeltas, voto salvado de la doctora Sosa Gómez), ambas citadas en la nota anterior.

de ellos deriva la CSJ-SPA son desacertados. Ello no pueden sino producir una extraña sensación de perplejidad. Pronunciamientos de esa especie colocan a los tribunales de instancia en una situación en extremo embarazosa. Por los momentos basta pensar en la actitud a tomar por los tribunales de instancia ante el mandato contenido en el art. 321 CPC.<sup>6</sup> Acoger la doctrina de Casación (en nuestro caso de la CSJ-SPA) establecida en casos análogos, para así defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia resulta así una quimera.

6. Con anterioridad a la entrada en vigencia del CPC 1987 el valor del precedente judicial puede sintetizarse así: Una supuesta violación de la doctrina de Casación no era motivo para fundamentar un recurso de casación (sent. 1-7-1938, *Mem.* 1939-II, p. 131; sent. 8-2-1946, Actuaciones de la Corte Federal y de Casación del año 1946 [1948] 44). Una supuesta violación de la doctrina de Casación era imposible ya que las decisiones de la Corte sólo obligan en el caso concreto y en consecuencia no pueden ser infringidas en ningún otro (sent. 5-8-1927, *Mem.* 1928, p. 266). La misma Casación (o Corte Federal no se consideraba obligada a seguir los precedentes que ella misma había sentado por cuanto: a) La jurisprudencia ni las decisiones aisladas son fuente formal de derecho, b) Ella sólo tiene un valor meramente teórico. A lo sumo se les puede acordar el valor de una presunción de correcta interpretación de la norma por aplicar (sent. 8-2-1946, cit.). El valor práctico de las decisiones del máximo tribunal estaba referido a la uniformidad de las decisiones judiciales y al gran significado de la así resultante regularidad para la vida y desarrollo del derecho (sent. 8-2-1946, cit.). Las decisiones han sido citadas según Henry P. de Vries/José Rodríguez-Novas: *The Law of the Americas. An Introduction to the Legal Systems of the American Republics*. Oceana: Dobbs Ferry, N.Y. (1965) p. 201 s. El texto del extracto de la decisión de 8-2-1946 está también reproducido en Eugenio Hernández-Bretón: "El principio de irretroactividad de los actos administrativos no normativos en la doctrina y en la jurisprudencia de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo", *Rev. Der. Púb.* 24 (1985) pp. 211, 224. En cuanto al valor de la jurisprudencia en el derecho romano clásico, Max Kaser: "Das Urteil als Rechtsquelle im römischen Recht", en *Festschrift für Fritz Schwind zum 65. Geburtstag*. Manz, Viena (1978), p. 115 ss.

El profesor Parra-Aranguren, luego de exponer la tesis tradicional, ha formulado los siguientes comentarios en relación al artículo 321 del CPC: "This is a rather mischievous provision since it does not impose an obligation on the lower court judges to follow the precedents of the Supreme Court; but the non compliance of the article may be conceived as a legal violation of its content that renders null and void the judgement of the appellate Court". En *General Course of Private International Law: Selected Problems*, Rec. des Cours 210 (1988-III), 9 ss., 75, nota 135. Para un observador norteamericano, el artículo 321 CPC hace de la jurisprudencia una "relevant and even mandatory source of law". Véase Richard Cappalli: "Comparative South American Civil Procedure: A Chilean Perspective", 21 *U. Miami Inter-Am. L. Rev.*, 239-243 (1989-90). Richard S. Lombard muy acertadamente expone el tratamiento de la jurisprudencia por la praxis venezolana (American-Venezuelan Private International Law. *Bilateral Studies in Private International Law* N° 14. Oceana: Dobbs Ferry, N.Y. 1965). Al efecto indica que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia son general-

3. La brevedad de las presentes anotaciones impide hacer referencia a las bases teóricas de la competencia procesal internacional directa. Para ello se remite a la literatura más apropiada.<sup>7</sup> Ello, sin embargo, no obsta a que aquí y allá se hagan las precisiones técnicas necesarias cuando así lo exija el tratamiento dogmático de la institución de la modificación de la competencia procesal internacional por razón de conexión.<sup>8</sup>

La presente investigación parte del examen de las decisiones antes referidas.<sup>9</sup> Analiza sus fundamentos y conclusiones a la luz de los principios venezolanos sobre competencia procesal internacional. Discrepa de los razonamientos de la CSJ-SPA y postula como tesis básica la inaplicabilidad por analogía de las normas sobre competencia territorial para así delimitar la competencia internacional de los tribunales venezolanos. Niega las conclusiones de la CSJ-SPA y fundamenta una posible modificación de la competencia procesal internacional directa por conexión sobre la base de postulados lógicos para decidir un caso concreto.

---

mente observadas en otros casos análogos. A lo cual añade "practising lawyers use them in much the same way that lawyers in the United States use precedents in courts of last resort in advising clients. They are also cited in briefs and frequently in judicial opinions". (p. 16).

7. Sánchez-Covisa, nota 1; Parra-Aranguren, nota 1. La doctrina extranjera debe apreciarse con extremo cuidado. La institución de la competencia procesal internacional, no obstante su denominación, es de carácter esencialmente nacional. Por ello las normas nacionales sobre la materia condicionan los juicios y opiniones emitidos. Su valor, en consecuencia, está limitado en principio a un solo ordenamiento. Hecha esta precisión resulta muy útil la consulta de la obra ya clásica de Gaetano Morelli: *Diritto processuale civile internazionale*, tanto en su primera edición (1938), CEDAM, Padova, en relación al CPC it. de 1865 (citado Morelli<sup>1</sup>) como en su segunda edición (1954), CEDAM, Padova, en relación al CPC it. de 1942 (citado Morelli<sup>2</sup>). Asimismo es útil la obra de Mario Giuliano: *La Giurisprudenza civile italiana e lo straniero*. 2ª Ed. con la colaboración de Fausto Pocar. Giuffrè, Milano (1970). Igualmente la de Reinhold Geimer: *Internationales Zivilprozessrecht*. Schmidt, Colonia (1987) referida al derecho alemán.
8. Del presente estudio quedan excluidas las referencias a la modificación de la competencia por razón de compensación, reconvencción, prejudicialidad y litispendencia.
9. El presente ensayo sólo analiza el problema de la modificación de la competencia procesal internacional por razón de conexión. Otros problemas no menos interesantes e importantes planteados en dichas decisiones no son desarrollados y sólo algunos de ellos son mencionados marginalmente.

II. *El criterio de la modificación de la competencia procesal internacional directa por conexión en la praxis jurisprudencial de la CJS-SPA*

1. Cronológicamente corresponde la prioridad al caso Seguros Avila. Dicha empresa, de nacionalidad y domicilio venezolanos, actuando como subrogataria de la sociedad mercantil Sánchez y Cía, C.A. de nacionalidad y domicilio venezolanos, *demandó* por cobro de bolívares a la sociedad naviera NYK Line, de nacionalidad y domicilio japoneses, *en* la persona de su agente naviero: sociedad mercantil H.L. Boulton & Cía, S.A., de nacionalidad y domicilio venezolanos. Los conocimientos de embarque emitidos en Japón por la transportista NYK Line preveían respectivamente en su cláusula tercera que el contrato contenido en dichos documentos se regiría e interpretaría por las leyes del Japón salvo estipulación en contrario. La competencia procesal internacional fue atribuida (aparentemente con efectos no exclusivos) al tribunal distrital de Tokyo. (Subrayado mío).

La demandada (NYK Line) hizo valer dicha cláusula,<sup>10</sup> mientras que la demandante insistió en la competencia internacional de los tribunales venezolanos.

Argumentaba la inoponibilidad de la referida cláusula al consignatario y al asegurador subrogado puesto que ni el cargador, ni el consignatario habían suscrito los respectivos conocimientos de embarque, los cuales sólo contenían la firma de la transportista. Además no se cumplía con los artículos 318 y 321 CB, pues no se había renunciado clara y terminantemente al fuero propio. Atribuía competencia internacional de los tribunales venezolanos a tenor del art. 83 CPC de 1916 (= art. 49 CPC 1987). Sostenía la actora que habiendo una evidente conexión por el objeto de la demanda era forzoso concluir que no podía dividirse la continencia de la causa (*sic*) obligándola a acudir

10. Así se lee en *GF* 139/I (1988) p. 76. Ello coincidiría con lo expresado en el texto de la sentencia del Juzg. 1° 1ª Inst. Merc. DFM 2-10-1985, RDM 5 (1985) pp. 247, 249, pero no con lo afirmado id. p. 248. Según se lee en la sentencia de la CSJ-SPA (p. 86) H.L. Boulton no alegó la incompetencia internacional de los tribunales venezolanos. Resulta discutible atribuir a H.L. Boulton la carga de contestar la demanda a título personal "en su carácter de agente naviero" de la NYK Line y no beneficiarlo de los alegatos de incompetencia internacional esgrimidos por la demandada NYK Line. A los efectos procesales NYK Line y H.L. Boulton son un mismo y único sujeto procesal. Con esto queremos destacar que no se trata en el presente juicio de un caso de pluralidad de demandados sino de un único demandado: la NYK Line en la persona de su agente naviero H.L. Boulton. Hablar por lo tanto, en el caso en cuestión, de litis consorcio pasivo (facultativo o necesario) es radicalmente infundado.

a demandar ante los tribunales de Tokyo (domicilio de NYK Line), cuando tiene la opción de acudir ante los tribunales venezolanos (domicilio de H.L. Boulton & Cía, y lugar de cumplimiento del contrato, ver art. 53 *caput* y Nr. 2). Igualmente alegaba la competencia sobre la base de los arts. 4 de la Ley de Protección y Desarrollo de la Marina Mercante Nacional y 45 de la Ley de Pilotaje. Los tribunales de instancia se declararon incompetentes. Declararon válida la cláusula de elección del tribunal distrital de Tokyo e innecesariamente consideraron que el art. 83 CPC 1916 (= art. 49 CPC 1987) sólo se refería a los casos de litis consorcio activo (*sic*) necesario y no a los facultativos. La CSJ-SPA revocó las decisiones y afirmó la competencia internacional venezolana. En primer lugar indicó que si bien la cláusula derogatoria era válida, ella no vinculaba a todos los sujetos pasivos de la causa, es decir, la competencia internacional venezolana "no fue derogada por todos los sujetos pasivos del presente juicio". H.L. Boulton no alegó la incompetencia internacional de los tribunales venezolanos. Por tal razón la CSJ-SPA concluyó que H.L. Boulton se había sometido tácitamente a la competencia internacional venezolana.<sup>11</sup>

La competencia sobre NYK Line viene determinada para la CSJ-SPA de la siguiente manera: El art. 83 CPC 1916 = art. 49 CPC 1987 se refiere tanto al supuesto de litisconsorcio pasivo facultativo como al necesario "pues precisamente admite la escogencia cuando exista «conexión», lo que da una idea clara de pluralidad de demandados respecto de un objeto, título o hecho que es común a todos, pero sin que necesariamente deba ser el mismo".<sup>12</sup>

En consecuencia, al tener uno de los demandados domicilio en el país y no habiendo objetado ninguno de ellos la competencia internacional venezolana, los tribunales venezolanos tienen "jurisdicción" para conocer de la demanda contra un no domiciliado que ha objetado válidamente dicha competencia y frente a quien la demandante se encuentra vinculada por una cláusula de efectos derogatorios de la competencia procesal internacional venezolana. La incompetencia

11. Para una crítica del uso del CB como fuente de dip venezolano, véase Hernández-Bretón, nota 3, p. 333 ss.; del mismo autor: "Admisión del principio de autonomía de la voluntad de las partes en materia contractual internacional: Ensayo de dip", *Rev. Fac. Cien. Jur. Pol.*, UCV 71 (1988) pp. 377, 384 ss.

12. *Gac. For.* 139/I (1988) p. 85. Como antes se indicó, en el presente caso no existe "conexión" alguna entre dos o más causas. Se trata de una única causa, un solo título, un mismo objeto y entre dos sujetos, sin que entre ellos se manifieste pluralidad alguna. No hay, pues, litisconsorcio de ninguna especie. En el caso en estudio no hay pluralidad de sujetos demandados.

internacional venezolana inicial se ve modificada por razón de conexión "por el objeto de la demanda o por el título o hecho de que dependa, salvo disposiciones especiales".<sup>13</sup> De esta manera se extiende la competencia internacional venezolana a los supuestos de hecho conexos.<sup>14</sup>

2. Algo más de dos años después fue dictada la decisión en el caso Banque Worms.<sup>15</sup> Trata el caso de una demanda que acumula diversas pretensiones (cobro de cantidades de dinero dados en préstamo, ejecución de prenda sobre acciones y subsidiariamente cumplimiento de contrato de garantía) contra una pluralidad de demandados.<sup>16</sup>

El demandante Banque Worms, sociedad francesa con domicilio en París, otorgó préstamo a la sociedad Balandra Internacional Inc., constituida según (y con domicilio en) las leyes de las Islas Cayman. Lugar de celebración del contrato de préstamo fue París. Lugar de cumplimiento: New York o Zürich, según cual fuese la moneda de pago.<sup>17</sup> El contrato incluía una cláusula según la cual la interpretación y cumplimiento del convenio se regirían por las leyes de la Repú-

13. CPC 1916, Art. 83 = CPC 1987, Art. 49 *in fine*.

14. Muy probablemente influyó en la decisión la idea expresada en el caso Société Bull, cit. nota 4 (ponencia del doctor De Sola): "... de acuerdo con principios generalmente aceptados en dip -con los cuales han estado siempre conformes la doctrina y la jurisprudencia venezolanas-, basta la existencia de un elemento de conexión entre el asunto que se discute y la jurisdicción de los tribunales de algún determinado país, para que éstos mantengan su competencia territorial para conocer y rechacen toda pretensión de declinatoria que se les plantee". Con cita de Arminio Borjas, *Comentarios al CPC venezolano*, Tomo III, N° 260. V (1924). Para su crítica, véase el ensayo de Eugenio Hernández-Bretón, *Uso inapropiado de la doctrina extranjera y desconocimiento del derecho internacional (público y privado)*: "Apuntes para un estudio de la derogación convencional de la jurisdicción" (art. 2, CPC venezolano), en prensa.

15. Cit. nota 4. Con relación a la composición de la CSJ-SPA es de mencionar que para esta decisión los magistrados doctores De Sola y Coronil fueron reemplazados por los magistrados doctores Duque Corredor y Sosa Gómez.

16. Se trata de un caso de pretensiones inacumulables por incompatibilidad de procedimientos. Quedará cubierto por el CPC 1987, art. 78. Véase además arts. 338 y 666 ss. CPC 1987.

17. Al efecto de atribuir competencia internacional a los tribunales venezolanos (art. 88 CPC 1916 = art. 53 CPC 1987, con modificaciones) se discutió cuál era el lugar de celebración y de cumplimiento del contrato de préstamo. Causan asombro las afirmaciones de las partes y de la CSJ-SPA relativas al lugar de celebración de dicho contrato. Ya sea que el tipo contractual se califique por la *lex fori* (ley venezolana) o bien por la *lex causae* (ley francesa) se arriba a un mismo resultado: el contrato de préstamo es un contrato real. (En cuanto a las califica-

blica de Francia<sup>18</sup> y se reconocía la competencia de los tribunales de París, reservándose el Banco, sin embargo, el derecho de intentar su acción bien ante dichos tribunales, bien ante cualquier otra jurisdicción competente.<sup>19</sup> Tratábase, desde la perspectiva jurídica venezolana, de un supuesto de hecho totalmente extraño a la vida social del país.<sup>20</sup> El préstamo estaba garantizado por compañías venezolanas, domiciliadas en Venezuela, mediante prenda sobre acciones en otras compañías venezolanas igualmente domiciliadas en Venezuela.<sup>21</sup>

Por último, Seguros Pan-American, C.A., compañía de nacionalidad y domicilio venezolanos garantizaba la diferencia que resultare entre la cantidad obtenida en el remate judicial de dichas acciones y la

---

ciones ver T.B. de Maekelt: General Rules of Private International Law in the Americas, *Rec. des Cours* 177 (1982-IV) pp.193, 262 ss., 327 s.; de la misma autora: *Normas Generales de dip en América*. UCV, Caracas (1984) pp. 69, 93 s., 175. La sola voluntad de las partes no perfecciona el contrato. Junto a ella se exige otra condición: la entrega de la cosa. Es por ello que la doctrina francesa afirma que la promesa de préstamo no es préstamo. Ello no obsta a que el contrato sea válido (pero no como préstamo): su inexecución sólo acarrea daños y perjuicios, no a la condenación a la ejecución forzosa del préstamo (lo cual es discutible). De esta forma "Promesse de prêt oblige, mais ne vaut pas prêt". Véase Philippe Malaurie/Laurent Aynes. *Cours de Droit Civil. Les Contrats Speciaux*. Cujas, París (1986) p. 355, con referencia a la jurisprudencia, esp. Cas. Civ. 1, 20-7-81, Sté. Piter, y a la doctrina. En Venezuela José Melich-Orsini: *Doctrina General del Contrato*, EJV, Caracas (1985) p. 53. Por demás está decir que el mutuo es un contrato unilateral: sólo el mutuuario se obliga (principalmente) id., p. 44. La entrega de la cosa mutuada es un elemento del supuesto de hecho del tipo contractual. Nunca constituye cumplimiento o ejecución de la obligación del mutuante (art. 1735 C. Civ. ven.; art. 1892 C. Civ. franc.). Ver en general Maruja Bustamante Miranda: "Del contrato de préstamo a interés", *Rev. Fac. Cien. Jur. Pol.*, UCV, 63 (1982) p. 115 ss., esp. p. 117 s., p.121 s.

18. En cuanto a las cláusulas de elección de derecho aplicable nuestros trabajos cit. en notas 3 y 11. Además nuestro ensayo *Algunos problemas del principio de autonomía de las partes en los llamados contratos internacionales: Anotaciones comparativas al dip alemán, angloamericano* (especialmente de New York) y *venezolano*, en prensa.
19. Véase Hernández-Bretón, nota 14.
20. El hecho de que se demande el cobro de signos monetarios extranjeros es irrelevante a los efectos de la internacionalidad del contrato. *Per se* no varía la calidad del supuesto de hecho. Piénsese en un contrato de préstamo en moneda extranjera entre venezolanos domiciliados en Venezuela, celebrado y cumplido en el país, siendo el contrato redactado en castellano y otorgado ante notario público venezolano. Ver nuestro trabajo cit. nota 18 *in fine*.
21. Las acciones dadas en prenda se consideran situadas en Venezuela, sede y domicilio de las sociedades sobre cuyas acciones fueron constituidas las prendas. El criterio de la situación ordinaria o normal del bien (art. 106 CB) y la prohibición de acciones al portador conduce a tenor de lo dispuesto en los arts. 296, 536 C. Com. ven. a esta afirmación. Los arts. 110 s. CB son, por lo tanto, inaplicables.

suma de las cantidades demandadas de la deudora principal.<sup>22</sup> El contrato incluía además una cláusula según la cual en caso de incumplimiento por cualquier causa la ejecución de las prendas sería el único recurso o derecho del banco. Además el banco renunciaba en iguales circunstancias a cualquier recurso o derechos que le concedieran las leyes francesas o de cualquier otro país para dirigirse contra cualquiera otros bienes propiedad del prestatario. Por último, el banco renunciaba a los beneficios y derechos contemplados en los arts. 1849, 1852 C. Civ. ven.

22. Pareciera que la cláusula de elección de derecho aplicable y de competencia internacional también se extiende al contrato accesorio de garantía. La admisibilidad en Venezuela de los llamados contratos autónomos de garantía no ha sido del todo afirmada por la doctrina y jurisprudencia. Se trata de un negocio atípico de garantía, autónomo e independiente respecto al contrato principal garantizado. Sus características principales, que a la vez lo distinguen del contrato de fianza, son: a) no se promete el cumplimiento de una obligación del deudor principal, sino el de una obligación autónoma, no accesoria respecto a la del deudor "principal". Quedan así excluidas las excepciones del negocio "principal"; b) la garantía no se materializa mediante una duplicación del sujeto deudor. Se promete el pago de una cierta suma de dinero al beneficiario al verificarse un cierto evento; c) el pago no está subordinado a un incumplimiento del deudor "principal". El pago se debe aun en caso de fuerza mayor o caso fortuito, o por invalidez originaria o sobrevenida del contrato garantizado. La función económica del contrato autónomo de garantía es cubrir, transfiriéndolo al garante, un riesgo atípico relativo al contrato garantizado. Su naturaleza causal o abstracta es vivamente discutida en doctrina. El comercio y la doctrina mundial admiten la validez de tales contratos. Al respecto resultan ilustrativos los comentarios del profesor Giuseppe Portale quien ha demostrado su admisibilidad en el sistema jurídico italiano. Véase su obra *Le garanzie bancarie internazionaliste*. Giuffrè: Milán (1989). Además Luca G. Radicati di Brozolo: "Ancora sui profili internazionalistici delle garanzie bancarie", en *Banca, Borsa e Titoli di Crédito* 1986/II, p. 339 ss.; Franco Bonelli: "Le garanzie bancarie nel commercio internazionale", en *Diritto del commercio internazionale* 1987, pp. 127 ss. Igualmente útil resulta "la novísima decisión de la Casación italiana (S.U.)" de 6-10-1989, N° 4006, en *Banca, Borsa e Titoli di Crédito* 1990/II, pp.1, 5 ss. y las anotaciones de Radicati di Brozolo: *Osservazioni sulla legge applicabile all'azione di ripetizione dell'indebito* (id. 30 ss.); Matteo Rescigno: *Osservazioni sulla seconda sentenza della Corte di Cassazione*, 6 ottobre 1989 N° 4006 e altre pronunce di merito in tema di contratto autonomo di garanzia (id. 32 ss.). Portale reporta (*Il contratto autonomo di garanzia nel diritto svizzero*, id. 37 ss.) que en el derecho suizo doctrina y jurisprudencia afirmaban la admisibilidad de tal garantía sobre la base del texto del art. 111 del Código de las Obligaciones (promesse de porte-fort = promesa del hecho de un tercero = art. 1165 C. Civ. ven. y equivalente en sustancia al § 880a del Código Civil General austríaco (ABGB). Indica, sin embargo, las objeciones a tal construcción. Entre ellas señala que el contrato autónomo de garantía en sentido técnico opera en forma bien distinta a la promesse de porte-fort. El garante no promete en modo alguno que el solicitante de la garantía ejecutará una prestación ni que él pagará en caso de incumplimiento. Es por ello que el contrato autónomo de garantía sólo encuentra una rudimentaria explicación en el art. 111 Cód. Obl. suizo (p. 38 s.). Del mismo autor puede verse la Postilla

Tanto el demandado principal como los garantes prendarios objetaron la competencia internacional venezolana. Sólo Seguros Pan-American se limitó a proponer otras cuestiones.<sup>23</sup> La sentencia del Juzg. 2º 1ª Inst. Merc. DFM, 1-2-1988 consideró aplicable el art. 84 CPC 1916 = art. 48 CPC 1987. En consecuencia, el tribunal competente para conocer de la demanda relativa a la obligación principal es el competente para conocer de las acciones contra los garantes prendarios. Dado que los tribunales venezolanos carecían de competencia internacional para conocer de la demanda contra Balandra International carecen también de ella para conocer de la solicitud de ejecución de prenda contra los garantes prendarios. En suma un caso de modificación de la competencia procesal internacional por razón de conexión que determina la incompetencia internacional de los tribunales venezolanos para conocer de causas (ejecución de prenda) que de otro modo estarían bajo su competencia internacional directa.

(a la decisión antes citada) La nuova sentenza della Cassazione sul Garantievertrag (Ritenute d'imposta e contrato autonomo di garanzia), id. 40. Una versión castellana del trabajo del profesor Portale titulado: "Las Secciones Unidas de la Casación italiana y el contrato autónomo de garantía «Causalidad» y «Abstracción» en los contratos de garantía", será publicada próximamente en la *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* 39 (1990). Tal estudio ya ha sido publicado con el título: "Die Vereinigten Senate des italienischen Kassationshofs und der selbständige Garantievertrag- «Kausalität» und «Abstraktion» im Garantievertrag, en: *Jahrbuch für italienisches Recht*, 3 (1990), pp. 49 ss. Dicho estudio es en su primera parte un comentario a la decisión de la Casación italiana de 1-10-1987, n. 7341 (id., 235 ss.), y también en *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1988-II, p. 1 ss.; en una segunda parte comenta la sentencia de 6-10-1989, antes referida. También para el derecho italiano puede verse de Fulvio Mastropaolo, *I contratti autonomi di garanzia*. Giappichelli Editori, Turín, (1989). El derecho francés admite el contrato autónomo de garantía sin que para ello sea obstáculo la "causalidad" de los contratos. Véase al respecto, Jean Pierre Mattout: "Droit bancaire international", *La Revue Banque*, París (1987), n. 197 ss., pp. 244 ss. Para la jurisprudencia reciente (inclusive belga), ver *Recueil Dalloz-Sirey*, 1989, Somm. comm., p. 145 ss., con *Note* del profesor Michel Vasseur. En cuanto al problema de la competencia internacional por razón de conexión, con especial referencia a los negocios de garantía y su tratamiento en el CPC it. de 1942 (Art. 4, Nº 3, sin equivalente en el CPC it. de 1865), véase el reciente estudio de Radicati Di Brozolo, "La giurisdizione per connessione con particolare riferimento ai rapporti di garanzia", en *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1988-II, pp. 388 ss. En Venezuela no habría, en principio, problemas para admitir la validez de un contrato atípico y autónomo de garantía. Hay, sin embargo, urgente necesidad de su comprobación dogmática. Se tropieza en su elaboración con una posible aplicación exagerada del principio contenido en el artículo 212 CB (C. Civ. ven., Arts. 1805 s.), y de allí deducir una regla apriorística de "orden público internacional". Para su crítica, ver en general Erik Jayme, *Métodos para la concretización del orden público en el derecho internacional privado* (1989), y la nota preliminar de Eugenio Hernández-Bretón (en prensa).

23. Con ello aceptaría, si se quiere, tácitamente la competencia procesal internacional de los tribunales venezolanos.

La CSJ-SPA confirmó la decisión. En primer lugar examinó los criterios establecidos en el art. 53 CPC 1987 para concluir “que no corresponde a los tribunales venezolanos conocer de la pretensión fundamental deducida, ya que no está dado ninguno de los supuestos establecidos en dicha norma como criterio de ‘vinculación efectiva con el territorio de la República’, es decir, como factores de conexión que justificarían el conocimiento de la causa por los tribunales de la República”. A continuación y con relación a los garantes prendarios expresó que el “principio rector de la materia” deducido del art. 53 CPC 1987 según el cual los tribunales venezolanos siempre tendrán competencia internacional para conocer de las causas contra sus domiciliarios no puede ser aplicado irrestrictamente.<sup>24</sup> Ello “conduciría al absurdo de que negada. . . la jurisdicción (*sic*) de los tribunales de Venezuela para conocer de la demanda principal, se reconociera esa jurisdicción (*sic*) para conocer de la intentada contra los garantes, cuyo porvenir está necesariamente subordinado al resultado de aquélla”. De esta manera no le fue difícil concluir “que los términos como han sido planteadas las presentes acciones, los tribunales de Venezuela carecen de jurisdicción (*sic*) para conocer de la demanda contra los garantes por referirse a cuestiones derivadas o subalternas, de imposible decisión, entre tanto no esté resuelta la cuestión principal; y como para el conocimiento de ésta, ya se ha decidido que no tienen jurisdicción (*sic*) ni competencia los tribunales de Venezuela, es consecuyente igual declaratoria respecto a la accesoria: ausencia de jurisdicción (*sic*) de los tribunales de Venezuela, y en estos términos se decide la cuestión de jurisdicción traída a esta alzada”.<sup>25</sup>

24. La afirmación es inexacta. Al respecto véase e.g. art. 59 CPC 1987: Aun cuando el demandado esté domiciliado en Venezuela sus tribunales serán siempre incompetentes internacionalmente cuando se trate de causas que tienen por objeto bienes inmuebles situados en el extranjero. Una pretendida universalidad o plenitud de la competencia procesal internacional directa venezolana no puede, en consecuencia, ser afirmada.

25. Por vía de *dictum* totalmente innecesario añadió: “No obsta este pronunciamiento a que, desligada la cuestión principal de la accesoria, ya por efecto de sentencia firme, o por vía de autocomposición, y por ende, desaparecido el vínculo de dependencia, recobren su fuero los tribunales del domicilio de los garantes o los de la situación de los bienes garantizados (*sic*) para conocer de las cuestiones derivadas, así como de los posibles actos de ejecución de sentencia o del convenimiento”.

El voto salvado —no analizado en estas notas— se apoya fuertemente en las ideas de Henri Battifol/Paul Lagarde: *Droit international privé*, Tomo II. 7ª. Ed. (1983) Librairie Générale de droit et de jurisprudence, Paris, 257 ss., esp. 265 ss. A tal punto que en muchos pasajes no deja de ser una mera traducción. Las ideas

3. Las decisiones anteriores permiten extraer los siguientes criterios informativos: a) los límites de la competencia procesal internacional directa venezolana vienen determinados —sólo en principio— por las disposiciones relativas a la competencia procesal internacional (arts. 53-58 CPC 1987); b) a falta de norma precisa contenida en los referidos arts. entran en funcionamiento las disposiciones delimitadoras de la competencia interna (arts. 28-52, Secciones I-III, Capítulo I, Título I, Libro Primero). Con ello se afirma la fijación de los límites de la competencia procesal internacional directa mediante el recurso a normas relativas a la competencia interna, especialmente las relativas a la competencia por el territorio; c) por lo tanto, la competencia procesal internacional directa venezolana puede ser modificada (ampliada o restringida) por razón de conexión en los términos y condiciones establecidos por los arts. 48-52 CPC 1987.

Las soluciones postuladas por la CSJ-SPA no resultan convincentes ni técnicamente adecuadas, así que examinarlas, aunque sea brevemente, está justificado.

---

de Battifol/Lagarde, *data venia*, no son las más convincentes en esta materia y pueden considerarse hoy en día superadas. Al respecto Hernández-Bretón, nota 18. Por otra parte, las secciones de la obra de Battifol/Lagarde tomadas en el voto salvado versan sobre materia diversa a la discutida en la sentencia. Además no fueron correctamente expuestas (vid. esp. p. 268). Si se quería hacer valer el principio de autonomía de la voluntad (autonomía contractual material) el recurso al art. 1.134 C. Civ. fran = art. 1.159 C. Civ. ven. estaba abierto. En todo caso cabe recordar que derecho aplicable y competencia procesal internacional son dos preguntas técnicamente independientes y separadas, que si bien pueden influenciarse recíprocamente exigen un tratamiento diferenciado y especializado. Para ello basta recordar: "Mais il importe d'apercevoir qu'il n'y a pas identité entre les règles de compétence judiciaire qui déterminent la *jurisdiction* compétente, et les règles de compétence législative qui fixent la loi applicable". (Énfasis en el original, Battifol/Lagarde, 446). Lo expuesto por estos autores en las pp. 469 s. relativo a la competencia "pour la connexité" no encuentra acogida en Venezuela. Las particularidades del derecho procesal internacional francés (ver esp. pp. 455 ss.) no pueden —dadas las características del sistema venezolano— ser trasladadas a este último.

El voto salvado postula un nebuloso respeto al "principio de la autonomía de la libertad" (*sic*) en base al cual se habría establecido por las partes una "jurisdicción especial" (*sic*). Se trata de una atribución tácita (bajo la referencia genérica de "cualquier otra jurisdicción competente") de competencia internacional a Venezuela para conocer de la ejecución de las prendas "por el hecho de encontrarse la (*sic*) prenda(s) precisamente en Venezuela. La demandada principal renunció a su fuero y aceptó junto con las garantes la competencia no exclusiva de los tribunales venezolanos. Para concluir señala que en aplicación del art. 53 CPC 1987 la competencia corresponde a los tribunales venezolanos, pues tanto la demandada principal como las garantes están doblemente vinculadas al foro venezolano.

III. *Los límites de la competencia procesal internacional directa y el problema de su modificación por razón de conexión en el derecho venezolano*

1. El Estado venezolano determina soberana y unilateralmente, sin tener en consideración disposiciones similares de ordenamientos extranjeros, los límites de su propia competencia procesal internacional directa.<sup>26</sup>

En el sentido puramente técnico de la expresión no se trata de la atribución de competencia procesal internacional directa, por parte del legislador nacional, a jueces extranjeros.<sup>27</sup> Tampoco se trata de la distribución de competencias entre los diversos Estados.<sup>28</sup> Es pura y simplemente una disposición unilateral del legislador nacional delimitando la extensión de la competencia de sus propios órganos jurisdiccionales considerados en su globalidad (como conjunto de todos ellos). No pueden en forma alguna influir directa ni indirectamente sobre la competencia procesal internacional de otros Estados, a su vez soberanos en la regulación de sus respectivas competencias procesales internacionales directas.<sup>29</sup>

El Estado venezolano no determina ni tampoco pudiera determinar los límites de la competencia procesal internacional directa de

26. Es la jurisdicción en su acepción de *facultas iurisdictionis* y no la competencia procesal internacional directa la que admite limitaciones impuestas por el derecho internacional público (consuetudinario o convencional). Al respecto véase Geimer, nota 7, pp. 81 ss.: "Jurisdicción en este sentido es una potestad estatal, resultante de la soberanía y que consiste en el poder abstracto de componer conflictos intersubjetivos con fuerza de cosa juzgada". Geimer, nota 7, p. 79: "Los problemas terminológicos y conceptuales son de gran relevancia y su uso impropio conduce a peligrosos malentendidos". Ver en cuanto a este punto la literatura citada en la nota 1.

27. Giuliano, notas 7, 5.

28. En franco error incurre la CSJ-SPA al afirmar en *Banque Worms*: "Es muy escasa la doctrina que hasta ahora existe sobre las normas atributivas de jurisdicción a los tribunales de los diversos Estados que integran la comunidad internacional, contempladas en el Código de Procedimiento Civil que entró a regir el 15 de marzo de 1987 (*sic*) y contenidas fundamentalmente en el art. 53 *ejusdem*...". Véase al respecto Sánchez-Covisa, nota 1, pp. 440 ss.; Parra-Aranguren, nota 1, p. 148 s. El nuevo CPC fue publicado inicialmente en la G.O. N° 3.694 Extraordinario de 22-1-1986. Debía, según su art. 940, entrar en vigencia el 16-9-1986. Su entrada en vigencia fue postergada, según Ley de 15-9-1986, G.O. N° 3.886 Extraordinario de la misma fecha, para el 16-3-1987. Finalmente fue modificado parcialmente por Ley de 13-3-1987, G.O. N° 3.970 Extraordinario de la misma fecha. Entró en vigencia el 16-3-1987.

29. Riccardo Luzzatto: "Sulla connessione di cause come criterio di competenza giurisdizionale", *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.* 1966, pp. 296, 300 s.; Giuliano: nota 7, p. 1 ss.; Morelli: nota 2, p. 88 ss.

Estados extranjeros. De la misma forma ningún Estado extranjero fija ni tampoco pudiera fijar los límites de la competencia procesal internacional directa venezolana.<sup>30</sup>

Cada legislador limita su función en esta materia a declararse competente o incompetente. No hay, pues, posibilidad alguna de remitir o indicar competencia procesal internacional directa a tribunales extranjeros. Ello es consecuencia de la diversa estructura y función de las normas sobre competencia procesal internacional directa.<sup>31</sup>

2. Junto a las normas sobre la competencia procesal internacional directa es posible constatar la existencia de otro grupo de normas que cumplen una función de naturaleza profundamente distinta.<sup>32</sup> Trátase de las normas sobre la competencia interna. Ellas restringen su función a distribuir entre los distintos órganos jurisdiccionales de un determinado Estado las causas que, según sus propias normas sobre la competencia procesal internacional directa, se encuentran sujetas a su poder de decisión.<sup>33</sup>

30. Giuliano, nota 7, p. 27. Como consecuencia de tal aserto se ha afirmado que los conceptos de competencia exclusiva y competencia concurrente sean ajenos al tema de la competencia procesal internacional directa. Tales conceptos vienen determinados en atención a normas distribuidoras de competencia entre diversos órganos o Estados. Es por ello que tal constatación sólo puede efectuarse mediante un examen simultáneo de la cuestión desde la perspectiva de los diversos Estados. (Morelli, nota 2, p. 89). Tales conceptos serían admisibles en caso de normas convencionales (tratados) que regulen la competencia procesal internacional directa (Luzzatto, nota 29, p. 301 ss.). A mi entender, la denominación competencia exclusiva o competencia excluyente en esta materia es el producto de la interrelación de los conceptos competencia procesal internacional directa e indirecta. Por una parte se afirma la competencia procesal internacional directa de un Estado determinado, por la otra se analiza la posible reconocibilidad de una hipotética decisión extranjera en el mismo Estado cuya competencia directa se afirma, estando el examen limitado a la competencia indirecta del sentenciador. Si la reconocibilidad de tal decisión es procedente, entonces estamos en presencia de una competencia concurrente, si es negada entonces es exclusiva. Ver Morelli, nota 2, pp. 89, 314 ss. Dominique Holleaux/Jacques Foyer/Géraud de Geoffre de la Pradelle, *Droit International Privé*. Masson, Paris, etc. (1987) p. 435 ss.; Horatia Muir Watt: "Effets en France des décisions étrangères, *Juris Classeur de droit international*", fasc. 584-3 (1990) N° 27 s., pp. 46 ss.; Franz Matscher: "Etude de règles de compétence judiciaire dans certaines conventions internationales", *Rec. des Cours* 161 (1978-III) pp. 127, 143 s. En igual sentido se manifiesta la más reciente doctrina italiana. Así lo enseña Roberto Baratta en su estudio "La giurisdizione italiana in materia di adozione di minori", *Riv. Dir. Int.* 1988, pp. 48, 81 s.

31. Por todos Battifol/Lagarde, nota 25, p. 455. Así correctamente se desprende del art. 353 CPC 1987.

32. Morelli, nota 2, p. 88; Luzzatto, nota 29, p. 301.

33. Morelli, nota 2, pp. 88 ss.; Luzzatto, nota 29, p. 301.

De esta forma debe afirmarse que la jurisdicción es presupuesto lógico necesario para la determinación de la competencia procesal internacional directa. Esta a su vez es condición previa indispensable para la distribución de la competencia interna. Sin jurisdicción no hay competencia procesal internacional directa y sin ella resulta innecesario hablar de competencia interna. Esta precisión terminológica y conceptual es determinante a fin de evitar graves y peligrosos errores, pues el fenómeno inverso es imposible, la competencia interna no determina por sí sola la competencia procesal internacional directa ni ésta la jurisdicción.

Entre el sistema de la competencia procesal internacional directa y el de la competencia interna no existe en principio analogía real alguna. Una transposición de normas resulta, en esta materia, inadmisibile.<sup>34</sup>

3. Dada la jurisdicción dispone cada Estado de plena libertad para fijar los límites de la propia competencia procesal internacional directa.<sup>35</sup> La materialización y concretización de esa decisión soberana puede efectuarse de muy diversas maneras. Interesan especialmente a efectos de estas notas los aspectos de técnica legislativa.

En primer lugar, el legislador puede decidir regular la competencia procesal internacional directa mediante normas expresas y especiales, precisando así cuáles supuestos de hecho jurídicamente internacionalizados considera él como vinculados a la vida social del país e indicando bajo qué condiciones ejercerán su órganos jurisdiccionales el poder de decidir controversias intersubjetivas con fuerza de *res judicata*. Tal ha sido, e.g., la decisión tomada por el legislador italiano,<sup>36</sup> por el peruano,<sup>37</sup> y por el venezolano.<sup>38</sup>

34. Luzzatto, nota 29, p. 303.

35. Geimer, nota 7, p. 81, 167.

36. Morelli, nota 2, pp. 104 ss.; Morelli, nota 1, pp. 99 ss.; Giuliano, nota 7, pp. 17 ss., con más referencias, las cuales, como se verá luego (por ej. en el caso de Venezuela, Francia) han de tomarse bajo beneficio de inventario.

37. Código Civil Peruano de 1984, arts. 2.057-2.067, Libro X (dip), Título II (Competencia Jurisdiccional). Véase al respecto Jürgen Samtleben: "Neues Internationales Privatrecht in Peru", *RebelsZ*, 49 (1985), p. 486, 500; Alejandro M. Garro: "Introductory Note on the codification of conflict of laws in the new Peruvian Civil Code of 1984", *24 I.L.M.*, 997 (1985); Jean Lisbonne: "Les dispositions de droit international privé du code civil du Pérou", *Rev. crit. dr. int. priv.*, 75 (1986), pp. 192 ss.; Sandro Schiappi: "Il Codice civile del Perú del 1984 e il sistema giuridico latinoamericano (linee per una ricerca)", en *Rassegna di diritto civile*, 1987, pp. 186 ss.

38. CPC 1987, artículos 2, 4, 53, 54, 57, 58, 59. Ver Parra-Aranguren, nota 1, pp. 149 ss.; del mismo autor, nota 3, pp. 326 s. Es de destacar que otros textos también

De otra manera, puede suceder que el legislador, a pesar de haber reconocido el problema de la competencia procesal internacional directa, no lo regule expresamente. En tal supuesto, la solución del mismo corresponde a la doctrina y jurisprudencia. Tal es el caso, por ejemplo, de Alemania y Francia.<sup>39</sup>

La opinión mayoritaria en Alemania sostiene que el legislador alemán ha regulado la competencia procesal civil internacional directa mediante una "remisión tácita" a las disposiciones de los §§ 12 y ss. del ZPO sobre la competencia territorial interna.<sup>40</sup> En Francia, doctrina y jurisprudencia admiten la aplicabilidad (extensión) de las normas sobre la competencia territorial interna para la delimitación de la competencia procesal internacional directa.<sup>41</sup>

4. Los modelos de técnica legislativa demuestran que teóricamente las normas sobre la competencia interna, especialmente sobre competencia territorial, pueden ser utilizadas para la solución de la cuestión de la competencia procesal internacional directa. Tal manera de proceder encuentra plena justificación técnica en países cuyos ordenamientos jurídicos no disponen de normas precisas y expresas que fijen los límites de la propia competencia procesal internacional directa. Es por ello que en esos sistemas las normas sobre la competencia interna desarrollan una doble dinámica: por una parte delimitan cuáles causas están sujetas al conocimiento de los propios tribunales y por la otra señalan cuál de entre ese conjunto de tribunales propios es el competente para conocer y decidir una controversia en particular.

En aquellos sistemas que disponen de normas precisas y expresas delimitadoras de la competencia procesal internacional directa es técnicamente inadmisibles proceder a su delimitación con cualesquiera otras normas no expresamente destinadas a cumplir tal fun-

---

contienen normas sobre la materia. Así, e.g., C. Com., artículo 358; Ley sobre el Derecho de Autor, artículo 108 y siguientes. Estas últimas normas consagran una competencia muy particular, fijada en atención a las peculiaridades del derecho aplicable en la materia controvertida.

39. Véase en general Giuliano, nota 7, 10 ss. con más ejemplos.

40. Así lo confirma la exposición de motivos del ZPO de 1877 y de su ley introductoria, véase Carl Hahn (editor): "Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen auf Veranlassung des Kaiserlichen Reichs-Justizamtes herausgegeben". Tomo II: *Materialien zur ZPO*. Sección I. 2ª Ed. (Eduard Stegemann, editor). Berlin, Deder (1881). Reimpresión 1983. Scientia: Aalen, p. 149 s. También las decisiones del Reichsgericht de 14-11-1929, en RGZ pp. 126, 196, 199; y del Bundesgerichtshof de 14-6-1965, en BGHZ pp. 44, 46, 47.

41. Opinión mayoritaria, por todos Battifol/Lagarde, nota 25, 455.

ción. Es por ello que la existencia de normas expresas sobre la competencia procesal internacional directa excluye para su delimitación la aplicación de las normas sobre la competencia interna, muy especialmente la de las normas sobre competencia territorial.<sup>42</sup>

5. Las normas venezolanas sobre la competencia procesal internacional directa se encuentran fundamentalmente en la Sección IV, Capítulo I, Título I, Libro primero del CPC. El acápite de la Sección IV, así lo expresa: "De la competencia procesal internacional".<sup>43</sup>

Aun cuando la formulación y estructura de los artículos 53-58 CPC no escapan a las críticas,<sup>44</sup> su tratamiento global constituye un avance en relación a las disposiciones del CPC 1916.

De entre las disposiciones del CPC 1987 sólo los arts. 53-54 y 57-58 constituyen normas delimitadoras de la competencia internacional directa. Los arts. 55-56, como correctamente se ha afirmado, restringen su finalidad a resolver un problema diverso —no por ello menos importante— relativo a la competencia territorial interna.<sup>45</sup>

La pieza central del sistema venezolano de competencia procesal internacional directa es la disposición del art. 53. Ella debe ser precisada en su contenido a fin de evitar confusiones. No obstante la diversa opinión que pudiera obtenerse al leer su texto, es ella misma y no las disposiciones de las "Secciones anteriores" la que determina la competencia procesal internacional directa venezolana en base al domicilio del demandado. La formulación del artículo no es la más apropiada; pero el criterio técnico-jurídico es indiscutible: El domicilio del demandado es criterio atributivo de competencia procesal internacional directa a los tribunales venezolanos. La función de las "Secciones anteriores" se agota en la repartición interna de competencia y no pretenden ni pudieran pretender en modo alguno proyectarse en el campo de la competencia procesal internacional directa.<sup>46</sup>

El art. 53 fija asimismo los límites de la competencia procesal internacional directa venezolana en relación a los no domiciliados no presentes en la República. Otro tanto hace el art. 54 frente a los no domiciliados que encontrándose transitoriamente en el territorio de

42. Para toda esta exposición se sigue la presentación dogmática de Morelli,<sup>1</sup> 99 ss.; Morelli,<sup>2</sup> 104 ss.

43. Ver *supra*, nota 38.

44. Parra-Aranguren, nota 1, p. 149 ss.; del mismo autor, nota 3, p. 327.

45. Parra-Aranguren, nota 1, p. 151; del mismo autor, nota 3, p. 327.

46. Parra-Aranguren, nota 1, p. 149; del mismo autor, nota 3, p. 327.

la República hayan sido citados en ella.<sup>47</sup> Tal disposición no limita su aplicación al caso de demandas relativas a derechos personales en que la ejecución pueda exigirse en cualquier lugar.<sup>48</sup>

Los arts. 57-58 fijan su propio ámbito de aplicación y complementan el principio general del art. 57 *caput*.<sup>49</sup> El art. 59 aun cuando no está incluido en la Sección IV merece una ligera anotación. Se trata de una norma de carácter negativo. Excluye la competencia procesal internacional directa de los tribunales venezolanos, aun en el supuesto que la tuvieran en virtud de otro criterio, cuando se trate de causas que tienen por objeto bienes inmuebles situados en el extranjero.

6. Estos artículos regulan la competencia procesal internacional directa mientras que los arts. 28-52 se limitan a regular la competencia interna en base a criterios variados (materia, cuantía, territorio, y su modificación por razón de conexión y continencia de la causa).<sup>50</sup>

47. Véase Parra-Aranguren, nota 1, p. 150 s.; del mismo autor, nota 3, p. 327. Es interesante destacar que el art. 356 C. Com. para determinar la competencia procesal internacional directa de los tribunales venezolanos sobre sociedades extranjeras no domiciliadas en Venezuela y que no tengan en ella sucursales ni explotaciones remite a las disposiciones sobre no domiciliados (CPC 1916, arts. 88-92, equivalentes a CPC 1987, arts. 53-58).
48. Este criterio de competencia procesal internacional directa parece basarse en postulados de derecho natural. El criterio de competencia basado en la citación del demandado en el territorio de la República responde al principio expuesto por el Justice Oliver Wendell Holmes en el caso *McDonald vs Mabee*, 243 U.S. 90; 37 S.Ct. 343 (1917): "The foundation of jurisdiction is physical power". En igual sentido se expresó un año antes Lord Haldane, J. en el caso *John Russell & Co. vs Cayzer, Irvine & Co.*, (1916) 2 A.C. 298, 302: "The root principle of the English law about (in personam) jurisdiction is that the judges stand in the place of the Sovereign in whose name they administer justice, and that therefore whoever is served with the King's writ and can be compelled consequently to submit to the decree made is a person over whom the courts have jurisdiction". Dicho principio fue reconocido por la CFC-SF, sent. 5-2-1947, en *El valor de las sentencias de divorcio extranjeras* (1947) p. 56, cit. por de Maekelt, nota 3, p. 157 s. En cuanto a la discusión doctrinaria y jurisprudencial en los Estados Unidos de Angloamérica del Norte ver Albert A. Ehrenzweig: "The Transient Rule of Personal Jurisdiction: The 'Power' Myth and Forum Conveniens", 65 Yale L.J. 289 (1956); Geoffrey Hazard: "A General Theory of State-Court Jurisdiction", 1965 *S. Ct. Rev.* 241; James Weinstein: "The Dutch Influence on the Conception of Judicial Jurisdiction in 19th Century America", 38 *Am. J. Comp. L.* 73 (1990). En general ver Albert A. Ehrenzweig/Erik Jayme: *A Comparative Treatise on American International Conflicts Law*. Tomo II. Sijthoff: Leyden. Oceana: Dobbs Ferry, N.Y. (1973) 4 ss.
49. En tal sentido ella se aplica cuando el demandado no tenga domicilio en Venezuela.
50. También limitados a la competencia interna son, e.g., el art. 754 (divorcio) y 762 (separación de cuerpos por mutuo consentimiento).

Al igual que en otros ordenamientos jurídicos el propio texto legal hace patente la distinción entre uno y otro tipo de normas.<sup>51</sup>

Así los arts. 53, 57, 58 hablan de los “tribunales venezolanos” (o de “respectivos” en el art. 54), mientras que los arts. 40-47 CPC (“De la competencia por el territorio”) hablan de “autoridad judicial del lugar”. La misma referencia a un tribunal determinado (en singular) se observa en los arts. 48-52 y 56 CPC.

Por otra parte, el tratamiento separado e individualizado de las instituciones de “regulación de jurisdicción” (arts. 59, 62 ss. CPC) y de “regulación de competencia” (arts. 60, 67 ss.) no se justifica si entre uno y otro tipo de normas no existieran diferencias de función y estructura que así lo exigieran.

7. La clara distinción entre uno y otro tipo de normas no admite excepciones. Es absoluta y vale para todas las hipótesis.<sup>52</sup> La determinación de la competencia procesal internacional directa se realiza exclusivamente por las normas expresas sobre la materia o medios técnicos inobjetables.

Ellos fijan cuándo los tribunales nacionales gozan de competencia procesal internacional directa y cuándo no. La afirmación de la competencia procesal internacional directa para unos casos determinados implica su negación en todos los otros casos.<sup>53</sup> Dicha exclusión también puede ser expresa mediante normas de carácter negativo.<sup>54</sup>

En esta materia no existen, por tanto, “casos no previstos” o “lagunas” que permitan el recurso a la analogía *legis* o *iuris*, ni mucho menos la aplicación por analogía de las normas sobre competencia territorial interna.<sup>55</sup> La negativa o el silencio del legislador significan

51. Por ej. el CPC it. de 1865, véase Morelli,<sup>1</sup> 100.

52. Morelli,<sup>1</sup> 100; Morelli,<sup>2</sup> 105.

53. Morelli,<sup>1</sup> 100 s.; Morelli,<sup>2</sup>, 105.

54. Ver *supra* III. 5 *in fine*.

55. En sentido contrario, pero sin fundamentar su afirmación, Luis Cova Arria: “La doctrina del *forum non conveniens* en el derecho angloamericano y las bases de la jurisdicción en Venezuela. Estudio comparativo especialmente referido a asuntos marítimos”, en *Libro Homenaje a la memoria de Joaquín Sánchez-Covisa*. UCV, Caracas (1975) pp. 55, 115. Igualmente en sentido contrario Aristides Rengel Romberg: “La competencia procesal internacional en el derecho venezolano”, en *Libro Homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera Mendoza*, I, UCV, Caracas (1970) pp. 65, 76 s., cuyos comentarios referidos al CPC 1916 deben considerarse superados. Ellos sugieren, sin embargo, una revisión de la aplicabilidad del art. 8 CPC en materia de competencia procesal internacional. Ver además Juan M. Rouvier: “Principios fundamentales de derecho procesal internacional. Juris-

que el conocimiento de un supuesto de hecho jurídicamente internacionalizado no cae dentro de la esfera de la competencia procesal internacional directa de los tribunales nacionales. Así por ejemplo, la apertura de la sucesión en Venezuela no atribuye competencia internacional directa a los tribunales venezolanos para conocer de demandas relativas a la materia sucesoral (art. 43 CPC). Tampoco el domicilio en Venezuela de una sociedad atribuye *per se* competencia internacional a los tribunales venezolanos para conocer de demandas entre socios (art. 44 CPC). De la misma manera los arts. 48 a 52 CPC no atribuyen competencia procesal internacional directa a los tribunales venezolanos.

8. Como acertadamente señala la CSJ-SPA, citando a la más reciente literatura jurídica venezolana (Henríquez La Roche) que a su vez sigue a la italiana, la conexión de causas no es un verdadero título de competencia originaria, sino que se trata de una relación entre varias causas que determinan o pueden determinar un desplazamiento de la competencia propia de los tribunales normalmente llamados a conocer de tales causas.<sup>56</sup> De modo tal que a la modificación de la competencia de un juez sigue, en consecuencia, una modificación en sentido inverso de la competencia de otro juez.<sup>57</sup>

En términos lógicos resulta impropio hablar de modificación de la competencia sin que ella esté presupuesta. La modificación de la competencia por razón de conexión prevista en los arts. 48 ss. CPC sólo opera en el marco puramente interno. No incide ni puede incidir en la determinación de la competencia procesal internacional directa de los tribunales nacionales, institución para la cual una modificación por razón de conexión no ha sido expresamente prevista.

9. Cabe ahora analizar si el sistema venezolano, no obstante la existencia de normas expresas sobre la competencia procesal internacional directa, permite y justifica la modificación de tal competencia por razón de conexión en atención a criterios técnicos inobjetables.

La distinción tradicional entre litisconsorcio pasivo facultativo y litisconsorcio pasivo necesario<sup>58</sup> conduce a eliminar la posibilidad de

dicción y normas de competencia internacional, *Rev. Fac. Der. LUZ* 13 (1973) pp. 47, 70; Domingo A. Sosa Brito: "La declinatoria de la jurisdicción nacional y su importancia en la esfera internacional". (Tesis UCV, 1956) esp. 26 ss.

56. Así se lee en la obra de Salvatore Satta: *Diritto processuale civile*. 10a. Ed. (1987) actualizada y ampliada por el profesor Carmine Punzi, CEDAM: Padova, p. 45.

57. Luzzato: nota 29, p. 301.

58. Al respecto, Satta, nota 56, pp. 152 ss. La misma distinción es admitida por el derecho alemán. Así lo expresa el profesor de la Universidad de Tübingen, Fritz Baur, en su obra *Zivilprozessrecht*. 6a. edición (1989). Metzner, Neuwied/ Frankfurt, pp. 90 ss.

una modificación de la competencia procesal internacional directa venezolana en el primero de los casos. No hay razón alguna desde el punto de vista de la función de las normas sobre la competencia internacional directa venezolanas que justifique un desplazamiento de competencia a favor o en contra de los tribunales venezolanos. El único interés apreciable que pudiera sugerir una posible modificación de la competencia procesal internacional directa es el interés del demandante en reunir diversas pretensiones en un solo proceso para ser decididos por una sola sentencia (que puede en consecuencia ser uniforme o no). Ese interés no es superior al del demandado en ser llevado ante los jueces normalmente competentes. No existen motivos técnicamente suficientes que justifiquen un desplazamiento de la aplicación del principio rector *actor sequitur forum rei*. El Estado venezolano, en tales casos, permanece totalmente ajeno a los intereses puramente individuales de los litigantes.<sup>59</sup>

Mayor y más detenida consideración ameritan los casos de litisconsorcio pasivo necesario.<sup>60</sup> Se está en presencia de un litisconsorcio necesario cuando la relación jurídica litigiosa haya de ser resuelta de modo uniforme para todos los litisconsortes. Tal es la regla general contenida en el art. 148 CPC 1987. A ella añade el mismo art. el caso en que el litisconsorcio sea necesario por cualquier causa. De esta manera el CPC no suministra criterio útil para responder las preguntas que el mismo art. 148 plantea: a) ¿Cuándo ha de ser resuelta una relación jurídica litigiosa de modo uniforme para todos los litisconsortes?, y b) ¿Cuándo es el litisconsorcio necesario por cualquier causa?<sup>61</sup>

59. A igual resultado llega el profesor Morelli,<sup>1</sup> p. 123 por lo que respecta al CPC it. de 1865. El litisconsorcio facultativo está regulado por los arts. 146 s. Ellos deben verse en concordancia con los arts. 49, 52, 371 ss. CPC 1987. Véase además CPC it. 1942, art. 103, al respecto SATTA, nota 56, p. 155 ss.; ZPO §§ 59 ss., al respecto BAUR, notas 58, 91.

60. El litisconsorcio necesario regulado en el art. 148 CPC 1987 debe ser considerado en relación a los arts. 382 ss. La naturaleza del litisconsorcio necesario previsto en el art. 148 depende de la estructura de la relación jurídica particularmente considerada.

61. Los redactores del Código de Processo Civil portugués de 1939 han pretendido solucionar legislativamente el problema. Así el art. 28 del Código de Processo Civil de 1939 = art. 28 Código portugués de 1961 con posteriores modificaciones dispone:

“1. Se, porém, a lei ou o negócio a intervenção dos varios interessados na relação controvertida, a falta de qualquer delos é motivo de ilegitimidade.

2. É igualmente necessária a intervenção de todos os interessados quando, pela própria natureza de relação jurídica, ela seja necessária para que a decisão a obter produza o seu efeito útil normal. A decisão produz o seu efeito normal

El concepto de litisconsorcio necesario fue elaborado en Italia por obra de la doctrina. Ella se remonta a un escrito de Giuseppe Chiovenda.<sup>62</sup> Obedece tal creación a la cuestión de saber si existen casos en los cuales la legitimación para actuar en juicio corresponde exclusivamente a todos o contra todos los participantes de una determinada relación jurídica, de tal manera que la decisión de la controversia deba ser necesariamente única frente a todos.<sup>63</sup> Hoy en día está expresamente regulada por el art. 102 CPC it. de 1942.<sup>64</sup> No obstante que el CPC 1987 sigue en buena parte la técnica y el texto del CPC it. de 1942 parece no haber dudas que el art. 148 CPC 1987 corresponde al § 62 del ZPO alemán.<sup>65</sup>

sempre que, não vinculando embora os restantes interessados, possa regular definitivamente a situação concreta das partes relativamente no pedido formulado”.

La solución portuguesa como enseña Alberto dos Reis en su *Código de Processo Civil anotado*. Vol. II, 3ª ED. (reimpresión 1980) Coimbra Editora, Lim: Coimbra, se apoya en las investigaciones italianas (p. 86 ss., esp. p. 94 ss.). De tal modo el efecto útil normal de la sentencia es declarar el derecho de modo definitivo con efecto de cosa juzgada material. Si ello no se logra sin que estén en juicio todos los interesados el litisconsorcio es necesario. SATTA, notas 56, p. 153 anota que se ha objetado que una sentencia —salvo los casos previstos por ley— jamás es *inutiliter data*. Una utilidad parcial subsiste siempre. Además sólo la parte litigante es árbitro en su decisión de llamar a juicio a un sujeto y no a otro. Aparentemente la jurisprudencia italiana hoy en día no reconoce más los casos de litisconsorcio necesario por inutilidad de la sentencia.

62. “Sul litisconsorzio necessario”, en *Saggi di diritto processuale civile*, Tomo II. Roma (1931) pp. 427 ss.
63. SATTA, nota 56, p. 153.
64. En su parte pertinente reza: “Se la decisione non può pronunciarsi che in confronto di più parti, queste debbono agire o essere convenuti nello stesso processo. . .”.
65. El párrafo 1 del § 62 dispone: “Kann das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden oder ist die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grunde eine notwendige, so werden, wenn ein Termin oder eine Frist nur von einzelnen Streitgenossen versäumt wird, die säumigen Streitgenossen als durch die nicht säumigen vertreten angesehen”. Por lo que respecta a la primera parte del párrafo 1 (¿cuándo ha de ser resuelta una relación jurídica litigiosa de modo uniforme para todos los litisconsortes?) el profesor Peter Schlosser señala que ello depende de si de proponerse procesos sucesivos fuera posible extender los efectos de la cosa juzgada del primero de ellos a los sucesivos. La posibilidad de extender los efectos de la cosa juzgada conduce a afirmar un litisconsorcio necesario. En cuanto a la segunda parte del párrafo 1, un litisconsorcio es necesario por cualquier causa cuando la pretensión de o contra un solo individuo determina por sí sola, en atención a criterios de derecho material-sustantivo, la falta de legitimación procesal activa o pasiva que, en consecuencia, corresponde a una pluralidad de sujetos. Caso típico es el de las pretensiones constitutivas. Véase del referido autor *Zivilprozessrecht I. Erkenntnisverfahren*. Vahlen, Munich (1983) p. 210 s.

El litisconsorcio necesario viene determinado por razones jurídicas. Sólo en atención a ellas es posible deducir la necesidad de una decisión uniforme respecto a todos los litigantes. No basta que por meras razones lógicas se deba esperar una decisión uniforme. Así puede suceder que la demanda contra el fiador sea declarada sin lugar por no existir una obligación principal garantizada y sin embargo sea condenado posteriormente el deudor principal. En caso que ambos sean demandados conjuntamente no son, por ese simple hecho, litisconsortes necesarios. La demanda contra el deudor principal puede ser declarada con lugar y la demanda contra el fiador desestimada porque el fiador opuso válidamente la nulidad del contrato de fianza. Tal conclusión es soportada por el art. 1.814 C. Civ. ven. en caso que no haya lugar a la excusión de bienes del deudor y el acreedor demande conjuntamente al deudor principal y al fiador. Es un simple derecho del acreedor principal de constituir un litisconsorcio pasivo facultativo.<sup>66</sup>

La necesidad de una pluralidad de sujetos puede ser determinada por razones que afectan la propia naturaleza jurídica de la relación litigiosa. Se trata de litisconsorcio necesario por razones materiales o sustantivas.<sup>67</sup> Casos típicos son la demanda de división de comunidad (ver C. Civ. ven., arts. 759 ss.) y la demanda de partición de herencia (C. Civ. ven., arts. 1070 ss., CPC 1987, arts. 777 ss.). En otros casos, la necesidad viene determinada por el mismo legislador por razones de mera oportunidad procesal.<sup>68</sup> Estos son los casos menos frecuentes. Ejemplos son la demanda de impugnación de la paternidad (C. Civ. ven., 208) y la demanda de declaración de prescripción (CPC 1987, arts. 690 ss., esp. 691). Son igualmente supuestos de litisconsorcio pasivo necesario las solicitudes de ejecución de hipoteca (CPC 1987, arts. 660 ss.) y de ejecución de prenda (CPC 1987, arts. 666 ss.).

En tales supuestos el juez no puede pronunciarse sobre el mérito de la causa si ella no es propuesta por todos o contra todos los sujetos. En caso de un litisconsorcio pasivo necesario, la legitimación de los demandados para actuar en juicio es interdependiente: la participación de todos los demandados, en conjunto, es indispensable.<sup>69</sup>

En el ámbito de la competencia procesal internacional directa no se trata de la falta de legitimación de los demandados y de una consecuente desestimación de la demanda. De esta forma, un litisconsor-

66. Baur, nota 58, p. 92; Schlosser, nota 65, p. 210.

67. Satta, nota 56, p. 154; Baur, nota 58, p. 92.

68. Satta, nota 56, p. 154; Baur, nota 58, p. 92.

69. Satta, nota 56, p. 152 s.

cio necesario pasivo condiciona el ejercicio de la función jurisdiccional de los tribunales venezolanos. El ejercicio de esa función está condicionado a la presencia necesaria en el proceso de una pluralidad de sujetos respecto a los cuales —en su conjunto— debe afirmar el Estado venezolano su competencia procesal internacional directa.<sup>70</sup> El interés del Estado venezolano es resaltado por la presencia de vínculos jurídicamente relevantes que indican una pertenencia de la situación jurídica litigiosa a la vida social del país. No es el interés de las partes en la resolución de la controversia el que exige consideración; es el interés del Estado en ejercer su poder jurisdiccional en un caso que presenta una manifiesta vinculación con la vida interna del país. Sólo bajo esta condición le es permitido al poder judicial nacional influir sobre una situación jurídica litigiosa que afecta a varios sujetos pasivos necesariamente vinculados.<sup>71</sup>

---

70. Morelli,<sup>1</sup> p. 124; Morelli,<sup>2</sup> p. 125; Luzzatto, nota 29, p. 303; Giuliano, nota 7, p. 91.

71. Morelli,<sup>1</sup> p. 124; Morelli,<sup>2</sup> p. 125; Luzzatto, nota 29, p. 303; Giuliano, nota 7, p. 91. Los problemas presentados por situaciones como las analizadas en estas notas han sugerido la posibilidad de crear órganos especializados para resolverlos. Ello con la finalidad de evitar que nuestro derecho internacional privado se limite a ser un museo de "monumentales estructuras teóricas, con poca eficacia práctica y con ello de poca utilidad para los importantes fines que debe cumplir el derecho internacional privado en el mundo contemporáneo". T.B. de Maekelt: "Tribunales especiales en materia del dip, *Rev. Fac. Cien. Jur. Pol.* 63 (1982) pp. 59, 70.

## ADDENDUM \*\*

1. Una vez concluida la redacción de las anteriores *Anotaciones*, nos fue puesta en conocimiento la existencia de otras dos decisiones tribunalicias, a las cuales previamente no tuvimos acceso, y que de seguidas pasamos a reseñar.

2. Caso *Maury Borges Zurita contra Administración Pública y "funcionarios actuantes"*. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno de 26-2-1985, publicada en *G.F.* (3ª ed.) 127-I, pp. 72 y ss. (1982), con ponencia del doctor J.S. Núñez Aristimuño.

Como petitorio anexo a la actitud de nulidad por inconstitucionalidad y/o ilegalidad de ciertos artículos de algunos decretos presidenciales y de nulidad por ilegalidad de una resolución de la Dirección de Minas del Ministerio de Energía y Minas, el recurrente demandó el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por tales actos (¿Extinción del "derecho" a explorar y explotar concesiones mineras en trámite de "denuncio" para la fecha de eficacia de los actos lesivos?). Según el recurrente dichos daños y perjuicios son los "que se determinarán en el trámite de la ejecución de la sentencia". (pp. 72-73).

3. Aun cuando el recurso fue declarado con lugar por lo que respecta a la inconstitucionalidad del art. 3 del Decreto 2.039 de 15-2-1977 (p. 87) y de la Resolución DM-111 del Ministerio de Energía y Minas de 29-5-1978 (pp. 92-93),<sup>1</sup> lo defectuoso del recurso impidió que la Corte hiciera cualquier pronunciamiento sobre daños y perjuicios (pp. 93-94).

Al efecto dijo: "en el presente juicio «los funcionarios actuantes» no han sido demandados y ni siquiera identificados. En estas condiciones sería inválido cualquier pronunciamiento condenatorio que se hiciera contra quienes ni fueron parte en el proceso, ni pudieron

\*\* Este *ADDENDUM* ha sido preparado en el Instituto Max-Planck para Derecho Público Extranjero y Derecho Internacional Público en Heidelberg, RFA, a cuyo personal estamos agradecidos.

1. Sin lugar fue declarada la solicitud de inconstitucionalidad e ilegalidad de art. 1º del Decreto 2.322 de 17-8-1977 (pp. 87, 90-91).

entonces alegar o probar en él los extremos que los favorecieran” (p. 93).

4. Respecto de una eventual condenatoria por daños y perjuicios en contra del «demandado» (¿Administración Pública?) la Corte sorprendentemente<sup>2</sup> señaló que “la misma sólo podría proceder si estos daños hubieran sido probados en el curso del proceso. . . El juez sólo puede decidir en función de las probanzas analizadas, las cuales de manera alguna fueron aportadas en este caso. . .” (p. 94).<sup>3</sup>

2. Debe tenerse presente que la Corte en Pleno (caso *G.R. Pigna Rodríguez contra art. 11 de la Ley de Registro Público de 1978*, G.F. (3ª ed.) 127-I, pp. 1 y ss., ponencia del doctor Cipriano Heredia Angulo) se había pronunciado, errónea y peligrosamente, unos pocos días antes, en el sentido de que “el artículo 46 (de la Constitución) está dirigido más bien a los actos de las autoridades, que no a las leyes” (p. 13).

En el caso *Maury Borgés Zurita* no hubo pronunciamiento alguno en cuanto a la necesidad de seguir las formalidades de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

3. Los magistrados De Sola (pp. 96-98) y Farías Mata (p. 99) salvaron su voto por lo que respecta a la declaratoria con lugar de la inconstitucionalidad del art. 3 del Decreto 2.039, de 15-2-1977, y de la Resolución DM-111 del MEM, de 29-5-1978, por considerar que el art. 33 de la Ley de Minas sólo consagra una preferencia a favor del primer denunciante, oponible sólo a otros posteriores denunciantes, pero nunca frente al Estado (*sic* República) otorgante del título de la respectiva concesión. Es, pues, una mera expectativa de derecho. En consecuencia, no existe el vicio de retroactividad ni se afectan derechos adquiridos por el recurrente.

El profesor Farías Mata manifestó que no obstante discrepar parcialmente del criterio de la mayoría, “quiere poner de relieve los plausibles conceptos doctrinarios” que en la misma se emiten. “En particular —dice el profesor Farías Mata— los relativos al poder ejecutivo respecto de la materia que le corresponde ejercer: abren ellos una orientación importante que, seguramente, en fallos posteriores se consolidarán, cuando lo exija el caso concreto a la luz del cual se confronten esos principios” (p. 99).

Estas palabras admonitorias imponen —aun cuando fuera de tema— las siguientes apuntaciones, con el solo propósito de anunciar la crónica de una tragedia desesperada. ¿Cuáles son esos “plausibles conceptos doctrinarios” respecto de la materia reglamentaria que le corresponde ejercer al Poder Ejecutivo?

Parecen ser los siguientes:

- 1) “Si bien el art. 139 (de la Constitución) atribuye al Congreso la facultad de legislar sobre las materias de la competencia nacional, ello no obsta para que el Poder Ejecutivo Nacional, sea en el ejercicio de sus facultades reglamentarias, sea por alguna competencia que la ley ordinaria le atribuya, dicte en ocasiones disposiciones obligatorias de carácter general sobre las mismas materias” (p. 84).

2) "La facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo es una consecuencia de su atribución de hacer ejecutar las leyes y consiste en la elaboración de disposiciones de aplicación que complementan y precisan una ley formal" (p. 78).

3) Paralelamente a su ejercicio, el Ejecutivo puede decretar también *disposiciones de carácter general que no serían reglamentos de ninguna ley en particular, ni siquiera de aquella que en casos dados resultara atributiva de su competencia*" (p. 78); por ejemplo: decretos 2.039, de 15-2-1977, y 2.322, de 17-8-1977, en relación a la Ley de Minas, en cuyos arts. 11 y 12 se apoyan los referidos decretos. Tampoco el Decreto 2.322 sería reglamento del entonces vigente Estatuto Orgánico del Desarrollo de Guayana o de la Ley Orgánica de la Administración Central, «a pesar de—como dice la Corte—de apoyarse asimismo en dichos textos» (p. 78).

4) Por el solo hecho de que el Ejecutivo Nacional adopte determinadas providencias sobre materias competencia del Poder Nacional, y en relación a los aspectos no cubiertos total o parcialmente por la legislación nacional, no viola "la reserva legal que consagra el artículo 136 de la Constitución" (*sic*) (p. 84).

¿Cuál es la consecuencia jurídica de la admisión de esos "plausibles principios"? Lo anterior supone la admisión jurisprudencial en el sistema venezolano de los llamados "reglamentos autónomos o independientes"; es decir, disposiciones dictadas por el Ejecutivo que carecen de nexos con otra norma que califique su legalidad (véase, en general, Antonio Moles Caubet: "El principio de legalidad y sus implicaciones", 2ª parte, en *Revista de la Facultad de Derecho de la UCV*, N° 51, (1972), pp. 85 y ss., esp. 98-101).

Ahora bien, de las dos modalidades de "reglamentos autónomos" señalados por el profesor Moles Caubet (que nosotros por comodidad llamaremos parcial y absolutamente desvinculados, respectivamente), la Corte centra su tesis con respecto a los segundos, aun cuando en el punto 1) anterior la Corte parece limitarse a admitir tan sólo los primeros.

*Data venia* la investidura de la Corte y la sabiduría del profesor Moles Caubet, la admisión en Venezuela de los llamados "reglamentos autónomos o independientes" no tiene base constitucional alguna. No puede justificarse su admisión sobre la premisa de una supuesta "necesidad de integrar lagunas del ordenamiento jurídico" (Moles Caubet, p. 99), pues para ello ha de recurrirse en sus justos límites a lo expresamente previsto en el Código Civil (Art. 4), que expresa un principio general de derecho venezolano (en general, véase Hermann Petzold Pernía: *Interpretación e integración en el Código Civil venezolano. Hermenéutica jurídica y argumentación*. Maracaibo, Instituto de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho, Universidad del Zulia, 1984).

Por otra parte, el Ejecutivo Nacional carace de un presupuesto lógico e impretermitible para dictarlos; no tiene competencia expresa para ello. Las potestades normativas del Poder Ejecutivo Nacional se limitan a aquellas que le son expresamente conferidas por la Constitución (Art. 190, ords. 5, 6, 7, 8, 10, 11, 22 [que remite a la ley]), Arts. 240-244. Los ministros, como "órganos directos del Presidente de la República" (Art. 193), no tienen potestades normativas que directa e inmediatamente deriven de la Constitución. Su competencia deriva de la ley orgánica que los regula, a tenor de lo dispuesto en el art. 193 de la Constitución (para los ministros "sin cartera", ver Art. 194).

La fundamentación dada por el profesor Moles Caubet pone de manifiesto un problema estructural del procedimiento legislativo venezolano: su lentitud

y rigidez, inadecuado para una sociedad que exige soluciones casi inmediatas, y por otra parte, la necesidad de discutir los límites de la conveniencia de las llamadas "autorizaciones legislativas" (sobre el particular, véase Manuel García Pelayo: "Sobre las autorizaciones legislativas", en *Libro Homenaje a la Memoria de Joaquín Sánchez-Covisa*, pp. 871 y ss. Facultad de Derecho UCV, Caracas, 1975).

Un intento de solución al problema de la lentitud y rigidez del procedimiento legislativo —sin acudir a las autorizaciones legislativas— se encuentra en los arts. 4 y 5 de la Enmienda N° 2 a la Constitución venezolana, fechada 26-3-1983, al crear la llamada "Comisión Legislativa" y la consagración consiguiente de un "procedimiento legislativo simplificado" (*vid. G.O. 3.357 extraordinario de 2-3-1984, reimpresión por error de copia*).

Debe recordarse que en Venezuela la potestad normativa atribuida al Congreso no es delegable. (José Guillermo Andueza: "Las Potestades Normativas del Presidente de la República", en Estudios sobre la Constitución. *Libro Homenaje a Rafael Caldera*, Tomo IV, pp. 2025, 2059, 2069, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas UCV (1979) en la misma obra colectiva, p. 2.097, Antonio Moles Caubet: "La Potestad Reglamentaria y sus Modalidades").

En este último ensayo el profesor Moles Caubet volvió a tratar el tema de los reglamentos autónomos o independientes y al respecto indicó que los mismos "ofrecen en algunos casos posibilidades constitucionales" (p. 2.086, aunque más adelante concluye que sólo hay un caso). Reconoce que la presencia de tales reglamentos "suscita no pocas confusiones, comenzando por su propio nombre" (p. 2.091) y luego señala que se caracterizan porque "no tienen ley preexistente de ejecutar, con lo cual realizan una fusión innovadora dictando nuevas normas" (p. 2.091). Al señalar esta peculiaridad como elemento característico de tales reglamentos se aparta del criterio sostenido anteriormente (Moles Caubet: "El Principio de Legalidad y sus implicaciones, cit. pp. 98-101). Asimismo, precisa —apartándose de su formulación anterior— dos (nuevas y distintas) modalidades de los mismos: a) concurrentes con la ley, y b) excluyentes de la ley.

De los segundos —se apresura en indicar— "que Venezuela no tiene ni ha tenido jamás esta especie de Reglamento, aludido ahora tan sólo para establecer su contraste con el anterior" (p. 2.093).

Por lo que respecta a los primeros anota que son dictados en defecto de regulación legislativa aun cuando el legislador "puede siempre ejercitar la facultad legislativa" (Carré de Malberg: cit. por Moles Caubet, p. 2.092). De esta forma pretende ver en la atribución constitucional de competencia al Poder Nacional para "la dirección técnica, el establecimiento de normas administrativas y la coordinación de los servicios destinados a la defensa de la salud pública" (Constitución, art. 136, ord. 17) "la única posibilidad de los reglamentos independientes o autónomos que brinda el sistema venezolano" (p. 2.092).

Por normas administrativas entiende las contenidas en un acto administrativo de carácter reglamentario: el Reglamento; y por cuanto no puede tratarse de un "reglamento ejecutivo", pues para ello no se necesita mención, dada la existencia del art. 190, ord. 10, ha de concluirse que se trata de reglamentos independientes o autónomos (p. 2.092). Esta conclusión parece apoyarse en un estudio del origen constitucional del art. 136, ord. 17. Por otra parte, no olvida el profesor Moles Caubet que la protección de la salud tiene rango constitucional (art. 76) y su regulación ha de hacerse por ley (art. 136, 24 y art. 139).

A lo anterior han de hacerse las siguientes observaciones:

— la definición de Carré de Malberg empleada por el profesor Moles Caubet es inaplicable al sistema venezolano, pues de admitirse la existencia de “reglamentos autónomos” en materia de sanidad ellos podrían dictarse concurrentemente por los Poderes Legislativo y Ejecutivo nacionales y no solamente “en defecto de ley”. Así tampoco desaparecerían al dictarse la ley reglamentaria.

— la atribución de competencia contenida en el art. 136, ord. 17 es al Poder Nacional y no al Poder Ejecutivo Nacional. Por otra parte, las materias competencia del Poder Nacional forman parte de la reserva legal (art. 139).

— no hay atribución constitucional de competencia (expresa) al Poder Ejecutivo Nacional en materia de sanidad.

— la creación y dotación de nuevos servicios públicos o la modificación o supresión de los ya existentes sólo puede hacerse por ley (argumento ex art. 190,11 y 179,5; véase en general: Hildegard Rondón de Sanso: “La Potestad Organizativa en el Derecho Venezolano” en Estudios sobre la Constitución. *Libro Homenaje a Rafael Caldera*, Tomo IV, p. 2.105 y ss., esp. 2.187-2.188; Andueza: “Las Potestades Normativas del Presidente...”, cit., p. 2.055 y ss., esp. 2.058-2.063).

— la referencia hecha en el art. 136, ord. 17 es a los “servicios destinados a la defensa de la salud pública”, los cuales por naturaleza son “servicios públicos”. Por otra parte, la “protección de la salud” sólo puede hacerse por ley (argumento ex art. 76, art. 136,24 y art. 139).

Pareciera entonces que la posibilidad del “establecimiento de normas administrativas” en materia de servicios destinados a la defensa de la salud pública por los órganos del Poder Nacional competentes (Ejecutivo) está condicionada a la previa creación y dotación de los mismos por ley y sin alterar las disposiciones de la ley en materia de sanidad.

— la expresión “normas administrativas” admite varias acepciones (modo ilustrativo):

i) normas para la administración (gestión) del servicio; ii) normas de carácter administrativo relativas al servicio.

En el primer caso habría que concluir que el Poder Legislativo Nacional dictaría las normas para la administración (gestión) del servicio de salud pública y el Poder Ejecutivo Nacional reglamentaría a tenor del art. 190, ord. 10.

En el segundo caso la tarea impuesta al Poder Nacional (sin atribución específica a una de sus ramas) es la relativa a la implementación del servicio público de salud y que correspondería a la actividad de administración del Poder Ejecutivo Nacional, de allí el calificativo de normas administrativas. También, en el segundo caso, puede pensarse que “administrativas” se refiere a Derecho Administrativo.

— más dudas arroja la contraposición de los arts. 136, ord. 17 y 190, ord. 10. ¿Cuál es la razón del primero?

Explicaciones pueden buscarse desde dos vertientes:

a) Origen histórico-constitucional del art. 136, ord. 17: Revela que el mismo responde al influjo de las creaciones jurídicas de épocas dictatoriales que

5. Caso *A.M. Gascón contra Municipalidad del Distrito Federal*. Sentencia del Juzgado Superior 7° de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda de 9-8-1982, publicada en *JRG* 79 (1982-III), p. 54 y ss.

La víctima, de profesión arquitecto, se encontraba en el interior de un vehículo conversando, en horas de la madrugada, cuando repentinamente un agente de la Policía del Distrito Federal, en horas de servicio, abrió la puerta del vehículo y accionó su arma de reglamento contra la víctima, causándole lesiones graves. Aparentemente el agente no tenía motivo alguno para herir a la víctima. El señor Gascón fue operado y hospitalizado. El agente policial fue condenado en juicio penal por el delito de lesiones graves, previo el antejuicio de ley (p. 54).

La víctima demandó a la Municipalidad del Distrito Federal, exigiendo la reparación de daños y perjuicios materiales y morales causados por el proceder del agente en ejercicio de sus funciones y como

---

exigían sustraer a la competencia del Poder Legislativo Nacional aquellos —o algunos de ellos— sectores considerados como peligrosos para el régimen de turno o para facilitar la intervención ejecutiva (e.g. correos, telégrafos, teléfonos y posteriormente se les hermana: sanidad). La interpretación del art. 136, ord. 17 debe hacerse sobre la base de la primacía del Poder Legislativo Nacional en un régimen democrático cuya máxima expresión se encuentra en el principio de reserva legal.

b) Finalidad de la norma en un régimen federal “en los términos consagrados por esta Constitución”: La atribución al Poder Nacional de competencia en materia de sanidad responde a la necesidad de un régimen uniforme a nivel nacional relativo a los servicios de salud. En este sentido y en atención al sistema de repartición de atribuciones, actividades, funciones y competencias entre los órganos de las distintas ramas que ejercen el Poder Público es que hay que entender las referidas normas.

La competencia para legislar en materia de salud está atribuida —a tenor del art. 139— exclusivamente al Poder Legislativo Nacional sin que pueda delegar tal competencia. La competencia reglamentaria en materia de salud corresponde —a tenor del art. 190, ord. 10— al Poder Ejecutivo Nacional. Sólo puede reglamentar si hay ley preexistente.

Sin pretender ser exhaustivo, los datos y apuntaciones hechas en esta nota de pie de página deben conducir a seria reflexión.

En nuestro concepto ponen de manifiesto la incorrección de las ideas de la Corte Suprema de Justicia al respecto. La formulación dada por la Corte Suprema atenta contra un presupuesto fundamental del Estado venezolano: la reserva legal, establecido como garantía de control democrático en el proceso de formación de las decisiones que afecten intereses básicos del individuo.

(Todos los subrayados en esta nota son míos).

tales imputables a la Municipalidad como hecho propio. Invocó la opinión del profesor Andueza (pp. 54-55).

La Municipalidad sostuvo que un funcionario se encuentra en ejercicio de sus funciones "cuando cumple con los actos que le han sido encargados por las leyes que norman su actitud. Si estos actos son contrarios al objeto de la institución que representan, desvirtuando su espíritu y sus fines" es decir, "traspasando los límites de sus atribuciones legales", entonces "el Estado no es responsable de tales actos". Como la actuación del agente policial en el caso concreto no está enmarcada dentro de las leyes, ni de las funciones atribuidas específicamente por la Ordenanza de Policía Urbana y Rural para tales funcionarios, sino que el funcionario hizo todo lo contrario a lo establecido en la citada Ordenanza, por lo tanto debe concluirse que tal acto no fue realizado "en ejercicio de sus funciones", sino sólo "con ocasión de los mismos" (p. 56). Apoya su criterio en el del profesor Melich Orsini (Responsabilidades Civiles Extracontractuales).

6. En Primera Instancia se declaró sin lugar la excepción de inadmisibilidad por falta de cualidad de la Municipalidad para sostener el juicio y parcialmente con lugar la acción de indemnización, condenando a la Municipalidad a reparar daños materiales y morales.

7. En apelación se reformó la decisión, condenando, en todo caso, a la Municipalidad. El resto del destino procesal del caso nos es, para la fecha, desconocido.

8. El Tribunal Superior fundamenta la responsabilidad del Estado (*in concreto* Municipalidad) en los arts. 46, 47 y 121 de la Constitución y distribuye la responsabilidad entre el ente público y el funcionario actuante según tres supuestos (p. 57):

a) Responsabilidad directa por hecho propio del ente público por daños causados por autoridades legítimas en el ejercicio de su función pública, sin violación o menoscabo de los derechos garantizados por la Constitución, abuso de poder o violación de ley. En este caso la responsabilidad es exclusiva del ente público.

b) Responsabilidad directa por hecho propio del funcionario actuante por daños causados como autoridad legítima en el ejercicio de su función pública con violación o menoscabo de los derechos garantizados por la Constitución, o con abuso de poder o violación de ley. Esta responsabilidad implica la responsabilidad "solidaria e indirecta" (*sic*) del ente público quien tiene, en consecuencia, derecho de repetición contra el funcionario. Es responsabilidad indirecta del

ente público, pues la actuación del funcionario público causante del daño es “un hecho ajeno a los propios del ente público”.

c) Responsabilidad directa exclusiva a cargo del funcionario actuante por daños no causados en su carácter de “persona legítima en el ejercicio de una función pública”. En este caso el ente público no es responsable (pp. 58-59).

9. En el caso concreto no era hecho controvertido el carácter del causante del daño (agente de policía de la Municipalidad) para la oportunidad de la comisión del hecho dañoso ni tampoco que fuese autoridad legítima (p. 59).

10. Para precisar la distinción entre “hecho cometido en el ejercicio de sus funciones” y de “hecho cometido con ocasión del ejercicio de sus funciones”, el Tribunal (y los abogados de la demandada) hace uso de opiniones de autores extranjeros: italianos (Bonassi Benucci, Zanobini) y francesas (Mazeaud) las cuales, al igual que la Corte Suprema de Justicia, en las discutibles sentencias de 5-4-1964 y de 4-11-1963 (acogidas por el sentenciador) admiten la criticada tesis de las faltas separadas, pp. 60-61.

11. Vista la digresión anterior y ante la imperiosa necesidad de acordar indemnización a la víctima (¿quién la hubiera negado?) el Tribunal luego de recordar que la Policía Municipal es el ramo de la Administración Pública municipal que tiene por objeto garantizar la seguridad, tanto de personas como de la propiedad, la moralidad, salubridad y el orden público en el Distrito Federal, “debiendo guardar siempre una actitud cónsona con el servicio que le ha sido encomendado” (Arts. 1 y 16 de la Ordenanza de Policía Urbana y Rural del Distrito Federal) consideró en un *tour de force*<sup>4</sup> que la conducta del agente policial . . . “en la oportunidad de acontecer el hecho dañoso que se analiza, salvo por éste<sup>5</sup>, era la que podía y debía esperarse de un agente que tiene a su cargo garantizar la seguridad de personas (?) y bienes y que estaba de guardia en las altas horas de la noche en que aconteció el hecho, en la zona donde se estacionó un vehículo con dos ocupantes en la vía pública,<sup>6</sup> cuya actividad él estaba –como tal funcionario– obligado a investigar<sup>7</sup> y se realizaba, por tanto, en interés del ente público que personificaba. No aparece, por el contrario,

---

4. ¿O es que en Venezuela vivimos así?

5. ¿Y por cuál otra cosa más?

6. ¿Sospechosos?

7. ¿Abrir la puerta y disparar?

de la conducta del mencionado agente, que la misma hubiese estado originada y orientada por una finalidad privada, particular de él como persona, o por mala fe, pues ni tan siquiera conocía al agraviado” (p.72).<sup>8</sup>

12. La anterior decisión, aun admitiendo teóricamente la teoría de las faltas separables, acordó la indemnización de los daños y perjuicios causados por el agente policial en ejercicio de sus funciones. Ello es de destacar, pues se desechó materialmente *in concreto* la defensa triunfadora en otros casos. Sin embargo, la decisión hubiera (y así parecía ser al leer el razonamiento del tribunal) podido soportar la decisión opuesta y negar la indemnización sin mayores problemas. Con el fin de eliminar estas incertidumbres y de consagrar efectivamente la responsabilidad patrimonial del Estado como *ultima ratio* del estado de derecho, se impone acometer la reformulación en Venezuela de dicha doctrina de la responsabilidad patrimonial del Estado y sus funcionarios bajo la premisa de que el sistema se estructura para brindar protección al individuo y no para encubrir injustificada e intolerablemente las faltas de los funcionarios públicos.<sup>9</sup>

8. ¿Quiere decir ello que si lo conoce lo mata?

9. Véase, Eduardo García de Enterría: “Spanien”, en *Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner Organe*. Länderberichte und Rechtsvergleichung. Internationales Kolloquium veranstaltet vom Max-Planck-Institut für ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht. Heidelberg, 1964, p. 585, esp. 613. Köln, Berlin, Carl Heymanns Verlag (1967). Beiträge zum ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Bd. 44 (hrsg. Hermann Mosler). En la misma obra colectiva pueden verse además informes sobre los siguientes países, en paréntesis el autor: Australia (Sawer), Bélgica (Cambier), Alemania Federal (Jaenicke), Francia (Fromont), Grecia (Tsatos), Gran Bretaña (Street), India (Kapur), Italia (Galeotti), Japón (Ogawa), Yugoslavia (Ivancevic), Luxemburgo (Arendt), Países Bajos (Prins), Austria (Spanner), Suecia (Petren), Suiza (Kaufmann), Sudafrica (van der Westhuizen), Turquía (Balta), Estados Unidos de Angloamérica (van Alstyne), Comunidades Europeas (Much). En cuanto a los países latinoamericanos, el profesor colombiano Leopoldo Uprimmy preparó un informe (p. 409 y ss.) abarcando Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México, Perú y Uruguay. Otros países latinoamericanos no fueron incluidos en parte porque en ellos —según el referente— tal responsabilidad (patrimonial del Estado) no existe y en parte “porque no conocemos del todo las disposiciones legales aplicables y la praxis judicial o porque sólo las conocemos insuficientemente” (p. 411).

Más recientemente el Ministerio Federal de Justicia de la República Federal de Alemania (diciembre 1975) publicó una serie de informes solicitados al Max-Planck-Institut para Derecho Público Extranjero y Derecho Internacional Público, con el título “Zur Reform des Staatshaftungsrechts”. Dichos informes abarcan los derechos de Bélgica, República Democrática Alemana, Francia, Gran Bretaña, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Austria, Suiza, Estados Unidos

de Angloamérica y sobre las Comunidades Europeas. Específicamente se estudió el punto de la responsabilidad por actos legislativos. Dichos informes fueron realizados con ocasión de la planeada reforma del derecho de responsabilidad del Estado, la cual encontró expresión en la Staatshaftungsgesetz de 26-6-1981 (BGBl. I, p. 553). La discusión se mantiene hoy día, pues la referida ley fue declarada inconstitucional por violar disposiciones relativas a la repartición de competencias legislativas entre la Federación (*Bund*) y los Estados (*Länder*). Véase Sentencia del Bundesverfassungsgericht de 19-10-1982, violación del art. 70 de la Grundgesetz, en *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 61, pp. 149 y ss. (1983). Para un comentario a dicha sentencia: Hermann Weber, en *Juristische Schulung* 1983, p. 141.

En general, en cuanto a la regulación legal, pero insuficiente en la República Federal de Alemania, véase para la normación civilista: J. von Staudingers: *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Zweites Buch. *Recht der Schuldverhältnisse* §§ 833-853. (Karl Schafer) Schweitzer, De Gruyter: Berlín. 12 Ed. (1986). Los comentarios al § 839 se encuentran a partir de la p. 961. También la abundante literatura allí citada. Dicho § 839 fue modificado (su Abs. 2, Satz 1) con efecto al 1-1-1975, por el art. 121 Nr3 de la Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch de 2-3-1974 (BGBl. I, p. 469) y a partir de esa fecha mantiene su redacción actual.

En cuanto al art. 34 de la Grundgesetz de 23-5-1949 (BGBl., p. 1) cuyos orígenes inmediatos se encuentran en el art. 131 de la Constitución de Weimar de 1919, véase Theodor Maunz, Günter Dürig, Roman Herzog: *Grundgesetz Kommentar*. Bd. 2. Art. 12a-37. Comentarios al art. 34. Beck: München (1987) y la bibliografía allí citada.

Con mucha anterioridad el Institut International des Sciences Administratives (Bélgica) había hecho suya la preocupación por el estado de derecho de responsabilidad patrimonial del Estado y a tal efecto le dedicó su *Round Table* de 1952 (Knocke, Bélgica). Entre los informes presentados se encuentran los siguientes: Francia por Hourticq y Letourneur, Bélgica por Cyr Cambier y Féli-M. Remion, Dinamarca por la Sección Nacional Danesa del IISA, España por López Rodo y Olea, Italia por Francesco Muggia y Arnoldo de Valles, Suecia por Conradi, Yugoslavia por Stjepanovic, Denkovic y Dimitrijevic. El *rapport general* fue preparado por Aubert Lefas (Francia).

Puede decirse que hay un movimiento mundial tendiente a hacer responsable al Estado allí donde no lo era y más responsable aún si es que lo era. Todo en un anhelo legítimo de mejorar la situación del individuo ante los abusos del Estado. Ante todo lo anterior cabe otra vez más preguntarnos ¿qué esperamos?

**NOTAS SOBRE ALGUNOS PROBLEMAS  
JURIDICOS DERIVADOS DE LA ADOPCION  
DEL DECRETO N° 76 Y DEL DECRETO  
CAMBIARIO N° 1**

**HENRIQUE IRIBARREN MONTEVERDE**  
Abogado

*Revista de la Facultad de Derecho, N° 43*  
Universidad Católica Andrés Bello  
Caracas, Venezuela, 1991



La Administración Pública en el pasado período constitucional, otorgó de acuerdo con el régimen cambiario vigente para la época, "Conformidades de importación" y "Certificados de disponibilidad de divisas" a los importadores de determinadas mercancías.

Mediante estos actos administrativos, los particulares beneficiarios adquirirían la expectativa (en sentido vulgar, no técnico-jurídico) de comprar divisas a tipos preferenciales de cambio (más bajos que los del mercado libre), al Banco Central de Venezuela, y para cancelar la deuda externa que tuvieran que contraer con motivo de sus importaciones, todo a través de bancos tramitadores, mediante el mecanismo de cartas de crédito.

Pero al asumir el gobierno, la nueva Administración Pública, derogó mediante un decreto el antiguo régimen cambiario y ordenó al Banco Central de Venezuela *abstenerse* de suministrar divisas conforme a ese régimen, de modo que no se satisficieran a tipos preferenciales ni siquiera los requerimientos de divisas que ya habían obtenido una "Conformidad de importación" y un "Certificado de disponibilidad de divisas" (Decreto 76, Art. 2º), salvo lo que se estableciera en un convenio cambiario entre el Banco Central de Venezuela y la República, actuando ésta por órgano del Ministerio de Hacienda (Decreto Nº 76, Art. 7º), siempre de acuerdo con las disponibilidades reales del Banco Central.

La última disposición fue desarrollada por la cláusula vigésimo cuarta del Convenio Cambiario Nº 1, que estableció un sistema de acceso a divisas o de títulos de crédito denominados en moneda extranjera, *a tipos preferenciales de cambio*, para pagar *determinados porcentajes* de las deudas nacidas de la importación *de mercancías nacionalizadas* antes del 14 de marzo de 1989, estableciéndose una graduación cronológica de dicho acceso, de suerte tal que, en el peor de los casos, si la mercancía fue nacionalizada entre el 01-11-88 y el 13-03-89 el desconocimiento de las divisas preferenciales sería absoluto: el cien por ciento tendría que ser pagado al tipo de cambio del mercado libre.

Para atender al resto de las deudas, se adquirirían también, conforme a ese mismo convenio, divisas o títulos de crédito ante el Banco Central de Venezuela, pero al tipo de cambio del mercado libre.

Muchos de los importadores, al ver desvanecerse su expectativa de adquirir dólares a tipos preferenciales de cambio, para el pago de la totalidad de su deuda, consideraron que el Decreto N° 76 y el Convenio Cambiario que lo ejecuta, estaban viciados de inconstitucionalidad por ser retroactivos. Tal opinión se tradujo en un recurso de nulidad por inconstitucionalidad contra ambos actos administrativos, intentado por el Presidente del Consejo Venezolano de la Industria (CONINDUSTRIA), asistido por Allan Brewer-Carías, ante la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, es decir ante el máximo organismo de la jurisdicción constitucional.

En este proceso la controversia quedó trabada al ser notificado el Procurador General de la República y presentar éste sus informes. En ellos sostenía que los actos cambiarios no conceden ningún derecho por ser máximamente discrecionales y que, por esto, el Decreto N° 76 y las Disposiciones Transitorias del Convenio Cambiario N° 1, no eran, ni son, retroactivas, porque no lesionan ningún derecho adquirido.

Igualmente se opuso al recurso intentado por CONINDUSTRIA el propio Banco Central de Venezuela, a cuyos argumentos también nos referiremos.

Aquí, trataremos entonces, primero, al recurso de nulidad por inconstitucionalidad ejercido por CONINDUSTRIA (I); luego a la posición de la Procuraduría General de la República (II); después, a la intervención del Banco Central de Venezuela (III); y, finalmente a la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena el 5 de marzo de 1990 (IV).

#### D) EL RECURSO DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD EJERCIDO POR CONINDUSTRIA

Ya expusimos de manera bastante simplificada cuál es la pretensión del recurrente (la nulidad por inconstitucionalidad de los artículos 2, 4 segundo párrafo, y 7 del Decreto N° 76 y de la cláusula vigésimocuarta del Convenio Cambiario N° 1), y aludimos indirectamente a la esencia que sustenta todo su aparato de argumentos: los actos administrativos denominados “Conformidades de importación” y “Certificados de disponibilidad de divisas”, concedían verdaderos *derechos* a los administrados, derechos que pretenden suprimirse por los actos impugnados, los cuales serían —a juicio de los recurrentes— retroactivos en sí mismos, o, podrían dar lugar a una aplicación retroactiva de los mismos por los actos que luego dictase el Banco Central con base en los actos impugnados.

De seguidas presentaremos cada uno de los argumentos alegados por el recurrente (la retroactividad de los actos impugnados, sus efectos confiscatorios, la usurpación de funciones, violación de la "cosa juzgada administrativa").

A) *Retroactividad del Decreto N° 76 (y de las Disposiciones Transitorias del Convenio Cambiario N° 1)*

Según el recurrente, el Decreto N° 76 y las Disposiciones Transitorias del Convenio Cambiario N° 1 son en sí mismas consideradas retroactivas, porque las mismas disponen que el Banco Central de Venezuela se abstendrá de pagar las divisas correspondientes a las cuales tendrían "derecho" los importadores por virtud de los actos administrativos señalados arriba (Conformidades de importación y Certificados de disponibilidad de divisas). Los actos recurridos, intentan entonces alterar los efectos pasados de hechos pasados e incurrir —por ello— en una retroactividad de segundo grado, inadmisibles en nuestro sistema jurídico (Sánchez Covisa, Joaquín: "La vigencia de la ley en el ordenamiento jurídico venezolano", Edit. Sucre, Caracas, 1956, p. 187, por ejemplo).

Es opinión y práctica común en nuestro sistema jurídico que la irretroactividad de una norma se identifica con el respeto a los "derechos adquiridos", y que tales son aquellos que *están definitivamente constituidos* antes de la vigencia de la norma (aunque no se hayan ejercido) o, también, los que derivan de hechos jurídicos pasados y no pendientes, aunque sean consecuencias futuras de tales hechos pasados, si la nueva norma o principio del ordenamiento jurídico no es un principio de justicia sustantiva o, como dice Sánchez Covisa, no es de "orden público". Es claro, por ejemplo, que sería retroactiva una norma que pretendiera aumentar los salarios devengados antes de su vigencia (los patronos tendrían un derecho adquirido a pagar lo que el ordenamiento exigía antes); o que, sin ser de orden público, pretendiera imponerse a los contratos celebrados antes, aun en cuanto a los derechos no nacidos todavía; y que, en cambio, no sería retroactiva una disposición que aumentara los salarios futuros por exigirlo así la justicia, sin que el patrono pudiera alegar un derecho adquirido a seguir pagando el salario acordado en el contrato de trabajo.

El recurrente afirma, como se desprende de lo expuesto, que el caso de autos se identifica con el primer ejemplo y que, por ello, viola al artículo 44 de la Constitución, y es inconstitucional.

En palabras más simples, *según el recurrente*, las "Conformidades de importación" y los "Certificados de disponibilidad de divisas"

aunque no se hubieren materialmente entregado tales divisas al importador, generaban derecho a ello de una manera ya constituida. Y, por consiguiente, el Decreto N° 76 y el Convenio Cambiario N° 1, *al tocar o afectar consecuencias jurídicas futuras de hechos pasados* (es decir, al disponer la no entrega de las divisas cuando según el régimen derogado se tenía derecho a ello), serían retroactivos y por ende inconstitucionales.

B) *Los actos impugnados configuran una confiscación*

La confiscación es la extinción de un derecho sin que medie justa indemnización, y está prohibida por el artículo 102 de la Ley Fundamental. Y el Decreto N° 76 tendría efectos confiscatorios por impedir al Banco Central de Venezuela el cumplimiento de sus obligaciones y a los importadores retenerles créditos (derechos adquiridos) sin prever indemnización alguna. Luego, es inconstitucional.

C) *Usurpación de funciones y extralimitación de atribuciones*

El fundamento aparente del Decreto N° 76 es el artículo 4° del Decreto 674, en concordancia con la letra B del artículo 93 de la Ley del Banco Central de Venezuela. Sin embargo, en realidad aquel acto carece de toda base constitucional o legal.

En efecto, según CONINDUSTRIA, la garantía suspendida por el Decreto N° 674 es la de la libertad económica, y no la de la propiedad ni la de la irretroactividad. Pero como el Decreto N° 76 tiene efectos contrarios al derecho de propiedad (entendemos de las sumas de dinero debidas en base a los supuestos derechos adquiridos) en forma confiscatoria y retroactiva, constituye una usurpación de funciones y, por ello, sus actos son nulos conforme a la Constitución (Art. 119).

Además, como la Administración excedió en tal decreto los límites señalados por el Decreto N° 674, artículo 4°, y por el artículo 93, letra B, de la Ley del Banco Central de Venezuela (que no autoriza los efectos confiscatorios ni los retroactivos), resulta que incurrió también en el vicio de ilegalidad por extralimitación de atribuciones.

D) *Violación de la cosa juzgada administrativa*

El Decreto N° 76 es un acto de rango sublegal y, por tanto, un acto administrativo. Y esto porque, según la jurisprudencia de la

Corte Suprema de Justicia (sentencia de 7-3-88, caso del Bono Compensatorio), en nuestro Derecho sólo puede dictarse un decreto-ley con fundamento en una "Ley Habilitante" y no, en cambio, en un acto de suspensión de garantías. Pero como no existe tal habilitación legislativa, el recurrente concluye en lo afirmado en la letra anterior.

Mas, sigue el recurrente, si el Decreto N° 76 es un acto administrativo, es absolutamente nulo conforme al artículo 19, ordinal 2°, de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, por decidir de nuevo casos precedentemente decididos con carácter definitivo mediante actos "creadores" de derechos particulares, tales como las "Conformidades de Importación" y los "Certificados de Disponibilidad de Divisas".

Admite el recurrente que en casos extremos es posible revocar esos actos administrativos definitivos, pero siempre mediando indemnización.

Además, se refiere el recurrente a ciertos efectos aduaneros del conjunto de actos impugnados. A esto no nos referiremos, por exceder del objeto central de estas notas.

## II) ESCRITO DE INFORMES DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA REPUBLICA

La Procuraduría General de la República percibió bastante bien que toda la argumentación del recurrente podía enervarse si quedara demostrado que los actos administrativos denominados "Conformidades de Importación" y "Certificados de Disponibilidad de Divisas" *no concedían derecho alguno*. En este aspecto se centró la defensa hecha por la Procuraduría General de la República de los actos impugnados. La exposición que sigue presentará lo esencial de la refutación al centro argumentativo del recurso, y al primero de los argumentos derivados (la retroactividad), pues si, y sólo si, este aspecto de los informes fuera concluyente sería eficaz la respuesta del más alto organismo jurídico consultivo de la Administración Pública Nacional.

### A) *Los actos cambiarios no conceden derechos*

Según la Procuraduría General de la República, ni las "Conformidades de Importación" ni los "Certificados de Divisas" concedían derecho a comprar divisas a tipos de cambio preferenciales, sino que eran condiciones necesarias, mas no suficientes, según el régimen

derogado, para acceder a esos tipos preferenciales, y ello según un razonamiento principal (apoyado en el fundamento del régimen cambiario), y otro derivado (consistente en una interpretación particular de alguna disposición de las Normas para la obtención de divisas del mercado controlado para el pago de importaciones —Resolución BCV 87-07-01, 87-11-01, 87-12-03, 88-01-01, 88-05-01— y de los Decretos para la obtención de divisas a los tipos de cambios preferenciales —Decretos 2.567, 1.647 y 1.611 de la Administración-Lusinchi).

Según expresó la Procuraduría en sus informes, todo régimen cambiario está esencialmente vinculado a la política macroeconómica (fundamentalmente monetaria y cambiaria) y, por esto, sus diversas disposiciones tienen que ser interpretadas con arreglo a principios económicos, como toda norma jurídica ha de interpretarse a la luz de los principios sustantivos que rigen la realidad que ella ordena.

Así, el régimen cambiario derogado pretendía evitar las nefastas consecuencias que en nuestra economía habría podido acarrear la aplicación universal del tipo de cambio del mercado libre, pretendía “mantener unas condiciones macroeconómicas capaces de permitir el desarrollo ordenado del país y asegurar la continuidad de los pagos internacionales”. Y, del mismo modo, al dejar de existir las razones (*económicas*) que justificaban ese sistema hubo que derogarlo, como lo hizo el Decreto N° 76.

Luego, afirma la Procuraduría que esa vinculación sistema cambiario-política macroeconómica hace que las competencias formales de la Administración derivadas de tal sistema, sean máximamente discrecionales.

Estos dos principios (interpretación económica y discrecionalidad) tienen grandes consecuencias en el problema que nos ocupa, como veremos de seguidas.

a) *La configuración del sistema derogado*

El sistema derogado consistía básicamente en la existencia de un doble mercado de divisas: el libre y el controlado. A este segundo tipo de mercado, en el que el Banco Central de Venezuela otorgaba divisas a tipos preferenciales de cambio, accedían algunos importadores cuyas mercancías se consideraban prioritarias, una vez cumplidas determinadas condiciones y *siempre que hubiera disponibilidades suficientes* (Art. 4 del Decreto 1.931 del 26-3-83). Sin tales disponibilidades

no debía el Banco Central vender divisas a tipos preferenciales ni podían nacer derechos a tales tipos preferenciales.

Un aspecto esencial del problema que consiste en si los actos cambiarios dictados con arreglo al sistema derogado concedían o no derechos a los particulares es, pues, la determinación del concepto de "disponibilidad", ya que si ésta faltara no nacería derecho alguno, según la Procuraduría General de la República.

b) *El concepto de disponibilidad*

La "disponibilidad" se refiere a las divisas a tipos preferenciales de cambio, y tiene tres notas características: *la escasez* (no existen divisas a tipos preferenciales para todo el que las desee), *la necesidad* (para casi todas las actividades económicas, públicas o privadas, que debían jerarquizarse), y *lo aleatorio* de su existencia (debido "a causas tan inmanejables como el precio internacional del crudo, los requerimientos internos, etc."). Es esta "aleatoriedad" la causa de que se hubiera admitido antes la variación el precio de las divisas del mercado controlado y la reducción de cupos, "sin que nadie alegara derechos adquiridos".

La disponibilidad consiste entonces en la *existencia real* de divisas suficientes para atender a los requerimientos de los importadores y a los de la economía nacional (según la jerarquía de prioridades o necesidades), *en el momento de la entrega de tales divisas*, a juicio de la autoridad competente, *id est*, el Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela.

c) *La apreciación de la disponibilidad*

Dos son los aspectos de este tema que tocó la Procuraduría en su informe: la oportunidad o momento en que ha de realizarse y la absoluta discrecionalidad de la cual goza la autoridad competente para realizarla.

En cuanto al primero, afirma el procurador que el momento de la entrega de las divisas era no sólo el momento *en vista del cual* había de apreciarse la disponibilidad, sino que era el momento *en el cual* debía apreciarse la disponibilidad pues, si fuera uno anterior, "se llegaría al absurdo de que el Estado pudiera comprometer *a futuro* sus reservas internacionales, y que por más mermadas que se vieran las disponibilidades reales en divisas, debían agotarse en aras de un acto previo dictado a la luz de unas condiciones completamente distintas a las que existían para el momento del efectivo desembolso".

En cuanto a lo segundo, la “decisión” acerca de la disponibilidad real de las divisas corresponde al Ejecutivo y al Banco Central de Venezuela. “Si consideran que las disponibilidades no existen, en el sentido ya descrito, no pueden otorgar divisas preferenciales sin violar toda la normativa cambiaria y, particularmente, disposiciones expresas de la Ley del Banco Central de Venezuela (Art. 92, segundo párrafo en concordancia con el acápite del Art. 2º)”. Tal “decisión” es máximamente discrecional, incontrolable por la autoridad judicial (*sic*) —según la interpretación que hace en este caso la Procuraduría General de la República—, por estar en juego el manejo mismo de la política monetaria y cambiaria. “Pretender que el ejercicio de tal potestad puede ser vinculado *a priori* por presuntos derechos subjetivos particulares sería aniquilar en la raíz las potestades de control de la economía que en su momento fundamentaron el régimen de cambios diferenciales, con las terribles consecuencias que ello traería para el país y para cada uno de sus habitantes”. *Ya priori* en esta cita quiere decir “antes de la entrega de las divisas”.

d) *Conclusión*

Del apartado anterior no es difícil extraer, como una conclusión ineludible, siempre según la Procuraduría, que no existen derechos adquiridos en virtud de las “Conformidades de Importación” ni de los “Certificados de Disponibilidad de Divisas”, pues los derechos de los importadores no nacen sino después de la apreciación administrativa, máximamente discrecional, de la disponibilidad de las divisas, realizada en el momento de la entrega efectiva de los dólares preferenciales. Antes de este momento pudo haber actos preparatorios, incluso actos necesarios, pero no pudo haberse consolidado derecho alguno porque aún no se había configurado su supuesto de hecho.

B) *El Decreto N° 76 no viola el artículo 44 de la Constitución*

De todo lo dicho se desprende claramente que para la Procuraduría General de la República los derechos a los tipos preferenciales de cambio, *no nacen hasta que el Banco Central de Venezuela entrega las divisas correspondientes*, pues sólo entonces se realiza completamente el supuesto de hecho de tales consecuencias jurídicas. *Hasta antes del momento de la entrega, no son más que posibles efectos futuros de hechos pendientes o no concluidos.*

Pero el Decreto N° 76 no pretende cambiar el tipo de cambio a que se entregaron *en el pasado* las divisas, para exigir la diferencia entre

aquel tipo de cambio y el que actualmente determine el Banco Central de Venezuela y el Ministerio de Hacienda, *sino impedir —a partir de ese Decreto— que se sigan entregando divisas a los tipos preferenciales de cambio previstos en el régimen que le deroga*. Es decir, afecta sólo a las consecuencias futuras de hechos pendientes o no concluidos. Y si lo hace es por considerar que la situación actual no tiene otra solución justa: esto es, el decreto N° 76 es una norma de “orden público” (en el sentido en que entiende esta expresión Joaquín Sánchez Covisa) y, por tanto, no es contraria a la prohibición constitucional de la retroactividad de las “leyes”, y demás actos jurídicos. Es decir, en la interpretación que hace la Procuraduría de la doctrina de Sánchez Covisa, aunque las “Conformidades de Importación” y los “Certificados de Disponibilidad de Divisas” aun sin la entrega de éstas pudieran considerarse como “hechos pasados” (en cuyo caso negado sus consecuencias jurídicas no pudieran ser regidas por los actos impugnados) de todas maneras como el Decreto N° 76 y el Convenio Cambiario N° 1 son normas de “orden público” se podrían aplicar inmediatamente a las consecuencias jurídicas futuras de hechos pasados.

### III) POSICION DEL BANCO CENTRAL DE VENEZUELA

El Juzgado de Sustanciación de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia ordenó la publicación del *cartel de emplazamiento* previsto en esa norma y, en la *oportunidad legal de comparecencia*, se opuso al Recurso el Banco Central de Venezuela a través de representantes.

En esencia la defensa que hizo el Banco Central de Venezuela de los actos impugnados, consistió en sostener “la naturaleza subvencional o concesoria del régimen de otorgamiento de divisas del mercado controlado, señalando como consecuencia la inidoneidad de los actos de trámite en el referido procedimiento («conformidad de importación», «autorización de divisas») para documentar derechos adquiridos supuestamente afectados por injusta retroactividad del nuevo régimen cambiario y consecuente efecto confiscatorio”.

Sostuvo en juicio el Banco Central de Venezuela que “el otorgamiento de las divisas preferenciales para el pago de importaciones resulta de un acto complejo, producto de un procedimiento en que sí se combinan diversos actos administrativos entre sí, complementarios, en razón del objeto común perseguido para la producción del efecto jurídico en materia cambiaria”.

Ese *acto complejo* al que se refiere el Banco Central de Venezuela (cadena de actos donde los más destacados son la “Conformidad de Importación” y el “Certificado de Disponibilidad de Divisas”), es una *subvención* o subsidio (o sea un privilegio o una concesión), que no se realiza realmente, sino hasta que es *entregado*.

Según esto, no habría un “derecho adquirido” al otorgamiento de las divisas preferenciales, es decir, a la ejecución efectiva de la subvención, subsidio o favor que graciosamente le estaba dando el Estado a los importadores.

Textualmente afirmaron los representantes del Banco Central de Venezuela:

En el caso concreto de las importaciones no puede jurídicamente considerarse que existen derechos adquiridos por parte de los importadores, a obtener divisas a un tipo de cambio preferencial, ello por cuanto como lo ha reconocido esa Corte Suprema de Justicia (siempre según el BCV), constituye un privilegio que como tal, no otorga a los beneficiarios del mismo un derecho subjetivo que pueda hacerse valer frente a la administración, sino más bien una expectativa de derecho que puede ser modificada por una norma posterior.

Fundamentalmente sostuvo el Banco Central de Venezuela que:

“No puede sostenerse que, al momento de la entrada en vigencia del Decreto N° 76, que de *los hechos pasados* acaecidos bajo el régimen cambiario que éste derogó, se habían generado efectos plenos susceptibles de ser afectados retroactivamente, pues simplemente, tales efectos, para aquel momento, no eran pasados o concluidos, sino *pendientes*, siendo susceptibles de ser afectados inmediatamente por la nueva normativa”.

En resumen y como puede verse, se adelantó aquí la tesis consistente en que los actos impugnados no son retroactivos porque *no se aplican a hechos pasados incompletos*, sino a las *consecuencias jurídicas futuras de hechos pendientes*. Esto con base a la afirmación no comprobada, según la cual no existiría un “derecho adquirido” subjetivo al otorgamiento de divisas preferenciales para los importadores, sino después que tales divisas hayan sido entregadas.

IV) POSICION DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA —O LA FORMACION DEL CRITERIO JURISPRUDENCIAL SOBRE LA CONTROVERSIA PLANTEADA—

A) *Sobre el recurso de amparo originalmente ejercido por las sociedades mercantiles CRISTALERIA ROMA, C.A. y COMPLEJO INDUSTRIAL DEL VIDRIO,*

*C.A. contra el Banco Central de Venezuela* (Posición de la Sala de Casación Civil, actuando como Tribunal Constitucional de Amparo).

a) Los aludidos recurrentes obtuvieron un *mandamiento de amparo* constitucional del Juzgado Superior Primero en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda en fecha 23 de noviembre de 1989, por el cual se acordó la entrega a los accionantes de divisas preferenciales, al precio y condiciones establecidos en el Régimen Cambiario en el cual se realizaron importaciones autorizadas, y se ordenó al Banco Central de Venezuela, se abstenga de aplicar a tales empresas el Decreto N° 76 y el Convenio Cambiario N° 1.

b) Contra ese *mandamiento de amparo* del Juzgado Superior Primero en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, el *Presidente del Banco Central de Venezuela* introdujo un *recurso de amparo* con fundamento en los artículos 68, 69, 96, 99 y 117 de la Constitución, en concordancia con el artículo 4° de la Ley Orgánica de Amparo.

Mediante este recurso de amparo, con base en el artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo, el Banco Central de Venezuela solicitó le “sean suspendidos los efectos de la sentencia accionada, mientras dure el procedimiento, a fin de evitar los graves daños que su ejecución causaría al patrimonio del Banco Central de Venezuela y a las reservas internacionales del país”.

c) La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia consideró que el *mandamiento de amparo* del Tribunal Superior, “de ser ejecutado, podría causar un daño de difícil reparación por la definitiva”. Por consiguiente, por *mandamiento provisional de amparo*, la Sala de Casación Civil, en fecha 14 de diciembre de 1989, acordó el “restablecimiento provisional de la situación jurídica infringida”, y ordenó “la suspensión de la sentencia recurrida en amparo” “hasta tanto esta Sala decida, por sentencia definitiva, la solicitud de amparo interpuesta”.

Esta sentencia definitiva sobre ese recurso de amparo no ha sido dictada hasta el presente.

d) De este modo resulta claro que, la vía de recurso de amparo, no es la *técnicamente idónea para los importadores* afectados para hacer valer sus pretensiones en derecho.

B) *Sobre el recurso de nulidad por inconstitucionalidad ejercido por CONINDUSTRIA contra el Decreto N° 76 y el Convenio Cambiario N° 1* (Posi-

ción de la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, actuando como máximo Tribunal de la jurisdicción constitucional).

a) La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre este asunto mediante sentencia unánime del 5 de marzo de 1990. En este fallo se encontró que lo fundamental era tratar el alegato de la supuesta inconstitucionalidad por retroactividad de las normas impugnadas, es decir, del Decreto N° 76 y del Convenio Cambio N° 1.

b) Sobre lo que ha de entenderse por retroactividad sostiene el fallo que comentamos: “De acuerdo a la doctrina y a la jurisprudencia, la retroactividad, en términos generales, es la aplicación de una ley (u otro cuerpo normativo, agregamos) dirigida al pasado. Conforme a esta definición, *la ley retroactiva es aquella cuyo campo de aplicación está constituido por situaciones jurídicas surgidas bajo el imperio de una ley anterior, lo que ocasiona el desconocimiento de derechos legítimamente adquiridos*” (pp. 22 y 23) (subrayado y entre paréntesis nuestros).

“El principio de retroactividad fundamentalmente significa que el dominio del pasado no corresponde al legislador; y, por ello, *la nueva ley sólo ha de aplicarse a situaciones que se creen o se desarrollen desde el momento mismo de su vigencia con proyección hacia el futuro*. Sin embargo, no es frecuente que la *nueva ley* contenga en sí misma disposiciones que de modo expreso *regulen situaciones pasadas* y, por ello, el problema de la retroactividad generalmente se concreta a la aplicación de *leyes nuevas* a situaciones jurídicas que se desenvuelven en el tiempo, es decir, a situaciones *nacidas* bajo el régimen de la ley anterior” (pp. 23 y 24).

c) Luego la Corte invoca nuevos fallos de la Sala de Casación Civil, de la Sala Político-Administrativa y de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, para tratar de determinar cuándo un texto impugnado es en sí mismo considerado retroactivo, o cuándo tiene más bien efectos inmediatos —de lo cual derivaría su sujeción o no a la Constitución.

Esos fallos son: caso Rosa Chacón González vs. C.A. Diario Panorama (sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 26 de junio de 1986); caso Distribuidora de Productos Lácteos Alma, S.A. (sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo del 29 de enero de 1987); caso Automóvil de Francia, C.A. (sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 16 de noviembre de 1965); y caso Rogelio Montero (sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 20 de septiembre de 1984).

De seguidas la Corte trae a colación la opinión del eminente tratadista Joaquín Sánchez Covisa, autor de la obra *La vigencia temporal de la ley en el ordenamiento jurídico venezolano* (C.G.R., 1976, pp. 228 y 229) (curiosamente invocada tanto por los recurrentes como por la Procuraduría General de la República), según el cual para que una Ley (u otro cuerpo normativo, agregamos, como por ejemplo el Decreto N° 76), *no sea retroactiva* deben cumplirse los siguientes requisitos:

— El texto *no debe* afectar la *existencia* de cualesquiera supuestos de *hechos anteriores* a su vigencia (o sea, no debe valorar hechos anteriores);

— El texto *no debe* afectar los *efectos anteriores* a su vigencia de cualesquiera supuestos de hecho;

— El texto *no debe* afectar los *efectos posteriores* a su vigencia de supuestos de hecho *verificados con anterioridad* a ella.

Según esto, el texto *no será retroactivo* si afecta los *efectos posteriores de supuestos de hecho verificados con posterioridad* a su vigencia, o, *pendientes*, agregamos.

Por el contrario, el texto *sí sería retroactivo* si afecta los *efectos posteriores de supuestos de hecho verificados con anterioridad* a su vigencia.

De modo que lo medular y esencial en todo esto consiste en determinar cuándo se produjeron los *supuestos de hecho* que dan lugar a las correspondientes *consecuencias jurídicas*.

Por consiguiente, observamos que si se aplica estrictamente la tesis del profesor Sánchez Covisa, hay que determinar, *en cada caso en particular*, por un lado, cuándo ocurrió *el supuesto de hecho* regulado antes en el antiguo régimen y afectado por el nuevo texto (Decreto N° 76 y Convenio Cambiario N° 1); y, por otro, si la obtención de las “Conformidades de Importación” y de los “Certificados de Disponibilidad de Divisas”, según el antiguo régimen, *antes del 12 de marzo de 1989*, aunque el Banco Central de Venezuela no hubiere entregado las divisas correspondientes —que es el caso de *todos* los importadores afectados— daba o no lugar a una *situación plenamente constituida* —o pasada y no pendiente—, cuyas consecuencias jurídicas *futuras* no pudieren ser reguladas por el nuevo texto so pena de ser ilegal por retroactividad, y con las consecuencias indemnizatorias de ello.

Por eso, analizando el asunto debatido desde un punto *de vista general* y no particular —porque no podía hacerlo en el recurso intentado por CONINDUSTRIA— la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia dejó definitivamente asentado que:

A las disposiciones citadas no se les atribuye efecto retroactivo, esto es, *vigencia para el pasado*, sino que expresamente se dispone que el mandato del nuevo ordenamiento regirá "desde la entrada en vigencia del presente Decreto". No se dispone tampoco que ese Decreto se aplicará a las *situaciones que nacieron al amparo* de las normas que *autorizaban y reconocían* las solicitudes y el otorgamiento de divisas preferenciales que, según el régimen vigente para la fecha de entrada en vigor de Decreto N° 76, *se encontraban en trámite* (aunque esto es lo que ha ocurrido en la práctica).

Por consiguiente, para esta Corte, el problema surgido con el nuevo ordenamiento no se refiere a que contenga disposiciones de índole retroactiva, sino a la retroactividad en que podría incurrirse si se aplicara el nuevo ordenamiento a *situaciones consolidadas* para el momento de entrada en vigencia del mencionado Decreto N° 76.

Con arreglo a lo expuesto, considera este Supremo Tribunal, y así lo declara, que, *en cuanto a su contenido*, las disposiciones impugnadas no son en sí mismas retroactivas, porque en el propio texto del Decreto se precisa que ellas solamente *regirán a partir de su entrada en vigencia*, no para el pasado (pp. 29 y 30 del fallo) (entre paréntesis nuestro).

d) En el recurso de nulidad por inconstitucionalidad ejercido por CONINDUSTRIA, se alegó para el caso que la Corte desestimare el alegato de retroactividad en lo que respecta al Decreto N° 76 y al Convenio Cambiario N° 1, *en sí mismos considerados, que entonces serían retroactivos en actos del Banco Central que cumplieran lo ordenado por tal Decreto*.

La Corte no acogió este señalamiento, sino dispuso que:

... lo que plantea el accionante es una situación hipotética, eventual, que tendría que producirse y *cuyas consecuencias negativas tendrían necesariamente que ser alegadas y demostradas en cada caso concreto*.

Ahora bien, como lo que se ha ejercido en el presente caso es una acción de nulidad por inconstitucionalidad contra un acto de efectos generales, el cual, por tanto versa sobre situaciones generales, impersonales y objetivas, que sólo exige para su solución —como repetidamente lo ha señalado esta Corte— la confrontación directa entre la norma constitucional que se dice infringida y el acto impugnado, *ningún pronunciamiento distinto al vertido en el capítulo anterior corresponde hacer por esta vía a la Corte*.

En efecto, verificada como ha sido la estricta adecuación del Decreto N° 76 al artículo 44 de la Constitución, por cuanto su contenido *está dirigido a regular situaciones jurídicas hacia el futuro, no puede este Alto Tribunal entrar a dilucidar la polémica planteada en autos acerca de si los actos administrativos en trámite* bajo la vigencia del régimen cambiario anterior ("Conformidad de Importación" y "Certificado de Disponibilidad de Divisas") *constituyen o no "derechos adquiridos"* para los importadores, como afirma el actor, o *"expectativas de derecho"*, o *"actos de trámite"*, como sostiene los oponentes a la demanda, *pues se trata de relaciones jurídicas subjetivas, individuales, cuyo examen excede del ámbito de una acción de nulidad como la que se ventila en el caso sub-judice*.

*Si como consecuencia y en aplicación del Decreto N° 76 resultaren efectivamente perjudicados los intereses particulares de los importadores que se encontraban en la situación de hecho*

*narrada en autos, ello daría lugar a un debate procesal distinto al incoado mediante una acción de nulidad contra un acto normativo. Entre otros requisitos, para que un recurso de este otro tipo prosperara, tendría que ser acreditada la legitimación activa de cada uno de los recurrentes (la presente demanda ha sido formulada in genere), documentarse la situación concreta de los afectados para la constatación de la etapa del proceso de otorgamiento de divisas en trámite o ya realizado, y suministro de los elementos probatorios tendentes a la demostración del daño que se alegue causado (págs. 31-32).*

e) Finalmente, la Corte Suprema, en Sala Plena, desestimó los demás argumentos de CONINDUSTRIA —por haber precisamente descartado el argumento principal—, y declaró *sin lugar* el recurso de nulidad por inconstitucionalidad del Decreto N° 76 y del Convenio Cambiario N° 1 (págs. 33 y 34 del fallo).

f) Un análisis de lo establecido en la sentencia del 5 de marzo de 1990, permite sostener lo siguiente:

1. Los opositores al recurso intentado, es decir, el propio Banco Central de Venezuela y la Procuraduría General de la República, alegaron respectivamente que los actos impugnados no eran retroactivos y no generaban derechos adquiridos antes del otorgamiento efectivo de las divisas.

2. La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, por su parte, dejó sentado:

— Que el Decreto N° 76 y el Convenio Cambiario N° 1, en sí mismos considerados, *no son retroactivos* (fallo p. 30).

— Que el recurso de nulidad por inconstitucionalidad contra acto administrativo de efectos generales, no es la vía procedimental idónea para determinar las consecuencias negativas que en *cada caso concreto genere la aplicación* de tales actos (fallo p. 30).

— Que en conocimiento del recurso de nulidad por inconstitucionalidad contra el Decreto N° 76 y el Convenio Cambiario N° 1 —continentes de normas que regulan situaciones generales impersonales y objetivas— no podía la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia dirimir la polémica relativa a si las “Conformidades de Importación” y los “Certificados de Disponibilidad de Divisas”, “constituyen o no derechos adquiridos” para los importadores, por tratarse de “relaciones jurídicas subjetivas e individuales” (fallo pp. 31 y 32).

— Que si *la aplicación* del Decreto N° 76 y el Convenio Cambiario N° 1, *efectivamente perjudican* los intereses particulares de cada uno de los importadores, ello daría lugar a “un debate procesal distinto” al incoado mediante un recurso de nulidad por inconstitucionalidad contra un acto normativo (fallo p. 32).

— Que entre los requisitos para que prosperara ese otro recurso, cada uno de los recurrentes tendría que:

— “Acreditar su legitimación activa”;

— Documentar su situación concreta “para la constatación de la etapa del proceso de otorgamiento de divisas en trámite ya realizado”:

— “Suministrar los elementos probatorios tendentes a la demostración del daño que se alegue” (fallo p. 32).

3. En nuestro criterio, es claro entonces, que la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 5 de marzo de 1990, dejó abierta la posibilidad a cada importador que *se considere afectado por la aplicación* a su caso en concreto el Decreto N° 76 y del Convenio Cambiario N° 1, de intentar *un recurso distinto* al recurso de nulidad por inconstitucionalidad de tales actos de efectos generales.

Debe entonces determinarse *qué recurso es éste, y, cuál Tribunal de la jurisdicción contencioso-administrativa lo conocería.*

Partiremos siempre en las siguientes consideraciones del supuesto común y general de lo que pensamos es la situación más frecuente en las empresas afectadas, aunque pueden haber situaciones concretas que varían de caso en caso, a las cuales creemos sin embargo que se pueden aplicar las soluciones que proponemos de seguidas.

Para ello, y *en base a los criterios contenidos en el fallo del 15 de marzo de 1990, pueden sostenerse dos posiciones:*

*Primera posición:* Si el importador afectado considera que como tiene una “Conformidad de Importación” y un “Certificado de Disponibilidad de Divisas” *obtenidos antes del 12 de marzo de 1989*, goza de un *derecho adquirido*, y que, por consiguiente, el Banco Central de Venezuela *tiene el deber jurídico* de entregarle las divisas correspondientes a cambio preferencial.

En este caso, *la empresa* debe solicitar mediante *escrito dirigido al presidente del Banco Central de Venezuela* expresa y formalmente, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (que dispone: “el procedimiento se iniciará a instancia de parte interesada, mediante solicitud escrita, o de oficio”), *la entrega* de las divisas preferenciales.

No creemos que los Bancos Comerciales intermediarios en el procedimiento del régimen derogado de suministro de divisas prefe-

renciales, sean quienes deban solicitar tal entrega, pues en el fondo y conforme a la instrumentación del mecanismo de las cartas de crédito, ellos eran simples gestores o mandatarios que obraban en nombre de los importadores.

En este escrito deben cumplirse los requisitos formales indicados en el artículo 49 *ejusdem*, y el Banco Central de Venezuela, según el artículo 60 de la misma Ley, tiene cuatro (4) meses para pronunciarse, más una prórroga de dos (2) meses, si se acuerda ésta expresamente.

Sobre un pedimento hecho por cada particular, existen dos posibles respuestas del Banco Central de Venezuela: o se *pronuncia expresamente* sobre la solicitud hecha por cada particular, en un *sentido positivo* (que sería una rareza) o en un *sentido negativo*, negando mediante un *acto administrativo de efectos particulares* el pedimento de cada particular. O simple y llanamente *no emite ningún pronunciamiento*.

Si se *pronuncia expresamente* en un sentido positivo, en términos generales la empresa verá satisfechas sus expectativas. Si se *pronuncia expresamente en un sentido negativo*, entonces, el acto administrativo de efectos particulares en cuestión, podrá ser recurrido directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa, por haber "causado estado" en una única instancia administrativa al emanar de la máxima instancia jerárquica del Banco Central de Venezuela (criterio de la sentencia MIRANDA ENTIDAD DE AHORRO Y PRESTAMO, Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, 10 de enero de 1980). El plazo para recurrir mediante el recurso contencioso-administrativo de nulidad por ilegalidad contra un acto administrativo de efectos particulares (el de negativa expresa a entregar las divisas) será de seis (6) meses que se contarán a partir de la notificación del acto de negativa. La legitimación activa para recurrir la tendría cada empresa afectada, por encontrarse por lo menos, en una especial situación de hecho frente al acto en cuestión (Art. 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y sentencia caso IVAN PULIDO MORA, de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 3 de octubre de 1985). Y, el tribunal competente, si se impugna el acto individual *por razones de ilegalidad* sería la *Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo* (criterio de la sentencia MIRANDA ENTIDAD DE AHORRO Y PRESTAMO, Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en interpretación del artículo 185, ordinal 3º, de la Corte Suprema de Justicia); y, si se impugna el acto *por razones de inconstitucionalidad*, sería competente la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (primer aparte del artículo 185 y artículo 43 *in fine* de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia).

*En caso que no haya ningún tipo de pronunciamiento del Presidente del Banco Central*, pasados los cuatro meses luego de la solicitud de entrega formalmente interpuesta por el importador afectado –más los dos meses de prórroga si la misma se acuerda en forma expresa– (Art. 60 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), por aplicación analógica del lapso establecido en el artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (criterio de la sentencia de fecha 28 de febrero de 1985, recaída en el caso Eusebio Igor Vizcaya Paz, de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia), la empresa afectada tendría *seis meses* para interponer ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia *un recurso por abstención o en carencia*, regulado por el artículo 42, ordinal 23, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que dispone que será competente la Corte para “conocer de la abstención o negativa de los funcionarios nacionales a cumplir determinados actos a que estén obligados por las leyes, cuando sea procedente, en conformidad con ellas”.

El objeto de este recurso sería que la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia *disponga* que el Banco Central de Venezuela *cumpla con el deber jurídico de pronunciarse sobre el pedimento formulado por el particular*.

Luego de producido tal *pronunciamiento expreso*, a instancia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, y en caso de que sea negativo a las pretensiones del importador –que seguramente lo será–, tendría éste que seguir con el procedimiento de recurribilidad anotado más arriba.

*Segunda posición*. Si el importador afectado considera que de hecho –y con fundamento en el Decreto N° 76 y en la cláusula 24ª del Convenio Cambiario N° 1–, el Banco Central de Venezuela y la República *no van* a entregarle las divisas preferenciales, sobre cuyo acceso habían generado en su caso particular *cuando menos una seria expectativa* (es decir, que el particular “asuma” que el Banco Central de Venezuela, de acuerdo con la República, aunque aquél haya obtenido las correspondientes “Conformidades de Importación” y “Certificados de Disponibilidad de Divisas” antes el 12 de marzo de 1989, no le reconocerán a estos trámites el carácter de “derechos adquiridos”), en virtud de la cual él *adquirió unos bienes* en el extranjero para su reelaboración o comercio en Venezuela, por el mecanismo de cartas de crédito abiertas en bancos comerciales, *constitutivos de un inventario* que luego vendió *al costo original de importación, sin trasladar* el mayor costo financiero derivado de la inaccesibilidad a las divisas preferenciales, al precio final de venta de los mismos (es decir, sin que el inventario de la mercancía importado se haya revalorizado por virtud de la libe-

ración de precios), y paralelamente los bancos comerciales le haya cobrado efectivamente al importador las cartas de crédito.

En este caso, y ante el *daño* extracontractual concretado directamente en la "pérdida de cambio" o en el "diferencial cambiario" (que consiste en la generalidad de los casos en *la diferencia en bolívares* entre lo que la empresa tuvo que efectivamente pagar a los Bancos Comerciales —que les cobraron la obligación en moneda extranjera al valor del mercado libre—, en ejecución del mecanismo de las cartas de crédito, y el valor que supuestamente le iban a reconocer la República de Venezuela y el Banco Central de Venezuela, según el derogado sistema de otorgamiento de divisas preferenciales a Bs. 14,50 por US \$), las empresas procederían a iniciar los trámites para *demandar conjuntamente a la República y al Banco Central de Venezuela en indemnización*, por la *responsabilidad administrativa solidaria extracontractual* de los mismos, derivada del *acto administrativo de efectos generales constituido por el Decreto N° 76 y la Cláusula 24<sup>va</sup>. del Convenio Cambiario N° 1*, y aunque los mismos y los consecuentes actos de aplicación se consideren perfectamente ajustados a la ley.

Se trataría aquí de ejercer un recurso *contencioso-administrativo de plena jurisdicción* para que las empresas sean resarcidas del daño que se les ha causado.

Aunque la responsabilidad administrativa extracontractual, ha estado poco desarrollada en Venezuela, tiene una *clara base* en el artículo 206 de la Constitución, cuando dispone que los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo son competentes para:

*Condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.*

Además, existen sentencias que la consagran: caso LEONOR SALAZAR CEDEÑO contra CADAPE (sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo del 11 de noviembre de 1982, y, de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 11 de febrero de 1985); caso DALVA o ALBA ORSETTI DE CABELLO contra la República por órgano del Ministerio de Transporte y Comunicaciones (sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo del 5 de mayo de 1983, y de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 19 de julio de 1984); caso SILVA ROSA RIERA contra el INAVI (sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo del 20 de marzo de 1986); caso NELSON MOLINA contra CADAPE (sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte

Suprema de Justicia del 7 de marzo de 1989); caso TROPIBURGER (sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo del 17 de mayo de 1984).

El procedimiento a seguir para intentar una reclamación de este tipo es el siguiente:

— La empresa afectada *dirige un escrito* conjuntamente al Ministro de Hacienda y al Presidente del Banco Central de Venezuela, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 30 y siguientes de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Estas normas son aplicables a las reclamaciones patrimoniales contra la República, y, dada la íntima vinculación en la concepción, manejo y ejecución de las políticas cambiarias entre la República —por órgano del Ministro de Hacienda— y el Banco Central de Venezuela, las mismas podrían también ser aplicadas a este último, antes de ejercer un recurso de plena jurisdicción.

— Habiendo obtenido una *respuesta expresa*, mediante este procedimiento, en un sentido negativo a la pretensión de indemnización, o, habiendo transcurrido los plazos allí indicados sin obtener ninguna respuesta (cuarenta y cinco días hábiles más ocho días continuos, contados luego de la presentación del escrito) el interesado puede acudir a la vía judicial.

— Si el daño fuere menor de Bs. 1.000.000,00 el tribunal competente sería el Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de la región donde la empresa tenga su domicilio (Art. 181, N° 2°, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia); si fuere mayor de Bs. 1.000.000,00 pero menor de Bs. 5.000.000,00, el tribunal competente sería la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo (Art. 185, N° 6 *ejusdem*) con apelación ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (Art. 185, 2do. aparte, *ejusdem*); y, si el daño fuere mayor de Bs. 5.000.000,00, la competencia sería de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (Art. 42, N° 15, *ejusdem*).

— El procedimiento judicial para tramitar estos recursos de plena jurisdicción es el establecido en el Título V, Capítulo II, Sección Primera artículos 103 al 111 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (“de las demandas en que sea parte la República”).

— En todas estas demandas o recursos de plena jurisdicción se puede, luego de introducidas llegar a acuerdos transaccionales con

las partes demandadas — República y Banco Central de Venezuela—, por así permitirlo expresamente el artículo 7º de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional que dispone:

En ninguna causa fiscal se podrá convenir en la demanda, *celebrar transacciones*, ni desistir de la acción ni de ningún recurso, sin autorización previa del Ejecutivo Nacional dada por escrito y con intervención del Procurador General de la Nación.

Estas acciones están sujetas al plazo de prescripción al que se refiere el artículo 69 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, que dispone:

Todo crédito contra el Fisco prescribe en diez años contados desde la fecha del acto que da origen a la acreencia. Esta prescripción se interrumpe por demanda legalmente notificada o por gestión administrativa, en los casos en que sea admisible este procedimiento.

El acto que da origen a la acreencia sería, luego del 12 de mayo de 1989 — fecha de los actos desconocedores—, justamente cuando los bancos cobren a los importadores las cartas de crédito.

— En todas estas demandas los recurrentes pueden solicitar que, la estimación *del daño causado* por los actos constituidos en el Decreto N° 76 y la Cláusula 24ª del Convenio Cambiario N° 1 —o por actos particulares de aplicación de los mismos—, es decir, el “diferencial cambiario” o la “pérdida en cambio”, les sea recalculado al momento en que se produzca la sentencia definitiva que recaiga sobre el asunto.

Esto porque las *obligaciones de indemnización* acordadas por sentencia son consideradas por la doctrina especializada como “obligaciones de valor” que reflejan necesariamente la pérdida del valor adquisitivo de la moneda —es decir— de la suma originalmente demandada (RODNER, James Otis: “Temas especiales de obligaciones”, Monografía UCAB, *Curso de Obligaciones* 1980-1981).

Así lo ha establecido tanto la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, como la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo; la primera en sentencia del 12 de octubre de 1986 donde dejó sentado que: “el aumento del costo de la vida, consecuencia de la *pérdida del valor adquisitivo de la moneda* es una máxima de experiencia que los expertos deben tomar en cuenta para la fijación de la justa *indemnización* referida en la Constitución Nacional y en la Ley de Expropiación” (*Revista de Derecho Público* N° 28 octubre-diciembre de

1986, EJV. Caracas 1987, pp. 161 y 162); y la segunda, en la sentencia recaída en el conocido caso HECKER (fallo del 28 de octubre de 1987), donde la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo dejó claramente sentado que:

Es un hecho notorio la depreciación de nuestra moneda a partir del 18 de febrero de 1983, que no admite duda por su carácter singular, particular y circunscrito en el tiempo, y por el conocimiento de hecho derivado de la experiencia común que puede deducir esta Corte, por permitírsele el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, es posible concluir que de acontecimientos como el señalado se produce un efecto inflacionario.

Y, entonces, para fijar el monto de la indemnización expropiatoria —en principio equivalente a nuestro juicio a cualquier indemnización que deba el Estado—, dispuso: “De manera que si ese valor se percibe sin tener en cuenta la depreciación de la moneda con que se paga, la indemnización no será ni justa ni integral”, “en consecuencia, al momento del pago, por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 527 del Código de Procedimiento Civil, en atención a las estadísticas oficiales del Banco Central de Venezuela sobre el índice de inflación, esta Corte determinará la cantidad equivalente para ese momento (*Revista de Derecho Público* N° 32, octubre-diciembre de 1987, EJV. Caracas 1988, pp. 140 a 144).

## CONCLUSIONES

1. La sentencia del 5 de marzo de 1990 de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, aunque declaró *sin lugar* el recurso de nulidad por inconstitucionalidad de las normas impugnadas del Decreto N° 76 y del Convenio Cambiario N° 1:

- a) Deja expresamente abiertas *otras vías procedimentales* atinentes a cada empresa que se considere afectada;
- b) Deja abierta la expectativa de considerar si las “Conformidades de Importación” y los “Certificados de Disponibilidad de Divisas” han generado o no derechos adquiridos.

2. Esas *vías procesales que aún están abiertas*, dependen de si la empresa considera que tiene un “derecho adquirido” a las divisas preferenciales —por haber cumplido con todos los derechos para ello—, y desea intentar que el Banco Central de Venezuela se las entregue; o de si la empresa considera que la República y el Banco Central de Venezuela, al asumir de hecho que los particulares no tienen “derechos adquiridos”, y aunque el Decreto N° 76, el Convenio Cambiario

Nº 1, y sus actos de aplicación, estén ajustados a la Ley (es decir, partiendo de la base de que no tienen ninguno de los vicios que se les imputan, ni siquiera el de retroactividad), le han causado *un daño*, constituido por el “diferencial cambiario”, luego del cobro y subsiguiente descuento por la banca comercial de las deudas a que se refieren las cartas de crédito.

*En el primer caso*, la empresa deberá dirigir un pedimento al Presidente del Banco Central de Venezuela de entrega de divisas. Si no le contestan podrá intentar un recurso “en carencia” (Art. 42, ord. 23, LOCSJ). Si le contestan en forma negativa, podrá entonces ejercer un recurso contencioso-administrativo de nulidad contra ese acto de efectos particulares (Art. 121, LOCSJ). Si se alegan razones de inconstitucionalidad para impugnar el acto, será competente la Sala Política Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (Art. 185, primer aparte, LOCSJ). Si se alegan sólo razones de ilegalidad, será competente la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo (Art. 185, Nº 3º, LOCSJ); criterio del fallo “Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo”, sentencia de la Sala Política-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, del 10 de enero de 1980).

4. *En el segundo caso*, la empresa deberá dirigir una solicitud de indemnización conjuntamente a la República por órgano del Ministerio de Hacienda, y al Banco Central de Venezuela, según el artículo 30 y ss. de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Si hay un pronunciamiento expreso negativo o si no hay ningún pronunciamiento, queda facultada para ejercer un recurso contencioso-administrativo de plena jurisdicción (Art. 206 de la Constitución y 103 y ss. de la LOCSJ). En esta demanda puede haber transacción y la suma demandada puede rectificarse en función de la depreciación monetaria, para el momento en que el juez decida sobre ese recurso.



**LEGITIMACION ACTIVA  
EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

**PARAFRASIS DEL ARTICULO 121 DE LA LEY ORGANICA  
DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**JOSÉ ANTONIO MUCI BORJAS**

**Profesor de Derecho Administrativo, UCAB**

*Revista de la Facultad de Derecho, N° 43*  
**Universidad Católica Andrés Bello**  
**Caracas, Venezuela, 1991**

## LEGITIMACION ACTIVA EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1. Estas breves reflexiones fueron presentadas como ponencia en las conferencias realizadas sobre *La administración, la ley y el ciudadano* ("Seminario de Evaluación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos"), que se celebraron en esta ciudad de Caracas durante el mes de julio del año 1989, y que fueron organizadas por la Fundación de Derecho Público y el Instituto de Estudios Profesionales.

El presente trabajo de investigación, en su versión original, se refirió a las disposiciones contenidas en los artículos 22 y 23 de la ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, sancionados en fecha 7 de mayo de 1981, y publicada en la *Gaceta Oficial* N° 1.818 Extraordinario, de fecha 1° de julio de 1981. A tenor del artículo 22 *in commento*, "se considerarán interesados, a los efectos de esta Ley, a las personas naturales o jurídicas a que se refieren los artículos 112 y 121 de la ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia". Por su parte, el artículo 23 *ejusdem* establece que la condición de interesados también la tendrán quienes ostenten las condiciones de titularidad señaladas en el artículo 22 apenas transcrito, "aunque no hubieran intervenido en la iniciación del procedimiento, pudiendo, en tal caso, apersonarse en el mismo en cualquier estado en que se encuentre la tramitación". En otras palabras, la ponencia versó sobre la normativa contenida en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, relativa a la noción de "interesados" y a los caracteres o requisitos con los cuales debe cumplir "el interés" de todo aquel sujeto que pretenda hacerse parte en un determinado procedimiento administrativo, a saber: que se trate de un interés personal legítimo y directo.

Ahora bien, como quiera que el artículo 22 apenas transcrito remite al intérprete a la disposición contenida en el artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en dicha oportunidad centramos nuestra atención en una Ley Orgánica distinta a aquella objeto de análisis y estudio en el Seminario.

Nuestras reflexiones, como lo refleja el subtítulo del presente trabajo, se van a referir a la disposición contenida en el artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.<sup>2</sup> En consecuencia, estas consideraciones versarán sobre los caracteres o requisitos con los cuales debe cumplir “el interés” de todo sujeto que pretenda demandar la nulidad de un acto administrativo de efectos particulares, o que pretenda hacerse parte en un proceso contencioso-administrativo de anulación determinado,<sup>3</sup> a saber: que se trate de un interés personal, legítimo y directo.

2. El artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, sancionada en fecha 26 de julio de 1976, y publicada en la *Gaceta Oficial* N° 1.893 Extraordinario, de fecha 30 de julio de 1976, establece que “toda persona natural o jurídica plenamente capaz, que sea afectada en sus derechos o intereses por ley, reglamento, ordenanza u otro acto de efectos generales emanado de alguno de los cuerpos deliberantes nacionales, estatales o municipales o del Poder Ejecutivo Nacional, puede demandar la nulidad del mismo, ante la Corte, por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad, salvo lo previsto en las Disposiciones Transitorias de esta Ley”. El artículo 121 *ejusdem* dispone que “la nulidad de actos administrativos de efectos particulares podrá ser solicitada sólo por quienes tengan interés personal, legítimo y directo en impugnar el acto de que se trate. El Fiscal General de la República y demás funcionarios a quienes la Ley atribuya tal facultad, podrán también solicitar la nulidad del acto, cuando éste afecte un interés general”.
3. Sobre el tema de la legitimación en los “procedimientos administrativos” (*lato sensu*) pueden consultarse, a nivel de Derecho Comparado, entre otros, los siguientes libros y artículos: Auby, Jean-Mary y Drago, Roland: *Traité de Contentieux Administratif*, Tomo II, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1984, pp. 198 y ss.; Cassarino, Sebastiano: *Il Processo Amministrativo nella Legislazione e la Giurisprudenza*, Tomo I (I Presupposti), Giuffrè Editore, Milán, 1984, pp. 603 y ss.; Cordón Moreno, Faustino: *La legitimación en el proceso contencioso-administrativo*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1979, pp. 87 y ss.; Dromi, José Roberto: *Derecho subjetivo y responsabilidad pública*, Editorial Temis, Bogotá, 1980, pp. 37 y ss.; Escola, Héctor Jorge: *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, 2da. Ed., Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981, pp. 183 y ss.; García de Enterría, Eduardo: *Hacia una nueva justicia administrativa*, Editorial Civitas, Madrid, 1989; García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 2da. Ed., Editorial Civitas, Madrid, 1982, pp. 532 y ss.; González Pérez, Jesús: *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*, Editorial Temis, Bogotá (Colombia), 1985, pp. 115 y ss.; Jaramillo Sierra, Francisco: *Derecho Contencioso-Administrativo*, 2da. Ed., Editorial Temis, Bogotá (Colombia), 1980, pp. 53 y ss.; Mairal, Héctor: *Control*

A los fines de una mayor claridad, hemos optado por dividir este trabajo en cinco capítulos. En el Capítulo I —y a manera introductoria— haremos una breve referencia a las razones que determinaron el surgimiento del interés legítimo, entendido como posición jurídico-subjetiva distinta del derecho subjetivo típico, para luego comentar, si bien de manera bastante breve, una interesante sentencia de nuestra Corte Suprema de Justicia, en la cual se efectuaron algunas consideraciones acerca de la figura del “interés legítimo”.<sup>4</sup> Los Capítulos II, III y IV han sido consagrados al análisis del significado “real” de los caracteres legítimo, personal y directo, establecidos en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, con los cuales se ha pretendido definir el interés requerido para poder solicitar la nulidad de los actos administrativos de efectos particulares. Por su parte, el Capítulo V del presente trabajo ha sido dedicado al estudio del único aparte del artículo 121 *in commento*, a través del cual el Legislador venezolano facultó al Fiscal General de la República para demandar la nulidad de actos administrativos de efectos particulares, siempre y cuando éstos afecten un interés general. Finalmente, procederemos a efectuar las conclusiones a las cuales haya lugar en el Capítulo VI.

*Judicial de la Administración Pública*, Vol. I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984, pp. 139 y ss.; Nigro, Mario: *Giustizia Amministrativa*, 3ra. Ed., Società Editrice Il Mulino, Bologna, 1983; Rivero, Jean: *Derecho Administrativo*, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, pp. 266 y ss.; Romano, Alberto: La Situazione Legittimante al Processo Amministrativo, publicado en la *Revista Diritto Processuale Amministrativo*, N° 4, Giuffrè Editore, 1989, pp. 511 y ss.; Satta, Filippo: *Giustizia Amministrativa*, CEDAM, Padova, 1986, pp. 139 y ss.; Vedel, Georges: *Derecho Administrativo*, Aguilar, S.A. de Ediciones, Madrid, 1980, pp. 459 y ss.; Virga, Pietro: *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Giuffrè Editore, Milán, 1982, pp. 243 y ss.; y Vivancos, Eduardo: *Las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo*, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1963, pp. 176 y ss.

En Venezuela véanse Araujo Juárez, José: *Principios Generales del Derecho Administrativo Formal*, publicado por Vadell Hermanos Editores, Valencia, Venezuela, 1989, pp. 169 y ss.; Brewer-Carías, Allan Randolph: *Estado de Derecho y Control Judicial* (Justicia Constitucional, Contencioso-Administrativo y Derecho de Amparo), publicado por el Instituto Nacional de Administración Pública, Alcalá de Henares (Madrid), 1987, pp. 289 y ss.; y, Lares Martínez, Eloy: *La legitimación activa en el recurso contencioso-administrativo de anulación*, publicado en la obra “Tendencias de la jurisprudencia venezolana en materia contencioso-administrativa”, 8ª Jornadas J.M. Domínguez Escovar, Barquisimeto, enero de 1983, pp. 75 y ss.

4. La sentencia de la Corte Suprema de Justicia *in commento* (caso Iván Pulido Mora vs la Contraloría General de la República) fue dictada en fecha 3 de octubre de 1985, bajo ponencia del magistrado Luis H. Farías Mata, y la misma apareció publicada en la *Revista de Derecho Público* N° 24, correspondiente al período octubre-diciembre 1985, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 156 y ss.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1. Surgimiento del "interés legítimo", entendido como posición jurídico-sustancial

Como es bien sabido, la distinción entre las figuras del derecho subjetivo y del interés legítimo surge en Francia, a consecuencia de la creación, por parte del Consejo de Estado francés, del recurso por incompetencia y exceso de poder. Este recurso, que en sus inicios fue catalogado como una simple vía de petición o denuncia (para cuya interposición no se requiere la asistencia de un abogado), terminó convirtiéndose en un verdadero proceso, a través del cual se controlaban los vicios de incompetencia, forma, violación de ley y desviación de poder que pudiesen afectar los actos administrativos. Como el particular solicitaba la nulidad —por ilegalidad— de un acto expedido por la Administración, surgió la idea de que el recurso por exceso de poder no era más que un proceso al acto. En otros términos, se afirmó que se trataba de una jurisdicción objetiva,<sup>5</sup> de un juicio a la legalidad de la actuación administrativa, ya que el recurrente no perseguía la tutela o defensa de un interés propio. De allí que se haya llegado a aseverar que la finalidad del recurso por exceso de poder no era otra que la defensa de la legalidad objetiva, abstracta. Con esta afirmación se contrapuso el recurso por exceso de poder a la justicia tradicional, instituida para la tutela de los derechos subjetivos.

5. No está demás destacar que la concepción objetiva del recurso por exceso de poder (proceso contencioso-administrativo de anulación) ha sido cuestionada por la más calificada doctrina administrativa contemporánea. La concepción objetiva se halla cuestionada incluso en Francia, país en el cual —desde hace ya algún tiempo— se ha comenzado a afirmar que en el recurso por exceso de poder existen verdaderas partes procesales (Vedel, Georges, *op. cit.*, p. 464).

La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de Ecuador, haciéndose eco del Derecho Administrativo francés, efectúa la clásica distinción entre un recurso contencioso-administrativo objetivo y un recurso subjetivo. Establece el artículo 3º de dicha ley:

*El recurso contencioso-administrativo es de dos clases: de plena jurisdicción o subjetivo, y de anulación u objetivo.*

El recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata.

*El recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal (el subrayado es nuestro).*

Cabría agregar que, por tratarse de un juicio al acto, el juez administrativo sólo tenía competencia para anular el acto administrativo impugnado, y que la decisión tenía efectos *erga omnes*. En otras palabras, según lo sostenido por la doctrina administrativa tradicional, el particular, a través del ejercicio del recurso por exceso de poder, sólo pretendía la anulación del acto que aquél consideraba ilegal, mas no perseguía el reconocimiento de ningún derecho subjetivo.

El Consejo de Estado francés entendía que si la única pretensión del particular en el recurso por exceso de poder es la anulación del acto impugnado, y —en consecuencia— en él no se ventilaba o discutía derecho subjetivo alguno, carecía de sentido exigirle al recurrente ser titular de un derecho subjetivo, de allí que sólo se le exigiese tener interés en obtener la anulación,<sup>6</sup> y como esta novedosa situación jurídico-subjetiva carecía de un régimen propio, comenzó a denominársele interés legítimo.

La figura del interés legítimo, obra del Consejo de Estado francés, repercutió entre otros países en Italia, nación en la cual la consagración legislativa de la dualidad “derecho subjetivo-interés legítimo” ocasionó una fractura de la justicia administrativa. En efecto, tras la unificación legislativa italiana, a los tribunales ordinarios se les atribuyó la competencia para conocer las controversias en las cuales se demandase la protección de un derecho subjetivo (*ad exemplum*, la materia tributaria), mientras que al Consejo de Estado y Tribunales Administrativos Regionales (Tribunali Amministrativi Regionali), éstos últimos de reciente creación, se les atribuyó la competencia en materia de intereses legítimos.<sup>7</sup>

Sobre la base de lo antes señalado, se hace necesario preguntarse si la dualidad derecho subjetivo-interés legítimo se justifica (entiéndase si tiene razón de ser) en un país como Venezuela, en el cual:

6. Rivero, Jean, *op. cit.*, p. 267.

7. Por lo tanto, el principio general es que los tribunales ordinarios son competentes cuando se demande la tutela de un derecho subjetivo, mientras que serán competentes el Consejo de Estado o los Tribunales Administrativos Regionales (TAR) cuando lo que se demande sea la protección de un interés legítimo. Sin embargo, esta división ha dejado de ser una división absoluta, pues la dificultad de distinguir ambos tipos de situaciones jurídico-subjetivas ha conducido al legislador italiano a establecer, en materias como la función pública (*pubblico impiego*) y el contrato de concesión, que el juez administrativo puede incluso conocer de derechos subjetivos. Esta solución obedece, según los estudiosos italianos, a que en dichas materias las situaciones jurídico-subjetivas se hallan interconectadas de modo indisoluble, lo cual hace imposible que se mantenga el criterio tradicional de distribución de competencias, al cual se acaba de hacer referencia. Es ésta la así denominada “competencia exclusiva” (Virga, Pietro, *op. cit.*, pp. 177 y ss.).

a) Nuestros tribunales con competencia en lo contencioso-administrativo, principalmente la Corte Suprema de Justicia y la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, han afirmado —de manera pacífica y reiterada— que el recurso contencioso-administrativo de anulación es un proceso subjetivo. En otras palabras, nuestra jurisprudencia ha reconocido que en los procesos contencioso-administrativos de anulación los recurrentes hacen valer un interés propio;

b) No existe duplicidad de jurisdicciones como en Italia.<sup>8</sup>

2. *El "interés legítimo" y la jurisprudencia venezolana. Análisis de la sentencia dictada por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en fecha 3 de octubre de 1985*

Luego de haber refrescado las razones históricas que determinaron la génesis de la figura del interés legítimo, consideramos de interés comentar el fallo dictado por nuestra Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, en fecha 3 de octubre de 1985, bajo ponencia del magistrado Luis Enrique Farías Mata (caso Iván Pulido Mora vs Contraloría General de la República), pues en dicha decisión nuestro máximo Tribunal intentó definir el "interés legítimo". La sentencia *in commento* es interesante desde varios puntos de vista, a saber:

1. En primer término, porque realiza un interesante análisis comparativo de la legitimación que nuestro ordenamiento jurídico exige para poder incoar tres tipos distintos de procesos: a) En el recurso por inconstitucionalidad la legitimación, por mandato del artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, es sumamente amplia, al extremo que se permite la interposición del

8. En efecto, la Constitución venezolana consagra la unidad del Poder Judicial (Art. 204), el cual se halla integrado por la Corte Suprema de Justicia y los demás tribunales que determina la ley. En consecuencia, la jurisdicción contencioso-administrativa venezolana, a diferencia de cuanto ocurre en Francia, no es una jurisdicción (*strictu sensu*) distinta y separada de la jurisdicción ordinaria, sino que dentro de nuestro Poder Judicial encontramos un conjunto de tribunales con competencia en lo contencioso-administrativo.

En Argentina, José Roberto Dromi destaca la circunstancia de que la creación de esa dualidad de situaciones jurídico-subjetivas (interés legítimo-derecho subjetivo) respondió a circunstancias históricas concretas, y que a la misma, por lo tanto, no puede concedérsele validez universal o general (*op. cit.*, p. 51).

mismo por parte de simples interesados;<sup>9</sup> b) La solución en el ámbito del Derecho Privado se presenta totalmente opuesta, ya que sólo se considera hábil para interponer el recurso al titular de un derecho subjetivo de índole privada. Por lo tanto, la legitimación en estos recursos es muy restringida; y, c) En lo relativo al procedimiento contencioso-administrativo de anulación de los actos administrativos de efectos particulares, la Corte destacó el hecho de que el Legislador había optado por una solución intermedia, es decir, que en estos procedimientos la legitimación no se consagró con la amplitud de aquélla de los recursos de inconstitucionalidad, mas tampoco se la limitó al extremo de equiparársela con aquélla del proceso civil. En los recursos contencioso-administrativos de anulación de los actos administrativos de efectos particulares se hallan legitimados para solicitar dicha anulación los “titulares de derechos subjetivos administrativos” y —además— los “interesados legítimos”.

2. Por otra parte, la sentencia de la Corte asienta —de manera expresa— el criterio de que no sólo los titulares de intereses legítimos, personales y directos tienen legitimación para demandar la nulidad de actos administrativos de efectos particulares, sino que también han de entenderse legitimados para proponer este recurso, los sujetos titulares de derechos subjetivos administrativos, pues, según

9. En realidad, nuestro legislador permite que el recurso sea interpuesto por simples interesados si el acto recurrido es un acto de efectos generales, es decir, si se trata de un acto normativo, cuyos destinatarios sean personas indeterminadas. En otras palabras, el legislador confiere la legitimación amplia, a la cual hace alusión la Corte Suprema de Justicia en el fallo *in commento*, en función del tipo de acto recurrido, independientemente de los motivos (de inconstitucionalidad o ilegalidad) invocados por el recurrente como fundamento de su recurso. Así se desprende con claridad meridiana, del texto del artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, conforme al cual “toda persona natural o jurídica plenamente capaz, que sea afectada en sus derechos o intereses por ley, reglamento, ordenanza u otro acto de efectos generales emanada de alguno de los cuerpos deliberantes nacionales, estatales o municipales o del Poder Ejecutivo Nacional, puede demandar la nulidad del mismo, ante la Corte, por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad. . .”. Por tanto, no compartimos el criterio que la Corte sustentó, de manera virtual o implícita, en la sentencia de fecha 3 de octubre de 1985, pues el simple interés del recurrente es legitimación suficiente para demandar la nulidad de un acto de efectos generales, abstracción hecha de los motivos invocados por el actor. Por lo demás, la posición por nosotros sustentada ha sido sostenida por nuestra Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, en fallo fechado el 12 de febrero de 1987 (publicado en la *Revista de Derecho Público* N° 30, pp. 142 y ss.), cuyo voto salvado, suscrito por el magistrado Luis Henrique Farías Mata, contiene la fundamentación íntegra de la posición que afirma que los actos administrativos de efectos generales pueden ser impugnados por cualquier interesado, sólo cuando se aducen en el recurso motivos de inconstitucionalidad.

palabras textuales del máximo Tribunal, "...los titulares de derechos subjetivos administrativos violados tienen, si se quiere, mayor interés legítimo, personal y directo en la anulación del acto ilegal lesivo de los mismos que los denominados por la doctrina «interesados legítimos»". Como se observa, la Corte adoptó la tesis según la cual los intereses legítimos son situaciones jurídico-subjetivas de menor categoría, de menor jerarquía, que los derechos subjetivos administrativos.<sup>10</sup> En qué consiste y a qué se debe esta menor jerarquía es aún un problema que la doctrina administrativa no ha logrado resolver de manera satisfactoria.

3. El tercer aporte del fallo analizado consiste en haber tratado de delimitar las figuras del "derecho subjetivo" y el "interés legítimo". La Corte, pues, trató de establecer con nitidez cuáles son los precisos linderos que separan una y otra figura: derecho subjetivo e interés legítimo. En este orden de ideas, la Corte señaló que eran sujetos legitimados "...los titulares de derechos subjetivos administrativos, es decir, quienes derivarían su capacidad procesal de vínculos establecidos previa y especialmente por la Administración con el particular, en virtud de lo cual resulta justo que el afectado solicite la nulidad del acto lesivo y hasta la restauración de su derecho mediante dicho acto desconocido, por haberse irrumpido contra esos vínculos previos (contratos, concesión, permisos...), desconocimiento que configura la lesión de un derecho subjetivo preexistente y de índole administrativa". Sobre los interesados legítimos, es decir, los otros sujetos que, a pesar de no ser titulares de un derecho subjetivo, se hallan legitimados para solicitar la nulidad de los actos administrativos de efectos particulares, la Corte Suprema afirmó lo siguiente: "...los interesados legítimos —concepto diferente en Derecho Público al anteriormente expuesto—, es decir, aquellos particulares que sin ser titulares de derechos subjetivos administrativos se encuentran en una especial situación de hecho ante la infracción del ordenamiento jurídico, la cual, por eso mismo, los hace más sensibles

10. En este mismo sentido se ha pronunciado recientemente la Corte Primera en lo Contencioso-Administrativo en fallo de fecha 19 de octubre de 1989, bajo ponencia del magistrado Humberto Briceño León (publicada en la *Revista de Derecho Público* N° 40, pp. 119 y ss.), conforme a la cual "el recurso contencioso-administrativo de anulación puede ser interpuesto por quien ostente un interés personal, legítimo y directo en impugnar el acto de que se trate, con lo cual evidentemente, los titulares de derechos públicos subjetivos pueden, con más razón, accionar ante los tribunales contencioso-administrativos". Según Roehrsen, los derechos subjetivos y el interés legítimo son situaciones o posiciones jurídicas de "distinta consistencia" (Roehrsen, Guglielmo: *La Justicia Administrativa en Italia*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 2).

que el resto de los administrados al desconocimiento del interés general o colectivo por parte de la Administración al violar la ley”, y agrega la Corte que —no obstante tratarse de un sistema de recurso subjetivo— los interesados legítimos “. . . aparecen en el proceso como defensores del interés general vulnerado por la actuación administrativa”.

Nos parece oportuno realizar aquí una pausa en el señalamiento de los aspectos resaltantes de la sentencia *in commento*, a los efectos de exponer la inquietud que la distinción entre derechos subjetivos e intereses legítimos, elaborada por la Corte Suprema, nos ha suscitado. Comencemos señalando que no compartimos el criterio conforme al cual todo recurrente cuya capacidad procesal derive de vínculos establecidos previa y especialmente entre él y la Administración sea —necesariamente— titular de un derecho subjetivo administrativo. La Corte recurre a diversos ejemplos, y cita como “fuente” de dichos vínculos el contrato, la concesión y el permiso. Pues bien, la jurisprudencia sentada con este fallo puede ser refutada con base en la disposición contenida en el artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Conforme al artículo 83 anteriormente citado, “los actos administrativos que no originen derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un particular, podrán ser revocados en cualquier momento, en todo o en parte, por la misma autoridad que los dictó, o por el respectivo superior jerárquico”. Por argumento a contrario, los actos administrativos, como es precisamente el caso de un permiso o autorización, que no es otro que el ejemplo empleado por la Corte, pueden dar origen a dos tipos de situaciones jurídico-subjetivas distintas, a saber: derechos subjetivos e intereses legítimos. En consecuencia, es posible que al particular al cual le fue otorgado un permiso derive del mismo —únicamente— intereses legítimos, mas no derechos subjetivos. Por ello, no es completamente cierto que toda vez que existan vínculos previos, especialmente establecidos, entre la Administración y el particular, el administrado-recurrente sea titular de un derecho subjetivo administrativo, sino que será necesario analizar —a fondo— la “naturaleza”, es decir, la “esencia” de la situación jurídico-subjetiva específica. Sobre los caracteres que conforman la noción de interés legítimo, realizaremos algunas breves consideraciones en la segunda parte de este trabajo.

4. Cabría señalar, como cuarto y último aporte del fallo bajo análisis, que la Corte Suprema, en consonancia con el criterio asumido por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, no se cansa de repetir que en el contencioso-administrativo de anulación el recurso es de carácter subjetivo. En consecuencia, nuestra jurisprudencia

dencia parece haber superado —de manera definitiva— la clásica concepción “objetiva” del contencioso-administrativo de anulación, que —como ya lo señalamos— tuvo su origen en el recurso de *excès de pouvoir* francés, conforme a la cual este recurso no sería más que un juicio al acto, un proceso cuyo norte es la tutela del interés público, la legalidad en abstracto.<sup>11</sup>

En el proceso contencioso-administrativo de anulación, el juicio ha sido concebido para la tutela de un interés privado, particular, de allí su carácter subjetivo. Resulta fundamental insistir en que los interesados legítimos actúan en defensa de un interés “propio”, o sea, “particular”. Ahora bien, en el recurso contencioso-administrativo de anulación de actos administrativos de efectos particulares, este interés individual del recurrente “coincide” —circunstancialmente— con el interés general en el respeto del Derecho objetivo; mas esto no puede conducir a que se califique a los particulares, salvo que se formulen las debidas reservas, como “defensores del interés general”, como “guardianes de la legalidad objetiva”.<sup>12</sup>

11. En Italia, país que fue influenciado —de manera directa— por la obra y jurisprudencia del Consejo de Estado francés, numerosos autores continúan aseverando que el proceso contencioso-administrativo de anulación no es otra cosa que un juicio al acto. Es esta concepción objetiva del contencioso-administrativo de anulación la que subyace en aquellos autores que ven este proceso como un *juicio de demolición* del acto impugnado (Virga, Pietro, *op. cit.*, p. 160). En contra de esta postura objetiva cabría citar aquí a Calanella: “Le azioni proponibili e l’oggetto del giudizio amministrativo”, publicado en la *Revista Foro Amministrativo*, año 1980 (Nº I), pp. 851 y ss. En España, por su parte, la jurisprudencia y la doctrina más calificada coinciden en que la naturaleza del recurso por exceso de poder es subjetiva (consúltese García de Enterría, Eduardo, y Fernández Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, p. 536).

No obstante la claridad con la cual la Corte Suprema de Justicia sostuvo que el recurso contencioso-administrativo de anulación es un proceso de carácter subjetivo, nuestros tribunales, en oportunidades, se han mostrado vacilantes. En este orden de ideas, cabe citar aquí el fallo dictado por nuestra Corte Primera en lo Contencioso-Administrativo en fecha 4 de noviembre de 1986 (publicada en la *Revista de Derecho Público* Nº 28, pp. 121 y 122), en el cual se dejó sentado que el objeto del juicio de nulidad contra los actos de efectos particulares “es una decisión emanada de un organismo de la Administración Pública, quien es principalmente el interesado en defender su legalidad. De manera que, aunque tales juicios son procesos contra los actos y no contra los organismos, sin embargo, por la posición que ocupa la Administración en tales juicios, puede señalarse que tiene la condición de demandada, porque ciertamente que la pretensión anulatoria, de resultar procedente, producirá efectos directos en contra de aquélla y, por ello, puede contradecirla. Por esta razón, esta misma Corte ha sostenido que la Administración es parte natural del juicio de nulidad, hasta el punto de que puede comparecer en cualquier momento”.

12. No quisiera finalizar estos breves comentarios a la sentencia objeto de nuestro análisis sin antes resaltar que nuestro máximo tribunal declaró el hecho de que

3. *Requisitos exigidos por el artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, para poder demandar la nulidad de un acto administrativo de efectos particulares*

Antes de poder entrar a analizar —a fondo— cuál es el significado de la fórmula “interés legítimo, personal y directo”, acuñada por el legislador venezolano en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, estimamos conveniente hacer referencia a las decisiones judiciales que construyeron la fórmula del “interés legítimo, personal y directo”.

La frase “interés legítimo, personal y directo” fue empleada en Venezuela, por vez primera, en el fallo dictado por la antigua Corte Federal en fecha 14 de marzo de 1960.<sup>13</sup> En esta decisión la Corte dejó establecido que en el ordenamiento venezolano se exigía, como requisito procesal del recurso contencioso-administrativo de anulación de actos administrativos, “que el demandante ostente un interés que, en todo caso, ha de ser personal, directo y legítimo, aunque, como lo dispone el artículo 14 de nuestro Código de Procedimiento Civil, puede ser eventual o futuro, salvo el caso en que la Ley lo exija actual”. Por su trascendencia, también cabe mencionar aquí las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, en fechas 6 de febrero de 1964 (caso José Henrique Moreau Meyer *vs* el Concejo Municipal del Distrito Sucre del Estado Miranda) y 18 de febrero de 1971 (caso Felipe Serrano *vs* el Concejo Municipal del Distrito Federal), ya que las mismas contribuyeron a

---

el estudio de los sistemas jurídico-positivos comparados evidencia que en los mismos se establece una equiparación, en materia de legitimación entre los procedimientos o “recursos internos” (es decir, aquellos intentados en vía administrativa) y el recurso (proceso) contencioso-administrativo de anulación. En otras palabras, el sujeto al cual la ley confiera legitimación para dar inicio a un procedimiento administrativo o intentar un recurso en vía administrativa, también se hallará legitimado para luego demandar, en vía judicial, la nulidad del acto administrativo que le perjudique. Este es el principio general, recogido en nuestro país —a nivel legislativo— por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (Art. 22).

Teniendo presente el principio general de “Correspondencia de los sujetos legitimados” en vía administrativa y contencioso-administrativa antes enunciado, es necesario concluir que el particular jamás fue parte (*stricto sensu*) en ninguno de los procedimientos, ni administrativos ni judiciales, cuya sustanciación condujo al fallo de fecha 3 de octubre de 1985.

13. Esta decisión de fecha 14 de marzo de 1960 (caso J. Barreto *vs* el Ministerio de Fomento) fue publicada en la obra del profesor Allan Randolph Brewer-Carías intitulada *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo V, Vol. I, pp. 292 y ss.

“consolidar” la idea de que la existencia de un interés personal, directo y legítimo era un requisito procesal en los recursos de anulación de actos administrativos.<sup>14</sup> En conclusión, pues, para la Corte el “interés legítimo” era un requisito procesal de admisibilidad del recurso contencioso-administrativo de anulación contra actos administrativos de efectos particulares.

Esta breve mención de las decisiones de la Corte se hacía necesaria, ya que el Legislador venezolano se limitó a recoger, al sancionar la actual Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en el año 1976, la doctrina que había venido siendo elaborada por la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal (entenderemos que bajo la influencia de la Ley de Procedimiento Administrativo española de 1958), y —por ende— en una única disposición legislativa se disciplinaron dos intereses radicalmente distintos, a saber: por una parte, un “interés sustancial”, al cual alude el calificativo “legítimo”; y, por otra parte, dos “intereses de naturaleza procesal”, a los cuales hacen referencia los adjetivos “personal” y “directo”. La ausencia del interés personal determina, siguiendo la terminología empleada por el Legislador venezolano en el artículo 124, ordinal 1º, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la inadmisibilidad del recurso por falta de cualidad, mientras que la ausencia del interés directo (o interés procesal *strictu-sensu*) conlleva la inadmisibilidad del recurso, mas esta vez —siempre según la terminología de la Ley Orgánica *in commento*— por falta de interés.<sup>15</sup>

## II. EL INTERES LEGITIMO

### A) *El interés legítimo y el interés al recurso. Diferencias entre ambas nociones*

Dicho cuanto antecede, la primera afirmación que debemos realizar aquí es que la figura del “interés legítimo” tiene —sin lugar a

14. *Op. cit.*, pp. 294 y 301, respectivamente.

15. La disposición contenida en el artículo 124, ordinal 1º, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, a tenor de la cual el Juzgado de Sustanciación debe declarar inadmisibile el recurso de nulidad, intentado contra actos administrativos de efectos particulares, “cuando sea manifiesta la falta de cualidad o interés del recurrente”, reproduce —*mutatis mutandis*— la norma contenida en el artículo 257 (Numeral Primero) del Código de Procedimiento Civil de 1916, conforme al cual las excepciones de inadmisibilidad proceden “por falta de cualidad o interés en el actor o en el demandado para intentar o sostener el juicio”. En propósito, consúltese el excepcional trabajo del ilustre profesor Luis Loreto, intitulado “Contribución al estudio de la excepción de inadmisibilidad por falta de cualidad”, publicado en la obra *Ensayos Jurídicos*, Ediciones Fabretón-Esca, Caracas, 1970, pp. 15 y ss.

dudas— una naturaleza sustancial, como acertadamente lo sostuvo, en fecha reciente, la Corte Suprema de Justicia. En efecto, la doctrina y la jurisprudencia comparadas han ya superado aquella concepción inicial conforme a la cual el “interés legítimo” tenía carácter procesal. Por lo tanto, hoy por hoy la más calificada doctrina entiende que el “interés legítimo” es una posición jurídica subjetiva similar —sino idéntica— al derecho subjetivo, que debe ser diferenciada, de manera neta, del así denominado “interés al recurso” o “interés a la interposición del recurso”, el cual —por contraposición al primero— sí es una figura de naturaleza estrictamente procesal. Quizás un ejemplo permita ver con claridad la diferencia existente entre el “interés legítimo”, de naturaleza sustancial, y el “interés al recurso”, de naturaleza estrictamente procesal.

De conformidad con la disposición contenida en el artículo 18, ordinal 5º, de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, la Administración Pública tiene el deber de motivar sus decisiones. Es éste el principio general. Según la tesis clásica (Zanobini) este deber jurídico de necesaria motivación de los actos administrativos de efectos particulares, ha sido establecido por el Legislador con fines de interés general, como es garantizar a la colectividad la “racionalidad” y “transparencia” de la actuación administrativa, y no en protección directa de los particulares, razón por la cual éstos tan sólo tienen “interés legítimo” en que sean motivados los actos administrativos de los cuales resulten destinatarios, mas no un “derecho subjetivo” a la motivación.<sup>16</sup> Al deber de motivar los actos administrativos de efectos particulares, establecido —como ya se dijo— en tutela de intereses generales, correspondería —como situación jurídica subjetiva correlativa— un interés legítimo del administrado.

Recapitulando, el *desideratum* perseguido es que del texto del acto administrativo se evidencie, de manera clara (nítida), cuáles han sido los motivos que han llevado a la Administración a decidir, cuál ha sido el fundamento de Derecho de la resolución, y —asimismo— cuál

16. La sentencia de la Corte Suprema de Justicia a la cual se hace alusión es aquella dictada por la Sala Político-Administrativa en fecha 3 de octubre de 1985, caso Iván Pulido Mora vs la Contraloría General de la República, publicada en la *Revista de Derecho Público* N° 24, pp. 156 y ss. La naturaleza sustancial del interés legítimo ha sido reconocida por nuestra Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en sentencia de fecha 13 de julio de 1987, dictada bajo ponencia del magistrado Román José Duque Corredor (publicada en la *Revista de Derecho Público* N° 31, p. 115), en la cual se dejó sentado que en los procesos contencioso-administrativos de anulación contra actos de efectos particulares el demandante “tiene un interés procesal en que el acto sea anulado, porque lo lesiona en un derecho o en una situación legítima (interés legítimo)”.

ha sido el proceso lógico seguido por la Administración Pública en la toma de su decisión. Análogas consideraciones cabría hacer sobre todas las demás disposiciones que establezcan los requisitos formales del acto administrativo, así como de aquellas que disciplinan el procedimiento que debe ser seguido para la expedición de un acto administrativo de efectos particulares.

Ahora bien, supongamos por un instante que la administración —en el marco de un procedimiento de tipo sancionatorio— incumple el deber de motivar establecido en la ley. En este supuesto concreto es evidente que el destinatario de la actuación administrativa tendría “interés legítimo”, con base en el cual podría pretender —tanto de las autoridades administrativas, como del juez con competencia en lo contencioso-administrativo, mediante el ejercicio de los recursos administrativos y contencioso-administrativos, respectivamente— se le acordase la tutela establecida por el ordenamiento jurídico, ya que desconoce cuáles son los fundamentos de la resolución administrativa. Sin embargo, sólo tendría “interés a recurrir” si el acto carente de motivación le hubiese ocasionado un perjuicio, una lesión en su esfera jurídica. Por lo tanto, si la Administración deja de motivar el acto definitivo —el acto conclusivo— de un procedimiento de tipo sancionatorio, mas dicho acto no impone sanción alguna al particular, como sería el supuesto de que la Administración declarase que el comportamiento del particular no es subsanable dentro del “tipo” consagrado en la norma sancionatoria, la lesión a la esfera jurídica del administrado no llegaría a concretarse, y —en consecuencia— el administrado-destinatario del acto tendría “interés legítimo” pero no “interés al recurso”.<sup>17</sup>

Con el ejemplo anterior hemos querido destacar que la situación jurídico-subjetiva del “interés legítimo” —repetimos— es una posi-

17. La posición sostenida es adversada por parte de la doctrina administrativa, para la cual el interés legítimo, entendido como posición de naturaleza sustancial, surge cuando la Administración Pública niega al particular la decisión a la cual éste tiene derecho (Romano, Alberto: “La situazione legittimante al processo amministrativo”, publicado en la *Revista Diritto Processuale Amministrativo*, N° 4, Giuffrè Editore, Milano, 1989, pp. 519 y 520). En otras palabras, el interés legítimo sólo surge ante una decisión, de fondo, contraria o adversa a las aspiraciones del particular. Consecuentemente, la inmotivación del acto administrativo definitivo favorable, a través del cual la Administración puso fin a un procedimiento administrativo sancionatorio, sólo hace surgir una simple posición instrumental (y, por lo tanto, no sustancial), ya que al particular inocente no se le ha negado la decisión de fondo a la cual tenía derecho, sino que lo que ha ocurrido es que la Administración Pública desconoció las normas legales que precisan las modalidades y condiciones del ejercicio del poder, sin consecuencias perjudiciales para el administrado.

ción de carácter sustancial (material), mientras que el “interés al recurso”, al cual alude el artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia cuando exige un “interés directo”, es de carácter adjetivo (estrictamente procesal).

2. *El interés legítimo y el derecho subjetivo. Diferencias entre ambas figuras. Tesis del profesor García de Enterría. Críticas*

El Seminario de Evaluación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, efectuado en esta ciudad de Caracas durante el mes de julio del año 1989, nos brindó una oportunidad —ciertamente valiosa— para reflexionar, si bien fuese brevemente, acerca de la validez científica de la tan debatida figura del “interés legítimo”.

Es mucho lo que sobre la misma se ha dicho y escrito, en un esfuerzo por distinguir esta situación o posición jurídico-subjetiva, lo más nítidamente posible, del “derecho subjetivo” una tarea que el transcurso del tiempo ha revelado, si debemos ser sinceros, total y absolutamente estéril. El esfuerzo al cual acabamos de hacer alusión tiene su razón de ser —*ad exemplum*— en un país como Italia, en el cual el juez administrativo, en principio, sólo tiene competencia en aquellas controversias en las cuales el particular demande la tutela de un “interés legítimo”, mientras que el juez ordinario tiene competencia para conocer aquellas controversias que tengan por objeto la lesión de un derecho subjetivo por parte de la Administración Pública. Como se observa, la distinción entre “derecho subjetivo” e “interés legítimo” se halla en la base de la construcción de todo el sistema de justicia administrativa en Italia, y su relevancia es —por lo tanto— enorme.

Ahora bien, la pregunta que debemos formularnos es si en Venezuela tiene algún sentido dividir las situaciones jurídico-subjetivas en “intereses legítimos”, por un lado, y “derechos subjetivos”, por el otro. Comencemos respondiendo dicha interrogante a la luz del Derecho positivo. Un análisis superficial del Derecho venezolano revela que nuestra Constitución, en su artículo 206, al hablar de cuáles son las competencias de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, emplea la fórmula “restablecimiento de situaciones jurídicas-subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”. Dicha disposición debe ser administrada al artículo 68 *ejusdem*, cuya redacción es —sin lugar a dudas— de inspiración italiana, conforme al cual “todos pueden utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses”. En nuestro criterio, el texto de ambas disposiciones equivale a un reconocimiento

implícito o virtual de la distinción entre "interés legítimo" y "derecho subjetivo".

Por otra parte, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en su artículo 85, al referirse a cuáles son los actos administrativos susceptibles de ser impugnados en vía administrativa, dispone que "los interesados podrán interponer los recursos a que se refiere este capítulo contra todo acto administrativo que ponga fin a un procedimiento, imposibilite su continuación, cause indefensión o lo prejuzgue como definitivo, cuando dicho acto lesione sus derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos". Por lo tanto, hemos observado, luego de un examen muy superficial de nuestro Derecho positivo, que la clásica distinción entre "derecho subjetivo" e "interés legítimo" ha sido recogida por el Derecho positivo venezolano, a pesar de que en nuestro país no existen los problemas de fondo que llevaron, en otros países, a la construcción de la figura del "interés legítimo". La distinción entre ambas situaciones jurídicas subjetivas tiene "vigencia" en nuestro país, lo cual nos obliga a tratar de definir los precisos contornos de una y otra figura, a sabiendas de que todos los intentos de la doctrina y jurisprudencia comparadas han arrojado resultados poco satisfactorios, por lo borroso de la línea divisoria entre ambas.

Un ejemplo puede sernos de utilidad para destacar la relatividad de la clasificación "derecho subjetivo" - "interés legítimo". Supongamos que la Administración Pública dicta un acto administrativo que lesiona la esfera jurídica de un administrado, mas, en abierta contravención de lo dispuesto por el artículo 18 (ordinal 5º) de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, deja de motivar dicha decisión. Según la tesis clásica, el particular tiene "interés legítimo" para impugnar la decisión que le ocasiona un perjuicio. Una parte de nuestra jurisprudencia, sin embargo, ha entendido que al particular lo que se le ha lesionado, al no haberse motivado el acto administrativo, es un verdadero "derecho subjetivo", como es el derecho a la defensa, garantizado por el artículo 68 de la Constitución.

Nuestro Legislador ha recogido la tesis de la dualidad de situaciones jurídico subjetivas, y nuestros tribunales con competencia en lo contencioso-administrativo han intentado trazar una línea divisoria entre las figuras del derecho subjetivo y el interés legítimo, mas han tropezado con los obstáculos y dificultades que la doctrina y jurisprudencias comparadas no han logrado salvar.

No quisiera dejar de comentar aquí la cautivante tesis sostenida por el insigne profesor español Eduardo García de Enterría, con-

forme a la cual el “interés legítimo” no es más que un “derecho subjetivo”.<sup>18</sup> En el fondo, esta tesis constituye una respuesta a la impotencia de la doctrina, que no ha logrado sortear los obstáculos que se ha visto obligada a enfrentar al tratar de definir la noción del “interés legítimo”. En efecto, la doctrina aún no ha logrado realizar una definición satisfactoria de la figura del interés legítimo, y para evidenciar las dificultades y los escollos a las cuales se han enfrentado los estudiosos del Derecho Administrativo que han incursionado en este espinoso asunto, basta citar la definición de derecho subjetivo que diera un jurista preclaro como fue Ihering, para quien derecho subjetivo “es un interés jurídicamente protegido”.

Según el profesor español, una de las mayores contribuciones del Consejo de Estado Francés, consistió en dar génesis, a través del desarrollo jurisprudencial del recurso por exceso de poder, a un derecho subjetivo del particular, de radio mucho más extenso que los derechos subjetivos típicos, que permite a aquél fiscalizar la legalidad administrativa.<sup>19</sup> Por lo tanto, el interés legítimo no es una posición jurídico-subjetiva distinta y de menor jerarquía que el derecho subjetivo típico. Por el contrario, el interés legítimo es un verdadero derecho subjetivo.

18. En palabras del profesor Miele, el interés legítimo, entendido como posición jurídico-subjetiva, es la consecuencia o producto reflejo de las normas que imponen al titular del poder la observancia de determinadas modalidades y condiciones para el ejercicio de éste (Miele: *Principi di Diritto Amministrativo*, 2ª Ed., Padova, 1960, p. 56, citado por Alberto Romano, *op. cit.*, p. 514). El interés legítimo en una posición jurídico-subjetiva de ventaja (una especial situación de hecho, en palabras de nuestra Corte Suprema de Justicia), que deriva de la disciplina jurídica impuesta por la ley —*lato sensu*— al ejercicio del poder y que, por tanto, se halla estrechamente relacionado a dicho ejercicio, al punto de depender de él.
19. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *op. cit.*, pp. 44 y ss. Esta tesis es también sostenida por José Roberto Dromi (*op. cit.*, p. 37), autor argentino, según el cual “*los derechos según la intensidad de su protección y particularidad o exclusividad con que se les confiera, se clasifican tradicionalmente en: a) derecho subjetivo; b) interés legítimo. . .*”. Las dificultades enfrentadas por la doctrina comparada al tratar de diferenciar el interés legítimo del derecho subjetivo se evidencian con la simple lectura del libro *Derecho Administrativo* de Jean Rivero, quien al hacer alusión al interés necesario para promover el recurso por exceso de poder asevera que dicho recurso “. . . no sanciona, pues, el derecho de todo individuo a que la administración respete la legalidad, como lo haría la acción popular, sino *su derecho* a no sufrir personalmente la ilegalidad” (Rivero, Jean, *op. cit.*, p. 267). En nuestro criterio, definir el interés legítimo sobre la base del derecho subjetivo, luego de haber partido de la premisa que se trata de situaciones jurídico-subjetivas distintas, no es del todo coherente, mas pone en evidencia los problemas enfrentados por la ciencia jurídica.

La primera crítica que García de Enterría formula al recurso por exceso de poder francés es haber partido de la falsa premisa de que los recurrentes actúan en defensa de la legalidad objetiva, ya que el estudio de la realidad pone en evidencia que los particulares defienden lo que entienden ser sus derechos e intereses. Es ésta su única motivación. Por lo tanto, resulta equívoco afirmar que los particulares recurrentes actúen en defensa de la legalidad objetiva o abstracta, pues a éstos sólo los anima el deseo de eliminar el perjuicio (*grief*) que el acto administrativo ilegal les ocasiona.

Según el maestro español, también resulta equívoco aseverar que no existe un derecho subjetivo por el solo hecho de que la norma que ha de juzgar la validez del acto administrativo sea una norma cuya finalidad es servir al interés general, pues —en su criterio— toda norma objetiva está siempre basada en el interés general. El derecho subjetivo del cual resulta titular el particular, no debe entenderse como derecho a la no violación abstracta de la norma, toda vez que no existe un derecho a la legalidad. El derecho subjetivo *in commento* no es otra cosa que la potestad conferida al sujeto para hacer desaparecer el perjuicio que le ha sido ocasionado.

Insistimos: la circunstancia de que se produzca una lesión o perjuicio en la esfera jurídica de un particular, como consecuencia inmediata de la expedición de un acto administrativo, hace surgir un derecho subjetivo —*strictu sensu*—, como es el derecho a la eliminación de ese perjuicio, que la sola existencia de la acción judicial evidencia (*ubi remedium, ibi ius*). Antes de la infracción del ordenamiento jurídico (se entiende que a consecuencia de la expedición de un acto administrativo viciado) no existiría derecho subjetivo alguno, sino tan solo un simple “deber” impuesto por la ley a la Administración. El contenido de dicho deber no sería otro que el necesario respeto de lo que el profesor español denomina el círculo o ámbito vital de los administrados, sobre el cual no se puede incidir si no es con apego al Derecho. Es en el momento en que la Administración infringe este “deber” que surge un verdadero derecho subjetivo, el de reparación o de restitución, que conlleva la obligación de restablecer —dentro de lo posible— la integridad de la esfera vulnerada.

García de Enterría, siguiendo a Roubier, denomina a este nuevo derecho subjetivo “derecho reaccional”, toda vez que el mismo permite al ciudadano oponerse a las invasiones que la actuación de la Administración Pública opere en el propio ‘círculo vital’ cuando esa actuación sea ilegal. De allí que sea necesario que el acto administrativo impugnado lesione un interés del recurrente y, a la vez, incurra en cualquier ilegalidad de forma o fondo. Ahora bien, dentro del *iter*

del proceso contencioso-administrativo estos dos requisitos tienden a disociarse por razones de simple oportunidad procesal, y el interés se convierte en requisito de admisión del recurso, mientras que la ilegalidad del acto es cuestión de fondo, que debe ser resuelta por el juez en la sentencia definitiva.

La consecuencia lógica de los razonamientos que anteceden, de importancia por lo demás trascendental, es que los intereses legítimos y los derechos subjetivos típicos, a diferencia de cuanto afirmó la doctrina administrativa clásica, gozan de un mismo grado o nivel de protección. En otras palabras, el particular podría demandar no sólo la anulación del acto ilegal, sino que además podría exigir la reparación de los daños y perjuicios que dicha actuación pueda haber ocasionado a sus "intereses legítimos". En efecto, García de Enterría asevera que en España no existe dificultad alguna para que se pueda demandar la nulidad y el restablecimiento de la situación lesionada, incluso en el supuesto de que los perjuicios patrimoniales se produzcan en el plano de los intereses del recurrente y no de los derechos típicos, ya que la titularidad del llamado interés no es más que un derecho subjetivo verdadero, no obstante ser de otra especie que los derechos activos o típicos.

La tesis del profesor español es, sin lugar a dudas, atrayente. Sin embargo, estimamos que la misma sólo puede ser compartida si el perjuicio al cual alude García de Enterría es entendido de una manera sumamente amplia, al punto de conceptuar como perjuicio las molestias eventuales y futuras que la actuación administrativa pueda ocasionar al particular. En otras palabras, sería necesario conceptuar como perjuicio toda indebida intromisión (interferencia) de la Administración en los "propios asuntos" ("círculo vital") del particular,<sup>20</sup> aun cuando las consecuencias dañosas de dicha intromisión puedan no haberse verificado todavía y, más aún, puedan no verificarse en lo absoluto. La amenaza de lesión o molestia pues, sería perjuicio. Un ejemplo puede permitirnos visualizar el problema. Retornemos al supuesto de un acto administrativo de efectos particulares, favorable al solicitante, cuya ilegalidad consiste en carecer de toda motivación. En el ejemplo *in commento*, es evidente que la falta de motivación de un acto administrativo beneficioso (como sería, *ad exemplum*, el otorgamiento de una autorización), no le ocasiona al solicitante perjuicio o daño alguno (al menos en sentido estricto). Ahora bien, es innegable que cualquier tercero interesado podría demandar la nulidad, por ilegalidad, de esa actuación de la Administración, mas éste sería un perjuicio eventual, que puede no llegar a nacer, ya que

20. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *op. cit.*, pp. 532 y ss.

sólo se concretaría si un tercero impugnase el acto en cuestión por inmotivado.

En definitivas cuentas, pues, sólo podría afirmarse que el interés legítimo es un derecho a la eliminación del perjuicio o lesión causado por un acto administrativo dictado en contravención a las prescripciones de ley, si el “perjuicio” del cual habla el profesor español es entendido de una manera amplia, tan amplia que quizás conlleva la desnaturalización de la idea misma que el vocablo “perjuicio” expresa.

Nos atrevemos a aseverar que el contenido del interés legítimo no puede “reducirse” a un mero derecho a la restitución o reparación que la transgresión pueda haber causado, ya que podría darse el caso —como bien lo evidencia el ejemplo de un acto autorizatorio no motivado— de que existiese el interés legítimo mas no un perjuicio o daño cierto. Por lo tanto, el interés legítimo, entendido como posición jurídico-subjetiva, *no* puede ser “reducido” al punto de entenderlo como una simple potestad conferida a un sujeto para hacer desaparecer el perjuicio que el acto administrativo ilegal le ha ocasionado, ya que la existencia del interés legítimo no implica la existencia de un perjuicio o lesión.

Partiendo de la base que nos brinda el ejemplo utilizado en los párrafos precedentes pareciera que pudiera afirmarse, desde la óptica de la tesis defendida por el profesor español, que el interés legítimo es una especie de situación puente, estadio o situación transitoria, que precede al derecho subjetivo típico y del cual constituye uno de sus fundamentos. Por lo tanto, desde un punto de vista lógico (y —naturalmente— en el plano de la abstracción), el interés legítimo es una situación anterior al derecho subjetivo reaccional. Dicho de otro modo, el derecho subjetivo reaccional del cual habla García de Enterría sólo puede surgir una vez que ha nacido el interés legítimo, pues éste —más el perjuicio o lesión al particular— es uno de los pilares de aquél.

Sobre una cosa sí se halla de acuerdo la totalidad de la doctrina administrativa: el interés legítimo, entendido como situación jurídico subjetiva, como posición “diferenciada”, “particular” o de “ventaja”, en la cual se halla un administrado, surge cuando la Administración, en ejercicio de potestades públicas, actúa al margen de la legalidad. En consecuencia, para que pueda hablarse de “interés legítimo” es necesario:

a) Que la Administración Pública actúe en ejercicio de potestades públicas, y sus decisiones —por decirlo de una manera gráfica— se

impongan a los particulares. Por argumento a contrario, no surge interés legítimo alguno cuando la Administración Pública actúa como cualquier otro sujeto de Derecho privado;

b) Que la actuación administrativa sea ilegítima, es decir, contraria a Derecho;

c) Que frente a esta actuación administrativa ilegítima se encuentre un sujeto, un administrado, en una situación diferenciada; y,

d) Que por la circunstancia de hallarse en dicha posición, por nosotros calificada como "diferenciada", el administrado se convierte en titular de una facultad, de un poder, que le permite demandar sea corregido el ejercicio ilegítimo de la función administrativa.

### III. EL INTERES DIRECTO

Nos corresponde ahora referirnos al interés "directo", que a diferencia del "interés legítimo" sí tiene naturaleza procesal. ¿Cuándo debe entenderse que un particular tiene interés directo en la impugnación de un determinado acto administrativo de efectos particulares? La Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, en interesante fallo dictado en fecha 13 de octubre de 1988, bajo ponencia de la magistrado Hildegard Rondón de Sansó,<sup>21</sup> ha entendido que "...el interés directo alude a la circunstancia de que el acto impugnado debe haber sido dirigido en forma inmediata al recurrente en forma tal que lesión que del mismo recibiera debe derivar del acto en forma no mediatizada". Merece ser citada también la sentencia dictada por la misma Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en fecha 7 de mayo de 1984,<sup>22</sup> en la cual se dejó sentado que existe interés directo "...cuando la anulación del acto supone un beneficio para el demandante. Cuando prospera la acción intentada se origina un beneficio a favor del accionante. A su vez este beneficio

---

21. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *op. cit.*, p. 50. Según García de Enterría: "cualquier incidencia en el ámbito vital de un sujeto, cualquier actuación por parte de la Administración que incida en el ámbito vital de un sujeto que no sea legal, habilita inmediatamente a ese sujeto con una acción impugnatoria para defender la integridad de su ámbito vital. Donde está el derecho subjetivo es en la acción reaccional, no es la situación previa, la integridad pacífica del ámbito vital, la cual se protege con dicha acción porque nadie puede ser afectado en ella sino por títulos y cauces legítimos que impongan al sujeto pasivo la carga o la obligación de soportar esa incidencia o de sacrificar sus situaciones de ventaja" (García de Enterría, Eduardo: *Hacia una nueva Justicia Administrativa*, p. 60).

22. *Revista de Derecho Público*, N° 36, p. 106.

puede ser de distinta naturaleza, no solamente administrativo, la ley no toma en cuenta la naturaleza sustancial del interés, sino su relación inmediata o mediata con la repercusión o efecto del acto administrativo contra el que se recurre, exigiendo sólo que tal repercusión no sea lejanamente derivada o indirecta, sino que sea consecuencia o secuela inmediata del acto administrativo”.

Por lo tanto, para que exista interés directo es fundamental que se den dos requisitos: 1) El acto administrativo debe lesionar la esfera jurídica del administrado-destinatario, razón por la cual de su anulación pueda obtenerse un beneficio; y, 2) El daño o perjuicio causado al particular debe ser consecuencia inmediata (directa) del acto impugnado.<sup>23</sup>

Debemos señalar que la “lesión” que el acto administrativo produce al particular ha sido entendida —tanto por la doctrina como por la jurisprudencia— de una manera sumamente amplia, y hoy en día es pacíficamente admitido que dicha lesión o perjuicio puede tener tanto contenido patrimonial como extrapatrimonial.<sup>24</sup>

No es ocioso destacar que el “interés” procesal debe ser actual, lo cual es radicalmente distinto a afirmar que es el daño o perjuicio el que debe ser actual. Que el interés procesal en materia contencioso-

23. *Revista de Derecho Público* N° 19, p. 149. Según nuestra Corte Primera en lo Contencioso-Administrativo, en los recursos contencioso-administrativos de anulación contra un acto administrativo de efectos generales, “la cualidad procesal del legitimado activo está dada no sólo en la existencia de un interés directo del recurrente, sino que aun es suficiente la presencia de un interés indirecto, situación que le otorgara al accionante la necesaria titularidad para interponer dicho recurso” (véase la sentencia dictada por la Corte Primera en lo Contencioso-Administrativo en fecha 18 de febrero de 1986, bajo ponencia del magistrado Pedro Miguel Reyes, publicada en la *Revista de Derecho Público* N° 25, pp. 131 y 132).

24. La disposición contenida en el artículo 275 de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, de fecha 2 de mayo de 1978, refleja —por la amplitud de áreas o esferas de interés por ella señaladas— la extensión con la cual se ha entendido el vocablo *lesión*, de allí que resulte interesante su lectura y posterior análisis. Conforme a la norma *in commento*, “podrá ser parte en el procedimiento administrativo, además de la administración, todo el que tenga interés legítimo o un derecho subjetivo que pueda resultar directamente afectado, lesionado o satisfecho, en virtud del acto final. El interés de la parte ha de ser actual, propio y legítimo y podrá ser moral, científico, religioso, económico o de cualquier otra índole”. (Consúltese en propósito la obra titulada *Antecedentes del Código Contencioso-Administrativo*, Tomo V, editado por el Banco de la República, Bogotá, 1985, p. 2.687), incluso meramente “institucional” (Sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en fecha 26 de enero de 1984, bajo ponencia de la magistrado Armida Quintana Matos, publicada en la *Revista de Derecho Público* N° 17, pp. 189 y 190).

administrativa deba ser actual ha sido reconocido pacíficamente por la jurisprudencia venezolana. Basta citar aquí —nuevamente— la sentencia dictada por la Corte Federal en fecha 14 de marzo de 1960, en la cual la Corte afirmó que la impugnación de los actos administrativos de efectos particulares sólo podía ser intentada por quien ostente un interés legítimo, personal y directo, y —además— el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, de fecha 25 de noviembre de 1964, en la cual se dejó sentado que para que resulte procedente el recurso contencioso-administrativo intentado es necesario que persista el “interés” del recurrente durante todo el proceso.

El reconocimiento en los años 1960 y 1964, por parte de la Corte, del carácter de actualidad del interés procesal en los recursos contencioso-administrativos constituyó una verdadera novedad, si se tiene en cuenta que el Código de Procedimiento Civil del año 1916, para entonces vigente, establecía que “para que haya acción debe haber interés, aunque sea eventual o futuro, salvo el caso en que la ley lo exija actual”. La Corte estableció, pues, que en materia de recursos contencioso-administrativos, a diferencia de cuanto acontecía en materia ordinaria, no bastaba con un interés eventual. Es precisamente éste el criterio que luego fue recogido por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, sancionada en el año 1976. En el año 1987, con la entrada en vigencia del novísimo Código de Procedimiento Civil, se modificó la regulación del interés procesal en materia ordinaria, estableciéndose que éste —al igual que ocurría en el contencioso-administrativo desde hacía años— debe ser actual. Establece el artículo 16 del actual Código de Procedimiento Civil que “para proponer la demanda el actor debe tener interés jurídico actual”.

Vamos a recurrir al ejemplo —una vez más—, a los efectos de aclarar el carácter de actualidad del interés procesal (entiéndase “interés directo”), que debe subsistir mientras el proceso contencioso-administrativo de anulación se halle pendiente. Supongamos que un funcionario de un Concejo Municipal dicta un acto administrativo sancionatorio, mediante el cual se ordena a un particular demoler una construcción que se reputa ilegal. Supongamos, asimismo, que dicho acto adolece de numerosos vicios, entre los cuales destaca la incompetencia manifiesta del funcionario que lo dictó. El destinatario del acto recurre ante el tribunal competente el acto ilegítimo lesivo, y la Administración Pública —con posterioridad— reconoce la nulidad de su decisión, mas lo hace a los solos efectos de dictar la decisión nuevamente, pero subsanando ahora el vicio de incompe-

tencia alegado por el recurrente en vía judicial. En consecuencia, de los diversos vicios que afectan la decisión sólo se subsana el de incompetencia. Es evidente que el particular tenía interés directo para el momento en que fue introducido el recurso, ya que: a) El acto lesionaba la esfera jurídica del particular, y de su anulación éste podía obtener beneficios, y b) La lesión era consecuencia inmediata (directa) del acto impugnado. Sin embargo, el reconocimiento de nulidad del acto originalmente impugnado, y la expedición de un nuevo acto, como es obvio, determinan el cese del interés procesal del recurrente, la desaparición superveniente del interés a recurrir, en atención a que la lesión es ahora producto del acto impugnado y de nuevas actuaciones administrativas, que escapan al objeto del proceso ya iniciado. Las nuevas actuaciones —naturalmente— podrían ser impugnadas.

Se desprende de todo lo antes dicho, que en el proceso de anulación la investigación del juez con competencia en lo contencioso-administrativo debe dirigirse —fundamentalmente— en dos direcciones,<sup>25</sup> a saber:

1) Constatar si el acto administrativo impugnado ha incidido de manera “inmediata” en la esfera jurídica del recurrente. En otras palabras, se trata aquí de comprobar si el acto —efectivamente— ha ocasionado una lesión a la esfera patrimonial o moral del administrado y

2) Verificar si el acto administrativo cuya anulación se demanda es la verdadera y definitiva causa (causa eficiente) del perjuicio, y si el recurrente puede —en consecuencia— obtener algún beneficio de la anulación del acto por parte del juez. Es necesario que la declaratoria de procedencia del recurso produzca una ventaja “potencial” para el particular.

Cuando se dice que el acto administrativo impugnado debe ser la causa (la causa eficiente) de la lesión, del perjuicio ocasionado al administrado, se quiere expresar que no deben existir actos previos que hayan adquirido firmeza, es decir, que se hayan vuelto inimpugnables, y de los cuales se derive una lesión equivalente (y autónoma) a aquella inferida por el acto impugnado.

En este orden de ideas, imaginemos un procedimiento administrativo en el cual la Administración rechaza una prueba aportada a los autos por el particular, sobre la base de la impertinencia o ilegalidad de la misma. Se trata de un acto administrativo preparatorio, de trá-

25. Virga, Pietro, *op. cit.*, p. 243.

mite, que —a tenor de lo establecido en el artículo 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos— causa indefensión al interesado. Supongamos que dicho acto es notificado al particular, que la notificación cumple todos y cada uno de los requisitos establecidos en el artículo 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos,<sup>26</sup> que los lapsos de impugnación establecidos en la ley transcurren inútilmente, por cuanto el administrado no impugna la decisión de trámite antes señalada, y —finalmente— que el particular considera “perjudicial” el acto administrativo definitivo dictado por la Administración Pública, ya que en dicha decisión dejó de apreciarse la prueba por él aportada. Pues bien, es evidente que el particular mal podría pretender impugnar el acto definitivo, aquel que pone fin a dicho procedimiento administrativo, con fundamento en que se dejó de apreciar la prueba por él aportada, si no impugnó en su oportunidad el acto de trámite que se ha tornado inimpugnable. La impugnación del acto de trámite que le ocasionó un perjuicio, al determinar la indefensión del interesado una “carga” del administrado, un imperativo del propio interés. En efecto, carecería de interés procesal para proponer el recurso, ya que la declaratoria de procedencia del mismo no le conllevaría beneficio o utilidad alguna. El acto preparatorio o de trámite, a través del cual se le desechó la prueba promovida en autos le causa al administrado —de manera totalmente autónoma, independiente del acto conclusivo— una lesión equivalente a aquella inferida por el acto definitivo. Por lo tanto, de la anulación del acto no se derivaría beneficio alguno para el particular y —por ende— el recurrente carecería de interés directo (o “interés procesal” *strictu sensu*) en la anulación del mismo.

Un segundo ejemplo puede permitir visualizar mejor el problema del interés procesal. Supongamos que se da inicio a un procedimiento administrativo, dentro de cuyo *iter* está previsto un dictamen, del cual el órgano decisor no puede separarse. En otras palabras, se trata de un dictamen con carácter vinculante. Supongamos, asimismo, que en dicho dictamen se “recomienda” se declare la inadmisibilidad del recurso administrativo, ya que —por ejemplo— el particular no reúne los requisitos necesarios para que pueda ser considerado “interesado”, pero además se señalan diversas razones de

26. El artículo 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos dispone que “se notificará a los interesados todo acto administrativo de carácter particular que afecte sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos, personales y directos, debiendo contener la notificación el texto íntegro del acto, e indicar si fuere el caso, los recursos que proceden con expresión de los términos para ejercerlos y de los órganos o tribunales ante los cuales deban interponerlos”, so pena de que la notificación no produzca efecto alguno (Art. 74, *ejusdem*).

fondo que —en todo caso— determinarían la no procedencia de lo solicitado. La autoridad decisoria sigue el dictamen, y por razones procesales se limita a declarar inadmisibile el recurso. El administrado, que se considera lesionado por aquello que considera una actuación ilegítima, impugna el acto conclusivo del procedimiento. Es evidente que aquí también faltaría el necesario “interés directo” en el supuesto de que el interesado impugnase únicamente el acto definitivo de un determinado procedimiento administrativo, dejando de lado un dictamen previo —con carácter vinculante— dictado por otro órgano de la Administración Pública. Aquí nos hallaríamos frente a un supuesto sustancialmente parecido al anterior, ya que el juez con competencia en lo contencioso-administrativo se vería en la necesidad de declarar la falta o inexistencia del interés al recurso, en atención a que existe un acto administrativo previo —no impugnado— que ocasiona al recurrente un perjuicio equivalente a aquel que es consecuencia del acto definitivo. El dictamen previo con carácter vinculante es —sin lugar a dudas— un acto administrativo de trámite, un acto de tipo preparatorio, que —de conformidad con lo establecido por el artículo 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos— prejuzga como definitivo, y que debió haber sido impugnado.

De más estaría aquí señalar que los actos administrativos posteriores al acto impugnado, que se constituyan en consecuencia necesaria del acto recurrido (actos de ejecución), no requieren ser impugnados, pues la lesión que ellos ocasionan carece del requisito de autonomía antes señalado.<sup>27</sup> La aseveración que antecede se ve corroborada por la circunstancia de que la sentencia a través de la cual se declare la anulación del acto administrativo impugnado conlleva, como consecuencia lógica y necesaria, la desaparición de los actos administrativos posteriores que la Administración Pública hubiese

27. La posición sustentada pareciera verse corroborada, de manera virtual o implícita, por la sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en fecha 7 de enero de 1991 (caso Sociedad Financiera de Venezuela SAICA-SACA vs la Comisión Nacional de Valores), a través de la cual dicha Corte afirmó que la medida cautelar de suspensión de efectos podía ser solicitada contra el acto administrativo de efectos particulares impugnado judicialmente, así como contra los actos administrativos posteriores o supervinientes de ejecución, aun cuando estos últimos no hayan sido objeto de impugnación previa, si con dichos actos sobrevenidos la Administración Pública ha pretendido materializar los efectos del acto administrativo original impugnado. Como se observa, en el supuesto excepcional analizado por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, no es necesario, a los fines de que proceda la suspensión judicial de efectos, que el particular haya demandado previamente la nulidad de los actos de ejecución supervinientes.

expedido para dar ejecución al acto original, ya que aquéllos perderían su fundamento (*cessante causa, cessat effectus*).

#### IV. EL INTERES PERSONAL

Nos corresponde ahora analizar el carácter de “personal” que la ley exige en el interés procesal, en el interés al recurso, como se evidencia del texto de los artículos 22 y 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y el artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

El calificativo “personal” implica que entre el acto y el recurrente debe existir (debe mediar) —necesariamente— una relación. El requisito tiene su justificación en la circunstancia de que el recurso no puede ser propuesto sino por quien, sintiéndose perjudicado por el acto impugnado, tenga interés en obtener su anulación del juez con competencia en lo contencioso-administrativo.

El calificativo personal significa, pues, que el interés legítimo sólo puede ser hecho valer en juicio por su titular. Debe existir identidad entre la persona que acude ante el juez con competencia en lo contencioso-administrativo, a los fines de hacer valer el interés legítimo en la anulación del acto, y el sujeto que en definitiva es su verdadero titular. Por tanto, el “interés personal” al cual hace alusión la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia no es otra cosa que la cualidad a obrar y contradecir, que “expresa una relación de identidad lógica entre la persona del actor, concretamente considerada, y la persona abstracta a quien la ley concede la acción”.<sup>28</sup>

La Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo ha dejado establecido, en sentencia de fecha 13 de octubre de 1988,<sup>29</sup> que “la palabra personal debe interpretarse en el sentido de alegar el actor a título propio el interés, por lo cual la acción no puede ser ejercida en beneficio de otro”, para luego continuar afirmando que “lo que se plantea a través del recurso es un derecho o una expectativa de derecho que es posible individualizar, que no es anhelo vago o difuso, sino que incide sobre una esfera patrimonial o moral específica”. La misma Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, en fallo de

28. Loreto, Luis, *op. cit.*, p. 22.

29. *Revista de Derecho Público*, N° 36, p. 106. El principio conforme al cual en el contencioso-administrativo el actor debe hacer valer en el proceso un interés propio, también tiene aplicación en el Derecho Procesal Civil, como lo evidencia la disposición contenida en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil vigente, según el cual, “fuera de los casos previstos por la ley, no se puede hacer valer en juicio, en nombre propio, un derecho ajeno”.

fecha 7 de mayo de 1984,<sup>30</sup> había afirmado que existe interés personal "... cuando el beneficio que ha de reportar la anulación del acto sea en favor de la persona que actúa como demandante". En consecuencia, el interés para poder ser clasificado como personal debe tener el carácter de la individualidad.

Luego de haber precisado qué debe entenderse por personal, consideramos necesario detenernos un instante sobre el tema de los "intereses difusos", ya que nuestro ordenamiento jurídico, siguiendo la orientación de otros sistemas de Derecho comparado, ha venido reconociéndoles protección y —por lo tanto— ha venido quebrantando el principio de personalidad del interés al cual veníamos haciendo referencia.

Los intereses difusos son aquellos intereses cuya titularidad corresponde a una gran parte de la colectividad, sin que los mismos puedan ser imputados a sujetos determinados.<sup>31</sup> Se trata, por lo tanto, de un interés cuya titularidad corresponde a un conjunto de sujetos indeterminados. Son, pues, intereses sin un titular definido, ya que todos los miembros de una determinada colectividad, o al menos una gran parte de los mismos, son cotitulares de una cuota parte (titulares pro-cuota) de tal interés. Es el caso, precisamente, del interés por el ambiente.

Como señalábamos, nuestro legislador se ha percatado de los novedosos intereses sociales que han surgido en los Estados contemporáneos. Estos innumerables intereses, de carácter supraindividual, han reclamado tutela y la misma ha sido acordada a través de normas participativas,<sup>32</sup> como aquella contenida en el artículo 32 de la Ley Orgánica del Ambiente, conforme a la cual "todo ciudadano puede acudir por ante la Procuraduría del Ambiente o sus auxiliares para demandar el cumplimiento de las disposiciones relativas a la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente, a fin de que las actividades o hechos denunciados sean objeto de investigación".<sup>33</sup> El

30. *Revista de Derecho Público*, N° 19, p. 149.

31. Virga, Pietro, *op. cit.*, pp. 37 y ss.

32. Brewer-Carías, Allan Randolph: "El Derecho Administrativo y la participación de los administrados en las tareas administrativas", publicado en la *Revista de Derecho Público*, N° 22, correspondiente al período abril-junio de 1985, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 9 y ss.

33. La Ley Orgánica del Ambiente fue sancionada en fecha 7 de junio de 1976, y publicada posteriormente en la *Gaceta Oficial* N° 31.004, de fecha 16 de junio de 1976.

legislador venezolano, por la trascendencia del interés en juego, ha querido que todo individuo pueda exigir la tutela del derecho a un medio ambiente puro, menos contaminado, a pesar de que dicho interés es —por definición— un interés difuso. Es más, somos del parecer que la norma de la Constitución faculta al ciudadano para demandar la nulidad de todo acto administrativo que permita actividades degradatorias del ambiente y —por ende— de la calidad de vida, ya que la tutela efectiva y eficaz del interés protegido (interés del ambiente y derecho a la salud) así lo exige.<sup>34</sup>

También merece ser comentado el reconocimiento, por parte del ordenamiento jurídico venezolano, del interés colectivo en materia urbanística y, consecuentemente, el establecimiento de normas tendientes a obtener la tutela del mismo. En este orden de ideas, debemos destacar que tanto nuestra jurisprudencia como nuestra doctrina aceptan que las Asociaciones de Vecinos cuya finalidad no es otra que la defensa de los intereses colectivos, pueden demandar la anulación de los actos administrativos (dictados en materia urbanística), cuyos efectos repercuten en la comunidad cuyos intereses representan,<sup>35</sup> mas es necesario que la Asociación de Vecinos demuestre que el acto vulnera el interés de la comunidad. Sin embargo,

34. Consideramos conveniente citar aquí la disposición contenida en el artículo 5º, LXXIII, de la Constitución de la República Federal de Brasil, del año 1988, a través de la cual se permite a todo ciudadano demandar la nulidad de los actos del Poder Público degradatorios del ambiente. Como se observa, se trata de una verdadera *acción popular*, cuya existencia hubiese sido inconcebible décadas atrás. La disposición *in commento* establece que “todos son iguales frente a la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los términos siguientes: LXXIII: *Cualquier ciudadano es parte legítima para proponer acción popular tendiente a anular los actos lesivos del patrimonio público o de entidades en las cuales el Estado tenga participación de la moralidad administrativa, del medio ambiente y del patrimonio histórico y cultural. . .*” (consúltese la *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988, Editorial Edipro, pp. 9 y 11)

35. Vale la pena citar aquí la decisión adoptada por la Corte Primera en lo Contencioso-Administrativo en fecha 31 de mayo de 1989, bajo ponencia del magistrado Pedro Miguel Reyes (publicada en la *Revista de Derecho Público* N° 38, p. 118), en la cual se dejó establecido que las asociaciones de vecinos “como mecanismo de participación ciudadana en los asuntos locales, tienen legitimación para intervenir tanto en sede administrativa como en la judicial en todas las cuestiones en que puedan invocar un interés general o colectivo, o en las cuales la ley les atribuye especial competencia. . . (Omissis) en lo que respecta a la intervención de estas asociaciones en el control jurisdiccional de los actos administrativos municipales de efectos particulares, la normativa aplicable es la prevista en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la cual, respecto de la

en el caso de las Asociaciones de Vecinos la Ley ha dado protección al interés supraindividual de la colectividad a través de la creación de un sujeto de Derecho que, por el hecho de agrupar en su seno a todos los miembros de una determinada urbanización o sector de una ciudad, ha llevado a algunos a sostener que el interés de la colectividad por el respeto de las normas urbanísticas y el desarrollo ordenado de la ciudad deja de ser colectivo, y pasa a convertirse en un interés personal de la Asociación de Vecinos del sector.<sup>36</sup>

#### V. LA LEGITIMACION DEL FISCAL GENERAL DE LA REPUBLICA

De conformidad con el artículo 121 (único aparte) de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, "el Fiscal General de la República y demás funcionarios a quienes la ley atribuya tal facultad,

impugnación de este tipo de actos, sólo reconoce legitimación activa, a quien sea titular de un interés personal, legítimo y directo, el cual debe ser probado ante el órgano judicial (Arts. 121 y 137). Lo anterior significa que la asociación de vecinos que impugna un acto administrativo municipal de efectos particulares, debe probar, para acreditar su legitimación, o bien que dicho acto lesiona el interés colectivo de la comunidad, o bien que lesiona un interés personal, legítimo y directo de la asociación individualmente considerada, o bien que actúa en representación de los vecinos, plenamente identificados, que han sufrido la lesión personal y directa producida por el acto impugnado". Es también interesante el voto salvado suscrito por la magistrado Hildegard Rondón de Sansó, en el cual la juez disidente afirmó que las asociaciones de vecinos no se encuentran obligadas a demostrar su interés en los asuntos de la colectividad, ya que "en la esencia misma de las asociaciones de vecinos, esto es, la razón de su constitución y existencia, está la tutela de los intereses de los habitantes del ámbito territorial en el cual se constituyen".

En lo relativo a las asociaciones de vecinos y su cualidad procesal en materia de recursos contencioso-administrativos de anulación, consúltese también el artículo del profesor Allan Randolph Brewer-Carías intitulado "Introducción general al régimen legal de la ordenación urbanística", publicado en el libro *Ley Orgánica de Ordenación Urbanística*, Colección Textos Legislativos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988, p. 84.

En nuestro derecho positivo la legitimación de las asociaciones de vecinos para interponer recursos contencioso-administrativos de anulación deriva de la disposición contenida en el artículo 6º, literal ñ, del Reglamento Parcial N° 1 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, conforme a la cual dichas asociaciones pueden "ejercitar en nombre de sus miembros o asociados, los recursos judiciales, administrativos y de cualquier otra índole que fuera menester para el cabal cumplimiento de la normativa general o especial concerniente a los aspectos urbanísticos y materias afines".

36. Italiani Firrito, Fulvio Leonardo: *La legitimación para recurrir en el recurso contencioso-administrativo contra los actos de efectos particulares*, Caracas, 1988.

podrán también solicitar la nulidad del acto, cuando éste afecte un interés general”. En esta disposición el legislador venezolano estableció una excepción al principio general según el cual el recurrente en un proceso contencioso-administrativo de anulación debe ostentar un interés legítimo, personal y directo.<sup>37</sup> La excepción *in commento* encuentra su justificación en el artículo 218 de la Constitución, a tenor del cual “el Ministerio Público velará por la exacta observancia de la Constitución y de las leyes, y estará a cargo y bajo la dirección y responsabilidad del Fiscal General de la República, con el auxilio de los funcionarios que determine la ley orgánica”. Trátase, pues, de una hipótesis de legitimación excepcional, de allí su consagración en forma expresa.

Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico existen otros supuestos de legitimación excepcional en materia de recursos contencioso-administrativos de anulación contra actos administrativos de efectos particulares. *Exempli gratia*, a tenor del artículo 23 de la Ley Orgánica de Identificación, el Fiscal General de Cedulación, funcionario administrativo al cual la ley atribuyó funciones de control y de fiscalización por cuenta del Consejo Supremo Electoral, organismo éste al cual representa, se encuentra facultado para solicitar, por ante la Administración Pública, la anulación de las cédulas de identidad (“actos administrativos de efectos particulares”), obtenidas mediante fraude o violación de ley. Por lo tanto, conforme al principio de equiparación, en materia de legitimación, entre los procedimientos o “recursos internos” (es decir, aquellos intentados en vía administrativa) y el recurso (proceso) contencioso-administrativo de anulación, comentado por nuestra Corte Suprema de Justicia en la sentencia Iván Pulido Mora *vs* la Contraloría General de la República, es indudable que el Fiscal General de Cedulación se halla legitimado para intentar recursos contencioso-administrativos de anulación, cuyo objeto sean cédulas de identidad.

Una atenta lectura del artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia permite observar que nuestro legislador confiere al Fiscal General de la República la legitimación excepcional en materia contencioso-administrativa sólo cuando el acto administrativo de efectos particulares afecte un interés general, circunstancia esta que deberá ser demostrada por el Ministerio Público en el juicio. Entendemos que el interés general al cual alude el artículo 121 *in commento* difiere del interés en la legalidad en abstracto, del interés en la legalidad objetiva, que no requieren demostración alguna y, por lo tanto, el Fiscal General de la República debe especificar cuál es el

37. Virga, Pietro, *op. cit.*, pp. 211 y ss.

interés general vulnerado por el acto administrativo de efectos particulares impugnado y, adicionalmente, debe demostrar la lesión al mismo.

## VI. CONCLUSIONES

1. *El artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia establece las condiciones de la acción contencioso-administrativa de anulación contra un acto administrativo de efectos particulares*

Luego de haber reflexionado acerca del real significado y alcance de las disposiciones contenidas en los artículos 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y —por vía refleja— 22 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, consideramos necesario volver atrás y retomar una aseveración efectuada al inicio del Capítulo III de este trabajo. Habíamos afirmado *supra* que en el artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia se disciplinaban dos intereses radicalmente distintos: en primer lugar, un interés de naturaleza sustancial, al cual alude el calificativo legítimo; y, en segundo lugar, un interés de naturaleza procesal, al cual hacen referencia los calificativos personal y directo. Sin embargo, no habíamos llegado a explicar la razón que justificaba la regulación de intereses tan heterogéneos en una única norma. A decir verdad, la razón es simple: la regulación de los tres tipos de interés en una única disposición obedece a la circunstancia de que éstos constituyen las condiciones de la acción contencioso-administrativa de anulación contra actos administrativos de efectos particulares. En otras palabras, los intereses indicados en el artículo 121 *in commento*, y así lo ha señalado la doctrina,<sup>38</sup> son los elementos cuya concurrencia determina la existencia misma de la acción contencioso-administrativa de anulación. Las condiciones generales de la acción administrativa son las siguientes:

a) En primer término, la existencia de una posición jurídico-sustancial o jurídico-subjetiva que, según el artículo 121 de la ley Orgánica que regula nuestro máximo Tribunal, no es otra cosa que el interés legítimo. Sin embargo, como bien señaló nuestra Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 3 de octubre de 1985 (caso

38. Este criterio coincide con la interpretación que nuestros tribunales con competencia en lo contencioso-administrativo han hecho de la norma legal *in commento*. Cabe citar aquí la sentencia dictada por nuestra Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, en fecha 10 de noviembre de 1986, bajo ponencia del magistrado Luis Henrique Farías Mata, publicada en la *Revista de Derecho Público* N° 28, pp. 120 y 121.

Iván Pulido *vs* la Contraloría General de la República), por nosotros comentada en el Capítulo II de este trabajo, la existencia de un derecho subjetivo permite también intentar la acción contencioso-administrativa de anulación contra actos administrativos de efectos particulares;

b) En segundo lugar, con la expresión interés personal nuestro legislador hace alusión a la *legitimatío ad causam*, es decir, a la identidad entre la persona del recurrente y la persona titular de la posición jurídico-subjetiva que se hace valer en el proceso, bien sea ésta un interés legítimo o un derecho subjetivo; y,

c) Finalmente, con el calificativo directo se alude al interés procesal *strictu-sensu*, también denominado interés al recurso o interés en la interposición del recurso.

Parece oportuno insistir que los intereses legítimo, personal y directo son condiciones de la acción contencioso-administrativa de anulación y no presupuestos procesales, y que como tales deben existir no sólo al momento de interposición del recurso, sino que las mismas deben subsistir durante todo el *iter* del proceso, hasta el momento de la sentencia.

## 2. *La legitimación del Fiscal General de la República es una legitimación excepcional*

Consecuentemente, la norma contenida en el aparte único del artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia es de interpretación estricta, y el Fiscal General de la República debe demostrar que el acto administrativo de efectos particulares por él impugnado afecta un interés general, distinto del interés en la legalidad objetiva.

**EL EXISTENCIALISMO DE KIERKEGAARD  
CON ESPECIAL REFERENCIA AL METODO  
FENOMENOLOGICO Y SU PROYECCION  
EN EL CAMPO DEL DERECHO**

**RAFAEL ORTIZ ORTIZ**

Revista de la Facultad de Derecho, N° 43  
Universidad Católica Andrés Bello  
Caracas, Venezuela, 1991



## CONTENIDO:

### I. Presentación.

1. Introducción general.
  - 1.1. Notas sobre Hegel.
    - a) La Dialéctica Hegeliana.
    - b) La Lógica de Hegel.
  - 1.2. El Existencialismo como reacción contra el Idealismo.

#### CAPITULO PRIMERO: EL EXISTENCIALISMO

1. Soren Kierkegaard: el Padre del Existencialismo.
  - 1.1. Esbozo biográfico.
    - a) El Hijo de la Vejez.
    - b) La formación religiosa.
    - c) El Gran Terremoto.
  2. El Existencialismo de Kierkegaard.
    - 2.1. Las fuentes de su Existencialismo.
    - 2.2. Rasgos fundamentales de la posición kierkegaardiana sobre la existencia.
      - a) Lucha contra el Idealismo de Hegel.
      - b) Exaltación de lo Individual.
      - c) Los tres estadios de la existencia.
  3. Algunas notas sobre el Existencialismo de Martín Heidegger.

#### CAPITULO SEGUNDO:

#### LA FENOMENOLOGIA: UNA CUESTION DE METODO

1. De la intencionalidad a la "Conciencia Pura".
2. De lo dado individualmente a la Esencia Universal.

- a) La Epojé Fenomenológica.
- b) La Reducción Eidética.
- 3. La Fenomenología en el campo del Derecho.
  - a) Reinach y el "eidos" Jurídico.
  - b) Otras orientaciones.

CAPITULO TERCERO:  
FENOMENOLOGIA Y EXISTENCIALISMO

- 1. ¿Hacia un Existencialismo Jurídico? Conclusión.

## I. Presentación

Nuestras primeras reflexiones serias sobre el existencialismo se iniciaron cuando cursaba la materia de "Historia de la Filosofía I" dictada en la carrera de Filosofía en la entrañable Universidad Central de Venezuela. En ese entonces la diversidad de formulaciones teóricas que multiplicaban las tendencias y las no menos contradictorias posiciones de los diversos estudiosos de la Filosofía, me aturdí y aún hoy me desconciertan.

El presente trabajo se inició en 1988 bajo la supervisión del doctor Lorenzo Fernández Gómez, mi antiguo y perenne profesor; y constituye por demás una conclusión de lo que en aquel entonces quisimos hacer, aún cuando los conceptos emitidos en este artículo no sean necesariamente las opiniones del profesor Fernández.

Si he de ser sincero, no se encontrarán aquí posiciones novedosas, ni fórmulas que resuelven los múltiples problemas que hoy por hoy trata de responder la Filosofía. Cuando nos hemos atrevido a dar alguna opinión ha sido con el temor a estar equivocados o a no "fundamentar" la misma. Básicamente hemos querido poner en manos de los estudiantes una síntesis, creemos clara, sobre esta forma de pensamiento —el existencialismo— por consiguiente, los especialistas y los filósofos no encontrarán en el desarrollo del presente trabajo más que un intento de clarificar lo que otros han dicho. Ojalá se nos perdone tal pretensión.

## II

En el presente estudio, analizamos en la parte introductoria, una aproximación a cuáles fueron las coordenadas del pensamiento filosófico que precedieron al surgimiento de un modo de pensar en cuyo centro se encontraba el hombre en su realidad existencial; y particularmente, dentro de tales coordenadas, lo que halló y lo que dejó Emmanuel Kant. Dentro del mismo capítulo estudiamos un poco el pensamiento hegeliano por considerar que va a ser Hegel el paradigma contra el cual se va a enfrentar las nuevas corrientes existen-

cialistas; y particularmente, se estudia de Hegel su famoso Método Dialéctico y su Lógica, sin adentrarnos en él, por no constituir objeto de nuestro trabajo.

En el primer capítulo estudiamos lo concerniente a las líneas definitorias del existencialismo y su antecesor inmediato: Soren Aaby Kierkegaard, porque es el "Poeta de la Angustia" quien por primera vez va a resaltar los caracteres más importantes de lo que hoy conocemos como existencialismo; su vida en particular va a ser de vital importancia ya que como lo señala Nicola Abbagnano, su pensamiento es reflejo de su vida y su obra, y por esta característica nos adentraremos en la intimidad de la vida y de la obra kierkegaardiana.

En una segunda parte de este capítulo esbozamos muy someramente las ideas de Martín Heidegger y en particular su visión y revisión del ser, tratando de descifrar lo ontológico de lo meramente individual.

A Heidegger se debe la adopción de la Fenomenología de Husserl como método y como directriz. En el tercer capítulo de esta monografía tratamos de presentar los principales aportes de este movimiento que a decir de Ortega y Gasset "quebró el mundo y éste comenzó a rezumar sentido por todos sus poros". De la fenomenología nos interesa destacar la noción de "Epojé Fenomenológica" y su residuo consecuencial, la Reducción Eidética; lo que la fenomenología significó para el existencialismo es algo de lo cual no podemos dejar de percatarnos, sobre todo porque constituye una forma nueva de acceder al conocimiento y específicamente la vía de llegar al Ser, ya no a través del método racional-discursivo sino de una forma más directa y sin necesidad de conductos conceptuales.

En la cuarta parte, tratamos de introducirnos en las corrientes que en el ámbito del Derecho, se han visto influidas de una u otra manera por ese modo de conocer tan particular que propuso Edmundo Husserl.

Finalizamos nuestro trabajo con nuestras opiniones respecto a cómo hallar una comunión entre el individualismo existencial y el sentido del bien común que animan los preceptos jurídicos, para concluir con una valoración final y ciertas conclusiones últimas.

Si con el presente trabajo logramos animar a que más estudiantes y más abogados se interesen por la Filosofía del Derecho, nos sentiremos complacidos en grado sumo.

## 1. INTRODUCCION GENERAL

A la llegada de Emmanuel Kant (1724-1804) conocido como el "Provinciano Universal" o mejor aún, como el pequeño gran filósofo de Königsberg, el campo del pensamiento filosófico se encontraba dominado por dos fuertes corrientes: en primer lugar, el racionalismo que le da preponderancia decisiva a la razón con detrimento de la experiencia, desechando el conocimiento inductivo, para poner de relieve exclusivamente el método deductivo. Son genuinos representantes de esta actitud el gran Renato Descartes (1596-1650), Baruch Spinoza (1632-1677) y Godofredo Guillermo Leibniz (1646-1716). La idea persistente en todos ellos es que en lugar de adecuar el pensamiento a la realidad y al orden existentes son éstos quienes deben someterse a las exigencias del pensamiento racional libre.

El profesor Lino Rodríguez-Arias Bustamente citado por Lorenzo Fernández nos dice que el racionalismo es una actitud filosófica que, tanto en el terreno de la psicología como en el de la ontología y en el más específico de la gnoseología, exagera el papel de la razón en perjuicio de la experiencia.<sup>1</sup>

Esta actitud generó la llamada Escuela Racionalista de Derecho Natural bajo la égida del holandés Hugo Groccio (1583-1645), y unos siglos más tarde, el fuerte movimiento del idealismo alemán y su máximo representante G. Hegel.

En definitiva el racionalismo cobija todas aquellas doctrinas filosóficas que abusan de la razón como fuente originaria de conocimiento, exagerando sus funciones en perjuicio de la experiencia.

Por otra parte, la otra actitud que dominaba el pensamiento filosófico a la llegada de Kant, es el empirismo o filosofía de la experiencia que podría definirse como aquella corriente filosófica que considera la experiencia como única fuente del conocimiento y que se propone de un modo especial explicar los conceptos y juicios universales mediante la pura experiencia.

Como lo dice el padre Olaso, breve y bien, el conocimiento empírico se funda sobre la observación externa (*a posteriori*) y nos indica que las cosas suceden de cierto modo, pero no implica que no pueden suceder de otra manera.

El empirismo rechaza toda forma de innatismo, tanto de ideas como de principios racionales, con manifiesta desconfianza, y en algunos casos, absoluta repulsa a los procedimientos discursivos-

deductivos. Los máximos representantes de esta actitud son John Locke (1632-1704), David Hume (1711-1776) y George Berkeley (1685-1753).<sup>2</sup>

Así pues, Kant encuentra la filosofía encerrada entre los rígidos moldes del conocimiento empírico y el conocimiento racional-deductivo. Su misión fue la de crear una revolución parecida a la de Copérnico en cuanto a dar un viraje absoluto al discurso filosófico y trasladar el eje central del conocimiento del objeto al sujeto; y proponer una forma de conocimiento que es a la vez experimental y racional; esto es, que goza de un innatismo ideal y categórico *a priori* pero que puede ser comprobable a través de la percepción sensible.

A la muerte de Kant en 1804, su pensamiento se bifurca en dos corrientes principales que llegan a dominar en el siglo pasado: *el idealismo y el positivismo*. Ambos sistemas se nutren de la crítica de la razón pura de Kant. Contra ambas tesis fundamentales del positivismo y del idealismo, contenidas en germen en el -criticismo kantiano- el primero con un objetivismo racional y el segundo con la disolución de la realidad individual, sobre todo del propio sujeto, de la propia existencia individual, se levanta el existencialismo contemporáneo.<sup>3</sup>

#### 1.1. NOTAS SOBRE HEGEL

Como estudiaremos más adelante, en el capítulo destinado a los rasgos fundamentales de la posición kierkegaardiana sobre la existencia, el pensamiento filosófico-existencial se revela como una lucha contra el idealismo de José Guillermo Federico Hegel (1770-1831), y así lo hacen notar los estudiosos del existencialismo, aún cuando en sus trabajos no se preocupan por desentrañar el pensamiento del más grande de los filósofos alemanes de la época contemporánea.

Hegel nació en Stuttgart en 1770. Su padre era un oficial subalterno del Ministerio de Hacienda del Estado de Wurtemberg, estudió junto con Schelling y Holderling en el Instituto Teológico de Tubinga y fue luego profesor particular en Berna y Francfort del Main.

El joven Hegel, lo mismo que Schelling, acogió con simpatía la etapa girondina de la revolución francesa, pero no así a los jacobinos, a los "partidarios de Robespierre".

En 1799 muere su padre, y su situación económica le permite independizarse y solicita de Schelling, quien se encuentra en el pináculo de la fama, un puesto en Jena. Allí se habilita con una tesis titulada *De Orbitis Planetarum* en 1801. No conforme con la enseñanza privada de la Universidad, Hegel se orienta hacia la creación de su sistema idealista objetivo. Las tesis principales de éste y su método en este tiempo se exponen en su primer libro: *Phanomenologie des Geistes* (Fenomenología del Espíritu) que aparece en 1807.

En 1808 es nombrado rector del Gimnasio de Nuremberg donde permanecerá ocho años. En 1811 contrae matrimonio con María Von Tucher, y al año siguiente aparece la primera parte de su obra capital *Wissenschaft der Logik* (ciencia de la Lógica). En 1818, invitado por el gobierno de Prusia pasa a ocupar la Cátedra de Filosofía en la Universidad de Berlín; durante este período, llamado "el período de Berlín" (1818-1831) publica *Filosofía del Derecho* (1821), y después de su muerte aparecieron *Lecciones sobre Historia de la Filosofía* (1833-1836) *Filosofía de la Historia* (1837), *Lecciones de Estética o Filosofía del Arte* (1836-1838).

Al iniciarse el período de Berlín la obra de Hegel, sin pasar inadvertida no había tenido un eco notable, pero desde ese entonces su pensamiento fue calando hasta convertirse en la máxima representación del pensamiento filosófico alemán. La filosofía de Hegel es la culminación del idealismo alemán de fines del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, y con ella alcanza su cima más alta.

La exposición de la filosofía hegeliana ha de comenzar por su teoría del devenir en el conocimiento. Incluso históricamente la *Phanomenologie des Geistes*, en la que se trataba este tema exclusivamente, venía a representar, según su proyecto, la introducción a su sistema. En esta obra se llevaba a cabo la demostración del proceso interno de toda la vida cognoscitiva. De esta manera se venía a poner en relieve lo que podríamos llamar el mecanismo del mundo sapiencial.

Para Hegel toda función cognoscitiva es siempre un tránsito a otra subsiguiente. Las escalas del proceso que así se organiza conducen a las esferas más altas del saber, las cuales se encuentran posibilitadas y justificadas por las anteriores. Como quiera que Hegel encontró el análisis de este proceso cognoscitivo que, en el idealismo era una fase del desarrollo de éste, llegó a justificarlo de un modo peculiar como no lo había logrado Fichte, en sus intentos múltiples.<sup>4</sup>

a) *La dialéctica hegeliana*

Una primera aproximación –a la noción de dialéctica– nos habla de un derivado griego que etimológicamente designa el arte de conversar. Empleado ya en tiempos anteriores a Sócrates, éste lo practicó de un modo que se hizo clásico. La dialéctica pretendía introducir a los hombres en la verdadera esencia de las cosas, mediante graduales dilucidaciones de los conceptos. Sobre esta base se desarrollan más tarde los Diálogos de Platón, que, en la exposición y contraargumentación de los interlocutores extraen de lo dado las esencias y facilitan así el ascenso a su realización fundamental y originaria: las Ideas.

Para Hegel lo real es esencialmente devenir, que en la marcha ternaria de tesis-antítesis-síntesis, va avanzando paso a paso; por eso nuestro pensamiento debe seguir el mismo curso. Henri Lefebvre se pregunta: ¿en qué consiste pues, el método, el famoso método dialéctico hegeliano? En primer lugar, en esto: el saber según Hegel, es decir, el concepto progresa y produce de forma inmanente sus determinaciones. En segundo lugar en esto: el análisis, mejor llamado entendimiento, descubre determinaciones en las cosas analizadas, pero las discierne y por tanto las plantea por separado.

La razón dialéctica disuelve estas determinaciones del entendimiento al captar su unidad, de suerte que este modo produce positivamente lo universal. Por encima de los sentidos y del entendimiento se yergue el nivel más elevado: razón inteligente y entendimiento racional.

Y en un tercer lugar, dice Lefebvre, la dialéctica consiste en que la posición de lo verdadero y de lo falso no es fijo, el sentido común, el entendimiento aprueba o rechaza en bloque tal afirmación, tal sistema.<sup>5</sup> En el método dialéctico de Hegel que constituye el lado progresivo de su concepción del mundo, se atisba la existencia de los contrarios como fuerza motriz del desarrollo. Esta idea se hallaba oculta bajo una espesa capa mística de razonamientos acerca del automovimiento del concepto. El espíritu universal según Hegel, se encuentra en proceso de desarrollo, que no es sino la inmediatez recíproca de los conceptos, su transmisión mutua, su movimiento, su “Negación de la negación”. El método de Hegel consiste en una dialéctica idealista del concepto que encierra la idea del desarrollo universal.<sup>6</sup>

b) *La lógica de Hegel*

Desde los escritos no publicados del joven Hegel, se afirmaba cada vez más que la Lógica tenía que convertirse en Metafísica. Su

Lógica es un análisis, no de los métodos de razonamiento sino de los conceptos usados en el razonamiento. Estos conceptos son para él las categorías designadas por Kant como Ser, Cualidad, Cantidad, Relación, etc. El primer trabajo de la Filosofía consiste en disecar estas nociones básicas que se enmarañan de tal modo en todos nuestros pensamientos, y la más penetrante de todas estas nociones es la de Relación; toda idea es un grupo de relaciones, no podemos pensar nada sin relacionarlo con otra cosa y percibir sus semejanzas y diferencias. Una idea sin relación de ninguna clase resulta vacía de sentido; esto es todo lo que él quiere decir cuando afirma que "el Ser Puro y el No ser son idénticos".<sup>7</sup>

Hegel propone vincular la Idea con el Concepto sin determinaciones previas, esto es el concepto más extenso: el Ser. Ahora bien, la Relación con el Ser no es ni monte o árbol, sino que puede ser "la nada". Como la Nada en el pensamiento es inmediatamente pensado como Ser, debe haber una síntesis superior al Ser y a la Nada: "El hacerse". Si del capullo se hace la flor es que el capullo no es aún flor, pues en otro caso no necesitaría hacerse; y, sin embargo, es ya una flor, pues de lo contrario no podría de él hacerse ninguna.

Luego, el hacerse encierra en sí el Ser y el No Ser. Con las enseñanzas de Hegel, el Idealismo Alemán alcanza su más alta expresión. Se presenta como Idealismo en cuanto que para él, Ser e Idea coinciden, con lo cual renueva a su manera el platonismo. Pese a las profundas diferencias entre Fichte, Schelling y Hegel todos convienen principalmente en dos rasgos fundamentales: la primacía de la razón o del espíritu y el movimiento dialéctico. La razón es la idea de las ideas y el fundamento primitivo (Urgrund) absoluto, que se pone a sí misma y pone en sí misma todo lo demás como momentos evolutivos sujetos esencialmente al devenir. El movimiento dialéctico que traduce el curso recorrido por el devenir en tres momentos fundamentales: la tesis, principio no desplegado pero obviamente relacionado; la antítesis entrañada en él, que la pone en movimiento; y por último la síntesis que reduce ambos contrarios a su más profunda unidad.

## 1.2. EL EXISTENCIALISMO COMO REACCION CONTRA EL IDEALISMO

Como hemos dicho en anteriores oportunidades, el existencialismo surge en contra de la Filosofía de las Ideas en un intento por situar el pensamiento filosófico en la existencia del hombre mismo. Como anota el profesor Fernández Gómez, la filosofía de Hegel había invadido los ambientes intelectuales. Kierkegaard tomó posición clara desde el principio contra "la filosofía", "el sistema" o "la

especulación”, nombres que identifican el pensamiento de Hegel; y sobre el existencialismo, el propio doctor Fernández nos comenta: “tanto la Filosofía del Realismo, como la del Idealismo, ambas dominadas en el fondo por la idea Parmenídica del Ser, reducen la existencia al esquema quieto, definitivo de sujeto u objeto.”<sup>8</sup>

El propio Mounier establece que el existencialismo es una reacción de la Filosofía del hombre contra los excesos de la Filosofía de las Ideas y de la Filosofía de las cosas.<sup>9</sup> A la opinión de Mounier podríamos agregar la del doctor Johann Fischl en su Manual de Historia de la Filosofía: “La filosofía existencial nació como protesta inflamada contra Hegel y toda la Filosofía idealista conceptual. Se constituyeron grandiosos Palacios para las Ideas y se dejó a los hombres reales que siguieran viviendo en sus míseros tugurios. Ya es hora de bajar de estos castillos de naipes del pensar abstracto a la tierra real y reflexionar sobre lo único que importa: la existencia”.<sup>10</sup>

Sobre este punto volveremos más adelante.

#### ORIGEN DE LAS CITAS

1. RODRÍGUEZ-ARIAS, LINO: *Ciencia y Filosofía del Derecho*. Editorial, EJEA. Buenos Aires, p. 94, 1961; citado por Lorenzo Fernández Gómez en “Temas de Filosofía del Derecho”, Manuales de Derecho-UCAB, 1988. p. 201.
2. FERNÁNDEZ GÓMEZ, LORENZO: *Temas de Filosofía del Derecho*. Manuales de Derecho-UCAB, 1988. p. 253 y siguientes.
3. DERISI, OCTAVIO N.: *Tratado de existencialismo y Tomismo*. Primera Edición, 1956. p. 17.
4. Formadores del Mundo Contemporáneo. Editorial Planeta, 1962. Tomo Primero, p. 261.
5. LEFEBVRE, HENRI: *Hegel, Marx, Nietzsche (O el Reino de las Sombras)*. Siglo Veintiuno Editores, 1976. pp. 80 y ss.
6. DYNNIK, M. A.: *Historia de la Filosofía*. Ediciones de la Academia de Ciencias Sociales de la URSS. Tomo II, Editorial Grijalbo, pp. 78 y ss.

7. DURANT, WILL: *Historia de la Filosofía*. Joaquín Gil, Editor. Buenos Aires, 1947. p. 343.
8. FERNÁNDEZ G., LORENZO: *Opus Cit.* p. 489.
9. MOUNIER, ENMANUEL: *Introducción a los existencialismos*. Citado por Lorenzo Fernández G. en *Op. Cit.* p. 489.
10. FISCHL, JOHANN: *Manual de Historia de la Filosofía*. Cuarta Edición, 1977. Editorial Herder, Barcelona, España. p. 492.



## CAPITULO PRIMERO: EL EXISTENCIALISMO

“El hombre de carne y hueso, el que nace, sufre y muere –sobre todo el que muere– el que come y bebe, y juega y duerme, y piensa y quiere, el hombre que se ve y a quien se oye. . . , este hombre concreto, de carne y hueso, es el sujeto y el supremo objeto de toda Filosofía, quiéranlo o no ciertos sedicentes filósofos”.

MIGUEL DE UNAMUNO

Una primera aproximación a la palabra existencialismo arranca del sustantivo EXISTENCIA, que denota uno de los dos modos fundamentales que junto con el otro, la esencia, caracteriza a todo ente. Mientras la esencia dice “lo que” la cosa es, la existencia expresa “que” la cosa es. La existencia de una cosa no consiste en que ésta sea sólo pensada o imaginada, sino que, con independencia de dichos actos esté simplemente en sí y de por sí ahí, en la realidad. Por otra parte, se nos presenta como una teoría que afirma la primacía de la existencia sobre la esencia.

Los escolásticos formularon la noción de esencia de la siguiente manera: “Id per quod res id, quod est a coeteris rebus discriminatur” (aquello por lo que una cosa es lo que es y se distingue de los demás).

La esencia de un ser refleja lo que hay en él de inteligible, de universal, de intemporal y es compartida en común por los demás de la misma especie. La existencia en cambio, es una realidad primaria, que no se deja aprisionar en conceptos; más bien se muestra realizada o incorporada en las cosas existentes: mi vida, aquella montaña, esta casa, etc.<sup>1</sup>

Tenemos pues, una primera aproximación a la noción de existencialismo que se revela como superposición o supremacía de la existencia sobre la esencia y por otra parte como movimiento de reacción contra la Filosofía de las Ideas.

El existencialismo se puede considerar, tal como lo dice el profesor Severini, como la dirección del pensamiento que tiene como objeto el individuo en particular, que no se repite, en el cual tiende a supervalorar el elemento vital, vivido, íntimo a fin de alcanzar la verdad por un camino concreto y experimental y aprehender así la existencia, o sea aquel particularísimo modo de ser y de obrar que pertenece exclusivamente al hombre. El existencialismo se presenta, pues, como afirmación de la vida con respecto al pensamiento y como lucha contra las esencias.<sup>2</sup>

El problema fundamental, tan común en Filosofía, se centra en el hecho de que el existencialismo no es un sistema filosófico, ni una corriente definida, sino una postura o una actitud del pensamiento con respecto al hombre y su posición en el cosmos. Para Hans Pfeil el existencialismo "no es un sistema nítidamente deslindado y compacto, que hubiera sido creado por un solo pensador, sino que constituye una serie de actitudes filosóficas y maneras de pensar, que son características de distintos pensadores que difieren entre sí, que todavía se hallan en evolución creadora y que además pertenecen a distintos países."<sup>3</sup>

Para Nicola Abbagnano, el primer motivo de fuerza del existencialismo es que el hombre vive, hoy más que nunca, la unidad solidaria de su destino individual con el destino de la comunidad a la que pertenece. No puede tener éxito o fracaso por su cuenta. Kierkegaard, sin embargo, en un sentido exacerbado de lo individual, plantea que la masa es quien aniquila lo que tiene cada quien de único; de allí que el segundo motivo de fuerza del existencialismo, siguiendo el pensamiento de Abbagnano sea precisamente que incluye y hace valer en la concreción de la existencia individual todas las exigencias de la vida propiamente humana. Nada de lo que es humano le es extraño.<sup>4</sup>

Las nociones de lo colectivo y lo individual van a ser el eje de dos actitudes metódicas en confrontación sobre la existencia al decir de nuestro profesor Fernández Gómez: *El Marxismo y el Existencialismo*. El primero absorbió al hombre como individuo y lo perdió en la dimensión social, al hacer de él una parte insignificante de un mundo materialmente determinado; y el segundo puso en primer plano al individuo aislado, tratando de que fuera *alguien* por sí mismo, en lugar de conformarse con ser *algo* en medio de ese enorme abstracto que es la masa, la multitud, el pueblo.

Por exaltar al individuo, el existencialismo subestimó la sociedad; y por considerar solamente a la sociedad, el Marxismo perdió al individuo.

Creemos que en algún punto de ambas posturas debe hallarse la verdad, porque el hombre es sociedad y es individuo. El individuo sin la sociedad no puede existir, pero al mismo tiempo la sociedad es una sumatoria de miles de "individuos" y además, por definición, donde hay hombre hay sociedad (Ubi homo ibi societas).

#### 1. SOREN KIERKEGAARD: EL PADRE DEL EXISTENCIALISMO

Después de la muerte de Hegel y con el hundimiento del sistema hegeliano, se inicia una evolución que desemboca en la Filosofía Existencial. Es Kierkegaard el iniciador de este viraje. Se vuelve contra Hegel, y tiende a lo religioso. Así sobresalió el concepto de existencia, que vino a ser el concepto central de un nuevo modo de teorizar. Porque no habrá de ser ya percibida constructivamente por vía de abstracción, toda penetración lógica de la existencia carece de sentido.

Kierkegaard lanza la triste sentencia: "El hombre ha perdido su existencia". Nadie duda hoy de la grandeza del pensamiento del gran filósofo danés, que puede estimarse en su verdadero alcance juzgando su influencia en los movimientos espirituales más salientes de nuestro siglo.

La existencia misma de Kierkegaard-hombre tiene importancia considerable para la inteligencia de su obra, de allí que en el siguiente capítulo nos dedicaremos al estudio de la vida y obra de quienes los siglos han llamado "el poeta de la soledad" o "el Sócrates del Norte".

##### 1.1. ESBOZO BIOGRAFICO

La vida de Kierkegaard tiene importancia como ya lo hemos anotado para la mejor comprensión de su pensamiento. La obra, en efecto, es como el reflejo de los acontecimientos que dejaron marca en su breve existencia, a punto tal que pudo él mismo decir que sus escritos no eran sino la expresión sucesiva de su educación.

Si Marx representa la Revolución Socialista frente al mundo tranquilo y burgués, avalado por la filosofía hegeliana; Kierkegaard representa, frente a ese mismo mundo, una revolución de lo cristiano y lo individual. "Ambos pensadores arrancan de Hegel; ambos se sienten insatisfechos con la mediación y reconciliación hegeliana de los contrarios: de lo burgués y lo humano, de lo espiritual y lo material, de lo temporal, de lo eterno".<sup>3</sup>

Pues bien, esa representatividad de su revolución es al mismo tiempo engendro y producto de su vida compleja y aguda. Esta coincidencia de obra (Revolución) y vida se convierte en una ley, del principio del método existencialista.<sup>6</sup>

Trataremos de estudiar en esta parte los rasgos biográficos más importantes: su padre, su formación religiosa, su evolución psicológica, etc.

a) EL HIJO DE LA VEJEZ

Soren Aabye Kierkegaard nació en Copenhague el 5 de mayo de 1813; su padre, Mikael Pederson Kierkegaard, había nacido en 1756 y quien había contraído matrimonio en 1794, y enviudado sin sucesión en 1796. Casado un año después, en segundas nupcias con su criada Ana Sorensdatter Lund, joven de 28 años y tuvo de ésta siete hijos. Soren vino al mundo siendo el último de ellos y, según expresión suya era "hijo de la vejez", pues sus padres ya estaban avanzados de edad.

Kierkegaard acostumbraba jactarse de descender de una línea de pura sangre danesa; y lo hacía con sencillez y sinceridad. En cuanto a su madre Kierkegaard hablaba muy poco, pero nunca dejó de maravillarse del misterio de carácter de su padre. El profesor Regis Jolivet, especialista en la vida y obra de Kierkegaard, señala: "Kierkegaard no hace nunca mención de su madre, a pesar de haberla querido mucho y de haber sufrido un dolor profundo por su muerte, ocurrida en 1834. Al parecer ésta ejerció poca influencia sobre él. Su padre en cambio, impresionó su vida moral y espiritual por una acción enérgica."<sup>7</sup>

Kierkegaard atribuía su contextura a la edad avanzada de sus padres; además nació jorobado y con una pierna más larga que la otra. De su padre heredó la melancolía en que continuamente había estado sumergido y que pesó sobre toda su existencia hasta tal punto de sugerirle a veces ideas de suicidio. Nos dice Jolivet: "Cualesquiera que sean las explicaciones que él le dio luego sobre causas de este complejo melancólico, es imposible dudar de su carácter hereditario y del aspecto morboso que lo señaló siempre."<sup>8</sup>

b) *La formación religiosa*

En cuanto a la formación religiosa, el propio Kierkegaard la calificó de disparatada y cruel. Su padre había dejado caer sobre él todo el peso de sus inquietudes y sus angustias religiosas, sin pensar en

presentárselas de manera adecuada a la sensibilidad de un niño.<sup>9</sup> En su diario, Kierkegaard dice: "Tal vez podría yo, reproducir la tragedia de mi infancia, la llave horrible de la vida religiosa que medrosas sospechas deslizaban sobre mi mano y que martillaban mi imaginación, mi escándalo de la religión se hubiera llamado en un cuento "La Familia Enigmática". Empezaría con un idilio patriarcal perfecto; así nadie sospecharía nada, hasta oír de repente unas palabras explicándolo todo para espanto de todos".<sup>10</sup>

Su padre no creía en el Dios amoroso y providencial, la fe no parecía traer la paz al alma del viejo Kierkegaard, quien seguía su senda llevando como compañera una silenciosa desesperación. Nuestro profesor Fernández Gómez en un claro pasaje nos dice: "Se formó en un cristianismo duro y sombrío (luterano), donde la conciencia del pecado y la depravación ingénita del hombre, la distancia entre el Dios Justiciero y el hombre pecador y la redención por la fe en Cristo crucificado eran los dogmas centrales. Así comenzó a sentir el peso de las inquietudes y angustias religiosas, sin la visión optimista de un Dios amoroso y providencial".<sup>11</sup>

Estas notas nos dan una idea general de la formación teológica-religiosa del joven Soren.

c) *El gran terremoto*

El período 1837-1838 señala un nuevo cambio de orientación en la vida de Kierkegaard. Se halla enfermo y desalentado, cada vez más hundido en la melancolía, que es su "aguijón de carne". Sus decepciones y reflexiones lo traen de vuelta al cristianismo, incluso comulga públicamente. En estas circunstancias se reconcilia con su padre (1838) con quien había roto todo trato diferente al financiero. Dicha reconciliación se produce pocos meses antes de la muerte de su padre y oye de éste el secreto que le sacudiría.

Un pasaje de la obra de James Collins nos da una idea más exacta: "a pesar de que las opiniones y costumbres de Soren lo habían alejado de su padre y de que se había instalado fuera del hogar paterno, Mikael Pedersen hizo esfuerzos supremos por restaurar la armonía entre ellos y devolverle la salud moral a su hijo, muy afectada por aquella tremenda sospecha. Confesó a Soren que siendo un muchacho, en Jutlandia, una vez había alzado el puño blasfemando contra Dios y que esto, unido a un desliz sexual, había pesado sobre su conciencia toda la última parte de su vida. El sentimiento de culpa lo había llevado a la melancolía y ahora descargaba todo ese peso sobre su hijo preferido".<sup>12</sup>

Muerto su padre, Kierkegaard decide ordenar su vida y graduarse en Teología, de acuerdo al deseo del difunto. El 3 de julio de 1840, rinde con éxito el examen para la Licenciatura en Teología y el 29 de septiembre de ese mismo año sostiene su tesis doctoral sobre "El concepto de la ironía, principalmente en Sócrates". Trataba de pagar un tributo de piedad filial a la memoria de su padre aunque fuera en esta forma externa.<sup>13</sup>

Kierkegaard planeaba escribir, según se desprende de sus diarios, una "exposición especulativa del conocimiento cristiano", bajo la idea subyacente de que *en Cristo todo es nuevo* (no nuevo en cuanto distinto, sino en cuanto rejuvenecido).

La esencia profunda del racionalismo —dice— consiste en reducir la religión cristiana a los esquemas abstractos que tienen en común todas las formas religiosas. Ahora bien, al contrario, había que considerar las realidades concretas contenidas en esos esquemas: la novedad admirable del cristianismo se hacía patente enseguida. El profesor Jolivet nos dice: "Tales son los puntos de vista que Kierkegaard no cesará de retomar a lo largo de toda su carrera, y que precisará todavía rigurosamente, más adelante bajo el nombre de "Filosofía Existencial".

Para él no solamente el cristianismo no tiene común denominador con ninguna otra doctrina, sino que además sólo es real y auténtico cuando es vivido. Lo esencial aquí, dice Kierkegaard, no es la doctrina, sino "*el existir cristiano*"; se trata de ser existente, es decir, de identificarse en la propia vida con respecto al pensamiento, y llegar a ser, a este respecto, el individuo o el único, *pues si los conceptos siempre son generales, la existencia siempre es singular*.<sup>10</sup>

## 2. EL EXISTENCIALISMO DE KIERKEGAARD

Sin duda se ha vuelto más difícil hablar del existencialismo de Kierkegaard —dice Jolivet— desde que formas nuevas de existencialismo han venido a desarrollar y a la vez a contradecir los temas fundamentales del pensamiento kierkegaardiano. Kierkegaard creía llevar sobre su *existencia* la herencia del pecado de su padre. Algunos quieren buscar allí el origen de su actitud filosófica. Sin negar la influencia de este hecho y de su temperamento angustiado, hay en él, sin embargo, una concepción filosófica que sobrepasa su propio temperamento y situación personal.

## 2.1. LAS FUENTES DE SU EXISTENCIALISMO

En varias oportunidades, el doctor Jolivet ha dicho que hablar de las fuentes del existencialismo de Kierkegaard es, sin duda, aventurar un plural discutible, porque en el fondo no hay, al parecer, más que una fuente: la realidad existencial de Soren Aabye Kierkegaard, su personalidad concreta, el "individuo" que él fue antes de decidirse a serlo únicamente y de hacer del "individuo" el tema central de su doctrina.<sup>15</sup>

A este respecto el doctor Fernández Gómez en su libro, nos señala la ideas primigenias del existencialismo kierkegaardiano: "Acuñó el vocablo *existencialismo*, evocando el *pensar existencial* –al cual ya hemos hecho referencia– y la *Filosofía Existencial contra la Filosofía Especulativa de Hegel*. Reivindicó la Filosofía de la Existencia concreta del individuo humano. Existir es ser individuo.<sup>16</sup>

## 2.2. RASGOS FUNDAMENTALES DE LA POSICION KIERKEGAARDIANA SOBRE LA EXISTENCIA

Una primera aproximación y en concordancia con lo que hemos expuesto anteriormente, el primer rasgo fisonómico y propio del existencialismo sería precisamente ese antiobjetivismo y antirracionalismo; y por otra parte, la afirmación del ser individual finito y contradictorio, y por último también la *angustia* como medio que nos ubica en la entraña óptica de nuestra más auténtica realidad.

Pero si quisiéramos ser más justos con el pensamiento de Kierkegaard deberíamos tratar de ahondar un poco más en su pensamiento. Para estudiar los aspectos más significativos seguiremos las orientaciones del doctor Fernández Gómez tantas veces citado.

### a) *Lucha contra el idealismo de Hegel*

Kierkegaard actuó como un reto al pensamiento tradicional, pues representa una reacción contra toda la filosofía moderna, desde Descartes hasta Hegel, y una ruptura con ella. Con esta opinión comienza Fritz Heinemann a estudiar el lugar de Kierkegaard en la historia de la filosofía.<sup>17</sup>

Hegel había enseñado la perfecta coincidencia y hasta la identidad del mundo real y del mundo lógico, como se recordará de las exposiciones realizadas por nosotros en la primera parte de este estudio (*Vid Supra*).

El ser y el pensamiento se identifican realmente. De allí que toda la realidad sea objetiva (pensada), intelegible, y enteramente expli-

cable por un proceso dialéctico o racional; el propio Hegel planteaba que “toda metafísica caerá en la moral; esta ética no será otra cosa que un sistema completo de todas las ideas, lo que es lo mismo, de todos los postulados prácticos”.<sup>18</sup>

Kierkegaard observa que la “filosofía de las ideas puras” comete el error capital de no tomar en consideración “al individuo real”. En un punto concuerda con Carlos Marx: ambos rechazan el *Cógitó, ergo sum* de Descartes y ambos lo sustituyen por *Sum, ergo cógito*. Pero dan al *Sum* (Yo soy) una interpretación diametralmente opuesta.

Marx lo interpreta en un sentido materialista, como Ser Material, como una acción que produce no sólo las condiciones sociales y económicas de nuestra vida, sino que también nuestra existencia misma. De este modo rechaza la conciencia y el espíritu, considerándolos como mera superestructura y reflejo ideológico de las circunstancias sociales y económicas.

Por el contrario, Kierkegaard defiende el espíritu. No protesta en nombre de la existencia material y del proletariado, sino en nombre del individuo como ser espiritual. “Rechaza la conciencia abstracta y el pensamiento abstracto en interés del individuo espiritual concreto, de su intimidad y subjetividad”.<sup>19</sup>

Esta visión obviamente va en contra de Hegel, aunque admiraba mucho su *fenomenología del espíritu*. Hegel, en realidad había realizado una tentativa, que era el último recurso que le quedaba a la filosofía especulativa para convertirse en una ciencia genuina del hombre. Más que cualquier otro filósofo que lo haya precedido, Hegel había comprendido que la existencia es antinomia y que el conflicto constituye el movimiento del pensamiento. “La suya –dice Prini– no fue una Filosofía sino la conclusión rigurosa de una tradición heredada de los griegos, de la forma última –más allá de lo cual no era posible ir– de la Filosofía como especulación o Ciencia Absoluta”.<sup>20</sup> Por eso, para Kierkegaard es desconsiderada toda crítica, así como toda modificación, concerniente a uno u otro punto, y no a la totalidad de su “sistema”.

Es por eso que Hegel constituye el paradigma de intelectualismo contra quien Kierkegaard reacciona; oponiendo una concepción irracionalista y subjetivista. “La subjetividad –nos dice el propio Kierkegaard– culmina en la pasión; el cristianismo es la paradoja; paradoja y pasión concuerdan perfectamente, y la paradoja concuerda perfectamente con lo que existe en su más alto grado”.<sup>21</sup>

Con estas consideraciones entramos al estudio de otra nota, si bien concatenada con el punto anterior, de la Filosofía Existencial Kierkegaardiana.

b) *Exaltación de lo individual*

El doctor Fernández señala: "En toda su obra aflora la idea del 'individuo singular', del 'individuo aislado'. En ella centró sus reflexiones sobre la existencia concreta del hombre"<sup>22</sup>

Hegel y los pensadores "puros" no se preocupaban del bienestar ni del malestar del hombre; de la esperanza o la desesperanza del individuo. Van directos a las ideas, sin importarles el hombre en sí.

La frase que transcribiremos a continuación, del propio Kierkegaard, nos da un panorama mejor: "Sucede con la mayor parte de los filósofos, con respecto a su sistema, como si uno construyese un enorme castillo y luego se retirase a vivir en un granero. No viven personalmente en sus enormes edificios sistemáticos. Pero ésta es y sigue siendo, desde el punto de vista del espíritu, una acusación decisiva"<sup>23</sup>

Tan importante era para Kierkegaard la noción de individuo, del ser humano en concreto, de ese hombre —como decía Unamuno— que llora y que ríe, que sufre y odia, en fin, ese ser singular e irrepetible, que eligió su propio epitafio: "Aquel individuo".

c) *Los tres estadios de la existencia*

Kierkegaard establece en este punto su creación más original y la que lleva en sí misma la mayor solidez de su postura.

En efecto, la existencia concreta del ser humano, del sujeto individualmente considerado, recorre tres etapas sucesivas y concatenadas a lo largo de su existencia. A saber, el estadio estético, el estadio ético y por fin el estadio religioso donde se hace palpable la "paradoja" el absurdo que sólo se supera con el *salto a la fe*.

Cabe afirmar que la existencia estética es esencialmente goce, la existencia ética combate y victoria, y la existencia religiosa sufrimiento, no como transitorio, sino como estado duradero.

El hombre de la fase "estética" practica el hedonismo del romántico que rehuye los compromisos, rechaza todo tipo de yugo, vive en el instante huidizo, obedeciendo al imperativo siempre com-

batiente del placer, y carece de la estabilidad del hombre consagrado a un ideal permanente.<sup>24</sup>

Hay que evitar, sin embargo, el reducir la inclinación estética a sensualismo puro. En realidad, se engloba en ella toda actitud que se dirige de manera exclusiva al placer, aunque este placer sea "noble" y puramente intelectual.

El segundo estadio es el "ético" que se produce a través de un salto dado por impulso de una desesperación en que cae el hombre "estético". Si el estético andaba en busca de sensaciones y tendía sólo al placer, el ético establece la moral como principio de conducta y como último fin de su actividad, encamina sus esfuerzos al cumplimiento del deber. El doctor Fernández señala que el estadio "ético" lo alcanzan los hombres de vida seria, que se proyectan sobre el futuro desde el presente en forma organizada, obedeciendo al imperativo del deber. A esta opinión hay que agregar, siguiendo a Jolivet, que lo esencial no consiste en contar sus deberes con los dedos, sino en haber comprobado definitivamente la intensidad del deber, de tal manera que esta conveniencia procure la seguridad del valor eterno del "yo".<sup>25</sup>

Aquí entra el conflicto entre el orden normativo general abstracto, y el individuo como ser único e irrepetible. Es el propio orden normativo que empuja al individuo hacia la masa desindividualizándolo; el hombre debe realizar una ruptura y dar un salto final al estadio religioso.

El salto es necesario y es provocado siempre por la desesperación, por una desesperación que es verdadera, absoluta, e impele al hombre a entregarse totalmente a Dios. Por esto se puede comprender cómo lo religioso sobrepasa a lo ético, porque evidentemente en el estadio ético hay algo religioso toda vez que la noción de deber implica también deberes para con Dios.

Únicamente lo religioso pone en comunicación con lo Absoluto —al hombre— a través de un salto que se origina en una brusca conmoción vital y cuyos resortes fundamentales son la Angustia y la Desesperación. He aquí que el salto debe hacerse a través de la fe, a pesar de que ésta sea irracional y de orden existencial, como bellamente lo expresa el doctor Fernández: "No es un conocimiento sino una comunicación concreta entre dos existentes: Yo y Dios".<sup>26</sup>

Resumiendo, el aporte de Kierkegaard a los avances existencialistas podríamos decirlo en los seis puntos siguientes:

1. Aversión al Idealismo hegeliano.
2. Valoración del Individuo singular sobre las entidades colectivas y universales.
3. Anticonceptualismo y exaltación de la fe desesperada como único camino para ponerse en contacto con la existencia auténtica.
4. Antiburguesismo y odio a la liviandad en la manera de vivir.
5. Valoración de la angustia (religiosa) que produce la posibilidad de pecar (vértigo) como medio de saber quién soy (un ser esencialmente pecador, caído) que sólo en el pecado acude a Dios.
6. Distinción de estadios en la vida: Estético, Etico y Religioso.

### 3. ALGUNAS NOTAS SOBRE EL EXISTENCIALISMO DE MARTIN HEIDEGGER

Si Soren Kierkegaard realizó los primeros esbozos del existencialismo, Heidegger le dio vida y consistencia. Se le considera a este último como el máximo representante del existencialismo alemán al lado de Karl Jasper.

Heidegger llega a la Filosofía desde la Fenomenología de Husserl y desde la Metafísica clásica y pretende dilucidar el sentido del ser en general. Ha sido llamado con razón "El Ontólogo de la Escuela Existencialista", no solamente porque más que todos insiste en la discusión de cuestiones fundamentales de la Ontología sino que sobre todo, el intento de su obra filosófica no es salvar la personalidad humana sino renovar la Ontología.

Como todos los existencialistas, rechaza la distinción entre sujeto-objeto y desvaloriza así el conocimiento llamado meramente intelectualista dentro del campo de la Filosofía. Según ello, no es sólo la inteligencia la que logra el conocimiento verdadero, pues es menester vivir la realidad. Este vivirla tiene lugar preferentemente, mediante la angustia, por la cual el hombre se percata de su finitud y de la fragilidad de su posición en el mundo, en el cual proyectado hacia la muerte, ha sido arrojado.<sup>27</sup>

El punto de partida de su indagación filosófica es buscar el sentido del Ser. Afirma que la conciencia no es el Absoluto ni el fundamento del mundo de las esencias que constituyen el sentido del Ser, sino que es el "Ser en ello" el *Dasein* del cual se debe determinar la esencia.

Lo principal de su pensamiento fue expuesto en su obra capital: *Sein und zeit* publicada en su primera parte en 1927 y de la cual no hubo nunca una segunda. *Ser y Tiempo* ha sido catalogado como uno de los libros más apasionados y apasionantes de los últimos años y que sitúa a su autor en la corriente histórica de la más auténtica metafísica desde los tiempos de Parménides.

Como dijimos en la Introducción de este trabajo, estudiar el laberíntico pensamiento de Martín Heidegger constituiría material para una monografía distinta, aunque sin duda alguna apasionante.

Luego, tratando de resumir, diríamos que Heidegger busca el sentido del Ser mediante un análisis fenomenológico, cuyo modo fundamental es "estar en el mundo", frase esta que abarca tres momentos: hombre-mundo-ser en. Pero estar en el mundo (*In-der-welt-sein*) equivale a "estar en el tiempo" (*In-der-zeit-sein*). Y estar en el tiempo significa estar abocado a la muerte, "Ser para la muerte" (*das Sein zum tode*).

Porque el ser tiende a no ser, el hombre es contingente, viene de la nada y camina hacia la muerte: Ex nihilo omne ens qua ens fit.<sup>28</sup>

Insistimos, la existencia no es un simple "ser en ello" (*Dasein*) sino que es, según el significado etimológico, ex sistere, o sea "ser fuera", emerger del anónimo de la muchedumbre, no conformarse a ser uno de los muchos, para afirmarse como único.

El doctor Fernández anota: "Heidegger es una de las voces más sonoras y originales de la Filosofía de nuestro tiempo, con influencia en muchos sectores de la cultura contemporánea. No aceptaba para sí el nombre de "existencialista" por considerar que esa palabra no designa adecuadamente el sentido ni la intención de su búsqueda en los arcanos del Ser; fue también notable su influencia en este aspecto, más que por haber agrupado una escuela, por haber estimulado las diferentes corrientes del existencialismo".<sup>29</sup>

#### ORIGEN DE LAS CITAS

1. ALONSO-FUEYO, SABINO: *Existencialismo y Existencialistas*. Editorial Guerri, S.A. Valencia-España, 1949, p. 22.
2. SEVERINI, LUIGI: *Existencialismo*. Editorial Herder, Barcelona. España, 1961. pp. 9 y siguientes.

3. PFEIL, HANS: *Existencialismo*. Ediciones Fax, Madrid, 1964. p. 41.
4. ABBAGNANO, NICOLA: *Introducción al Existencialismo*. Fondo de Cultura Económica. Breviarios N° 108. Méjico. 1975. pp. 35 y siguientes.
5. HIRSCHBERGER, JOHANNES: *Historia de la Filosofía*. Cuarta Edición. p. 322. Tomo Segundo, Edad Contemporánea. Editorial Herder, 1972.
6. Mientras que para Hegel Verdad era pensamiento como función del intelecto; para Kierkegaard la verdad no se trata de pensarla sino de vivirla. Vida y Verdad no son sino una sola cosa.
7. JOLIVET, REGIS: *Introducción a Kierkegaard*. p. 22. Primera Edición. 1946.
8. JOLIVET, REGIS: *El Existencialismo de Kierkegaard*. p. 12. Primera Edición. 1952.
9. *Idem*.
10. KIERKEGAARD, SOREN: *Diario*. Citado por Jolivet en *Introducción...* *Op. Cit.* p. 494.
11. FERNÁNDEZ GÓMEZ, LORENZO: *Op. Cit.* p. 494.
12. COLLINS, JAMES: *El Pensamiento de Kierkegaard*. Primera Edición. 1958. p. 19.
13. *Idem*.
14. JOLIVET, REGIS: *El Existencialismo de...* *Opus Cit.* pp. 20-21.
15. JOLIVET, REGIS: *Las Doctrinas Existencialistas, De Kierkegaard a J. P. Sartre*. p. 33. Primera Edición, 1962.
16. FERNÁNDEZ G., LORENZO: *Opere Cit.* p. 495.
17. HEINEMANN, FRITZ: *¿Está viva o muerta la Filosofía Existencial?* Revista Occidente, 1956.
18. HEGEL, G. W. F.: *Escritos de Juventud*. p. 19, Primera Edición, 1978. Fondo de Cultura Económica-México.
19. HEINEMANN, FRITZ: *Op. Cit.* pp. 36 y ss.
20. PRINI, PRIETO: *Historia del Existencialismo*. Editorial El Ateneo, 1975, pp. 5 ss.

21. KIERKEGAARD, SOREN: *El Concepto de la Angustia*. Revista Occidente, Madrid, 1980.
22. FERNÁNDEZ G. LORENZO: *Opus Cit.*, p. 497.
23. KIERKEGAARD, SOREN: *Diario (1834-1848)*, citado por Prieto Prini en *Opere cit.* p. 5.
24. FERNÁNDEZ G. LORENZO: *Op. Cit.*, p. 498.
25. JOLIVET, REGIS: *Introducción...* *Op. Cit.* pp. 295 y ss.
26. FERNÁNDEZ G., LORENZO: *Op. Cit.* p. 499. El propio Kierkegaard señala: "La Fe es un martirio, una crucifixión de la inteligencia... creer es perder la razón para ganar a Dios".
27. Forjadores del Mundo Contemporáneo. Editorial Planeta. Tomo IV. pp. 546 y ss.
28. ALONSO-FUEYO, SABINO: *Opere Cit.* p. 72.
29. FERNÁNDEZ G., LORENZO: *Opus Cit.*, p. 510.

## CAPÍTULO SEGUNDO: LA FENOMENOLOGIA: UNA CUESTION DE METODO

El término Fenomenología fue usado primigeniamente por Lambert para significar la "Teoría de los fenómenos" y fue adoptado por dicho autor como título en la cuarta parte de su "Nuevo Organon" (1764); en un sentido muy amplio se puede considerar a la Fenomenología como ciencia de los fenómenos. El término fenómeno es aquello que se manifiesta o revela; es la imagen sensorial que nace en el sujeto cognoscente bajo el influjo de la cosa y en la cual ésta se nos manifiesta en la forma correspondiente a la peculiaridad de nuestros sentidos; pero fijémonos que esa manifestación se refleja en la conciencia y puesto que los objetos se nos revelan en la conciencia, llámase *Fenomenología*, en una acepción estricta, "la ciencia de los fenómenos que se manifiestan en la conciencia".<sup>1</sup>

A partir de las investigaciones de Edmundo Husserl (*Investigaciones Lógicas*, Madrid, 1929), el fenómeno indica no solamente lo que se aparece o se manifiesta al hombre en condiciones particulares, sino lo que aparece o se manifiesta "*en sí mismo*" o sea como es, en sí, en su esencia.

Luego, la única noción generalmente aceptada por Fenomenología es la noción de Husserl. Pero, estas explicaciones pueden generar una confusión entre Psicología y Fenomenología, tal como lo previó el propio Husserl. Así, "la Psicología es una ciencia de los hechos, de matters of fact en el sentido de Hume, y la Fenomenología es una ciencia de realidades. Los 'fenómenos' de que se trata como 'fenomenología' psicológica son sucesos reales, que en cuanto tales, cuando tienen existencia real se insertan con los sujetos reales a que pertenecen dentro del orden del mundo uno del espacio y del tiempo o de la omnitud realitatis",<sup>2</sup> y más adelante agrega: "aquí se fundará la fenomenología pura o trascendental no como una ciencia de hechos, sino como una ciencia de esencias".

Ahora, el paso de la conciencia psicológica hasta el "eidos" fenomenológico, se hace a través de un trabajo de purificación con la

*reducción eidética*, con el cual se logra decantar las características reales o empíricas y de llevarlos hacia el plano de la generalidad esencial.

La Fenomenología antes que doctrina filosófica es un *método*. Como todo método lo que se persigue es un camino correcto y adecuado que nos lleve a la verdad.

Los principios que rigen tal método son: un principio de tipo negativo, consistente en rechazar todo cuanto no está apodícticamente justificado (justificado en tanto lo contrario aparezca como totalmente inconcebible); y un principio positivo, consistente en recurrir a la intuición inmediata de las cosas, en cuanto que esta intuición, y sólo ella, pueda ser fuente primera de toda certeza. "Epoje" e intuición: tales son las dos reglas fundamentales del método fenomenológico.<sup>3</sup>

Antes de adentrarnos en el estudio de estos temas, consideramos de mucha importancia tratar lo relativo a la intencionalidad, ya que como el propio Husserl lo señalaba: "... una peculiaridad de las vivencias que se puede llamar justamente el tema central de la Fenomenología de orientación 'objetiva' y esto es la Fenomenología".<sup>4</sup>

#### 1. DE LA INTENCIONALIDAD A LA "CONCIENCIA PURA"

A partir de las enseñanzas del clérigo Francisco Brentano (1838-1917), Husserl tomó la noción de intencionalidad, "que es el carácter esencial de toda vivencia, en cuanto advierte sobre la presencia de un objeto y remite, por tanto, a la realidad, de la que debe partir todo saber filosófico auténtico".<sup>5</sup>

En efecto, para Brentano, todo fenómeno psíquico está caracterizado por la referencia a un contenido, por la dirección hacia un objeto (in-tentio que implica tender hacia algo, apuntar o señalar hacia un objeto). No hay audición sin algo oído, ni creencia sin algo creído, ni esperanza sin algo esperado".<sup>6</sup>

Así, para Husserl, "intencionalidad es la peculiaridad de las vivencias de ser conciencia de algo". En el cógito, está implícito tales como: una percepción es percepción de algo (un algo percibido), un desear; hay un objeto deseado.<sup>7</sup> Esto es, a todo cogitare lo precede o lo antecede algo cogitado. Así, del "ego cógito ergo sum" estaríamos siempre en presencia de un "ego cógito cogitatum".

Por consiguiente, "el concepto de intencionalidad, tomado con la amplitud indeterminada en que lo hemos tomado, es un concepto

inicial y fundamental totalmente indispensable al comienzo de la fenomenología”.<sup>8</sup>

Por otra parte y en cuanto a la *conciencia* atañe, diríamos con Abbagnano que “el significado que este término tiene en la filosofía moderna y contemporánea es mucho más complejo: es el de una relación del alma consigo misma, de una relación intrínseca al hombre ‘interior’ o ‘espiritual’, por la cual se puede *conocer* de un modo inmediato y privilegiado. . .”<sup>9</sup>

Ahora bien, en Husserl lo que define la naturaleza de la misma conciencia es la intencionalidad que es un referirse o el relacionarse del acto de conciencia a otro, a algo que no sea el mismo acto de conciencia (y esto lo separa considerablemente del racionalismo cartesiano). Luego, la conciencia es un trascender que constituye una relación con el objeto mismo “en persona” y no ya una imagen o representación suya.<sup>10</sup>

En Husserl la conciencia comprende en una acepción muy amplia el conjunto de *todas* las vivencias.

En un segundo sentido distingue unas vivencias singulares que se dan en una actitud natural, como “hechos humanos reales en sentido estricto, o nos las representamos en el recuerdo o en una libre ficción de la fantasía”. Según Husserl, todo suceso individual tiene su esencia que es apresable en pureza eidética y por consiguiente esos sucesos singulares tienen una conciencia singular.<sup>11</sup>

Y por último, en Husserl, la conciencia se manifiesta como una vivencia intencional. En este punto se pueden distinguir: la percepción trascendente y una percepción inmanente.

La primera de ellas, la percepción trascendente es la de la cosa en el espacio, que se da gradualmente a través de sucesivas apariciones, pero no está nunca presente en la conciencia en su plena actualidad. De ello deriva el carácter *en sí* del objeto trascendente, carácter que expresa la posibilidad de la conciencia de volver sobre el objeto mismo y de identificarlo.

Pero precisamente por estar ligada a esta simple posibilidad, la existencia de la cosa nunca es necesaria, luego, es contingente.

Frente a ello, “frente a la tesis del mundo, que es una tesis ‘contingente’ se alza, pues, la tesis de mi yo puro y de la vida de este yo puro y de la vida de este yo, que es una tesis ‘necesaria’ (como lo estudiaremos de seguidas). Toda cosa dada en persona puede no existir;

ninguna vivencia dada en persona puede no existir: tal es la ley esencial que define esta necesidad y aquella contingencia".<sup>12</sup>

Ello explica la percepción inmanente o interna. Toda percepción inmanente garantiza necesariamente la existencia de su objeto. "A toda corriente de vivencias y yo en cuanto tal, es inherente la posibilidad de principio de lograr esta evidencia; cada uno lleva en sí mismo la garantía de su absoluto estar ahí, como posibilidad de principio."<sup>13</sup>

Las cosas percibidas no son dadas a la conciencia del mismo modo en que la cosa es dada a los fenómenos subjetivos, o sea a través de apariciones, ocultamientos, acercamientos, que apuntan a la unidad trascendente del objeto y es, en cambio, caracterizada por su inmediatez y absolutez.<sup>14</sup>

Por consiguiente, la Fenomenología se caracteriza por el reconocimiento de la intención en la conciencia. La conciencia es un movimiento de trascendencia hacia el objeto y por el cual el objeto mismo aparece o se presenta "en carne y hueso" a la conciencia.

Pero hay más, como lo señala Marías, "si reunimos los caracteres que hemos ido descubriendo en la Fenomenología, encontramos que es una ciencia eidética descriptiva de las esencias de las vivencias de la conciencia pura".<sup>15</sup>

Sobre lo eidético a través de los principios metódicos que domina el movimiento fenomenológico nos ocuparemos inmediatamente.

## 2. DE LO DADO INDIVIDUALMENTE A LA ESENCIA UNIVERSAL

Hemos dicho con anterioridad que Husserl parte de lo dado individualmente y por supuesto eso "dado" en la conciencia constituye en una primera forma un fenómeno psíquico, pero que a través de la *reducción eidética*, se logra una decantación o purificación del fenómeno para arrancarle su esencia, de llevarlo de sus características reales o empíricas hacia el plano de la generalidad.

La Fenomenología pretende aclarar los conceptos por medio de lo inmediatamente dado, que está constituido por los *fenómenos*; trata de presentar claramente el contenido de los conceptos y comprobar su validez confrontándolos con las intuiciones que constituyen su fundamento originario; así se pasa de lo singular, dado en la "intuición", a la contemplación de la esencia universal. Todo se recibe como algo individual, algo que es esto y está aquí; "en carne y hueso"

como dice Husserl; pero nos elevamos a la "intuición de la esencia".<sup>16</sup>

Luego, el dominio de la intuición fenomenológica estará, pues, constituido por todos los fenómenos dados a la conciencia y "el objeto de la Fenomenología consistirá en descubrir y describir con el mayor rigor todo el universo de los fenómenos, esforzándose al mismo tiempo por captar las relaciones que los unen entre sí, lo que equivale, evidentemente, a superar la pura descripción y a interpretar los fenómenos o a decir su sentido".<sup>17</sup>

En la reflexión fenomenológica trascendental salimos de este terreno—de la reflexión natural de la vida diaria—por medio de la universal epojé practicada respecto de la existencia o no existencia del mundo. La experiencia así modificada, la experiencia trascendental, consiste, podemos decir, en que nos fijamos en el cógito reducido trascendentalmente en el caso dado, y lo describimos. . .".<sup>18</sup> Más adelante agrega Husserl: "La explicación fenomenológica elucida lo que está (implicado) por el sentido del cogitatum sin ser intuitivamente dado, representándose las percepciones potenciales que harían visible lo no visible".<sup>19</sup>

Ahora bien, el paso de lo dado intuitivamente en la conciencia psíquica hacia el eidos" se lleva a cabo por el proceso de purificación que se hace con la Epojé Fenomenológica y su consecuencial resultado, la reducción eidética.

#### a) *La Epojé Fenomenológica*

Husserl trató de guiar el estudio filosófico sobre derroteros más firmes y se empeñó como Descartes en "fundar la Filosofía sobre una evidencia incontrovertible que diera validez a todo el sistema". Pero mientras para Descartes la "duda" era un fin, para Husserl lo incontrovertible es un método. El propio Husserl señala: "Un proceder semejante, en todo momento posible, es, por ejemplo, *el intento de duda universal* que trató de llevar a cabo Descartes para un fin muy distinto. . . nosotros partimos de aquí, pero advirtiéndolo en seguida que el intento de duda universal sólo debe servirnos como un instrumento metódico".<sup>20</sup>

Pues bien, en Descartes, la duda genera una antítesis de lo que se duda, esto es, no podemos dudar y tener por cierta a la vez la misma materia de ser. Según Husserl, el intento de dudar de algo de que tenemos conciencia *como estando ahí delante acarrea necesariamente cierta abolición de la tesis*. En Husserl no se trata de una abolición de la tesis, o

de la oposición o la duda en ningún sentido. "La tesis experimenta una modificación, pero mientras sigue siendo lo que es, la ponemos, por decirlo así 'fuera de juego', la 'desconectamos', la 'colocamos entre paréntesis'. La tesis sigue existiendo dentro del paréntesis, como lo desconectado sigue existiendo fuera de la conexión".<sup>21</sup>

A este "poner entre paréntesis" o suspender el juicio es precisamente lo que llama *epojé*. Como lo señala el doctor Fernández Gómez: "todo el mundo natural y cultural sucumbe a la aplicación de la *epojé*, quedando entre paréntesis; pero no sucumben sus respectivos universos eidéticos. El efecto de la *epojé* es justamente la reducción de la esfera eidética, al dato inmediato, que son las vivencias puras, cuyos elementos constituyen el objeto del análisis intencional fenomenológico". Y no solamente cae sobre los objetos del mundo natural y cultural sino que también debe versar sobre el yo natural y sus actos. El "ego" de Descartes se queda en la mera sustancia, mientras que con la "epojé" recae sobre el sujeto empírico y sus actos subjetivos, para reducirlos al estado de puros fenómenos y alcanzar un "Ego trascendental" que es la primera existencia apodícticamente cierta con que tropieza la regresión fenomenológica.<sup>22</sup>

#### b) *La reducción eidética*

Valiéndose de la intuición (visión) intelectual de los fenómenos y lo dado en la conciencia como dato psíquico de corte empírico, si le aplicamos la *epojé* fenomenológica y ponemos fuera de juego el datum sociológico, cultural, etc., llegamos necesariamente a un residuo de ese proceso. Lo que nos queda, después del decantamiento, es una cosa que se supera a sí mismo y trasciende de su propia individualidad, es decir, llegaremos a su esencia (todo aquello que hace que una cosa sea ella y no otra, y que hace que se distinga de las demás como señalaron los escolásticos), pues bien, ese resultado eidético es la reducción eidética a propósito de obtener una absoluta evidencia intelectual y universal sobre la que se basará la Fenomenología, es decir una ciencia de esencias universales. El hecho que describa esencias nos conduce a señalar que la Fenomenología es una ciencia *a priori* y universal porque se refiere a "todas las vivencias", y como éstas apuntan a sus objetos, los objetos intencionales quedan envueltos en la consideración fenomenológica; es decir, todo lo que hay para el fenomenólogo".<sup>23</sup>

### 3. LA FENOMENOLOGIA EN EL CAMPO DEL DERECHO

Retomemos la idea latente siempre en los párrafos precedentes. Todo fenómeno tiene su "eidos", tanto aquellos objetos natura-

les como los culturales. Ningún fenómeno que toca al hombre en su función cognoscente y cognoscible escapa del quehacer filosófico y específicamente al método propugnado por Husserl. Pues bien, sin entrar en la discusión sobre el campo al cual pertenece el Derecho, podemos afirmar sin duda alguna que los fenómenos jurídicos son susceptibles de aplicación de la epojé fenomenológica y de la reducción eidética –en este caso una reducción eidética de tipo jurídico en cuanto atañen a fenómenos y hechos jurídicos– en un esfuerzo por buscar la esencia de esos fenómenos jurídicos. Para Fernández, “esta metodología nueva, consistente en acceder al meollo del Derecho, a su radical esencia, mediante sucesivas reducciones tras de las cuales se nos aparecería su realidad última, resultaba novedoso y difícil al jurista”. Para el profesor Hernández Gil la Fenomenología trata de presentar claramente el contenido de los conceptos y comprobar su validez confrontándolos con las intuiciones que constituyen su fundamento originario”.<sup>24</sup>

El propio Husserl señala que toda objetividad empírica concreta se subordina con su esencia material a un género material sumo, a una “región” de objetos empíricos. A la esencia regional pura corresponde entonces una ciencia regional eidética o, como también podemos decir, una ontología regional (...). Podemos expresar esto también así: toda ciencia de hechos (ciencia empírica) tiene esenciales fundamentos teóricos en ontologías eidéticas.<sup>25</sup>

Si entendemos por Ciencia del Derecho, una parcela o región del conocimiento en general, o como una *esencia empírica*, como lo llama Husserl, evidentemente a esa región corresponderá también una región eidética que la constituya y por fuerza misma del discurrir filosófico, esta nueva modalidad tuvo su eco en algunos ius-filósofos. Entre ellos descollan las figuras de Adolfo Reinach con su obra *Los fundamentos apriorísticos del Derecho Civil* (traducción española de José Luis Alvarez, 1934). Recasens señala a Llambias Azevedo y Nieto Arteta. Acerca de Nieto Arteta señala: “Estableció conexiones entre el campo de la ontología y el de la ontología de lo jurídico, así como entre la fenomenología de Husserl y la Teoría Pura del Derecho. Sin embargo, Nieto Arteta hizo a un lado la dimensión idealista de la fenomenología para desembocar en una teoría que llamó realismo trascendental”.<sup>26</sup>

Así pues, en el campo del Derecho, el movimiento fenomenológico se orientó por una parte a la búsqueda del “eidos” jurídico de los conceptos y de las instituciones jurídicas, es decir, que apunta al área objetiva del Derecho y sus caracteres ontológicos fundamentales; y por otra parte al problema de los valores o axiología jurídica.

a) Reinach y el "eidos" jurídico

La gran preocupación de Reinach fue la de separar sus estudios fenomenológicos –en el campo jurídico– del Derecho Positivo y diferenciarlo también del Derecho Natural. En el primer caso porque el Derecho positivo construye y formula a través de los mecanismos establecidos en la Constitución de cada país, una serie de normas que serán de obligatorio cumplimiento para todos los ciudadanos de ese país. Por consiguiente, para el fenomenólogo del Derecho es inconcebible que los conceptos e instituciones jurídicas tendrán regiones eidéticas a partir de esa formulación.

Y en este punto concuerdan con el Derecho Natural, en que los fenómenos jurídicos o los derechos son independientes del reconocimiento por parte del Derecho Positivo, y no solamente independientes sino que aquellos son universales y absolutos.

Pero esto que parece hermanar a los partidarios del Derecho Natural y a los fenomenólogos del Derecho, al mismo tiempo constituye un punto de divergencia. En efecto, como afirma Fernández, "si bien ambas actitudes filosóficas coinciden al afirmar la existencia de un Derecho diferente al Derecho Positivo, mientras los principios del Derecho Natural son imposiciones de la razón a las cuales los jusnaturalistas pretenden se adapte el Derecho Positivo –afirma Reinach–, las *proposiciones apriorísticas* no aspiran a ser acogidas por el legislador positivo, ni a determinar el ideal de justicia, ni dependen de las mentes que las piensan, ni de la razón. Tienen una validez absoluta; permanecen *incólumes en su esencia*, aunque el Derecho Positivo las desconozca o contradiga".<sup>27</sup>

Volvamos a la diferenciación con el Derecho Positivo. "Designar –dice Reinach– las formaciones jurídicas como creaciones del Derecho Positivo, no sólo es falso, sino –en último término– sin sentido, exactamente sin sentido como sería llamar a la fundación del Imperio Alemán –o a otro suceso histórico– creación de la ciencia histórica. . . El Derecho Positivo *encuentra* los conceptos jurídicos que entran en él; de ninguna manera los produce".<sup>28</sup> Entiende que las formaciones jurídicas –así denomina por ejemplo, a la posesión o a las obligaciones– tienen un ser independiente como las casas o los árboles; y esta esencia es independiente de que sean o no concebidas por los hombres e independiente de todo Derecho y anterior a él.

Así pues, para Reinach todos los conceptos jurídicos tienen una esencia que tiene validez absoluta, por consiguiente *a priori* en cuanto que no dependen de la experiencia y son necesarios y

no-contingentes. Esos conceptos tienen un ser metajurídico positivo, igual que los números poseen un ser independiente de la ciencia matemática; y así formulado se entiende que tales conceptos jurídicos —en cuanto a su “eidos”— no dependen en nada del Derecho Positivo e inclusive tampoco dependen del Derecho Natural.

Estas ideas las aplica Reinach a la posesión y a la propiedad. “Designamos como posesión —escribe— la relación de potestad en la que puede hallarse una persona sobre una cosa. Esta posesión no es evidentemente un derecho, sino una relación de hecho; si se quiere: un estado de hecho. Esta relación puede estar autorizada o no, según la persona respectiva tenga o no un derecho para hallarse en ella”. Insiste en que no debe confundirse el derecho sobre la posesión o el derecho a la posesión con la posesión misma.<sup>29</sup> Sin tener noticia —escribe Fernández— del Derecho Positivo, es inmediatamente evidente que “una cosa puede estar en mi potestad sin pertenecerme, o puede pertenecerme sin estar en mi potestad”. El ser de la posesión consiste en la relación de potestad en la que puede hallarse una persona frente a una cosa, independientemente del derecho de esa persona. . . Es una relación tan *objetiva* (no creada por el Derecho Positivo ni por la moral) como puede serlo la semejanza o proximidad entre dos cosas.<sup>30</sup>

#### b) *Otras orientaciones*

No es negada la relación que guarda la ciencia fenomenológica del Derecho y la Teoría Pura del Derecho. La Fenomenología sobrepasa los fenómenos jurídicos en su afán por obtener la esencia pura, es decir, una existencia objetiva.

Tanto Kaufmann como Schreier trataron de armonizar la teoría kelseniana con la fenomenología de Husserl, quizás porque fueron discípulos de ambos pensadores. Para Amselek “Kelsen, a partir de la experiencia de los sistemas jurídicos existentes, ha querido develar el fenómeno jurídico en su esencia, en su “eidos”. Señala Hernández: “El objeto de la ciencia jurídica, para Kelsen está constituido por una realidad específica distinta de la natural. Ahora bien, lo que especifica esta realidad, según Amselek, no es en último término su significación normativa, sino la juridicidad misma. Aplicando la distinción de Husserl entre “especie eidética” y “género eidético”, reputa a la juridicidad especie y a la normativa género”.<sup>31</sup>

Otro tanto pretendió Schreier en su *Concepto y formas fundamentales del Derecho* (1924) en su análisis del acto jurídico y del hecho jurídico; y por otra parte siguiendo las enseñanzas de Husserl en sus

“Ideas I” las nociones de conjunto y de totalidad, de género y especie.

Sin embargo, no ahondaremos en este punto –en las relaciones entre la Teoría Pura del Derecho y la Fenomenología Jurídica– por cuanto esto forma parte de una monografía más extensa y más específica que está por publicarse.

Nos contentamos con finalizar diciendo que tanto la Fenomenología como la Teoría Pura del Derecho perseguían en última instancia obtener un método unitario capaz de explicar los distintos fenómenos de la ciencia del Derecho y de todos sus sistemas.

#### ORIGEN DE LAS CITAS

1. BRUGGER, WALTER S. J.: *Diccionario de Filosofía*. Editorial Herder. Barcelona, 1965.
2. HUSSERL, EDMUND: *Ideas Relativas a una Fenomenología Pura y a una Filosofía Fenomenológica*. Fondo de Cultura Económica, Tercera Edición, 1986. pp. 7 y siguientes.
3. JOLIVET, REGIS: *Las Doctrinas*. . . *Opus cit.* pp. 355 y siguientes.
4. HUSSERL, EDMUND: *Opus cit.* p. 198.
5. FERNANDEZ G., LORENZO: *Opus cit.* p. 312.
6. BRENTANO, FRANCISCO: *El Origen del Conocimiento Moral*. Traducción española de M. García Morente (Madrid, 1927, pp. 31 y siguientes) citado por Lorenzo Fernández en *Opere cit.* pp. 312 y siguientes.
7. HUSSERL, EDMUND: *Ideas*. . . *Opere cit.* pp. 198 y siguientes.
8. *Idem*.
9. ABBAGNANO, NICOLA: *Diccionario de Filosofía*. Fondo de Cultura Económica.
10. HUSSERL, EDMUND: *Ideas*. . . *Op. cit.*
11. HUSSERL, EDMUND: *Ideas*. . . *Op. cit.* pp. 75 y siguientes.
12. *Idem*. p. 106.
13. *Ibidem*.

14. ABBAGNANO, NICOLA: *Op. cit.* p. 204.
15. MARÍAS, JULIÁN: *Historia de la Filosofía*. Alianza Editorial, 1985.
16. HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Primera Edición. Madrid, 1970.
17. JOLIVET, REGIS: *Las doctrinas...* *Op. cit.* pp. 336 y siguientes.
18. HUSSERL, EDMUND: *Meditaciones Cartesianas*. Fondo de Cultura Económica. Segunda Edición, 1986. México, D. F.
19. *Idem.*
20. HUSSERL, EDMUND: *Ideas...* *Op. cit.* p. 70.
21. *Idem.*
22. JOLIVET, REGIS: *Op. cit.*
23. MARÍAS, JULIÁN: *Op. cit.* p. 400.
24. HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: *Op. cit.* pp. 318 y siguientes.
25. HUSSERL, EDMUND: *Ideas...* *Op. cit.* pp. 32 y siguientes.
26. RECASENS, SICHES: *Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX*. 1953. I. p. 428. Citado por Antonio Hernández Gil en *Opus cit.* pp. 22 y siguientes.
27. FERNÁNDEZ, LORENZO: *Opus cit.* p. 322.
28. REINACH, ADOLF: *Fundamentos Apriorísticos del Derecho Civil*. 1934. Citado por Hernández Gil en *Op. cit.* p. 319.
29. *Idem.*
30. FERNÁNDEZ G., LORENZO: *Op. cit.* p. 323.
31. HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: *Op. cit.* pp. 22 y siguientes.



## CAPITULO TERCERO: FENOMENOLOGIA Y EXISTENCIALISMO

El método característico de exposición en la Filosofía Existencial no es el discursivo para probar algo, sino el inmediato, en cuanto que invita a uno a entrar dentro de sí, dentro de la propia experiencia, sin intermediarios de ninguna clase. "Descubre por ese procedimiento la intencionalidad *transcesiva* del hombre, cuya esencia metafísicamente constitutiva, íntima, es el 'espacio concreto' o la temporalización".<sup>1</sup>

Se busca en la Filosofía Existencial encontrar la esencia última del hombre que no es más que la propia experiencia; ya lo señalaba Heidegger que su esencia consiste en su existencia. Por el Ser se accede a los entes; y el Ser está en los entes; dentro de ellos la preeminencia corresponde a este ente que es el hombre y que es un "ser ahí".

Si hay algo claro es que para los existencialistas en general no admiten como fuente de conocimiento sino la percepción directa e inmediata por medio de la conciencia, y esto les ha llevado a afirmar como simple realidad o el tiempo o la duración.<sup>2</sup>

Para M. Merleau-Ponty: "La Fenomenología es el estudio de las esencias, y todos los problemas según ella, se reducen a definir las esencias: la esencia de la percepción, la esencia de la conciencia, por ejemplo. Pero la Fenomenología es también una Filosofía que coloca nuevamente las esencias en la existencia, y no piensa que se puede comprender al mundo más que partiendo de su "facilidad". Es una Filosofía trascendental que deja en suspenso, para comprenderlas, las afirmaciones de la actitud natural, pero es también una Filosofía para la que el mundo está siempre "ya ahí" antes de la reflexión, como una presencia inalienable, todo el esfuerzo de la cual consiste en volver a encontrar ese contacto ingenuo con el mundo para darle, por fin, un estatuto filosófico."<sup>3</sup>

Pero volvamos al señalamiento de Heidegger: la "esencia" del existir consiste en su existencia. Es claro que el ente de Heidegger es cada uno de nosotros, y que el resto de los entes deben ser estudiados desde su ser o existencia. Como lo explica Julián Marías, los caracteres del Ser, cuando se refieren al *dasein* se llaman *existenciales*, cuando corresponden a los otros modos de ente, *categorías*. Por ello, el ente es un *quien* (existencia) o un *que* (ser presente en el más amplio sentido). Heidegger advierte que la analítica del existir es distinta de toda antropología, psicología y biología, y anterior a ellas. No sólo, pues —concluye Marías— la Filosofía de Heidegger no se pregunta fundamentalmente por el hombre, sino por el sentido del Ser.

Lo que se persigue en definitiva es llevar a cabo una interpretación de los datos interiores, de la ontología desde ellos mismos.

Una posición peculiar, hablando de Fenomenología y Existencialismo, es la sostenida por Jean Paul Sartre quien siguió una línea ateo-nihilista del existencialismo francés.

Heidegger, Husserl y Hegel son los primeros pensadores del cual parte Sartre para su análisis. Cree que en el individuo, la existencia precede a la esencia; esto es, que es el hombre quien determina su esencia y los valores de su existencia debido a su ilimitada, absoluta y fatal libertad. El hombre está condenado a ser libre porque su andar está solitario de Dios y solitario de normas.

En definitiva, podemos sacar en claro que la Fenomenología constituyó basamento decidido para el pensamiento existencial y concluimos con Ferrater Mora diciendo: "Algunos autores que, aunque no existencialistas en sentido estricto, no se entenderían derechamente sino es dentro del horizonte de cierto 'pensamiento existencial', han sido decididamente fenomenólogos..."<sup>4</sup>

#### 1. ¿HACIA UN EXISTENCIALISMO JURIDICO? CONCLUSIONES

Quizás el mayor valor de la Filosofía Existencial es el hecho que centró la reflexión filosófica en el hombre, en el individuo concreto, de carne y hueso; como lo señala Unamuno, el hombre que nace, sufre y muere —sobre todo el que muere— el que come y bebe, juega y duerme, y piensa y quiere, el hombre que se ve y a quien se oye. . . , este hombre concreto, de carne y hueso, es el sujeto y el supremo objeto de toda filosofía, quiéranlo o no ciertos sedicentes filósofos. Esto fue lo que hizo la Filosofía Existencial.

Tanto la Filosofía de las Ideas, así como la de la mera experimentación, habían alejado al hombre de su verdadera posición, y lo

habían dejado de lado, viviendo en un granero mientras –a decir de Kierkegaard– se construían grandiosos castillos a sus especulaciones.

El hombre no es un ser genérico ni específico –anota Hans Pfeil– ni siquiera un tipo. Tampoco se limita a ser el caso especial de un tipo o el representante de una especie, o el momento transitorio de una idea. Sino que, ante todo, es un *individuum*, es decir, un ser indiviso e incomunicable.<sup>5</sup>

Este rescate de la individualidad y el señalamiento de la peligrosidad de la “masa” social en cuanto a que ésta es capaz de absolver de tal manera al hombre que éste se diluye dentro de ella y pierde en definitiva lo que tiene de particular y de concreto, único e irrepetible es la principal labor del existencialismo como doctrina primigenia.

Sin embargo, esta afirmación, si la enfocamos desde el ámbito jurídico-social, tendríamos que decir que es hasta cierto punto aparente, por cuanto éste “yo” tiene que convivir con otros “yo” que gozan también de la irrepetibilidad individual de cada quien. El hombre por más concreto e individual que sea, no vive aislado sino que por el contrario tiene necesaria relación con el medio social; ya lo dice el viejo aforismo latino: *Ubi homo ibi societas*; y como consecuencias de ese relacionarse con el medio social, a ese “concreto” humano se le impone reglas, normas, limitaciones, esto es, se le impone un ordenamiento jurídico.<sup>6</sup>

Las relaciones –señala Hernández Gil– entre la persona humana y ‘los otros’ son también vistas por los autores existencialistas de muy diferentes maneras. Para algunos, lo importante (aunque por ventura lamentable) es la soledad radical; para otros, la compañía. Para algunos, la persona es siempre la que se hace a sí misma; para otros, es lo que se hace con su situación personal y hasta histórica o inclusive social.

Cierto es que el existencialismo no ha tenido eco importante en la problemática filosófica y científica del Derecho.

La idea de la Muerte –en Heidegger– y de la Nada –en Sartre– a lo cual está abocado fatalmente el hombre, hace casi nugatorio el intento de buscarle a las relaciones con el medio social importancia alguna; sería ilusorio e innecesario y además falto de sentido.

Sin embargo, el propio “ser-en-el-mundo” de Heidegger podríamos darle otro contenido. Ser en el mundo implica también estar-en-el-mundo y esto significaría que en el mundo estoy yo

como un individuo concreto, como *individuum*; pero estarían otros individuos y las cosas como parte de la noción de "mundo". Pues bien, tenemos una primera conclusión: ser en el mundo implica consecuentemente el estar-en-el-mundo. Si aquel -el ser- es absoluto, perenne, inmutable y necesario; este estar sería relativo, limitado, mutable, contingente y no necesario. Entraríamos en el campo de lo posible entendiendo que tal posibilidad se manifiesta de una manera dual, pero ambas posibles -claro, no 'a la vez'- porque violaría el principio de no-contradicción. Esta dualidad se manifestaría en: una posibilidad-sí y una posibilidad-no; sin caer en forma fatal en uno u otro sentido por que ya no sería posibilidad sino necesidad.

El estar en el mundo pues, -como todo estar- genera relaciones -de cualquier índole- con ese mundo. Así, entre mi 'yo' y las cosas hay relaciones de propiedad, de posesión o meras relaciones de tipo negativas, esto es, relaciones de abstención.<sup>7</sup>

Por otro lado, y bajo el punto de vista que estamos planteando, hay relaciones de mi 'yo' con 'los otros'; sean relaciones intencionales (como la celebración de contratos), o relaciones como la responsabilidad civil por daños causados.

El propio Kierkegaard establecía una triple relación del "yo" existente con: el alma, Dios y el mundo. Cabe también las mismas observaciones.

Pero por supuesto, esto hasta aquí; porque si entráramos más allá en el pensamiento de Heidegger o Sartre, nos encontraríamos que tales reflexiones no sirven para nada porque las cosas nacen sin motivo, existen por impotencia y mueren por accidente. . .

Retomando el tema de Relaciones a lo que Jasper denomina *Comunicación*; y habla de comunicación en un sentido en el que nos encontramos frente a nuestra libertad, otra libertad, frente a nuestro yo, otro yo, permaneciendo siempre distintos, opuestos, autónomos, nunca fusionados, a lo largo de todo el proceso comunicativo. Esta coexistencia exige un orden externo, pero no un orden cualquiera, sino una ordenación que respete y proteja los derechos del hombre, condición básica de la decisión existencial.<sup>8</sup>

Bajo esta óptica comunicacional de Jasper y la de 'Relaciones' nuestras, es afirmable sin género de dudas que el Derecho en cuanto ordena las conductas de "existentes", debe partir de los propios existentes para lograr mayor certeza en los preceptos y mayor adecuación normativa.

A través de esto, la normativa regirá por fuerza de lo esencial humano y no por mero capricho de los hombres.

El hombre es Individuo pero –y aquí peca el existencialismo– es además un ser de Relaciones y entre éstas las sociales. Ambas cosas han de tomarse en cuenta para llegar a una aproximación a la verdad y la Justicia que, en definitiva, no escapan de lo humano existencial.

#### ORIGEN DE LAS CITAS

1. ALONSO-FUEYO, SABINO: *Existencialismo y Existencialistas*. Editorial Guerri, 1949. pp. 180 y siguientes.
2. *Idem*.
3. MERLEAU-PONTY, M.: *Phénoménologie de la Perception*. París, Gallimard, 1945, p. II. Citado por Regis, Jolivet en *Opus cit.* pp. 340 y siguientes.
4. FERRATER MORA: *La Filosofía en el mundo de hoy*. 1963. p. 69. Citado por Antonio Hernández G. en *Opus cit.* pp. 34 y siguientes.
5. PFEIL, HANS: *Opus cit.* p. 146.
6. Esto en un sentido general; pero en particular, al hombre también se le impone los llamados convencionalismos sociales, reglas de cortesía, normas de conducta, reglas morales aceptadas por el grupo social, etc.
7. Ocurre cuando se debe respetar la propiedad de “los otros” o no realizar actos sobre las cosas (el depósito p. ej.).
8. FERNÁNDEZ G., LORENZO: *Op. cit.* pp. 540 y siguientes.



**LAS RECIENTES MODIFICACIONES  
DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO  
EN EL HEMISFERIO AMERICANO**

**GONZALO PARRA-ARANGUREN**

*Revista de la Facultad de Derecho, N° 43,*  
Universidad Católica Andrés Bello.  
Caracas, Venezuela 1991



## SUMARIO

I. LA UNIFICACION EN LA ESFERA INTERNACIONAL. 1. Los esfuerzos iniciales en el seno de la Organización de los Estados Americanos (1949). 2. Los resultados obtenidos en las Cuatro Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado. II. LA MODIFICACION DE LOS SISTEMAS NACIONALES. 3. Los trabajos de reforma en el plano nacional. 4. El Proyecto venezolano de "Ley de Normas de Derecho Internacional Privado" (1963). 5. El Anteproyecto brasilero de "Ley General de Aplicación de las Normas Jurídicas" (1964). 6. El Proyecto argentino de "Código de Derecho Internacional Privado" (1974). 7. Los trabajos de la Comisión Codificadora peruana nombrada en 1965. 8. La Propuesta Sustitoria de la doctora Delia Revoredo de Debakey (1980). 9. La revisión hecha por el doctor Roberto MacLean Ugarteche (1981). 10. Los trabajos de la Comisión Revisora nombrada por el Congreso (1984). 11. Las revisiones finales. 12. La promulgación del Código Civil del Perú (1984). 13. El Código Civil del Paraguay (1985). 14. La "Ley de Migración y Extranjería" de Guatemala (1986). 15. La Ley de Extranjería de El Salvador (1986). 16. El Código Civil cubano (1987). 17. La iniciación de los trabajos de reforma en México. 18. La importancia de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado. 19. La reforma de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos (1975). 20. El Proyecto de la Comisión nombrada por la Cámara de Diputados (1978). 21. El Anteproyecto de Carlos Arellano García y José Luis Siqueiros (1979). 22. Los trabajos emprendidos en el seno de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado. 23. La Reforma del "Código Civil para el Distrito Federal en Materia y Común y para toda la República en Materia Federal" (1987). 24. Los trabajos iniciados en el Uruguay. 25. El "Código General de Proceso" (1988). 26. Los esfuerzos en el mundo angloamericano: Quebec, Louisiana, Puerto Rico. 27. El Proyecto de reforma del Código Civil de Quebec (1974). 28. La versión de 1988. 29. Las modificaciones de 1990. 30. Los esfuerzos emprendidos en el Estado de Louisiana. 31. El Proyecto de 1990. 32. Las finalidades perseguidas. II. LA AUTONOMIA LEGISLATIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 33. Los problemas planteados por los trabajos de reforma. 34. La diversa metodología legislativa. 35. La autonomía reconocida en los Proyectos de Ley. 36. La regulación en el Título Preliminar del Código Civil. 37. La preparación de un Libro Especial en el Código Civil peruano. 38. La actitud asumida en Quebec. 39. La ausencia de pronunciamiento metodológico. IV. LA CLASE DE NORMAS UTILIZADAS EN LOS TRABAJOS DE REFORMA. 40. Las diversas clases de normas. 41. Las "leyes de aplicación inmediata". 42. Las normas unilaterales. 43. Las reglas bilaterales. 44. La flexibilidad de las normas. V. LOS PROBLEMAS GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL.

NAL PRIVADO. 45. Los diversos problemas. 46. Su regulación en los distintos países. VI. LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 47. La primacía de los Tratados. 48. La aplicación de las normas de conflicto nacionales. 49. El carácter imperativo de las reglas de Derecho Internacional Privado. 50. La territorialidad de la ley como solución subsidiaria. 51. Las consecuencias del principio de la territorialidad. 52. El Código Civil mexicano. 53. La orientación del Código Civil del Perú. 54. Las directrices sancionadas en el Proyecto de Lousiana. 55. La determinación de la ley más afectada en caso de su falta de aplicación. 56. Las orientaciones contemporáneas. VII. LA PARTE GENERAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. a) *La aplicación del derecho extranjero*. 57. El principio generalmente aceptado. 58. La solución del Proyecto venezolano. 59. El Código Civil del Perú. 60. La posición mexicana. b) *El problema de las calificaciones*. 61. El Código Civil de México. 62. La Ley mexicana de Comercio y Navegación Marítimos. 63. La calificación *lege causae* del Proyecto argentino. 64. La calificación *lege fori* del Proyecto de la Comisión Revisora peruana (1984). 65. El Código Civil cubano. 66. El Proyecto de Quebec. c) *Las instituciones desconocidas*. 67. El Proyecto de Código Civil peruano (1984). 68. El Código Civil de México y el Proyecto de Quebec. d) *Las normas interterritoriales o interpersonales extranjeras*. 69. El principio generalmente admitido. e) *Las normas de Derecho Internacional Privado extranjeras*. 70. Ausencia de pronunciamiento sobre el problema. 71. Su rechazo en el Código Civil del Perú. 72. Su admisión en el Código Civil cubano. 73. Las soluciones intermedias. 74. La actitud asumida en el Proyecto de Lousiana. f) *Las cuestiones previas, preliminares o incidentales*. 75. El Código Civil de México. 76. El proyecto argentino. g) *La armoniosa aplicación de las leyes*. 77. La solución de la Convención Interamericana. 78. El Código Civil mexicano. h) *La lex validitatis*. 79. El Código Civil argentino de 1869. 80. La reforma del Código Civil del Paraguay. i) *Los derechos adquiridos*. 81. El Código Civil peruano. 82. El Código Civil de México. 83. La Ley de Migración y Extranjería de Guatemala. j) *La excepción de orden público*. 84. Su general aceptación. 85. La defensa contra los "efectos de la aplicación" del derecho extranjero. 86. Su consagración en varios trabajos de reforma. 87. La fórmula general del "orden público". 88. El Código Civil de México. 89. La redacción de la cláusula de orden público en algunos trabajos de reforma. 90. La posible interpretación de las fórmulas peruana y uruguaya. 91. La solución cuando interviene la excepción de orden público. 92. El orden público extranjero. k) *La excepción de fraude a la Ley*. 93. El Proyecto argentino. 94. La posición del Perú. 95. La actitud mexicana. l) *Las leyes de aplicación inmediata*. 96. Su importancia en la actualidad. 97. La tentativa de consagrarlas expresamente en la Convención Interamericana de Normas Generales. 98. El Proyecto de Quebec. 99. El Proyecto venezolano y las normas extranjeras de aplicación inmediata. VII. EL TRATAMIENTO PROCESAL DEL DERECHO EXTRANJERO. 100. Los Tratados americanos. 101. El Código Civil argentino de 1869. 102. La reforma del Código Civil del Paraguay. 103. El Código Civil mexicano de 1870. 104. La posición de El Salvador. 105. La Ley de Migración y Extranjería de Guatemala. 106. Los varios textos sancionados en México. 107. La reforma del Código Civil. 108. La importancia de la reforma. 109. Las dificultades de la práctica forense en El Perú. 110. El Código Civil peruano. 111. La posible colaboración de las partes. 112. El Código General del Proceso uruguayo. 113. El deber impuesto al juez. 114. Las

dificultades prácticas de averiguar el Derecho extranjero. 115. La posibilidad de recurso de casación. 116. La "Convención Interamericana sobre Prueba e Información del Derecho Extranjero". 117. La apreciación de los medios de prueba no idóneos. 118. La solicitud de asistencia judicial internacional. 119. El régimen del Código Civil peruano. 120. La obligación de suministrar los informes solicitados. 121. La solución cuando no ha sido posible establecer el contenido del Derecho extranjero. VIII. CONSIDERACIONES FINALES. 122. La importancia de la contribución americana al desarrollo del Derecho Internacional Privado contemporáneo.

## I. LA UNIFICACION EN LA ESFERA INTERNACIONAL

1. La Carta Constitutiva de la Organización de los Estados Americanos encomendó a uno de sus órganos, el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, la tarea de "promover el desarrollo y la codificación del Derecho Internacional Público y del Derecho Internacional Privado" (Art. 67).<sup>1</sup> En cumplimiento de este mandato el Comité Jurídico Interamericano, órgano permanente del Consejo (Art. 68), presentó un Informe de fecha 6 de septiembre de 1949 en sentido favorable a la revisión del Código Bustamante (1928) a la luz de los Tratados de Montevideo (1889, 1939-1940) y del *Restatement of the Law of Conflict of Laws*, preparado en los Estados Unidos de la América del Norte bajo los auspicios del Instituto de Derecho Americano.<sup>2</sup>

2. Después de más de dos décadas de trabajos preparatorios, los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos abandonaron la idea de efectuar una revisión completa del Código Bustamante; y se decidió restringir los esfuerzos al examen de los problemas concretos que debían resolverse más frecuentemente, de acuerdo con la enseñanzas de la experiencia. Esta metodología ha inspirado los trabajos de las Cuatro Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado, reunidas en Pa-

1. *Conferencias Internacionales Americanas*. Segundo Suplemento (1945-1954). Washington, 1956, p. 136.

2. El Consejo Jurídico Interamericano debía reunirse en forma periódica, con representación de todos los Estados Miembros de la Organización; y su órgano permanente era el Comité Jurídico Interamericano, compuesto de siete integrantes con sede en Río de Janeiro. Sin embargo, esta dualidad desapareció y sólo se mantuvo al Comité Jurídico Interamericano, con once miembros, en virtud de la reforma de la Carta Constitutiva de la Organización de Estados Americanos, ocurrida en la Tercera Conferencia Especial Interamericana, celebrada en Buenos Aires del 15 al 25 de febrero de 1967 (Gonzalo Parra-Aranguren: "La Revisión del Código Bustamante", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, 1974, N° 18, pp. 9-132, reproducido en *Codificación del Derecho Internacional Privado en América*. Caracas, 1982, pp. 199-295).

namá (CIDIP-I, 1975),<sup>3</sup> Montevideo (CIDIP-II, 1979),<sup>4</sup> La Paz (CIDIP-III, 1984)<sup>5</sup> y Montevideo (CIDIP-IV, 1989);<sup>6</sup> y la misma directriz inspira la

3. En la Primera Conferencia Especializada Interamericana (CIDIP-I, Panamá 1975) fueron suscritos, el 30 de enero de 1975, los siguientes instrumentos: a) la "Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias"; b) la "Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero"; c) la "Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser Utilizados en el Extranjero"; d) la "Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagares y Facturas"; e) la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Cheques"; y f) la "Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional" (Gonzalo Parra-Aranguren: "La Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (Panamá, 1975, CIDIP-I)", *Actas Procesales del Derecho Vivo*, 1975, Volumen XVI, Nos. 46-48, pp. 307-342, reproducido en *Codificación, op. cit.*, pp. 297-317; "Las Seis Convenciones suscritas en Panamá (1975) sobre Derecho Internacional Privado", *RFDUCAB*, 1980, N° 27, pp. 9-40, reproducido en *Codificación, op. cit.*, pp. 319-234).
4. En la Segunda Conferencia Especializada Interamericana (CIDIP-2, Montevideo, 1979) fueron suscritos, el 8 de mayo de 1979, los siguientes instrumentos: a) la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles; b) la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Cheques; c) la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado; d) la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado; e) la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros; f) la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares; g) la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, y h) el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias. (Gonzalo Parra-Aranguren: "La Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (Montevideo, 1979, CIDIP-II)", *Actas Procesales del Derecho Vivo*, 1979, Volumen XXXII, Nos. 94-96, pp. 83-147, reproducido en *Codificación, op. cit.*, pp. 393-432; "La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (Montevideo, 1979)", *Anuario Jurídico Interamericano*, 1979. Washington, 1979, pp. 157-186, reproducido en *Codificación, op. cit.*, pp. 433-480).
5. En la Tercera Conferencia Especializada Interamericana (CIDIP-III, La Paz, 1984) fueron suscritos, el 24 de abril de 1984, los siguientes instrumentos: a) la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores; b) la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de las Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado; c) la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras, y d) el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero (Gonzalo Parra-Aranguren: "Los Trabajos Preparatorios de la Tercera Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado", *RFDUCAB*, 1981-1982, N° 32, pp. 73-74; "La Tercera Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado", *RFDUCAB*, 1984 N° 33, pp. 9-111, N° 34, 1985, pp. 9-99; "Codification in America with Particular reference to the Third Specialized Inter-American Conference on Private International Law

preparación del Temario de la Quinta Conferencia Especializada Interamericana (CIDIP-V), a reunirse en México, posiblemente en 1984, con la participación activa de Canadá, en su carácter de nuevo Miembro de la Organización de los Estados Americanos.

Los resultados obtenidos por las Cuatro Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado son ampliamente satisfactorios, según lo comprueba la aprobación de veintiuna Convenciones que regulan problemas de gran trascendencia en la vida diaria, referentes al Derecho Civil Internacional, Derecho Mercantil Internacional y Derecho Procesal Internacional; debiendo destacarse con particular énfasis, entre todas ellas, la "Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado", que representa una contribución única a nivel mundial.

Los países iberoamericanos del continente han ratificado gran mayoría de las convenciones aprobadas. Los Estados Unidos de la América del Norte demuestran un interés creciente en el proceso de codificación, habiendo ratificado hasta la fecha de escribir estos comentarios (mayo de 1991) la "Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional" (1990), la "Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias" (1988) y el "Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias" (1988). Los esfuerzos emprendidos también han sido objeto de reconocimiento en la Madre Patria España, que ha comunicado su adhesión a la "Convención Interamericana sobre

---

[CIDIP-III] [La Paz, 1984]", *International Law at the time of its Codification. Essays in honour of Roberto Ago*, Vol. IV, Milán, 1987, pp. 227-247).

6. En la *Cuarta Conferencia Especializada Interamericana (Montevideo)*, 1979 fueron suscritos los siguientes instrumentos: a) la "Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores"; b) la "Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias"; y c) la "Convención Interamericana sobre Contrato de Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera". Además se aprobaron las "Bases Propuestas por la Comisión Segunda para el Estudio Futuro del Tema Relativo a la Ley Aplicable en Materia de Contratación Internacional" (Gonzalo Parra-Aranguren: "The Fourth Inter-American Specialized Conference on Private International Law (CIDIP-IV, Montevideo, 9-15 July, 1989)", *Netherlands International Law Review*; "The Fourth Inter-American Specialized Conference on Private International Law (CIDIP-IV, Montevideo, 9-15 July, 1989)", *Conflicts et harmonisation. Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Friburgo, Suiza, 1990, pp. 155-175; "La Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (Montevideo, julio de 1979)", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Política de la Universidad Central de Venezuela*, Caracas, 1990, N° 75, pp. 99-186 ss..

Exhortos o Cartas Rogatorias" (1987) y a la "Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero" (1987).

## II. LA MODIFICACION DE LOS SISTEMAS NACIONALES

3. De manera simultánea a los trabajos de unificación en la esfera internacional varios países del hemisferio americano dieron comienzo a la revisión de sus normas de Derecho Internacional Privado, aun cuando los resultados obtenidos no son los mismos en todas partes.

4. En efecto, algunas iniciativas se mantienen todavía como simples trabajos doctrinarios, siendo la primera, en orden cronológico, el *Proyecto venezolano de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado*. Fue preparado por una Comisión nombrada por el Ministerio de Justicia el 17 de diciembre de 1958, compuesta por los doctores Roberto Goldschmidt, Gonzalo Parra-Aranguren y Joaquín Sánchez-Covisa; quedó concluido a fines de abril de 1963, habiéndose publicado de nuevo dos años más tarde con algunas modificaciones.<sup>7</sup> El esfuerzo obtuvo comentarios muy favorables en el extranjero<sup>8</sup> y sus

7. A.N. Makarov: *Quellen des Internationalen Privatrechts. Nationale Kodifikationen*, Tübingen, 1978, pp. 309-313. El Proyecto de 1963 fue objeto de algunos cambios y se publicó de nuevo en 1965. El Proyecto consta de sesenta artículos, distribuidos en doce capítulos, bajo los siguientes rubros: Disposiciones Generales (Arts. 1-6); Domicilio (Arts. 7-12); De las Personas (Arts. 13-17); De la Familia (Arts. 18-26); De los Bienes (Arts. 27-28); De las Obligaciones (Arts. 29-33); De las Sucesiones (Arts. 34-37); De la Forma y Prueba de los Actos (Arts. 38-39); De la Competencia Procesal Internacional (Arts. 40-52); De la Eficacia de las Sentencias Extranjeras (Arts. 53-54); Del Procedimiento (Arts. 55-58); y Disposiciones Finales (Arts. 59-60).
8. Rodolfo De Nova: "Current Developments of Private International Law", *American Journal of Comparative Law*, Vol. XIII, 1964, p. 542; Werner Goldschmidt. "El Proyecto venezolano de Derecho Internacional Privado", *Revista del Ministerio de Justicia* Caracas, 1965, Nº 50, pp. 77-78; Werner Goldschmidt. "Avances de la Extraterritorialidad de la Ley en el Pensamiento Jurídico Iberoamericano", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XVII, 1964, pp. 335-343; Paul Heinrich Neuhaus. "Proyecto Venezolano de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado. Observaciones de Derecho Comparado", traducción al español de Tatiana B. de Maekelt, *Libro-Homenaje a la Memoria de Lorenzo Herrera-Mendoza*, Tomo I, Caracas, 1970, pp. 55-80; Paul Heinrich Neuhaus. "La actualidad de la codificación del Derecho Internacional Privado", traducción al español de Tatiana B. de Maekelt, *Libro-Homenaje a la Memoria de Joaquín Sánchez-Covisa*, Caracas, 1975, pp. 245-251; Fritz von Schwind. "Disposiciones Generales del Proyecto Venezolano y Recientes Tendencias del Derecho Internacional Privado", traducción al español de Hans Leu, en *Libro-Homenaje a la Memoria de Roberto Goldschmidt*, Caracas, 1967, pp. 691-702; Haroldo Valladao. *Dirreito Internacional Privado*, 2ª. ed., Río de Janeiro - Sao Paulo, 1970, p. 162.

soluciones, sin duda alguna, influyeron no sólo en diversos artículos de varias Convenciones Interamericanas aprobadas con posterioridad, sino también en el proyecto preparado en 1969 por el doctor Werner Goldschmidt;<sup>9</sup> en las nuevas reglas de Derecho Internacional Privado sancionadas en el Código Civil peruano de 1984,<sup>10</sup> y en el "Anteproyecto de Reformas al Código Civil para el Distrito Federal, en materia de Derecho Internacional Privado", que preparó en 1987 el licenciado Leonel Pérez-Nieto Castro para cumplir el mandato del Décimo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado mexicano.<sup>11</sup>

5. El Gobierno Federal encomendó al inolvidable jurista brasileño, doctor Haroldo Valladao, la preparación del "Anteproyecto Oficial de Reforma de la Ley de Introducción del Código Civil"<sup>12</sup> y, una vez concluido, fue publicado en enero de 1964 bajo el título: *Ley General de Aplicación de las Normas Jurídicas*, porque incluyó también la regulación de otros asuntos distintos del Derecho Internacional Privado. El Anteproyecto estuvo precedido de una "Exposición de Motivos", que explicó tanto el "Método y Orientación Generales" como la "Denominación de la Nueva Ley"; y de una "Justificación de

9. Werner Goldschmidt: "El tercer Congreso Nacional de Derecho Civil y el Derecho Internacional Privado", *Revista de Derecho Internacional y Ciencias Diplomáticas*, 1961, Tomo VIII, pp. 75 y ss., reproducido en *studios Iusprivatistas Internacionales*, Rosario, Argentina, 1969, pp. 137-141 (véase el número seis de este trabajo).
10. Así lo informa la doctora Delia Revoredo de Debaquey respecto a su "Propuesta Sustitutoria del Proyecto de Título Preliminar del Código Civil", presentada en 1980, y también en relación al texto definitivamente aprobado (véanse luego los números 8 y 53 de este trabajo).
11. Pérez-Nieto Castro, Leonel: "Anteproyecto de Reformas al Código Civil para el Distrito Federal, en materia de Derecho Internacional Privado", *Undécimo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, México, 1989, pp. 19-25 (véase luego el número 22 de este trabajo).
12. Según relata el doctor Haroldo Valladao, después de la declaración de guerra a Italia y Alemania, mediante el Decreto-Ley N° 4567, vigente a partir del 24 de octubre de 1942, el Gobierno Militar del Brasil modificó la Ley de Introducción del Código Civil con la finalidad inmediata "de no aplicar a los súbditos de los países enemigos sus leyes nacionales"; reforma "realizada en secreto, sin publicación del proyecto, sin audiencia de los juristas, sin ninguna exposición de motivos", que "fue una sorpresa para los medios jurídicos del país, tanto más porque alteró también otros principios tradicionales del derecho brasileño como el de la no retroactividad de las leyes" (*Direito Internacional Privado*, Tomo I, 5ª Ed., Río De Janeiro - São Paulo, 1980, p. 188).

los Textos” para informar “las razones históricas, comparativas, filosóficas y realistas de la adopción de cada uno de ellos”.<sup>13</sup>

El Anteproyecto de “Ley General de Aplicación de las Normas Jurídicas” fue sometido al examen de una Comisión Revisora, compuesta por el Ministro del Supremo Tribunal Federal, Luis Gallotti, el funcionario del Tribunal de Justicia del Estado de Guanabara, Oscar Tenorio, y del propio Proyectista, doctor Haroldo Valladao, con el carácter de Relator. Después de un detenido estudio resultó aprobado con “pocas enmiendas de sustancia, algunas de las cuales fueron de iniciativa del propio autor del Anteproyecto y en otras como resultado del intercambio de criterios”,<sup>14</sup> habiendo sido presentado el 3 de agosto de 1970 al Presidente de la República por el Ministro de Justicia, profesor Alberto Buzaid.<sup>15</sup> Aun cuando no ha sido sancionado por el Congreso del Brasil sus soluciones fueron sostenidas con gran energía por el eminente Proyectista y dejaron huella indudable en algunos aspectos de las Convenciones aprobadas en la Primera y Segunda Conferencias Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado.

13. Valladao: *Direito, op. cit.*, p. 189. Los seis capítulos del Anteproyecto estuvieron titulados: I. Disposiciones Generales sobre la Ley y otras Normas Jurídicas; II. Disposiciones sobre Tratados y Convenciones Internacionales, y Decretos y Reglamentos; III. Disposiciones de Derecho Internacional Privado; IV. Disposiciones de Derecho Intertemporal; V. Disposiciones sobre Cómputo de Plazos, y VI. Disposiciones Finales. Se encuentra reproducido en: Haroldo Valladao: *Material de Classe de Direito Internacional Privado*, Undécima Edición, Río de Janeiro, 1980, pp. 119-149; y en Makarov, *op. cit.*, pp. 56-65.
14. Valladao: *Direito, op. cit.*, Tomo I, p. 190.
15. Valladao: *Material, op. cit.*, pp. 158-180. En el “Relatorio da Comissao Revisora do Anteprojeto” se afirma: “En materia de derecho internacional privado, el Anteproyecto abandona los criterios simplistas y superados, de la ley de la nacionalidad o de la ley del domicilio, sistemáticamente para grandes grupos de relaciones jurídicas, disciplinándolas en categorías más restringidas, buscando otros criterios menos lógicos pero más justos; equitativos, prácticos y efectivos, de la ley de la residencia habitual; de la ley de la situación principalmente de los inmuebles, rigiendo por la ley brasilera la sucesión en cuanto a los aquí situados; de la ley del lugar de la ejecución, de la ley más favorable a los actos, al hijo, al incapaz, al alimentado, etc., de la ley brasilera en defensa de los intereses del país y de los brasileros, etc.” (Valladao: *Material, op. cit.*, p. 152). El Capítulo Tercero se refiere al Derecho Internacional Privado y sus artículos tratan de las siguientes materias: Principio fundamental (16); Derechos de los Extranjeros (17); Conflictos de leyes sobre nacionalidad y domicilio (18-20); Personalidad e incapacidades especiales de derecho (21-24); Incapacidad de hecho (25); Protección social de los incapaces (26); Existencia y capacidad de las personas jurídicas (27-28); Forma Extrínseca de los Actos (29-30); Prescripción extintiva (31); Matrimonio (32-34); Efectos del Matrimonio (34-36); Separación y divorcio

6. La urgencia de renovar la codificación del Derecho Internacional Privado fue discutida en la República de Argentina con ocasión del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, reunido en la ciudad de Córdoba en octubre de 1961; y como resultado de las deliberaciones fue resuelto: "sistematizar el Derecho Internacional Privado en el Código Civil como título preliminar y que al efecto se consulte a especialistas en la materia".<sup>16</sup>

Algunos años más tarde, el doctor Werner Goldschmidt, en su carácter de Relator General en el Séptimo Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, reunido en Buenos Aires en agosto de 1969, presentó una *Exposición de Motivos y Anteproyecto de Bases de una Ley uniforme (o de un Convenio Unificador Normal o de una Ley-Tipo) de Derecho Internacional Privado*, que tuvo muy en cuenta los proyectos venezolano y brasileño.<sup>17</sup> Este antecedente explica que, cuatro años después, recibiera el encargo de preparar un nuevo Proyecto de ley, tanto por la "Asociación Argentina de Derecho Internacional", con ocasión de su Segundo Congreso celebrado en abril de 1973 como por la Procuraduría del Tesoro de la Nación a cargo del doctor Adalberto Enrique Cozzi, en octubre del mismo año.<sup>18</sup>

Las anteriores iniciativas encontraron cauce permanente en la Resolución 425 del veintiuno de agosto de 1978, dictada por el Ministro de Justicia, doctor Antonio J. Benítez, que dispuso crear una

(37-39); Filiación (40); Tutela, curatela, ausencia (41); Derecho a alimentos (42); Bienes, posesión y derechos reales (43-44); Naves, aeronaves, misiles y satélites (45-46); Bienes incorporales (47); Derechos de autor (48); Propiedad industrial (49); Derecho de las obligaciones en general (50-54); Obligaciones sobre letras de cambio y cheques (55-58); Obligaciones especiales de derecho marítimo y aéreo (59-61); Relaciones de trabajo (62); Derecho de las sucesiones (63-65); Ley general del procedimiento y competencia (66); Inmunidad internacional de jurisdicción (67); Caucción por las costas (68); Régimen de las pruebas (69); Exhortos (70); Reconocimiento de sentencias extranjeras (71-75); Aplicación del derecho declarado competente (76-77); Derechos adquiridos en el exterior (78); Límite general de orden público y adaptación (79); y Conflictos interestatales de leyes (80).

16. Goldschmidt: "El Tercer Congreso", art. cit., *Estudios, op. cit.*, pp. 137-141.
17. Werner Goldschmidt: "Exposición de Motivos y Anteproyecto de Bases de una Ley Uniforme (o de un Convenio Unificador Normal o de una Ley-Tipo) de Derecho Internacional Privado" *Jurisprudencia Argentina*, N° 2161, 13 de marzo de 1969, p. 124, reproducido en *Estudios, op. cit.*, pp. 163-206.
18. Werner Goldschmidt: *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia. Basado en la Teoría Trialista del Mundo Jurídico*, 5ª Ed., Buenos Aires, 1985, N° 22, p. 20.

Comisión con el objeto de estudiar y elaborar un Anteproyecto de ley Nacional de Derecho Internacional Privado; habiendo sido designados para su integración representantes de las Universidades N. del Nordeste (Fernando J. Díaz Ulloque) de Córdoba (Celestino Piotti, h.), Tucumán (Carlos Malfussi), de La Plata (Juan Carlos Smith) y de Buenos Aires (Werner Goldschmidt) y por dos representantes del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto (Arnoldo M. Listrey y Carlos Albergo Pigretti), quienes no asistieron a las reuniones.

El 2 de diciembre de 1974, con los votos de los profesores Fernando J. Díaz Ulloque, Carlos Malfussi y Werner Goldschmidt, se aprobó el *Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado*,<sup>19</sup> con su correspondiente "Exposición de Motivos", compuesto de dos partes: a) una "Ley Nacional de Derecho Internacional Privado", constante de sesenta y cinco artículos referentes a los problemas generales, a la escogencia de la ley aplicable en materias civiles y mercantiles y a los problemas procesales;<sup>20</sup> y b) una "Ley de Derecho Internacional Procesal Civil y Comercial para la Justicia Federal, la de la Capital Federal y la de los Territorios Nacionales", en once artículos.<sup>21</sup>

#### Al respecto explica la Exposición de Motivos:

La necesidad de desdoblarse la materia en una ley nacional y otra federal se debe a la estructura federal de la Argentina, en la cual cuanto se refiere a normas sobre

19. Goldschmidt, *Derecho, op. cit.*, N° 22, p.20. Algún tiempo después, el 17 de marzo de 1976, uno de los miembros disidentes, el doctor Juan Carlos Smith, publicó en *La Ley* su propio "Anteproyecto de Ley Nacional de Derecho Internacional Privado", de neta tendencia neoterritorialista y orientado a la aplicación preponderante del derecho argentino (Werner Goldschmidt: "Leitmotive in der argentinischen Wissenschaft des Internationalen Privatrechts", *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts. Bewahrung oder Wende? Festschrift für Gerhard Kegel*, Frankfurt am Main 1977, pp. 377-378).
20. El Proyecto de Ley Nacional de Derecho Internacional Privado se encuentra dividido en dos secciones: Disposiciones Generales (Arts. 1-6) y Disposiciones Especiales. Esta última se divide en dos capítulos: uno de Derecho Internacional Privado acerca de Problemas Civiles y Comerciales, y otro de Derecho Internacional Privado acerca de Problemas Procesales. El primer Capítulo regula las personas de existencia visible (Arts. 7-8), personas jurídicas (Art. 9), empresas multinacionales (Art. 10), comerciantes (Arts. 11-14), forma de los negocios jurídicos (Art. 15), bienes (Arts. 16-21), matrimonio (Arts. 22-25), filiación (Arts. 26-27), patria potestad (Art. 28), tutela y curatela (Art. 29), sucesión hereditaria (Arts. 30-33), Obligaciones y Contratos (Arts. 34-50). En el segundo Capítulo se incluyen normas sobre Documentos de extraña jurisdicción (Art. 51), jurisdicción (Arts. 52-62), Auxilio judicial internacional (Art. 63), Concurso (Art.64). Por último se incluyó la Disposición Final (Art. 65).
21. Goldschmidt, *Derecho, op. cit.*, pp. 668-691; Makarov, *op. cit.*, pp. 40-51.

conflicto de leyes, conflicto de jurisdicciones, admisión de documentos de extraña jurisdicción, auxilio judicial internacional y concurso, pertenece a la competencia de la Nación, mientras que lo que concierne a problemas procesales es de la incumbencia de las provincias, por un lado, y de la Nación en lo que atañe a la justicia federal, la de la Capital Federal y la de los territorios nacionales, por el otro.<sup>22</sup>

La importancia del "Proyecto" es indiscutible, a pesar de no haber sido sancionado por el Congreso y sus soluciones han dejado profunda huella en el progreso del Derecho Internacional Privado durante la última década, tanto en la República Argentina como en todo el hemisferio americano.

7. - La efectiva modificación de los sistemas nacionales de Derecho Internacional Privado en el hemisferio americano sólo comienza con el trabajo emprendido por una Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil, creada el 1º de marzo por el presidente del Perú, arquitecto Fernando Belaúnde Terry.<sup>23</sup> Los doctores José León Barandian y Jorge Vega García recibieron la encomienda de examinar el título preliminar; y una vez discutidas las ponencias, presentadas individualmente, en enero de 1974 quedó concluido un Proyecto constante de 54 artículos, cuya segunda parte incluyó las normas de Derecho Internacional Privado, concebidos con el propósito de conciliar, según explica la "Exposición de Motivos", "las normas de los tratados internacionales suscritos por el Perú, con principios técnicos y modernos de Derecho Internacional Privado, a fin de lograr los objetivos de justicia y seguridad jurídica".<sup>24</sup>

22. Goldschmidt, *Derecho*, *op. cit.*, p.687.

23. La Comisión se instaló el 31 de mayo de 1965 habiendo comenzado sus trabajos de inmediato. Originalmente estuvo constituida por el Ministro de Justicia y Culto, doctor Carlos Fernández Sessarego, por un delegado que designaría la Corte Suprema, cuyo nombramiento recayó en el doctor Alberto Eguren Bresani; y por los doctores Max Arias Scheiber Pezet, Ismael Bielich Florez, Jorge Eugenio Castañeda, quien nunca se incorporó, Héctor Cornejo Chávez, Rómulo E. Lanatta Guilhem, José León Barandian y Félix Navarro Irvine. Sin embargo, se produjeron varios cambios en su estructura por no incorporaciones, renunciaciones y fallecimientos, dentro de los cuales cabe mencionar la muerte del doctor Jorge Vega García ocurrida en junio de 1973, antes de haber entregado la fundamentación de su Proyecto (Felipe Osterling Parodi: "Introducción", *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*, Lima, Tomo I, 1980; pp. 7-8).

24. *Proyectos y Anteproyectos*, *op. cit.*, Tomo I, pp. 59-86. El presidente de la Comisión en la época, doctor Felipe Osterling Parodi, informa que los preceptos de la segunda parte del título preliminar "tienen su origen, fundamentalmente, en normas antiguas, tales como el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889, el Código Bustamante de 1928, el Tratado de Montevideo de 1940, el Código de Procedimientos Civiles de 1912 y el propio Código Civil de 1936" (Osterling Parodi, *art. cit.*, *Proyectos y Anteproyectos*, *op. cit.*, pp. 10-11).

8. El 26 de octubre de 1978, la Comisión acordó nombrar como asesora a la doctora Delia Revoredo de Debakey para que actualizara y coordinara el Proyecto ya aprobado con la nueva Constitución peruana de 1979 y con las Convenciones Interamericanas aprobadas en las Conferencias Especializadas que habían tenido lugar en Panamá (CIDIP-I, 1975) y Montevideo (CIDIP-II, 1979).<sup>25</sup> En cumplimiento del encargo presentó, dos años más tarde, una *Propuesta Sustitutoria del Proyecto de Título Preliminar*, compuesta de dos grandes secciones, que fue acompañada de una "Exposición de Motivos" y de comentarios con una explicación de las soluciones recomendadas.<sup>26</sup> En el Segundo Capítulo se incluyeron las normas de Derecho Internacional Privado; y, a su vez, fue dividido en cuatro secciones que tratan, sucesivamente, los problemas generales, la competencia jurisdiccional, la ley aplicable y la eficacia de las sentencias extranjeras.<sup>27</sup>

En la "Exposición de Motivos", la doctora Delia Revoredo de Debakey hizo las siguientes advertencias:

El segundo capítulo se sustenta en la tendencia moderna del Derecho Internacional Privado hacia la uniformidad. Este capítulo se refiere sólo a las normas de Derecho Internacional Privado de naturaleza civil, incluyendo las de Derecho Procesal Civil, aun cuando la autora de la Propuesta es consciente de que el ideal sería codificar en un solo texto legal todas las normas que regulen las relaciones jurídicas internacionales privadas. Se afirma la conveniencia de incorporar los preceptos de Derecho Procesal, no sólo por el carácter civil de los mismos, sino también por el método que es empleado para la aplicación del Derecho Internacional Privado. Como se sabe, son las normas de conflicto del juez competente las que indican qué ley es la aplicable a la relación internacional objeto de análisis. Para ello resulta necesario averiguar a qué juez compete conocer del asunto. Ello sólo podría realizarse sobre la base de las normas procesales de Derecho Internacional Privado".<sup>28</sup>

25. El Proyecto de Título Preliminar aprobado por la Comisión Reformadora en 1974 fue objeto de análisis minucioso por "destacados especialistas americanos de Derecho Internacional Privado" que se trasladaron a El Perú en 1978, para asistir a la Reunión Conmemorativa del Centenario del Congreso de Lima (Delia Revoredo de Debakey: "Exposición de Motivos y Comentarios. Derecho Internacional Privado", *Código Civil peruano. Exposición de Motivos y Comentarios*, Tomo VI, Lima, 1985, p. 875).
26. Revoredo de Debakey: "Exposición", art. cit., *Código Civil peruano, op. cit.*, Tomo VI, p. 873.
27. *Proyectos y Anteproyectos, op. cit.*, Tomo I, pp. 87-299.
28. *Proyectos y Anteproyectos, op. cit.*, Tomo I, p. 112. De inmediato agrega: "Contienen antecedentes inmediatos del capítulo segundo de la Propuesta Sustitutoria del proyecto de Título Preliminar del Código Civil peruano, el Proyecto mismo y su fuente principal, el Proyecto de Ley de Normas venezolano de 1965" (*op. cit.*, p. 113).

9. Según informa la doctora Delia Revoredo de Debakey, su "Propuesta Sustitutoria" y el Proyecto Original del doctor Jorge Vega García, que constituyó la base del documento aprobado por la Comisión en 1974, fueron sometidos al ilustrado criterio del doctor Robert Mac Lean Ugarteche, "quien, de acuerdo con las instrucciones del presidente de la Reformadora, trató, en lo posible, que permaneciera intacto el texto del doctor Vega García". En consecuencia, se elaboró un nuevo proyecto, acogido en última instancia por la Comisión y presentado al Congreso en 1981.<sup>29</sup>

10. En 1982, el Parlamento aprobó, en principio, el "Segundo Proyecto de la Comisión Reformadora", aun cuando dispuso su estudio por una Comisión Revisora compuesta de tres senadores, tres diputados y tres juristas.<sup>30</sup> Durante su primer examen, realizado en 1983, se modificaron algunas disposiciones y fueron suprimidas otras, habiendo sido publicado el 21 de febrero de 1984 en el diario oficial *El Peruano* como Libro Décimo del Código Civil: constaba de 75 artículos sobre Derecho Internacional Privado distribuidos en cuatro secciones.

11. El "Proyecto de Código Civil aprobado por la Comisión Revisora" fue objeto de nuevo examen, que condujo a la versión final, entregada al Ministro de Justicia, doctor Max Arias Schreiber Pezet; y con autorización del Congreso, el Poder Ejecutivo promulgó el *Código Civil* el 24 de julio de 1984.<sup>31</sup> Ahora bien, la doctora Delia Revoredo de Debakey advierte que "al publicarse el Código Civil en julio del mismo año de 1984, se observó que el Proyecto de la Comisión Revisora al que nos hemos referido había sido sustancialmente modificado en los últimos meses, con nuevas e importantes, aunque no siempre acertadas, modificaciones y supresiones".<sup>32</sup>

12. El texto definitivamente promulgado entró en vigencia el 14 de noviembre de 1984; fue incorporado como "Libro Décimo" al Código Civil, y consta de 55 preceptos (Arts. 2.046 a 2.111), divididos en cuatro secciones con los siguientes títulos: Disposiciones Genera-

29. *Proyecto del Nuevo Código Civil peruano*, Edición No Oficial, Lima, 1981.

30. Ley N° 23.403 de 27 de mayo de 1982, que también autorizó al Ejecutivo para sancionar el Proyecto definitivo (*Rabelz*, año 1983, Tomo XLVII, p. 174).

31. Jürgen Samtleben: "Neues Internationales Privatrecht in Peru", *Rabelz*, año 1985, Tomo XLIX, p. 488.

32. Revoredo de Debakey: "Exposición", art. cit., *Código Civil peruano, op. cit.*, Tomo VI, pp. 873-874. Dentro de las supresiones son de destacar los artículos relativos al fraude a la ley peruana, a la calificación, a la cuestión previa, al domicilio internacional y la ley aplicable al derecho alimentario.

les (Título Primero); la Competencia Jurisdiccional (Título Segundo); la Ley Aplicable (Título Tercero) y el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Fallos Arbitrales Extranjeros (Título Cuarto).<sup>33</sup>

La doctora Delia Revoredo de Debakey ha comentado la nueva regulación peruana sobre Derecho Internacional Privado en los términos siguientes:

Se optó por presentar en el Código Civil sólo las normas de Derecho Internacional Privado de naturaleza civil, incluyendo las de Derecho Procesal Civil. . . A primera vista puede sorprender la inclusión de normas procesales en el Título Segundo, del Libro Décimo de un Código Civil, pero ello se justifica no sólo por el carácter civil de dichas normas, sino también por el método que se utiliza en la aplicación del Derecho Internacional Privado. En efecto, como son las normas conflictuales "del juez competente" las que deben señalar la ley aplicable a cada relación internacional, resulta imprescindible averiguar previamente a qué juez compete entender del asunto, y esta averiguación deberá realizarse en base a las normas procesales de Derecho Internacional Privado. . . Así lo hacía el Título Preliminar del Código Civil de 1936, y lo hacen la mayor parte de los códigos o leyes modernos de Derecho Internacional Privado".<sup>34</sup>

33. Una traducción en alemán de los respectivos textos se encuentra en: *Rabelz*, Vol. XLIX, 1985, pp. 522-543; y una versión francesa en: *Revue*, Vol. LXXV, 1986, pp. 192-209. Las "Disposiciones Generales" regularon las siguientes materias: igualdad entre extranjeros y peruanos (Art. 2.046), determinación del derecho aplicable (Art. 2.047), reenvío (Art. 2.048), orden público (Art. 2.049), derechos adquiridos (Art. 2.050) y aplicación del Derecho extranjero (Arts. 2.051 - 2.056). El Título Segundo sanciona el principio general de competencia jurisdiccional, con fundamento en el domicilio del demandado (Art. 2.057), sus excepciones (Arts. 2.058 - 2.063), y reglamenta la jurisdicción arbitral (Art. 2.064), la reconvencción (Art. 2.065), el juicio pendiente (Art. 2.066) y la jurisdicción negativa (Art. 2.067). La determinación de la Ley aplicable, a que se contrae el Título Tercero, se refiere al Derecho de las Personas (Arts. 2.068 - 2.074), al Derecho de Familia (Arts. 2.075 - 2.087), a los Derechos Reales (Arts. 2.088 - 2.093), al Acto Jurídico y Obligaciones (Arts. 2.094 - 2.099) y al Derecho Sucesorio (Arts. 2.100 - 2.101). En el Título Cuarto se exigió de manera expresa la reciprocidad (Arts. 2.102 - 2.103), y se regularon las condiciones necesarias para el *exequatur* (Art. 2.104), la quiebra internacional (Art. 2.105), el trámite de la ejecución (Arts. 2.106 - 2.108), los efectos (Arts. 2.109 - 2.110) y el ámbito de aplicación del Título Cuarto (Art. 2.111).
34. Revoredo de Debakey, "Exposición", art. cit., *Código Civil peruano, op. cit.*, Tomo IV, pp. 879-880. De acuerdo con la doctora Delia Revoredo de Debakey, el legislador tuvo en cuenta los tratados de Montevideo, de 1889, y el Código Bustamante (1928), ambos ratificados por el Perú, y los tratados de Montevideo de 1940. Asimismo advierte que muchas disposiciones tienen su fuente directa en las convenciones aprobadas por la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-II, Montevideo, 1979), particularmente las relativas a Normas Generales, a la Prueba e Información del Derecho Extranjero y a la Eficacia Extraterritorial de Sentencias, habiéndose también considerado los textos de las convenciones suscritas en las Primera y Tercera Conferencias Especializadas Interamericanas, reunidas en

13. El Paraguay no sólo adoptó, por ley de 19 de agosto de 1876, el Código Civil argentino de 29 de septiembre de 1869, sino también algunas de sus modificaciones posteriores, como la Ley de Matrimonio Civil, y el Código de Comercio.<sup>35</sup> En consecuencia, muy pronto fue sentida la necesidad de una legislación propia; y luego de varios intentos, en 1959 se creó una Comisión Nacional de Codificación, que encomendó el trabajo al profesor Luis de Gásperi. En cumplimiento del encargo recibido preparó un extenso Anteproyecto, constante de 3.597 artículos, donde fueron reguladas las diversas materias de derecho civil y de derecho mercantil, el cual fue objeto de examen durante más de dos décadas, primero en la propia Comisión y posteriormente en el Senado y en el Parlamento.<sup>35-a</sup> De esta manera concluyeron las tareas preparatorias y por Ley N° 1.183, del 19 de diciembre de 1985, fue sancionado el nuevo Código Civil, con vigencia a partir del 1° de enero de 1987.<sup>35-b</sup>

Las normas básicas de Derecho Internacional Privado se mantuvieron en el *Título Preliminar* del nuevo Código Civil, bajo el rubro *Disposiciones Generales*; pero también fueron incluidas, en forma dispersa, reglas de conflicto especiales sobre derecho de familia, sucesiones, sociedades y propiedad literaria, científica y artística. Al decir de

Panamá (1975) y La Paz (1984). De igual modo menciona como fuentes principales el Proyecto venezolano de 1963, con sus reformas de 1965, el Código Civil de Portugal, de 1967, los proyectos brasileño de 1971 y suizo de 1978, y asimismo advierte que algunos preceptos encontraron inspiración en los proyectos brasileño de 1964 y argentino de 1974 ("Exposición", art. cit., *Código Civil peruano, op. cit.*, Tomo VI, pp.874-875).

35. La Ley de 1876 ordenando la vigencia del Código Civil argentino fue ratificada el 27 de julio de 1889; la Ley del Matrimonio civil argentina N° 2.393, de 12 de noviembre de 1888, fue adoptada en Paraguay por Ley de 2 de diciembre de 1898; y por Ley de 29 de agosto de 1891, ratificada por Ley de 5 de octubre de 1903, el Paraguay dispuso la vigencia del Código de Comercio de la República Argentina.
- 35-a. Matthias Baus: *Der Neue Código Civil von Paraguay und seine Kollisionsnormen*, Rabelz, Tomo LI, 1987, pp. 440-441.
- 35-b. *Código Civil Paraguayo*. Editorial El Foro, La Asunción, 1988. En el *Prólogo* se hace la siguiente advertencia: "El Código Civil del Paraguay, promulgado por Ley N° 1183/85 fue publicado oficialmente, en cantidad limitada, en febrero del año 1987, a dos meses de su vigencia. Editorial El Foro, consciente de la necesidad que la mayor cantidad posible de personas puedan disponer de esta importante ley civil, ha creído conveniente la edición del Código Civil en miniatura, que servirá tanto a profesionales del foro, como a los estudiantes de Derecho". Una versión alemana de las normas de conflicto se encuentra en *Rabelz*, Tomo LI, 1987, pp. 454-465; y una traducción al francés aparece en *Revue*, Vol. 76, 1987, pp. 469-470.

Matthias Baus su casi totalidad reproduce, con muy ligeras modificaciones, los textos del Código Civil argentino; y en segundo lugar tuvieron como fuente los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, donde se inspira la mayor parte de las reformas, aun cuando también se encuentran huellas de la Ley de Introducción al Código Civil del Brasil de 1942 y del Código Bustamante.<sup>35-c</sup>

El resultado de la reforma no es satisfactorio; y, a pesar de la activa participación de representantes paraguayos en las Conferencias Especializadas Interamericanas, no se aprovechó la oportunidad para efectuar una verdadera modificación, que consagrara las modernas soluciones admitidas en otras regiones del hemisferio americano.<sup>35-d</sup> No obstante, es posible detectar cierta influencia, como lo demuestra la ratificación del principio que ordena aplicar las leyes extranjeras, aceptado tres años antes por el tercer párrafo del artículo noveno del Código de Organización Judicial de 19 de diciembre de 1982 (Ley N° 879),<sup>35-e</sup> en franco antagonismo con lo dispuesto por el artículo 13 del Código Civil argentino, vigente en la época anterior.

Asimismo debe tenerse presente que el Paraguay es parte de todos los Tratados suscritos en Montevideo en 1889 y en 1939-1940;<sup>36</sup> y en fecha reciente ha depositado el instrumento de ratificación de la totalidad de los Convenios aprobados en la Primera y en la Segunda Conferencias Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado reunidas en Panamá (CIDIP-I, 1975) y Montevideo (CIDIP-II, 1979). En consecuencia, resulta deseable que las ansias renovadoras se orienten en el sentido de utilizar los textos convencionales en las relaciones con terceros países como expresión de los principios generales admitidos por el Paraguay.

14. Las normas básicas de Derecho Internacional Privado vigentes en Guatemala se encuentran dispersas en la Ley del Organismo Judicial y en la Ley de Migración y Extranjería, aparte de algunos textos aislados en el Código Civil, el Código de Comercio, el

35-c. Baus, art. cit., pp. 445, 452-453.

35-d. En el mismo sentido se expresa Matthias Baus, cuando afirma: "La nueva regulación del Derecho Internacional Privado no ganó en unidad y simplicidad, debido a la conducta más bien ecléctica asumida por el legislador" (art. cit., p. 445).

35-e. Jürgen Samtleben: "Kurzinformationen". Paraguay, *Rabelz*, Tomo XLVII, 1983, p. 382.

36. Raúl Sapena Pastor: *Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Montevideo, 1980, Nos. 74-75, pp. 60-63.

Código de Procedimiento Civil y otras leyes especiales.<sup>37</sup> En fecha reciente, el 10 de enero de 1986, después de 50 años, fue modificada la *Ley de Migración y Extranjería*,<sup>38</sup> que mantuvo las soluciones consagradas en otros instrumentos, en particular la Ley del Organismo Judicial, de 2 de julio de 1968; y resulta muy lamentable no haber aprovechado la oportunidad para renovar el sistema de Derecho Internacional Privado mediante la consagración de las directrices admitidas pacíficamente en el pensamiento jurídico contemporáneo del hemisferio americano.

No obstante, es de recordar que Guatemala asistió al primero y Segundo Congresos Jurídicos Centroamericanos, que tuvieron lugar en la ciudad de Guatemala (1897) y en El Salvador (1901), donde fueron suscritos convenios sobre Derecho Mercantil, Penal y Extradición, Propiedad Artística y Literaria, Derecho Civil y Derecho Procesal, con manifiesta inspiración en los tratados de Montevideo de 1889.<sup>39</sup> Asimismo, debe tenerse presente que el 9 de septiembre de 1929, Guatemala ratificó sin reservas de ninguna especie el Código Bustamante; y que ha depositado el instrumento de ratificación de todas las convenciones aprobadas por la Primera y Segunda Conferencias Especializadas Interamericanas (CIDIP-I, Panamá, 1975, y CIDIP-II, Montevideo, 1979), excepción hecha de las referentes a la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros y al Domicilio de las Personas Físicas en Derecho Internacional Privado. Por tanto, es de esperarse que se produzca una benéfica "radiación" de las soluciones internacionales para resolver las controversias con elementos extranjeros relacionadas con países no vinculados por dichas convenciones.

37. Según informa José Matos: "Las disposiciones de Derecho Internacional Privado que se hicieron figurar en el Título Preliminar del Libro Primero del Código Civil de 1926 se eliminaron por la Comisión Codificadora del Código Civil de 1933, . . . y fueron incorporadas en la Ley Constitutiva del Poder Judicial de la República" (*Curso de Derecho Internacional Privado*, 2ª Ed., Guatemala, 1941, N° 136, p. 230).

38. Jürgen Samtleben: "Zur Entwicklung des Internationalen Privatrechts in Guatemala", *Rabelz*, Año 1987, Tomo 51, pp.111-113. Las normas correspondientes con traducción al alemán, se encuentran publicadas en las páginas 214-225.

39. En relación a los convenios de 1897, comenta José Matos: "Estos cinco convenios, debido quizás a las vicisitudes de la política centroamericana, no se consideraron obligatorios en todos los países contratantes, no obstante que en la mayor parte de ellos parece que adquirieron fuerza de ley" (*op. cit.*, N° 135, p. 229). La misma incertidumbre es reiterada por Jürgen Samtleben quien, además, recuerda que las tensiones existentes en la época entre los diversos países

15. Las normas del Código Civil promulgado en El Salvador el 21 de agosto de 1859, con las revisiones efectuadas en 1880, y las reglas del Código de Procedimiento Civil, han encontrado complemento parcial en la *Ley de Extranjería*, del 20 de febrero de 1986<sup>40</sup> que, en su capítulo tercero, incluye tanto normas relativas a nacionalidad y naturalización como algunas regulaciones sobre Derecho de las Personas, de la Familia, de los Bienes y de las Obligaciones. Sin embargo, se trata de fórmulas unilaterales dirigidas a determinar el ámbito de aplicación de las normas salvadoreñas respecto a las personas físicas y jurídicas extranjeras, residentes o de tránsito en el territorio de la República, que siguen muy de cerca las soluciones del Código Bustamante y reiteran el riguroso territorialismo expresado en la reserva de carácter general hecha por El Salvador en el momento de su ratificación.<sup>41</sup>

Por otra parte, El Salvador sólo ha depositado el instrumento de ratificación de las Convenciones aprobadas con motivo de la Primera Conferencia Especializada Interamericana (CIDIP-I, Panamá, 1975), excepto la relativa a cheques, y de la Convención sobre conflictos de leyes en materia de cheques suscrita en Montevideo en 1979. En con-

---

condujeron a la guerra, motivo por el cual dichos tratados pasaron a segundo plano; pero advierte que tuvieron cierta resonancia en su legislación interna de derecho internacional privado (*Internationales Privatrecht in Lateinamerika*, Tübingen, 1979, pp.20-22).

40. Un extracto en español con su traducción alemana fue publicado en Rabelz, Vol. LI, 1967, pp. 224-227.
41. Gonzalo Parra Aranguren: "El Código Bustamante: su vigencia en América y su posible ratificación por España", *Libro Homenaje a Luis Loreto*, Caracas, 1975, reproducido en *Codificación*, pp. 173-176; Samtleben, *Internationales, op. cit.*, pp. 90-94. En efecto, El Salvador hizo reserva expresa de los siguientes artículos: a) 44, 146, 176, 232 y 233 (Primera); b) 187, párrafo final (Segunda); c) 327, 328 y 329 (Tercera); y además agregó: "*Cuarta*: No renuncia la República de El Salvador a su potestad legislativa para dictar en lo futuro leyes o disposiciones que creyere convenientes sobre las materias de Derecho Internacional Privado que contiene el 'Código Bustamante'; y *Quinta*: Estima que la Convención de Derecho Internacional Privado es un cuerpo de doctrina jurídica de gran valor en jurisprudencia, pero que carece de la eficacia suficiente hasta el momento actual, para prevalecer sobre los términos expresados de la ley salvadoreña en todo aquello en que ese cuerpo de doctrina las contrarie o modifique. Esta aprobación no restringe la potestad legislativa de El Salvador para dictar en lo futuro las leyes o disposiciones que creyere convenientes sobre las materias de Derecho Internacional Privado que contiene el 'Código Bustamante'; y en caso de que las doctrinas jurídicas que contiene la Convención de referencia, contraríen o restrinjan en alguna forma las leyes de El Salvador, no prevalecerán sobre dichas leyes" (*Conferencias Internacionales Americanas, 1889-1936*. Washington, 1938, pp. 349-350).

secuencia, resulta imperioso un gran esfuerzo para ajustar su sistema de Derecho Internacional Privado a las tendencias admitidas en el hemisferio americano y es de lamentar que no haya aprovechado la ocasión de la reforma de la Ley de Extranjería para realizar objetivo tan aconsejable.<sup>42</sup>

16. El Código Civil español de 1889 mantuvo su vigencia en la República de Cuba después de su independencia, con fundamento en el Tratado de París suscrito el 10 de diciembre del año anterior;<sup>43</sup> y aun cuando fue objeto de varias modificaciones, se produjo un sorpresivo hibridismo a partir de la Constitución del 7 de febrero de 1959, que consagró instituciones y prácticas inspiradas en el modelo establecido por la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS).

Ahora bien, aun cuando pueda parecer sorprendente, el régimen jurídico relativo al matrimonio y el divorcio, las relaciones paternofiliales, el parentesco, la tutela y las obligaciones alimentarias, sólo fue adaptado a las nuevas ideas políticas muchos años después del triunfo de la Revolución, con la promulgación del *Código de la Familia* el 14 de febrero de 1975.<sup>44</sup> además de reconocer autonomía legislativa al derecho de familia también reguló sumariamente, en su artículo 64, la eficacia de las sentencias extranjeras de divorcio en el territorio de la República.<sup>45</sup>

Dos años más tarde, la *Ley N° 7 de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral*, del 19 de agosto de 1977, en sus artículos 2, 3, 4, 483, 484 y

42. Andrea Tiedemann: "Neue Kollisionsnormen in El Salvador", Rabelz, Vol. 51, 1987, pp. 120-123.

43. El Código Civil del 11 de mayo de 1885 fue extendido a Cuba, Puerto Rico y Filipinas por Real Decreto de 31 de julio de 1889, siendo Ministro de Ultramar don Manuel Becerra; y pasó a regir desde 1891.

44. Ha sufrido varias reformas, dentro de las cuales cabe mencionar la referente al Registro Civil mencionada por Ley N° 51 del 15 de julio de 1985, que fue objeto de reglamentación el 25 de diciembre del mismo año.

45. El artículo 64 prescribe: "La sentencia de divorcio dictada en el extranjero que disuelva un matrimonio celebrado de acuerdo con las leyes cubanas o de un país extranjero, entre cubanos, o entre cubanos y extranjeros o entre extranjeros, tendrá validez en Cuba, siempre que por la representación consular cubana en el país donde se haya concedido el divorcio se certifique que éste fue sustanciado y fallado de acuerdo con las leyes de dicho país" (*Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XLI, 1989, p. 675). Por tanto, se parte del domicilio y no de la nacionalidad sin que pueda afirmarse la existencia de reciprocidad, al permitir la revisión de fondo; y el precepto ha permitido reconocer su aceptación de un eventual reenvío (Alexander Bergman. *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, "Kuba", pp. 1-6).

485, reguló la competencia en la esfera internacional cubana y estableció el régimen general para el reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras;<sup>46</sup> y en forma prácticamente simultánea fueron establecidas las pautas básicas para la asistencia judicial internacional por *Ley N° 4 de 10 de agosto de 1977 de Organización del Sistema Judicial*.

De la misma época data "el complejo proceso de elaboración legislativa" iniciado por una Comisión presidida por Blas Roca Calderón, que condujo al *Código Civil*, aprobado por la Asamblea Nacional el 16 de julio de 1987.<sup>47</sup> El nuevo instrumento "se inspira en nuestra realidad nacional y en la práctica social de la Revolución y se aparta de los postulados individualistas que habían caracterizado al Derecho Civil anterior, cada vez más incompatible con nuestro régimen socialista";<sup>48</sup> y estuvo precedido de los siguientes considerandos:

"POR CUANTO: El Código Civil que comenzó a regir en Cuba el 5 de noviembre de 1889 ha sido objeto de sucesivos cambios, los cuales adquirieron especial relevancia a partir de 1959 al iniciarse las transformaciones básicas en nuestra sociedad que condujeron a la asunción por parte del estado de los medios e instrumentos fundamentales de producción.

"POR CUANTO: Es necesario reelaborar el conjunto de nuestro Derecho Civil en armonía con la realidad socioeconómica actual, incorporar a él nuevas instituciones, suprimir las que resulten inaplicables y acoger las más recientes contribuciones de la doctrina jurídica del socialismo, así como incorporar a este texto legal algunos contratos que no eran de naturaleza civil destinados a satisfacer necesidades de la población con el objeto de ofrecer a ésta las garantías inherentes a la legislación civil.

"POR CUANTO: El nuevo Código Civil, además de garantizar y salvaguardar los intereses de las personas en sus relaciones jurídicas, debe fortalecer nuestro sistema económico y jurídico, estimular la ayuda mutua entre los miembros de la sociedad y reflejar la moral inherente a los intereses de la clase obrera".<sup>49</sup>

El nuevo Título Preliminar contiene pocos preceptos sobre Derecho Internacional Privado. En efecto, la materia se encuentra

46. *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LI, 1989, p. 674.

47. La Ley N° 59, aprobatoria del Código Civil, fue publicada en la *Gaceta Oficial* extraordinaria del 15 de octubre de 1987, con vigencia a partir de los 180 días siguientes a su publicación, o sea, el 12 de abril de 1988, a tenor de lo dispuesto en la tercera de sus Disposiciones Finales.

48. "Presentación", *Código Civil. Ley N° 59*, Divulgación del Ministerio de Justicia, 2ª edición, La Habana, 1988, p. 4.

49. *Código Civil. Ley N° 59*, Divulgación del Ministerio de Justicia, 2ª ed., 1988, p. 7. Los artículos correspondientes a Derecho Internacional Privado fueron reproducidos en la *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XLI, 1989, pp. 673-674; y una traducción al alemán se encuentra *Rabelz*, Vol. LII, 1988, pp. 753-754.

regulada por los artículos del 11 al 21, que proclaman el principio de la igualdad entre nacionales y extranjeros (Art. 11); y determinan la ley aplicable a la capacidad de las personas físicas y jurídicas (Art. 12); a la forma de los actos (Art. 13); a los actos jurídicos sobre bienes muebles e inmuebles, buques y aeronaves (Art. 14); a la sucesión (Art. 15); y a las obligaciones extracontractuales (Art. 16). De igual modo son resueltos los problemas de las calificaciones (Art. 18), y del reenvío (Art. 19); se ordena la aplicación preferente de los tratados (Art. 20) y se consagra la excepción de orden público (Art. 21).

No obstante, es preciso recordar que la República de Cuba ratificó sin reservas el Código Bustamante (1928), el cual nunca fue denunciado, a pesar de las veleidades ideológicas de su clase gubernamental y de la ruptura de relaciones diplomáticas con numerosos países del hemisferio americano;<sup>50</sup> pero, por otra parte, Cuba se ha abstenido de participar en las Conferencias Especializadas Interamericanas porque fue excluida de la Organización de los Estados Americanos y tampoco se ha adherido a ninguna de las convenciones aprobadas en esas oportunidades.

Asimismo conviene tener presente que los personeros del gobierno cubano orientaron su política exterior a la incorporación de la República al Consejo de Asistencia Económica Mutua (CAEM) y a la celebración de diversos convenios de carácter bilateral con los antiguos Estados socialistas; y, por esta circunstancia, al decir de I. García Velazco, “es probable que el legislador no haya sentido la necesidad de proceder a una reforma más profunda del sistema” de Derecho Internacional Privado, que contiene una regulación muy exigua y no puede compararse con los instrumentos aprobados en otros países de la misma orientación, como fue el caso de Checoslovaquia (1963), Polonia (1964) y Hungría (1979). En efecto, no debe olvidarse que, para la fecha de la reforma del Código Civil, el tráfico jurídico externo más significativo (el de Cuba con los países del Este) tiene asegurada su regulación a través de un importante número de tratados bilaterales y otros instrumentos de carácter multilateral. Las disposiciones conflictuales insertas en el Código Civil —es decir, el sistema estatal— se dirigen a la reglamentación de un tráfico jurídico de mínima entidad”.<sup>51</sup>

50. I. García Velazco: “El Sistema de Derecho Internacional Privado de la República de Cuba”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XLI, 1989, p. 673.

51. Samtleben: *Internationales Privatrecht*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 178-280; García Velazco, art. cit., p. 669.

17. La profundización del sentimiento nacionalista y las múltiples reclamaciones internacionales con motivo de los daños causados por la guerra de la revolución explican el sistema de Derecho Internacional Privado que encontró expresión en el "Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal" vigente a partir de 1932;<sup>52</sup> y esta misma reacción se dejó sentir en la actitud de México cuando se abstuvo de ratificar el Código Bustamante, a pesar de haberlo votado y aprobado sin reserva alguna.<sup>53</sup>

Ahora bien, en los últimos años se ha producido en México un cambio muy importante en la política comercial, orientada en la actualidad hacia la apertura de las fronteras;<sup>54</sup> y, por tanto, se sintió la

52. Leonel Pérez-Nieto Castro: "Breve Panorama del Derecho Internacional Privado en México", *Relaciones Internacionales*, México, 1989, N° 46, p. 35. De igual modo el licenciado Leonel Pérez-Nieto Castro comenta las repercusiones de la revolución mexicana (1910-1917) en el campo del Derecho Internacional Privado: "Dados los caracteres del movimiento revolucionario, lo apocalíptico de su lucha, la profundidad de sus consecuencias y los embates del exterior, cabe pensar que en la mente de algunos de los hombres que más tarde ocuparon puestos de gran importancia en el gobierno, se gestase una visión nacionalista respecto a los problemas que se les plantearon; motivo, quizás, del giro territorialista que se le imprimió a varias cuestiones de orden jurídico" (*Derecho Internacional Privado*, 4ª ed., México, 1977, pp. 40-41). Debe también advertirse que el Proyecto presentado por la Comisión Redactora del Código Civil declaraba aplicable la ley de la nacionalidad en materia de estatuto personal, con expresa referencia a las ideas de Mancini; pero la Secretaría de Relaciones Exteriores modificó drásticamente los artículos 12 y 13 para orientarlos dentro de un sistema eminentemente territorialista "por la experiencia obtenida en materia de reclamaciones extranjeras" (Carlos Arellano García: *Derecho Internacional Privado*, México, 1974, N° 180, pp. 585-587). En consecuencia, el sistema consagrado presentó las siguientes características: a) sigue el principio de la territorialidad, con excepciones en el caso de mexicanos en el exterior, sometidos a la ley nacional, entendida como la federal; b) la enorme importancia del orden público; y c) la creciente discriminación contra los extranjeros, inclusive los naturalizados, que debe entenderse como una medida de defensa, en áreas sensitivas, antes que una medida de agresión (José Luis Siqueiros - S.A. Bayitch - *Conflict of Laws: Mexico and the United States. A Bilateral Study*, Coral Gables, Florida, 1968, p. 26. Incluye como "Apéndice" una traducción en inglés de los correspondientes artículos del Código Civil).
53. Enrique Helguera: "El Derecho Internacional Privado mexicano y el Código Bustamante", *Comunicaciones Mexicanas al Sexto Congreso Internacional de Derecho Comparado*, México, 1962, pp. 29-30; Samtleben, *Internationales Privatrecht, op. cit.*, pp. 61-62.
54. El modelo económico de las décadas anteriores había pretendido la sustitución de las importaciones, a fin de crear la propia estructura industrial interna; y fue adoptado después de la Segunda Gran Guerra bajo los auspicios de la Comisión de las Naciones Unidas para la América Latina (CEPAL).

necesidad de revisar con urgencia las antiguas estructuras jurídicas, ante el convencimiento de que "hoy en día ningún Estado puede resolver todos sus problemas mediante el aislamiento".<sup>55</sup>

18. A partir de enero de 1975 las nuevas directrices encontraron cauce permanente en la activa participación mexicana en las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado,<sup>56</sup> que ha conducido a la ratificación de quince de las convenciones aprobadas;<sup>57</sup> y las delegaciones de México, presididas por el licenciado Ricardo Abarca Landero, caracterizadas por la estabilidad de sus miembros, estuvieron compuestas por juristas muy notables que se dieron a la tarea de divulgar las nuevas ideas en seminarios nacionales, celebrados todos los años a partir de 1977, dentro del marco de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado, construida a finales de la década de los sesenta, con la eficaz colaboración de Claude Belair, Fernando Vázquez Pando, Laura Triqueros, Víctor García Moreno y Leonel Pérez-Nieto Castro).<sup>58</sup>

19. De esa época, 22 de diciembre de 1975, data la introducción de los párrafos tercero, cuarto, quinto y sexto del artículo tercero en la Ley de Navegación y Comercio Marítimos, que consagraron la calificación *lege causae*, admitieron el reenvío en primer grado y reconocieron las excepciones de orden público y fraude a la

55. Pérez-Nieto Castro: DIP, 4ª ed., *op. cit.*, p. 145.

56. La asistencia de México a dichas conferencias recibió adecuado apoyo de los funcionarios de la Secretaría de Relaciones Exteriores Alfonso Rosenzweig Días, Sergio González Gálvez y Alberto Szekely (Pérez Nieto, "Breve Panorama", art. cit., *Relaciones Internacionales, op. cit.*, pp. 36-37). Por otra parte, también debe señalarse la destacada participación, durante muchos años, del licenciado Jorge Barrera Graf en los trabajos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y en el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDR OIT).

57. Según informa Leonel Pérez Nieto Castro, hasta 1971 México sólo había ratificado dos convenciones sobre materias de Derecho Internacional Privado: en 1953, el Protocolo sobre Uniformidad en el Régimen Legal de los Poderes de Washington, de 1940, y en 1971, la Convención de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 1958 ("Breve Panorama", Art. cit., *Relaciones Internacionales, op. cit.*, p. 37). Sin embargo, con posterioridad, hasta el primero de noviembre de 1990 había depositado el instrumento de ratificación de todas las convenciones aprobadas en la Primera, Segunda y Tercera Conferencias Especializadas Interamericanas, excepción hecha de las dos relativas a cheques y de la referente al cumplimiento de medidas cautelares.

58. Leonel Pérez-Nieto Castro: *Derecho Internacional Privado*, 5ª ed., México, 1989, p. 297.

ley mexicana.<sup>59</sup> Algún tiempo antes, en 1967, el licenciado Rafael Rojina Villegas había sugerido abandonar parcialmente el riguroso territorialismo del artículo 12 del Código Civil, mediante la adición de varios párrafos que permitieran mayor flexibilidad en las soluciones;<sup>60</sup> y diez años más tarde, en el deseo de atender las exigencias impuestas por el acercamiento entre los Estados y de “encontrar soluciones prácticas”, el licenciado Leonel Pérez-Nieto Castro propuso un “Anteproyecto de ley sobre disposiciones de Derecho Internacional Privado, que se adicionarían al Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal”.<sup>61</sup>

20. El año siguiente, 1978, la Cámara de Diputados constituyó una comisión de juristas a fin de elaborar un anteproyecto de Código Civil para el Distrito Federal; y una subcomisión, compuesta por los licenciados Ignacio Galindo Garfias y Jorge Sánchez Cordero Dávila, preparó tanto las Disposiciones Preliminares como el Primer Libro del Código, con la asesoría del licenciado Leonel Pérez-Nieto Castro. Una vez concluido el encargo, su resultado se publicó por la propia Cámara de Diputados en el volumen primero de los “Documentos de trabajo para el estudio de posibles reformas al *Código Civil para el Distrito Federal* en asuntos del orden común y para toda la República en asuntos del orden federal”.<sup>62</sup>

59. Pérez-Nieto Castro, *dip*, 4ª ed., pp. 50-51.

60. Rafael Rojina Villegas: *Proyecto de reformas al Código Civil del Distrito y Territorios Federales*, México, 1967, citado por Fernando Alejandro Vázquez Pando, en su artículo: “Comentarios sobre el Nuevo Derecho Internacional Privado mexicano”, comunicación al Duodécimo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado, separata del libro: *Undécimo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, México, 1989, p. 24.

61. Además de la reforma del artículo duodécimo del Código Civil, fue propuesto agregar un Libro Quinto contentivo de cinco títulos con los siguientes rubros: “Disposiciones Preliminares” (Arts. 3045-3050); “Del Derecho Aplicable a las Personas” (Arts. 3051-3062); “De las Normas Aplicables a los Bienes” (Arts. 3064-3068); “De las Normas Aplicables a las Sucesiones” (Arts. 3069-3070), y “De las Normas Aplicables a las Obligaciones y Contratos” (Arts. 3071-3073) (Pérez-Nieto Castro: *dip*, 4ª ed., *op. cit.*, pp.139-144).

62. Pérez-Nieto Castro, DIP, 5ª ed., *op. cit.*, p. 198. La publicación fue objeto de comentarios críticos de parte del licenciado Fernando Alejandro Vázquez Pando, en un artículo titulado: “El Derecho Internacional Privado en las disposiciones preliminares del Documento de trabajo para el estudio de posibles reformas al Código Civil para el Distrito Federal en asuntos del orden común y para toda la República en asuntos del orden federal” (*Jurídica*, N° 11, 1979, pp. 411-442).

21. De manera prácticamente simultánea, los licenciados Carlos Arellano García y José Luis Siqueiros prepararon el "Anteproyecto de Convención sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado" que la Delegación de México presentó en la Segunda Conferencia Especializada Interamericana reunida en Montevideo en 1979, con su correspondiente "Exposición de Motivos".<sup>63</sup> Con esta ocasión, el licenciado José Luis Siqueiros se planteó la interrogante acerca de si "¿Es posible la Codificación del Derecho Internacional Privado?"; y su respuesta fue afirmativa, luego de examinar las normas generales de conflicto consagradas en los Tratados Americanos y en la legislación interna de los Estados del hemisferio.<sup>64</sup>

22. La iniciativa de la reforma fue continuada en el seno de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado, presidida en 1985 por el licenciado Fernando Alejandro Vázquez Pando, quien encomendó al profesor Leonel Pérez-Nieto Castro la preparación del respectivo proyecto;<sup>65</sup> y, una vez considerado, la Sesión Plenaria del Décimo Seminario Nacional encomendó a la Academia que continuara la codificación del Derecho Internacional Privado mexicano, tomando en cuenta las discusiones habidas durante las reuniones y las conclusiones aprobadas. En consecuencia, la Academia asignó la tarea a los licenciados Ricardo Abarca Landero, Walter Frisch, Leonel Pérez-Nieto Castro (relator especial), José Luis Siqueiros, Laura Trigueros y Fernando Alejandro Vázquez Pando;<sup>66</sup> y, según informa

63. *Actas y Documentos. Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-II)*, Vol. III, Washington, 1980, pp. 405-413. Consta de treinta y tres artículos distribuidos en nueve Títulos bajo los siguientes rubros: Aplicación del Derecho Extranjero (Arts. 1-2); Reconocimiento de Derechos Adquiridos (Art. 3); Reenvío (Art. 4); Calificación (Art. 5); Orden Público (Art. 6); Fraude a la Ley (Art. 7); Existencia, Estado y Capacidad de las Personas. El Domicilio (Arts. 8-18); Bienes Muebles e Inmuebles (Arts. 19-21); Forma Extrínseca de los Actos (Art. 22); Obligaciones (Arts. 23-26) y Disposiciones Finales (Arts. 27-33).

64. José Luis Siqueiros: "¿Es posible la Codificación de las Normas Generales de Derecho Internacional Privado?", *Primer Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, México, 1979, pp. 79-169.

65. De igual modo se encomendó a los licenciados Ricardo Abarca Landero, José Luis Siqueiros y Laura Trigueros la preparación de los proyectos sobre cooperación judicial internacional, ejecución de sentencias y derecho del trabajo, respectivamente.

66. Aun cuando Walter Frisch no es mencionado en el "Informe" que presentó Fernando Alejandro Vázquez Pando al Undécimo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado, Leonel Pérez-Nieto Castro lo señala como miembro del Grupo de Trabajo creado por la Academia ("Anteproyecto de Reformas al Código Civil para el Distrito Federal en materia de Derecho Internacional Privado", *Undécimo, op. cit.*, p. 20; *DIP*, 5ª ed., *op. cit.*, p. 298).

este último, se le encargó la preparación de un proyecto en materia internacional privatista-civil, labor a la cual dedicó varios meses de trabajo.<sup>67</sup> Seguidamente el relator especial, Leonel Pérez-Nieto Castro, elaboró un nuevo proyecto, sometido a los miembros de la Academia por carta circular de 22 de mayo de 1987. De manera simultánea, un segundo grupo de trabajo, compuesto por los académicos Ricardo Abarca Landero, José Luis Siqueiros y Fernando Alejandro Vázquez Pardo preparó un proyecto de reformas al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y otro proyecto de reformas al Código Federal de Procedimientos Civiles.

La Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado puso a disposición de la Comisión Asesora en materia de Derecho Internacional Privado y Derecho Mercantil Internacional de la Secretaría de Relaciones Exteriores el Anteproyecto que prepara el licenciado Leonel-Pérez Nieto Castro; y ésta después de efectuar su cuidadoso estudio recomendó la redacción de un nuevo proyecto mucho menos ambicioso, "que sirviera como un primer paso para la modernización de nuestro sistema iusprivatista civil".<sup>69</sup> De acuerdo con el criterio de Comisión Asesora deberán perseguirse "dos criterios específicos: respetar en todo lo posible la estructura del Código Civil,<sup>70</sup> y limitarse a las reformas indispensables para incorporar los compromisos internacionalmente contraídos a través de las Convenciones Interamericanas relevantes, y algunos principios bien establecidos en la doctrina y práctica mexicanas".<sup>71</sup>

67. Pérez-Nieto Castro, en sus explicaciones sobre los antecedentes históricos no menciona la preparación del anteproyecto que Fernando Alejandro Vázquez Pando indica haber preparado ("Anteproyecto", art. cit., *Undécimo, op. cit.*, p. 20).
68. "Informe que presenta la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado A.C. al Undécimo Seminario de Derecho Internacional Privado (15 a 17 de octubre de 1987, Querétaro, Qro.) por conducto del académico, don Fernando Alejandro Vázquez Pando", *Undécimo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, México, 1989, pp. 38-39; Fernando-Alejandro Vázquez Pando "La Codificación del Derecho Internacional Privado mexicano y la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado", Comunicación al Undécimo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado (Querétaro, Qro., 15 a 17 de octubre de 1987), *Undécimo, op. cit.*, pp. 289-290).
69. Pérez-Nieto Castro: "Anteproyecto", art. cit., *Undécimo, op. cit.*, pp. 21-25.
70. El Anteproyecto de Leonel Pérez-Nieto Castro sugería la adición de un Libro Quinto al Código Civil, para reunir las nuevas normas sobre Derecho Internacional Privado ("Anteproyecto", art. cit., *Undécimo, op. cit.*, pp. 21-25).
71. "Informe", art. cit., *Undécimo, op. cit.*, pp. 39-40. La Comisión Asesora quedó integrada por los licenciados: Ricardo Abarca Landero, José María Abascal Zamora,

Las anteriores directrices fueron seguidas en el anteproyecto elaborado por el grupo *ad-hoc* designado por la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado, que decidió "no incluir el tema de la adopción internacional de menores, por considerar que la adecuada regulación del mismo rebasa en mucho una mera reforma al Código Civil";<sup>72</sup> y sometido a consideración del Undécimo Seminario Nacional resultó aprobado.

23. El nuevo proyecto fue sometido a una Comisión Redactora presidida por el Consultor Jurídico de la Secretaría de Relaciones Exteriores, Alberto Székely, en la cual también participaron Ricardo Abarca Landero, Leonel Pérez-Nieto Castro, José Luis Siqueiros y Fernando Vázquez Pando.<sup>73</sup> Una vez concluidos, los trabajos se enviaron al Congreso, y el 11 de diciembre de 1987 fueron sancionados el *Decreto por el que se reforma y adiciona el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal* y el *Decreto por el que se reforma y adiciona el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, habiendo entrado en vigencia el 8 de enero de 1988.<sup>74</sup>

El nuevo sistema mexicano Derecho Internacional Privado reiteró el principio de la territorialidad en el artículo 12 del Código Civil; el artículo 13 dispuso el reconocimiento de los derechos adquiridos en el extranjero (inciso 1º) y determinó la ley aplicable al estado y capacidad de las personas, al régimen de los bienes, a la forma de los actos y a los efectos de los actos o contratos (ordinales 2º, 3º, 4º y 5º). El artículo 14 dispuso la aplicación del derecho extranjero en la misma forma que en su país de origen y también hizo pronunciamiento sobre el reenvío, la cuestión incidental, la institución desconocida y la adaptación. En el artículo 15 fueron admitidas las excepciones de orden público y fraude a la ley; y los demás preceptos objeto de la reforma (29, 30, 31, 32, 2736, 2737 y 2738 del Código Civil) regularon diversos aspectos del domicilio de las personas físicas y jurídicas.<sup>75</sup>

Jorge Barrera Graf, Rosana Lucio Hernández, Salvador Rocha Díaz, Jorge Sánchez Cordero Dávila, José Luis Siqueiros y Fernando Alejandro Vázquez Pando.

72. "Informe", art. cit., *Undécimo*, *op. cit.*, p. 40.

73. Leonel Pérez-Nieto Castro, DIP, 5ª ed., *op. cit.*, 298-299.

74. *Diario de la Federación*, Vol. CDXII, N° 4, 7 de enero de 1988, pp. 2-3 y 4-6, respectivamente. Una traducción alemana apareció en *Rabelz*, Vol. LII, 1988, pp. 751-754; y una versión francesa se encuentra en: *Revue*, 1989, pp. 593-599.

75. El Decreto modificatorio del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal reformó los artículos 40, 108 y 198 sobre exhortos o cartas rogatorias y el 284 para imponer la carga de la prueba sólo respecto de los hechos, de los usos

24. Una vez restablecido el régimen democrático fue designada en julio de 1986, por el presidente de la república oriental del Uruguay, doctor Julio María Sanguinetti, una comisión compuesta por los doctores Adolfo Gelsi Bidart, Luis Torello y Enrique Véscovi, con el encargo de preparar un Anteproyecto de Código Procesal Civil.<sup>76</sup> En el cumplimiento de la tarea asignada, según informa la "Exposición de Motivos", se tomaron en cuenta, como base fundamental de los trabajos, el Proyecto elaborado por la Comisión Extra-parlamentaria, constituida por iniciativa del entonces Presidente de la Cámara de Diputados, doctor Hugo Batalla, que había sido objeto de correcciones por el Instituto Uruguayo de Derecho Procesal. Asimismo la comisión utilizó los dos anteproyectos preparados durante la década de los años 80, con inspiración en el proyecto de Eduardo Couture (1945), uno por los doctores Barrios de Angelis, Frigerio y Torello; y el otro por los doctores Barrios de Angelis, Gelsi y Torello.<sup>77</sup>

El Anteproyecto fue presentado al Congreso el 28 de abril de 1987;<sup>78</sup> y fue dispuesto someterlo al estudio de la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores.<sup>79</sup> Un año más tarde, el 5 de abril de 1988, después de haber oído a los proyectistas con el

---

de las costumbres. Asimismo fueron agregados los artículos 604 a 608 sobre cooperación judicial internacional en lo relativo al cumplimiento de exhortos y la eficacia extraterritorialidad de leyes y sentencias extranjeras.

76. Los designados habían cumplido una misión similar, cuando redactaron un proyecto a solicitud del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. De esta manera se pretendió una revisión completa del Código de Procedimiento Civil, cuyas raíces remontan a la segunda mitad del siglo pasado cuando se encomendó la preparación de un proyecto al doctor Joaquín Requena. Algún tiempo después, el 9 de marzo de 1877, el Ministerio de Gobierno nombró una Comisión Revisora compuesta por los doctores Joaquín Requena, Manuel Herrera y Obes, Carlos Santurio, Ildefonso García Lagos, Román García, Eduardo Brito del Pino, José L. Vila, Hipólito Gallinal, Martín Berinduague y Lindorio Forteza. Una vez rendido el informe correspondiente, el 2 de enero de 1878, y cumplidos los demás trámites, en enero 17 fue declarado Ley de la República, a partir del 19 de abril de 1878 por el Gobernador Provisorio de la República Oriental del Uruguay (Manuel Bauzón). *Código de Procedimiento Civil de la República Oriental del Uruguay, concordado con sus fuentes y anotado por Manuel Bauzón*, Montevideo, 1956, pp. 20-31).
77. *Código General del Proceso. Ley N° 15.982. Texto y Contexto*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1988, pp. III-IV.
78. *Código, op. cit.*, p. 1. El 19 de febrero de 1987 los proyectistas habían entregado su trabajo, en acto público a la doctora Adela Rieta, Ministra de Cultura.
79. La Comisión estaba integrada por los senadores Gonzalo Aguirre Ramírez, Américo Ricaldoni, Nelson R. Alonso, Juan C. Fá Robaina y Juan C. Rondan.

carácter de invitados especiales,<sup>80</sup> y de consultar la Suprema Corte de Justicia, el Colegio de Abogados, la Asociación de Escritores y el Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, fue rendido un Informe favorable, dejando constancia de haber sesionado 23 veces con los autores del Proyecto; y de haber modificado, con su asentimiento, "muchas de sus disposiciones en aspectos formales y de redacción, no sustantivos", excepto el artículo 56 relativo a las costas.<sup>81</sup>

25. El *Código General de Proceso* fue promulgado el 18 de octubre de 1988; y de acuerdo con su artículo 547 debía entrar en vigencia "el 1º de febrero o el 21 de julio más próximo luego de transcurridos 120 días de su promulgación". Aun cuando no pretendió reformar las normas básicas sobre escogencia de la ley aplicable, que aparecen incluidas desde 1941 en el Título Final del Código Civil,<sup>82</sup> el legislador aprovechó la oportunidad para adecuar la redacción "a las normas internacionales vigentes suscritas y ratificadas por el Uruguay, ... con la invalorable colaboración de los profesores Didier Operti Badán y Eduardo Tellechea".<sup>83</sup> En consecuencia, fueron establecidos, en el Título X del Libro Segundo, los principios generales de Derecho Procesal Civil Internacional (Arts. 524-525); la regulación de la asistencia judicial internacional en sentido estricto (Arts. 526-529) y en materia cautelar (Arts. 530-536); y las condiciones necesarias para la eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros (Arts. 537-543).

80. *Código, op cit.*, pp. 35-44.

81. *Código, op. cit.*, LI-LIII. El "Informe", suscrito por Gonzalo Aguirre Ramírez (miembro informante), Hugo Batalla, Pedro W. Cersosimo, Juan Carlos Fá Robaina, Dardo Ortiz, Américo Ricaldoni y Uruguay Tourne, también hizo de conocimiento público: "Se tomó versión taquigráfica de esas sesiones y en ellas consta todo lo deliberado con los nombrados juristas, lo que constituirá antecedente invalorable e imprescindible para el estudio académico y la aplicación práctica del Código. Ellas sustituirán, en cierta medida, a su historia legislativa".

82. La Ley 10.084 del 3 de diciembre de 1941 agregó los artículos 2.393 a 2.405, como Apéndice al Título Final, aun cuando el respectivo proyecto los destinaba a figurar en el Título Preliminar del Código Civil, en seguimiento de la metodología clásica, según se desprende de la "Exposición de Motivos" del doctor Alvaro Vargas Guillemette, "a quien se debe esta innovación". Sin embargo, la forma propuesta no tuvo éxito "por no variar la actual numeración de los artículos del mismo" (*Código Civil de la República Oriental del Uruguay*, anotado y concordado por el doctor Celedonio Nin y Silva, 4ª Ed. puesta al día por el doctor Mario Nin Pomoli, Montevideo, 1958, pp. 786-788, 793-796).

83. *Código, op. cit.*, p. 34.

26. La idea de codificar el Derecho Internacional Privado ha llegado también a unidades territoriales, pertenecientes en la actualidad a jurisdicciones del *common law*; los trabajos preparatorios han conducido a varios Proyectos preparados en la Provincia de Quebec (Canadá), cuya última versión es de 1990<sup>83-a</sup>; en Louisiana (1985, 1990) y en Puerto Rico (1987),<sup>84</sup> en los Estados Unidos de la América del Norte.

27. Debido a la influencia francesa, el Código Civil de Quebec (1866) incluyó, en su Título Preliminar, algunas reglas generales sobre Derecho Internacional Privado (Arts. 6, 7 y 9).<sup>85</sup> Sin embargo, la escasez de los textos, el impacto del derecho consuetudinario angloamericano (*common law*) y algunas restricciones de naturaleza constitucional, explican la necesidad de la actualización del sistema vigente; tarea asignada a una comisión presidida por J. G. Castel.<sup>86</sup> El trabajo concluyó con la preparación de un Proyecto, constante de 96 artículos, publicado en el otoño de 1975, que incluyó algunos preceptos sobre materias generales, tales como calificación, reenvío, orden público, fraude a la ley, prueba del derecho extranjero y prescripción. Además, fue regulada la escogencia de la ley aplicable en diversas áreas jurídicas;<sup>87</sup> la jurisdicción o competencia internacional de los tribunales; el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras; el procedimiento y las inmunidades de jurisdicción.<sup>88</sup>

28. El Proyecto original fue sometido a nuevas revisiones y, por último, se presentó al Congreso con el título: "*Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit de la preuve et de la prescription et du droit interna-*

83-a El presente trabajo se encontraba en imprenta cuando la Asamblea Legislativa, luego de examinar el Proyecto y de hacerle algunas reformas, sancionó el Código Civil el veintidos de diciembre de 1991.

84. Symeon C. Symeonides: "Revising Puerto Rico's Conflicts Law: a Preview", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. XXVIII, 1990, pp. 413-447.

85. De acuerdo con Lafleur, el Proyecto reproduce "*in modern garb* algunas de las principales reglas de derecho internacional privado establecidas por los jueces y los escritores de la antigua Francia" (Valladao, *DIP, op. cit.*, Vol. I, p. 146).

86. La Comisión estuvo compuesta por Paul-André Crépeau, Presidente de la Oficina de Revisión; J.-G. Castel, Presidente de la Comisión; Etienne Croteau, Jean-Guy Fréchette, Raymond Lette, Madeleine Caron-Montpetit y Ethel Groffier.

87. Las materias objeto de consideración fueron: estado y capacidad, matrimonio, divorcio y separación de cuerpos, filiación, adopción, alimentos, actos jurídicos y contratos, régimen de los bienes en el matrimonio, responsabilidad civil extracontractual, bienes y sucesiones.

88. Ethel Groffier: "Le projet de codification du Droit international privé québécois", *Journal*, Vol. 104, 1977, pp. 826-842.

*tional privé* ("Ley que reforma el Código Civil de Quebec relativo al derecho de la prueba y de la prescripción y al derecho internacional privado"). Apareció publicado en junio de 1988 y los problemas de Derecho Internacional Privado fueron objeto de regulación en el Libro Décimo del Código Civil, dividido en cuatro títulos (Arts. 3439-3532).<sup>89</sup>

29. Con vista de las observaciones hechas en el propio Parlamento y de los comentarios de los círculos interesados, la jurista Marie-José Longtin, en su carácter de Directora de los Estudios y Orientaciones en la Dirección General de Asuntos Legislativos del Ministerio de Justicia, procedió a la preparación de un nuevo instrumento y la versión final del *Projet de Code Civil* fue presentada a la Asamblea Legislativa en 1990 por el Ministro de Justicia, M. Gil Rémillard.<sup>91</sup> Habida cuenta los trabajos previos, existe razonable

89. *Avant Projet de Loi. Loi portant réforme au Code Civil du Québec du droit de la preuve et de la prescription et du droit international privé, présenté par M. Herbert Marx, Ministre de la Justice. Assemblée Nationale. Deuxième Session. Trente-Troisième Législature*, Quebec, 1988. Las normas generales se encuentran en el Primer Título del Libro Décimo, y prescriben la aplicación preferente de los tratados internacionales (Art. 3339); resuelven problemas interterritoriales e interpersonales (Art. 3440) y la cuestión de la calificación (Art. 3441); admiten la aplicación de normas extranjeras de aplicación inmediata (Art. 3442); consagran el rechazo del reenvío (Art. 3443), la excepción de orden público (Art. 3444) y una cláusula de escape general para permitir, en forma excepcional, la aplicación de un ordenamiento jurídico diferente, si tiene vínculos más estrechos con el supuesto de hecho que el designado por la norma de conflicto del Proyecto (Art. 345). El Segundo Título, compuesto de cuatro capítulos, determina la ley aplicable a las siguientes materias: estatuto personal (Arts. 3446-3460); el estatuto real, que incluye las sucesiones, hipotecas sobre bienes muebles y la fiducia se encuentran reguladas en el Capítulo Segundo (Arts. 3461-3473); el Capítulo Tercero se refiere al estatuto de las obligaciones, incluyendo la forma y la sustancia de los actos jurídicos, compraventa, representación (*agency*), ventas al consumidor, relaciones de trabajo, seguro, cesión de créditos, arbitraje, régimen matrimonial, hechos ilícitos, prueba y prescripción (Arts. 3474-3496); y la ley aplicable al procedimiento es determinada en el Capítulo Cuarto (Art. 3497). La jurisdicción o competencia internacional se encuentra regulada por el Título Tercero, que incluye tanto normas generales como reglas específicas para ciertas clases de acciones (Arts. 3496-3516); y el Título Cuarto trata sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras y determina la jurisdicción o competencia internacional de los tribunales extranjeros (Arts. 3517-3532). Es de advertir que la revisión del Código Civil se extendió a otras materias y, por tanto, en junio de 1988, Mr. Herbert Marx, Ministro de Justicia, también presentó a consideración de la Asamblea Nacional un Proyecto de *Ley para completar la revisión del derecho de las obligaciones del Código Civil de Québec*, (National Assembly, Session. Thirty-Third Legislature. Quebec, 1988).

91. *Projet de loi 125. Code Civil du Québec. Présenté par M. Gil Rémillard, Ministre de la Justice. Assemblée Nationale. Première Session. Trente-Quatrième Législature*, Canadá, 1990.

optimismo en el resultado de los esfuerzos y es posible sea aprobado en un futuro muy próximo.

La última versión del Proyecto mantiene la regulación del Derecho Internacional (Arts. 3053-3144), distribuidas en cuatro Títulos, que se denominan: Disposiciones Generales (Arts. 3053-3058), los Conflictos de Leyes (Arts. 3059-3110), la Competencia Internacional de los Tribunales de Quebec (Arts. 3111-3132), el Reconocimiento y la Ejecución de la Sentencias Extranjeras y de la Competencia de los Tribunales Extranjeros (Arts. 3133-3144).

El Capítulo Primero del Título Segundo, en su Sección Primera, determina la ley aplicable al estatuto personal (Arts. 3059-3060); y en la Sección Segunda se refiere a las incapacidades (Arts. 3062-3063), al matrimonio (Arts. 3064-3065), la separación de cuerpos (Art. 3066), la filiación biológica y adoptiva (Arts. 3067-3069), la obligación alimentaria (Arts. 3070-3072). El mismo Título Segundo, en su Capítulo Segundo, determina la ley competente para regir los bienes (Art. 3073), y contempla especialmente las sucesiones (Arts. 3074-3077), las garantías mobiliarias (Arts. 3078-3082) y la fiducia (Arts. 3083-3084). El Estatuto de las Obligaciones es tratado en el Capítulo Tercero del Título Segundo, contentivo de disposiciones generales sobre la forma (Arts. 3085-3087) y sobre el fondo (Arts. 3088-3090) de los actos jurídicos, para regular luego la venta (Arts. 3091-3092), el mandato y la gestión de negocios ajenos (Art. 3093), los contratos de consumo (Art. 3094), de trabajo (Art. 3095) y de seguro terrestre (Art. 3096), la cesión de créditos (Art. 3097), el arbitraje (Art. 3098), el régimen matrimonial (Arts. 3099-3101), la responsabilidad civil (Arts. 3103-3106), la prueba (Art. 3107) y la prescripción (Art. 3108). El Capítulo Cuarto del Título Segundo, relativo al estatuto del procedimiento, consta de dos artículos (3109-3110).

Las Disposiciones Generales sobre la Competencia Internacional de los Tribunales de Quebec (Arts. 3111-3117) se encuentran reunidas en el Capítulo Primero del Título Tercero. El Capítulo Segundo del mismo título contiene las disposiciones generales y particulares relativas a las acciones personales de naturaleza extrapatrimonial (Arts. 3118-3125) y patrimonial (Arts. 3126-3129) y a las acciones reales (Arts. 3130-3132).

El Capítulo Primero del Título Cuarto regula el reconocimiento y la ejecución de las decisiones extranjeras (Arts. 3133-3140); y el Capítulo Segundo reglamenta la competencia del Tribunal Extranjero en términos generales (Arts. 3141-3142) y en lo relativo a las acciones personales de naturaleza extrapatrimonial (Arts. 3143-3144).

30. La misma tendencia a la codificación se ha hecho sentir en el Estado de Lousiana, y también es explicable por influencia francesa. Además, debe recordarse que fue en Louisiana donde Samuel Livermore publicó en 1828 el primer tratado sobre Derecho Internacional Privado escrito en los Estados Unidos de América del Norte; y las primeras normas legales de carácter general se encuentran en su Código Civil de 1808, revisado en 1825 y en 1870.<sup>92</sup>

Por tanto, no debe sorprender que el Instituto de Derecho del Estado de Lousiana (*Lousiana State Law Institute*) decidiera iniciar la revisión de las normas de conflicto, básicamente representadas por los artículos 9 y 10 del Código Civil de 1870; pero, al mismo tiempo también consideró aconsejable emprender la tarea de regular otras áreas, como los hechos ilícitos, que no habían sido codificadas todavía, "y donde la jurisprudencia se encuentra, más o menos, en un estado de caos".<sup>93</sup> La preparación del Proyecto fue encomendada a un Comité Consultivo (*Advisory Committee*), integrado por jueces, abogados y profesores de derecho: el relator de la reforma del Título Preliminar del Código Civil fue A.N. Yianopoulos; y Simeón Simeónides actuó como relator de la revisión del Derecho Internacional Privado, ambos con formación jurídica europea y graduados en universidades americanas.<sup>94</sup>

31. El Consejo del Instituto de Derecho del Estado de Louisiana, en mayo de 1988, ya había aprobado parte del trabajo, consistente en varios proyectos, que revisaron el Título Preliminar del Código Civil de 1870 en la parte relativa a la ley aplicable a las siguientes materias: sucesiones y propiedad matrimonial; obligaciones convencionales; derechos reales; obligaciones delictuales y cuasi-delictuales, y prescripción liberatoria.<sup>95</sup>

92. Symeon Symeonides: "Louisiana's Draft on Successions and Marital Property", *American Journal of Comparative Law*, Vol. XXXV, 1987, p. 259.

93. Symeonides, art. cit., pp. 259-260.

94. Carol S. Bruch: "Codification of Conflicts Law: The Louisiana Draft", *American Journal of Comparative Law*, Vol. XXXV, 1987, p. 255. En la discusión del Proyecto participaron: David Conroy, Cordell H. Haymon, Luther L. McDougal, Raphael J. Rabalais, Andrew Rinker, Jr. Katherine Couch, James L. Dennis, Jeannette Theriot Knoll, Harry T. Lemmon, Howard W. L'Enfant, Saul Litvinoff y Melvin A. Shortess (Symeon Symeonides: "Exploring the 'Dismal Swamp': Revising Louisiana's Conflicts Law on Successions", en *Louisiana Law Review*, Vol. XLVII, 1987, pp. 1029-1118).

95. Symeonides, art. cit., p. 260.

El 17 de marzo de 1989, el *Council of the Louisiana State Law Institute* adoptó el "Proyecto para la Codificación del Conflicto de Leyes del Derecho de Louisiana"; pero fue revisado después de reuniones con el Relator del Comité Coordinador (Symeon Symeonides), que tuvieron lugar en enero de 1990.<sup>96</sup> De esta manera los esfuerzos pueden considerarse prácticamente concluidos y es de esperar su próximo examen por el Legislativo.

32. De acuerdo con la opinión del relator, Symeon Symeonides, "en términos de filosofía subyacente, el Proyecto no toma partido en la incesante discusión teórica entre quienes propugnan el análisis de los intereses, los funcionalistas, los neoterritorialistas, los partidarios del *Restatement*, los defensores de la "ley mejor" (*better-law*), y sus correspondientes críticos. EL Proyecto. . . trata de extraer de cada uno de ellos los ingredientes considerados útiles para la construcción de un sistema que pueda funcionar. En tareas legislativas, no es admisible el lujo de un purismo o el peligro de un partidismo intelectual. Por tanto, el eclecticismo pragmático, que se ha convertido en la característica de muchas sentencias judiciales, puede ahora encontrarse en un producto legislativo, por las mismas razones: ambos pretenden obtener soluciones prácticas antes que victorias filosóficas".<sup>97</sup>

### III. LA AUTONOMIA LEGISLATIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

33. Los trabajos de reforma emprendidos en el hemisferio americano han impuesto la necesidad de tomar posición frente al problema de la autonomía legislativa del Derecho Internacional Pri-

96. *Louisiana State Law Institute. Revision of the Preliminary Title of the Civil Code of 1870. A Project for the Codification of Louisiana Law of Conflict of Law. Adopted by the Council of the Institute on March 17, 1989, New Orleans, Louisiana. As Revised after Meetings with the Reporter of the Coordinating Committee, January 1990. Symeon C. Symeonides. Reporter*, publicación mimeografiada, 1990. El Consejo Consultivo (*Advisory Committee*) estuvo compuesto por David Conroy, Harvey Couch, Cordell H. Haymon, Jeannette Theriot Knoll, Harry T. Lemmon, Saul Litvinoff, Ray Rabalis, Andrew Rinker, Katherine Shaw Spaht y A.N. Yiannopoulos. Las normas sobre Derecho Internacional Privado se encuentran en el Capítulo Tercero del Título Preliminar del Código Civil de Louisiana, dividido en ocho Secciones: I. Normas generales (Arts. 1-5); II. Ley que rige el Status (Arts. 6-9); III. Ley que rige la Propiedad Matrimonial (Arts. 10-14); IV. Ley que rige las Sucesiones (Arts. 15-21); V. Ley que rige los Derechos Reales (Arts. 22-23); VI. Ley que rige las Obligaciones Convencionales (Arts. 24-28); VII. Ley que rige las Obligaciones delictuales y cuasi-delictuales (Arts. 29-35); y VIII. Ley que rige la Prescripción Liberatoria (Art. 36).

97. Symeonides, art. cit., p. 290.

vado; pero también fue preciso decidir la clase de normas a ser consagradas para solucionar las controversias con elementos de extranjería, y la conveniencia de resolver todos o sólo algunas de las materias pertenecientes a la parte general.

34. La metodología empleada para legislar no ha sido la misma en todas partes, y el sistema utilizado por cada país responde a consideraciones diversas, tales como las tradiciones jurídicas o la convicción de las ventajas inherentes a la preparación de una ley independiente. Sin embargo, a pesar de admitirse esta última posición, las estructuras tradicionales pueden ser mantenidas cuando sólo se trata de una reforma parcial, con carácter de urgencia, habida cuenta del tiempo requerido para efectuar la regulación completa. Por tanto, los recientes esfuerzos de reforma en el hemisferio americano responden a diversas orientaciones metodológicas, que también son apreciables en otros continentes.

35. Ahora bien, las tendencias modernas orientadas al reconocimiento de la independencia legislativa del Derecho Internacional Privado sólo encontraron franca acogida en los proyectos preparados en Venezuela (1963) por los doctores Roberto Goldschmidt, Gonzalo Parra-Aranguren y Joaquín Sánchez Covisa; en Brasil (1964) por Haroldo Valladao y en Argentina (1974) por Warner Goldschmidt.

36. Por el contrario, las directrices clásicas de los modelos franco-italianos se mantuvieron en Paraguay (1985) y México (1987), que incluyeron las normas básicas del Derecho Internacional Privado en el Título Preliminar del Código Civil; y la misma metodología inspira los trabajos realizados en Louisiana (1990) y los emprendidos en Puerto Rico.

Desde esta perspectiva, es digno de especial señalamiento la conducta del legislador cubano por cuanto, a pesar del cambio de sus estructuras ideológicas a nivel político, las normas fundamentales de esta ciencia no fueron reunidas en una ley especial, "lo que parece ser una tendencia, aunque no exclusiva, del Derecho internacional privado socialista";<sup>98</sup> y, según destaca I. García Velazco, la nueva regulación quedó sometida a la "tradición hispana", que se manifiesta en la estructura de los preceptos, "muy próxima a la que aún hoy posee nuestro propio sistema", siendo singularmente ilustrativo, "la pervivencia en el Título Preliminar del Código Civil de las reglas de conflictos de leyes".<sup>99</sup>

98. García Velazco, art. cit., p. 679.

99. García Velazco, art. cit., p. 670. Tampoco resulta comprensible que las normas de Derecho Internacional Privado del Código Civil español, con vigencia en Cuba a partir del 5 de noviembre de 1889, se mantuvieran inalteradas durante

37. Los trabajos emprendidos en el Perú permiten apreciar con toda nitidez la divergencia metodológica entre el sistema clásico, que incluye las normas sobre Derecho Internacional Privado en el Título Preliminar del Código Civil, y las orientaciones contemporáneas, tendientes a reconocer su independencia legislativa. En efecto, la "Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil" consideró deseable su codificación integral en un instrumento autónomo, pero, en su criterio, semejante decisión excedía las funciones que le habían sido encomendadas por el gobierno. Por tanto, adoptó un sistema ecléctico; y, según advierte la doctora Delia Revoredo de Debakey, la novedad principal de la reforma "consiste en que las normas del Derecho Internacional Privado pasan a constituir un libro aparte, el Décimo, y no se confunden con otras normas de carácter interno en un Título Preliminar, como ocurría en el Código anterior".<sup>100</sup>

38. La misma tendencia intermedia se aprecia los trabajos realizados en la provincia del Quebec; y la última versión (1990) reunió en un libro del Código Civil, distinguido como Décimo, las normas sobre determinación de la ley aplicable y los preceptos de Derecho Procesal Civil Internacional. En consecuencia, no reconoce su autonomía legislativa y mantiene vivo el cordón umbilical que tradicionalmente ha conectado el Derecho Internacional Privado con el Código Civil.

En Guatemala la reforma de las reglas de Derecho Internacional Privado se limitó a la Ley de Migración y Extranjería (1986), sin extenderse al Código Civil (1877) ni a la Ley del Organismo Judicial (1968); en El Salvador tampoco se modificó el Código Civil (1880), y los cambios sólo afectaron la Ley de Extranjería (1986); y la República Oriental del Uruguay ha mantenido la estructura básica de su sistema sobre escogencia de la ley aplicable, ya que sólo modificó el

---

casi treinta años de euforia revolucionaria, iniciados en 1959, y de las "transformaciones básicas en nuestra sociedad que condujeron a la asunción por parte del Estado de los medios e instrumentos fundamentales de producción", como se lee en uno de los Considerandos de la Ley N° 59, reformatoria del Código Civil de 1987.

100. Revoredo de Debakey: "Exposición", art. cit., *Código Civil peruano, op. cit.*, Tomo VI, pp. 878-880. Asimismo es de señalar que el sistema tradicional había sido adoptado tanto en el Proyecto de 1980 (Arts. 11-87) y en el de 1981 (Arts. VIII-LXXXIV) como en la Propuesta Sustitoria de la doctora Delia Revoredo de Debakey, en su carácter de Asesora de la Comisión, por cuanto en ambos instrumentos las normas sobre Derecho Internacional Privado fueron incluidas en el Título Preliminar del Código Civil (*Proyectos y Anteproyectos, op. cit.*, Tomo I, pp. 60-67, 88-107; *Proyecto del Nuevo Código Civil peruano*, Edición no oficial, Lima, 1981, pp. 4-13).

Código General del Proceso (1988). Por tanto, en ninguno de estos casos fue necesario un pronunciamiento previo sobre la independencia legislativa del Derecho Internacional Privado.

#### IV. LA CLASE DE NORMAS UTILIZADAS EN LOS TRABAJOS DE REFORMA

40. Los recientes esfuerzos emprendidos en el hemisferio americano han aprovechado las diversas técnicas posibles para resolver supuestos de hecho con elementos extranjeros; y de acuerdo con los propósitos perseguidos consagran “reglas de aplicación inmediata” (*lois d'application immédiate, lois de police*), normas unilaterales, reglas bilaterales automáticas con factores de conexión rígidos o de naturaleza flexible, en este último caso para aceptar la posibilidad de desviaciones a su inexorable funcionamiento.

41. Los resabios de exageradas ideas territorialistas y la alucinante intervención del Estado en algunas áreas jurídicas de las relaciones entre particulares, explican la sanción de reglas sustantivas que deben aplicarse sin tomar en cuenta la extranjería del supuesto de hecho. En semejante hipótesis, el intérprete se encuentra en presencia de “leyes de aplicación inmediata” (*lois d'application immédiate, lois de police*), que deben ser obedecidas necesariamente, sin tomar en cuenta el mandato de las normas de conflicto. Así lo prescribe el artículo 3053 de la última versión del Proyecto de Quebec (1990), cuando dispone en forma expresa: “Las reglas del presente libro se aplican con reserva de las normas jurídicas vigentes en Quebec cuya aplicación se impone en razón de su finalidad particular”.

42. El método unilateral para fijar el ámbito de aplicación de las propias leyes en el espacio a través de factores de conexión rígidos fue utilizado básicamente por la “Ley de Extranjería” de El Salvador (1980). Los nuevos preceptos pretenden satisfacer arraigadas ideas territorialistas y persiguen imponer sus mandatos a los extranjeros que residen o se encuentran de tránsito en el territorio de la república.

43. La mayoría de los esfuerzos de reforma consagra normas bilaterales de conflicto que utilizan factores de conexión rígidos e inflexibles. De esta manera garantizan seguridad jurídica y predictibilidad, pero impiden las adaptaciones necesarias para atender las circunstancias del caso concreto; y tampoco permiten la búsqueda de las soluciones más adecuadas para decidir la controversia, con vista de los diversos intereses en presencia.

44. No obstante, las ideas de los escritores norteamericanos contemporáneos, han dejado cierta huella en los trabajos de codificación. Así lo comprueba, en la esfera internacional, el artículo noveno de la "Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado" (1979), que fue reproducido por el inciso quinto del artículo décimocuarto del Código Civil mexicano, reformado en 1987.<sup>101</sup> En efecto, se ordena la aplicación armoniosa de las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, "procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones"; y de igual modo prescribe que "las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea, se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto".

El Proyecto de Reforma del Título Preliminar del Código Civil de Louisiana (1990) tampoco pretende efectuar una escogencia definitiva de la ley aplicable, y en algunas oportunidades se limita a indicar los elementos a ser tomados en cuenta para determinar la legislación competente. En este sentido se orienta el primer párrafo del artículo sexto, que regula el estatuto personal, cuando ordena aplicar la ley del Estado cuyas políticas legislativas (*policies*) se afectarían más intensamente si sus normas no fueran aplicadas al caso concreto; y de inmediato, en el segundo párrafo del mismo artículo enumera los elementos que deben ser considerados para efectuar la escogencia, a saber, la relación con la controversia, en un momento relevante, de cada Estado, de las partes, y de las personas cuyo *status* se encuentra controvertido; las finalidades legislativas (*policies*) de cada una de las legislaciones conectadas con el caso, y la conveniencia de mantener la validez de las obligaciones contraídas voluntariamente, de proteger los hijos, los menores y otras personas necesitadas de protección, y de preservar los valores familiares y la estabilidad de las situaciones jurídicas.

El Proyecto de Reforma de la Provincia de Quebec (1990) responde a la misma metodología, aun cuando la consagra de manera distinta. En efecto, sus diversas normas de conflicto determinan la legislación aplicable, pero el artículo 3058 autoriza al juez, en forma excepcional, para desatender la ley así seleccionada cuando tiene vínculos poco intensos con el supuesto de hecho y existen conexiones mucho más intensas con la legislación de otro Estado.

101. Resulta interesante destacar, como lo hace Pierre Meyer, que el artículo noveno de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado también fue reproducido por el artículo 1009 del *Code des personnes et de la famille*, promulgado el 16 de noviembre de 1989 en Burkina Baso, ZATU, año 7 (*Revue*, Vol. LXXX, 1990, p. 233).

## V. LOS PROBLEMAS GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La reforma emprendida en el hemisferio americano también ha impuesto la necesidad de adoptar posición respecto a la conveniencia de incluir reglas para solucionar los problemas generales de Derecho Internacional Privado. Ahora bien, ninguno de los proyectistas ha pretendido resolverlos en su totalidad; y sólo fueron incluidas las reglas estimadas convenientes, excepción hecha de El Salvador, que nada dispuso al respecto en su reciente Ley de Extranjería (1986). En consecuencia, quedaron abiertas inevitables lagunas de una extensión variable de los diversos países; y es de esperarse que los intérpretes, cuando se enfrenten a los vacíos legislativos, acudan a ideas renovadoras que permitan realizar a cabalidad los objetivos y las finalidades de las normas de conflicto, como lo prescribe el segundo párrafo del artículo segundo del Proyecto venezolano (1963) para la debida aplicación del derecho extranjero declarado competente por las reglas de Derecho Internacional Privado.<sup>102</sup>

46. El carácter nacional de las reglas de conflicto explica asimismo la variedad de soluciones para resolver los mismos supuestos de hecho con elementos de extranjería; y así lo comprueban las normas consagradas en los diversos trabajos de reforma legislativa iniciados en el hemisferio americano para resolver los problemas de la parte general del Derecho Internacional Privado, que, en su conjunto, regulan algunas de las siguientes materias: orden de prelación de las fuentes del derecho; forma de aplicación del derecho extranjero y su tratamiento procesal; interpretación o calificación de las normas de conflicto; problema de las instituciones desconocidas; aplicación de las reglas interterritoriales o interpersonales; *renvoi*; cuestión incidental, previa o preliminar; reconocimiento de los derechos legítimamente adquiridos; preferente aplicación de la *lex validitatis*; excepciones de *fraude à la loi* y de orden público; y leyes de aplicación inmediata (*lois d'application immédiate, lois de police*).

## VI. LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

47. De acuerdo con las pautas establecidas en el artículo 1º de la "Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado" deben aplicarse preferentemente los Tratados Internacionales vigentes. Así se dispone en forma expresa también en el Proyecto argentino (Art. 1º) y en las nuevas normas sancionadas en el Perú (Art. 2047), Guatemala (Arts. 31 y 35), Cuba (Art. 20),

102. Véase luego el número 58 de este trabajo.

México (Art. 12)<sup>103</sup> y Uruguay (Art. 524).<sup>104</sup> Sin necesidad de acudir a la primacía del Derecho Internacional Público, la solución se justifica porque los Tratados constituyen derecho especial de aplicación preferente.<sup>105</sup>

48. A falta de tratados internacionales vigentes existe coincidencia en disponer la aplicación de las propias reglas de conflicto. Así lo prescribe el artículo 1º de la Convención Interamericana sobre Normas de Derecho Internacional Privado; también fue dispuesto por el Código Civil del Perú (Art. 2047),<sup>106</sup> Guatemala (Arts. 31 y 35),<sup>107</sup> Cuba (Art. 20), México (Art. 12) y Uruguay (Art. 520), y se encuentra igualmente previsto en los Proyectos de Venezuela (Art. 1º) y Argentina (Art. 1º).

49. Con fundamento en la redacción utilizada por el artículo 2047 del Código Civil peruano, la doctora Delia Revoredo de Debakey advierte que el mandato de aplicar las normas de Derecho

103. En el mismo sentido el artículo 1º del Proyecto preparado por los licenciados Carlos Arellano García y José Luis Siqueiros, que México presentó en la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-II), celebrada en Montevideo en 1979 (*Actas y Documentos. Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-II)*, *op. cit.*, Vol. III, p. 405).

104. La terminología utilizada no es la misma: El Proyecto argentino dispone aplicar las normas de conflicto nacionales "en defecto de tratados vinculatorios para la República Argentina"; el Código Civil peruano menciona los "tratados internacionales ratificados por el Perú que sean pertinentes"; Guatemala somete a los extranjeros a las leyes de la República, "salvo las disposiciones del Derecho Internacional aceptadas por Guatemala"; el Código Civil cubano hace referencia a "un acuerdo o un tratado internacional del que Cuba sea parte"; el texto mexicano se refiere a "los tratados y convenciones de que México sea parte"; y la fórmula del Uruguay prescribe tomar en cuenta la ley interna "en defecto de tratado o convención". A este respecto es de advertir que carece de trascendencia la denominación del instrumento como "tratado", "convención", "acuerdo", o de alguna otra manera, habida cuenta la equivalencia establecida por el artículo 2º, ordinal a) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1966).

105. Esta razón explica el silencio al respecto en los Proyectos de Venezuela y del Brasil.

106. El artículo 2047 declara aplicables, a falta de tratados, "las normas del presente libro"; pero, sin duda alguna, la referencia debe entenderse hecha al Derecho Internacional Privado peruano, se encuentren o no incluidas en el Código Civil (*Samtleben, Perú*, art. cit., p. 495).

107. Los artículos 31 y 35 de la Ley de Migración y Extranjería (1986), en ausencia de reglas de Derecho Internacional, someten los extranjeros "a las leyes de la República", pero esta expresión debe considerarse que incluye las normas de Derecho Internacional Privado.

Internacional Privado, a falta de Tratados Internacionales, demuestra su carácter imperativo, "salvo expresión en ellas en contrario". Asimismo destaca que este señalamiento, aun cuando puede parecer innecesario, sin embargo "no lo es en nuestra realidad social"; y al respecto comenta:

"la investigación jurídica ha demostrado que son muy frecuentes los casos de carácter intynacional privado, en que nuestros profesionales no aplican ni alegan la aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado o conflictuales peruanas, procediendo al desarrollo del proceso y a la solución del asunto en base a la aplicación directa, antitécnica y eventualmente errónea de la ley sustantiva nacional"<sup>108</sup>

50. Las codificaciones recientes en este hemisferio adoptan diversos criterios para resolver los supuestos de hecho con elementos de extranjería cuando no existen Tratados vigentes ni tampoco normas nacionales de Derecho Internacional Privado.

La solución clásica consiste en decidir el asunto conforme al propio derecho interno, en homenaje al principio de la territorialidad de la ley, que responde a la más rancia tradición española, con manifiestas raíces en las Siete Partidas (1295-1312);<sup>109</sup> y cuya defensa ha encontrado fervorosos partidarios a lo largo de los siglos, en particular Bertrand D'Argentré y Ulrich Huber. En el hemisferio americano fue consagrado expresamente por primera vez en el artículo 9º del Código Civil de Lousiana (1808) y en Código Civil chileno (1855), que redactó el ilustre venezolano don Andrés Bello.

51. De acuerdo con el principio de la territorialidad cada Estado tiene el derecho de aplicar su ley con independencia de los elementos de extranjería del supuesto de hecho; y también a decidir, por intermedio de sus normas de conflicto, los casos en los cuales las controversias deben resolverse conforme a un derecho extranjero. Por tanto, a falta de disposición expresa en contrario, resulta inevitable

108. Revoredo de Debakey: "Exposición", art. cit., *Código Civil peruano, op. cit.*, Tomo VI, p. 898.

109. La Ley Décimaquinta, Título Décimocuarto, de la Primera Partida hizo obligatoria la observancia de las leyes de Partida a nacionales y extranjeros; la Ley Sexta del Título Cuarto, de la Tercera Partida, ordenó a los jueces dictar sentencia de acuerdo con las leyes de Partida; la Ley Trigésimosegunda, Título Segundo, de la Tercera Partida, consagra la competencia de la *lex rei sitae*, y la Ley Cuarta, Título Tercero, de la Tercera Partida, afirma la vigencia de la regla *locus regit actum*. Los mismos principios inspiran las leyes españolas de épocas posteriores, a saber, las Leyes de Toro (1505), la Nueva Recopilación (1567), la Recopilación de Leyes del Reino de Indias (1681) y la Novísima Recopilación (1805).

acudir al principio fundamental que prescribe decidir el asunto conforme a la propia legislación y debe procederse de la misma manera en caso de silencio, porque en semejante hipótesis el legislador se ha abstenido de sancionar una regla de Derecho Internacional Privado que ordene aplicar un derecho extranjero.

52. El principio de la territorialidad de la ley fue recibido por el Código Civil para el Distrito Federal y el Territorio de la Baja California, promulgado en México en 1870,<sup>110</sup> en el Código Civil de El Salvador (1880)<sup>111</sup> y en Guatemala por Ley Constitutiva del Poder Judicial de la República (1936).<sup>112</sup> Ninguna de estas disposiciones ha sido suprimida en las recientes reformas. En efecto, la Ley de Extranjería (1986) de El Salvador mantuvo el mismo criterio; los artículos 31 y 35 de la Ley de Migración y Extranjería de Guatemala reiteraron el imperio de la ley sobre todos los habitantes, incluso los extranjeros;<sup>113</sup> y en el mismo sentido se pronuncia el artículo duodécimo del "Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal",<sup>1987</sup> cuando declaró que "las leyes mexicanas rigen a todas las personas que se encuentran en la República, así como los actos y hechos ocurridos en su territorio o jurisdicción y aquellos que se sometan a dichas leyes".

110. Alberto G. Arce. *Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Guadalajara, Jalisco, México, 1955, pp. 125-126; Enrique Helguera. "El Derecho Internacional Privado y el Código Bustamante", art. cit., p. 38-40; Siqueiros - Bayitch, *op. cit.*, p. 3; José Luis Siqueiros. *Síntesis del Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., México, 1971, pp. 8-10; Arellano García, *op. cit.*, pp. 581-586; Leonel Pérez-Nieto. "La Tradition Territorialiste en Droit International Privé dans les Pays d'Amérique Latine", *Recueil des Cours*, 1985 I, Vol. CXC, pp. 334-336.
111. Haroldo Valladao: "Le Droit International Privé des États Américains", *Recueil des Cours*, 1982 II, Vol. LXXXI, p. 52.
112. José Matos: *Curso de Derecho Internacional Privado*, Guatemala, 1941, N° 101, pp. 175-176; N° 103, pp. 177-178; N° 139, p. 231; Simón Planas-Suárez. "Condición Legal de los Extranjeros en El Perú", artículo publicado en Madrid, 1919, y reproducido en *Estudios de Derecho Internacional. Las Intervenciones - Reclamaciones de Extranjeros - Denegación de Justicia - El Recurso Diplomático - Nacionalidad y Naturalización*, Buenos Aires, 1959, pp. 257-314. En el mismo sentido, la Ley de Extranjería de 1936 dispuso en la primera frase del artículo décimoseptimo: "Las leyes guatemaltecas obligan a toda persona que se encuentra en el territorio de Guatemala sin distinción de nacionalidad", a menos que se disponga algo distinto por las normas de Derecho Internacional Privado. El precepto remonta al Código Civil de 1877 (Art. 4) y fue reiterado en la Ley de Extranjería de 1894 (Art. 48).
113. De acuerdo con el artículo 31: "Los extranjeros están sujetos a las leyes de la República, salvo las disposiciones del Derecho Internacional aceptadas por Guatemala"; y conforme al artículo 35: "El imperio de la ley se extiende a todos los habitantes de la República, incluso a los extranjeros, salvo las disposiciones

Según comenta Fernando Alejandro Vázquez Pando, “quizás la tesis adoptada por la reforma parezca criticable a varios sectores de la doctrina, especialmente aquellos que defienden posturas internacionalistas, pero sin duda es laudable en tanto muestra una apertura frente al territorialismo rígido adoptado originalmente por el Código”.<sup>114</sup> Por su parte, Leonel Pérez-Nieto Castro destaca que el único cambio efectuado consiste en haber introducido la palabra “jurisdicción”, para hacer énfasis “en el poder del Estado encaminado a la actuación del derecho mediante la aplicación de la norma general al caso concreto, es decir, la formulación del dispositivo no sólo es abstracta (aplicación territorial de las leyes), sino además, se da una connotación técnica específica: los tribunales y jueces mexicanos ejercen jurisdicción sobre personas y actos que se encuentren o sucedan dentro de territorio mexicano”.<sup>115</sup>

53. La orientación del Código Civil del Perú (1984) fue distinta, pues no se limitó a ordenar la aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado, en ausencia de tratados internacionales vigentes; y en el segundo párrafo del artículo décimo del Proyecto de 1981, previno:

A falta de disposiciones legales directamente pertinentes, se aplicarán las normas de conflicto que se deduzcan por analogía de las demás disposiciones del tratado o del derecho peruano y, en último término, los principios generales de Derecho Internacional Privado.<sup>116</sup>

Sin embargo, la propuesta no tuvo éxito completo; y en el Proyecto de la Comisión Revisora en 1984 fue suprimida “la referencia expresa a la calidad *subsidiaria* de la interpretación doctrinaria y la referencia a la interpretación analógica”.<sup>117</sup> En consecuencia, el segundo párrafo del artículo 2.047 se limitó a prescribir:

del Derecho Internacional aceptadas por Guatemala. En tal virtud, los extranjeros, desde el instante que lleguen al territorio de la República, están obligados a observar las leyes y a respetar a las autoridades. Los extranjeros gozan del derecho de protección de las leyes del país”.

114. Vázquez Pando, art. cit., p. 27.

115. Pérez Nieto-Castro: *DIP*, 5ª Ed., *op. cit.*, pp. 299-300.

116. *Proyecto del Nuevo Código Civil Peruano*, Edición no oficial, Lima, 1981, p. 4.

117. Revoredo de Debakey: “Exposición”, art. cit., *Código Civil peruano, op. cit.*, Tomo VI, pp. 896-897.

“Además son aplicables, supletoriamente, los principios y criterios consagrados por la doctrina del Derecho Internacional Privado”.

De acuerdo con la doctora Delia Revoredo de Debakey el artículo 2047 tiene como fuente de inspiración el Proyecto venezolano de 1963<sup>118</sup> y al respecto hace los siguientes comentarios:

“El segundo párrafo del artículo 2047 del Código Civil consigna qué fuentes de derecho deben utilizarse en caso de existir lagunas en el Derecho Internacional Privado. Este párrafo se refiere, obviamente, a principios generales de aceptación universal, sedimentados doctrinaria, costumbrista y jurisprudencialmente en los países, tales como el de Orden Público, la armonía material, la finalidad buscada por el Derecho interno, el principio del «mínimo de conflictos internacionales» y el del ordenamiento más eficaz”.<sup>119</sup>

54. El Proyecto de reforma del Título Preliminar del Código Civil de Louisiana también suministra directrices autónomas para resolver los supuestos de hecho con elementos extranjeros a falta de normas de conflicto; y en el primer párrafo de su artículo segundo dispone:

“Excepto cuando se disponga de otra manera en este Capítulo, una controversia en un caso que tenga contactos con otros Estados se rige por la ley Estado cuyas finalidades legislativas se verían más seriamente afectadas si su legislación no fuera aplicada a esa controversia”.<sup>120</sup>

La solución es de carácter residual. Por tanto, no debe intervenir cuando el asunto ha sido resuelto por una norma del proyecto sino en el caso de situaciones que no han sido reguladas en forma expresa; y únicamente en esa hipótesis señala el procedimiento a utilizarse para decidir los supuestos de hecho con elementos de extranjería, o sea, preferir la legislación que resultará más afectada si no se aplica para resolver la controversia.

De esta manera, en palabras del relator Symeon C. Symeónides, el precepto pretende también explicar la filosofía subyacente en los

118. El Proyecto venezolano de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado (1963) ordena en su artículo primero: “La determinación del derecho competente para regir situaciones relacionadas con ordenamientos extranjeros se hará de acuerdo con las disposiciones de la presente ley y de las demás leyes de la República. A falta de disposiciones legales, se aplicarán las normas de conflicto que se deduzcan de ellas por analogía y, en último término, los principios generales de Derecho Internacional Privado”. La referencia a los “principios generales de Derecho Internacional Privado” se remonta al Código Civil venezolano de 1880 (Art. 17) y al artículo undécimo del Código de Procedimiento Civil de 1897, preceptos reiterados en las reformas posteriores de ambos Códigos.

119. Revoredo de Debakey: “Exposición”, art. cit., *Código Civil peruano, op. cit.*, Tomo VI, p. 899.

120. *Louisiana Draft, op. cit.*, p. 1. El texto original lee como sigue: “Except as otherwise provided in this Chapter, an issue in a case having contacts with other states is governed by the law of the state whose policies would be most seriously impaired if its law were not applied to that issue”.

diversos artículos del Proyecto; y la finalidad última perseguida en la escogencia de la ley aplicable, a saber, la identificación del "Estado que, en vista de sus relaciones con las partes y la controversia y de las finalidades legislativas (*policies*) que han adquirido importancia en virtud de esa relación existente, sufriría las más serias consecuencias legales, sociales, económicas o de cualquier otra naturaleza si su legislación no fuera aplicada a aquella controversia".<sup>121</sup>

Por consiguiente, el primer párrafo del artículo segundo hace énfasis en la cooperación interestatal para evitar los conflictos y recuerda la doctrina del *comparative impairment* enseñada por Williams F. Baxter, según ha sido aceptada por los Tribunales de California. Asimismo evita el señalamiento de un antagonismo o de una competencia entre los Estados conectados con el supuesto de hecho, todos interesados en resolverlo, como lo hacen la teoría del *governmental interest analysis* y otras concepciones modernas en los Estados Unidos de la América del Norte.

55. El artículo segundo del Proyecto de Louisiana no se limita a consagrar la aplicación preferente de la ley que resultaría más afectada si no se aplica al caso concreto; y en su segundo párrafo prescribe el "*so-called issue-by-issue analysis*", en términos similares a los utilizados en el artículo sexto del "*Second Restatement of the Law of Conflicts of Law*" (1971). Por tanto, establece las siguientes directrices:

"El Estado es determinado mediante la evaluación de la fuerza y de la pertinencia de las finalidades legislativas relevantes de todos los Estados involucrados, a la luz de: la relación de cada Estado con las partes y la controversia; y las políticas y necesidades de los sistemas interestatal e internacional, incluyendo las finalidades legislativas de mantener las justificadas expectativas de las partes y de disminuir las consecuencias adversas que se producirían si se somete una parte a la ley de más de un Estado".<sup>22</sup>

121. *Louisiana Draft, op. cit.*, p. 2. Por el contrario, el Proyecto de Ley preparado en el Brasil por el doctor Haroldo Valladao, en su artículo décimosexto, declara que el objetivo fundamental de las reglas de Derecho Internacional Privado consiste en "garantizar la continuidad espacial de la vida jurídica de las personas y de los actos, unilaterales y plurilaterales, siempre que no contradigan el orden público" (Haroldo Valladao: *Material de Classe, op. cit.*, p. 125).

122. En su redacción original el texto lee como sigue: "The state is determined by evaluating the strength and pertinence of the relevant policies of all involved states in the light of: the relationship of each state to the parties and the dispute; and the policies and needs of the interstate and international systems, including the policies of upholding the justified expectations of the parties and of minimizing the adverse consequences that might follow from subjecting a party to a law of more than one state".

A fin de evitar confusiones, Symeon C. Symeonides en su carácter de relator advierte la necesidad de averiguar, en primer término, las finalidades (*policies*) perseguidas por las varias legislaciones con las cuales se encuentra conectado el supuesto de hecho; y en este sentido explica:

“Lo que debe evaluarse no es la sabiduría o la bondad de la política legislativa, en abstracto, o en relación a la política de otro Estado, sino más bien, la fuerza y pertinencia de esa política en el espacio. Una política legislativa que es consagrada vigorosamente para casos internos por el Estado que la promulga puede ser atenuada en un caso multiestatal, que sólo tiene contactos mínimos con aquel Estado. De igual modo, la misma política puede demostrar ser mucho menos pertinente aun cuando el caso tenga suficientes contactos con el Estado, pero no de la clase que en realidad implica aquella política legislativa”.

56. De esta manera, el Proyecto de reforma del Código Civil de Louisiana se inspira en principios similares a los establecidos por un importante número de legisladores en la época contemporánea que, por una parte, pretenden encontrar un difícil equilibrio de los diversos intereses en presencia, mediante la satisfacción de los requerimientos impuestos por la seguridad jurídica, a través de normas rígidas de Derecho Internacional Privado; pero, al mismo tiempo facultan al juez para desviarse de las reglas cuando así lo exija la justicia y la equidad en el caso concreto. Las recientes leyes de Austria (1978) y de Suiza (1987) utilizan fórmulas análogas para lograr el mismo objetivo; una necesidad similar se pretende atender con el artículo noveno de la “Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado”, que sirvió de modelo al párrafo quinto del artículo décimocuarto del Código Civil mexicano (1987); y también ha influido en el Proyecto de Reforma del Código Civil de Quebec (1990), cuyo artículo 3058 dispone:

“A título excepcional, la ley designada por el presente Libro no es aplicable si, en vista del conjunto de las circunstancias, resulta evidente que la situación no presenta sino un vínculo muy débil con esa legislación y tiene relaciones mucho más intensas con la ley de otro Estado. Esta disposición no es aplicable cuando la ley es designada en un acto jurídico”.<sup>124</sup>

123. *Louisiana Draft, op. cit.*, p. 2. El texto original dice: “What is to be evaluated is not the wisdom or goodness of a state policy, either in the abstract or vis a vis the policy of another state, but rather the “strength and pertinence” of this policy in the space. A legislative policy that is strongly espoused by the enacting state for intra-state cases may in fact be attenuated in a particular multistate case that has only minimal contacts with that state. Similarly, the same policy may prove to be far less pertinent if the case has sufficient contacts with that state but not of the type that would actually implicate that policy”.
124. El texto original lee como sigue: “A titre exceptionnel, la loi désignée par le presente Livre n'est pas applicable si, compte tenu de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la situation n'a qu'un lien éloigné avec cette loi et

VI. LA PARTE GENERAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

57. *La Aplicación del Derecho Extranjero*: La armonía internacional de soluciones impone el deber de aplicar el derecho extranjero declarado competente por la norma de conflicto en la misma forma como ocurre en su país de origen. Se trata de un principio admitido pacíficamente por las legislaciones contemporáneas del hemisferio americano, aun cuando en algunas oportunidades ha sido considerado innecesaria su consagración expresa.

58. La solución fue establecida por el segundo párrafo del artículo segundo del Proyecto venezolano de 1963, con la advertencia adicional de que "se aplicará de acuerdo con los principios que rijan en el país extranjero respectivo y de manera que se realicen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto"; y encontró formal consagración en el artículo segundo de la "Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado" (Montevideo, 1979). Cuatro años antes, el primer párrafo del artículo quinto del Proyecto argentino había sancionado el mismo principio, aun cuando con una fórmula distinta, a fin de reflejar la doctrina del uso jurídico, que defendió encarecidamente su autor, el doctor Werner Goldschmidt.<sup>25</sup>

59. Algún tiempo más tarde, el artículo 2055 del Código Civil del Perú (1984) prescribió que "las disposiciones del derecho extranjero aplicable se interpretan de acuerdo con el sistema al que pertenecan"; mandato fácilmente explicable por cuanto no es difícil "imaginar el disloque consecuente si se interpretaran normas extranjeras con criterios ajenos y extraños a las mismas, distorsionando eventualmente su verdadero sentido y alcance". En consecuencia, el juez "tomará en cuenta los principios y métodos interpretativos del país extranjero al que la ley aplicable pertenece, cuidando siempre, claro está, que se cumplan los objetivos últimos del Derecho Internacional Privado peruano".<sup>126</sup>

qu'elle se trouve en relation beaucoup plus étroite avec la loi d'un autre État. Cette disposition n'est pas applicable lorsque la loi est désignée dans un acte juridique".

125. El texto del párrafo era el siguiente: "Si se declara aplicable a una controversia un derecho extranjero, hay que darle el mismo tratamiento que con el máximo grado asequible de probabilidad le daría el juez del país cuyo derecho ha sido declarado aplicable en el supuesto caso de que se declarase competente".
126. Revoredo de Debakey: "Exposición", art. cit., *Código Civil peruano, op. cit.*, Tomo VI, p. 917. No obstante, agrega los siguientes comentarios, que pueden considerarse superados en la época presente: "Parece casi innecesario señalar que si,

60. Dentro de la misma directriz, el Código Civil mexicano declara en el primer párrafo del artículo décimocuarto que "se aplicará como lo haría el juez extranjero correspondiente";<sup>127</sup> y el artículo 523-3 del Código General del Proceso en Uruguay prescribe su interpretación "tal como lo harían los tribunales del Estado a cuyo orden jurídico pertenezca la norma respectiva".

61. *El problema de las calificaciones*: La regla consagrada por el primer párrafo del artículo décimocuarto del Código Civil mexicano (1987) ha sido entendida como un mandato para resolver el problema de las calificaciones; y al respecto expresa el licenciado Leonel Pérez-Nieto Castro:

"Se ordena al juez del Distrito Federal o en su caso al Juez Federal, que después de haber consultado la regla de conflicto, proceda a calificar o sea, para interpretar los conceptos establecidos por la norma de conflicto mexicana (forma de los actos, lugar de conclusión del contrato, etc.) recurra no al derecho interno mexicano, sino a las categorías establecidas por el derecho interno extranjero susceptible de aplicarse, la cual configura una verdadera calificación *lege causae*".<sup>128</sup>

62. En realidad, el problema de las calificaciones había sido ya resuelto en México en la reforma de la Ley de Comercio y Navegación Marítimos, el veintidós de diciembre de 1975, que dispuso en el tercer párrafo de su artículo tercero:

en virtud del método del Derecho Internacional Privado, resultara aplicable a una relación jurídica la ley de un Estado no reconocido por el Perú, los tribunales peruanos deberán abstenerse de aplicar esa ley, pues hacerlo constituiría un reconocimiento implícito de ese Estado. Mientras no ocurra el reconocimiento del Estado extranjero por nuestro Gobierno, no deberá aplicarse su ley, aun cuando fuese la señalada por las normas de conflicto. En ese supuesto, la ley excluida deberá ser sustituida con la que señalen las normas de conflicto subsidiarias y, en defecto de éstas con la *lex fori*" (Art. cit., p. 917).

127. El Proyecto de los licenciados Carlos Arellano García y José Luis Siqueiros, que México presentó en la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-II, Montevideo, 1979), disponía en su artículo segundo: "Los jueces y autoridades de los Estados Partes estarán obligados a aplicar las normas jurídicas del Derecho extranjero vigente que hayan resultado aplicables conforme al artículo anterior. Los aspectos relativos a la interpretación, jerarquía normativa o pluralidad de sistemas del Derecho extranjero se resolverán de acuerdo con los principios que rijan en el país de procedencia" (*Actas, CIDIP-II, op. cit., Vol. III, p. 505*).
128. Pérez-Nieto Castro, DIP, 5ª Ed., *op. cit.*, p. 303. No obstante, resulta difícil de aceptar que el concepto domicilio deba interpretarse *lege causae*, pues se encuentra expresamente definido por el artículo 30 del mismo Código Civil.

"Las calificaciones necesarias para la resolución de los conflictos de leyes, sin exceptuar la clasificación de bienes, serán las determinadas por la ley mexicana, salvo el caso en que, conforme a las disposiciones mexicanas, el conflicto haya sido resuelto por la aplicación de la ley extranjera".<sup>129</sup>

El precepto ha sido interpretado por Leonel Pérez-Nieto Castro en los términos siguientes:

"El tercer párrafo establece de manera general la calificación *lex fori*, pero si resulta aplicable una ley extranjera, con base en ésta se llevará a cabo la calificación, de modo que resulta calificación *lex causae*. . . El problema práctico que pudiera aparecer es si la norma extranjera regula de manera diferente a la institución de que se trata. Así, en el ejemplo, el problema surgirá si, lo que se conoce (en el derecho mexicano) como testamento, estuviera regulado por el derecho extranjero como una donación".<sup>130</sup>

A continuación, el licenciado Leonel Pérez-Nieto Castro agrega que, de acuerdo con el párrafo primero del artículo décimocuarto del Código Civil, "la aplicación del derecho extranjero deberá hacerse de manera que se respete como tal, con sus propias categorías e instituciones"; y, por tanto, en el ejemplo propuesto el juez mexicano tendrá que partir de que el decreto extranjero considera que se trata de una donación y no de un testamento "y aplicar no sólo la norma designada, sino también todo el derecho extranjero correspondiente". Asimismo recuerda que, según el tercer párrafo del mismo artículo cuarto "el juez mexicano debe adoptar en esos casos una actitud abierta que le permita solucionar problemas de este tipo, presentados por el tráfico jurídico internacional";<sup>131</sup> y concluye:

"A primera vista, lo anterior parecería difícil y complejo, pero no lo es en la práctica. El juez mexicano tendrá a su alcance el texto no sólo de la norma extranjera aplicable, sino también todo el que regula dicha institución, y con base en él podrá juzgar y decidir".<sup>132</sup>

129. Por el contrario, el Proyecto de los licenciados Carlos Arellano García y José Luis Siqueiros, presentado por México en la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-II, Montevideo, 1979), preveía en su artículo quinto: "La naturaleza de la institución o relación jurídica que corresponda al problema conflictual se determinará conforme a la ley del juez o autoridad que conozca del asunto, salvo el caso en que la calificación se rija por regla especial de esta Convención o de otra norma internacional aplicable" (*Actas, CIDIP-II, op. cit., Vol. III, p. 406*).

130. Pérez-Nieto Castro: DIP, 5ª Ed., *op. cit.*, pp. 259-260, p. 312.

131. Pérez-Nieto Castro, DIP, 5ª Ed., *op. cit.*, pp. 259-260.

132. Pérez-Nieto Castro, DIP, 5ª Ed. *op. cit.*, pp. 259-260.

63. Un precedente en favor de la calificación *lege causae*, en principio, pero reducido al objeto de la norma de conflicto y sin extenderse a los factores de conexión, se encuentra en los dos primeros párrafos del artículo segundo del Proyecto argentino (1974), que prescribieron:

"Los términos utilizados en esta ley han de interpretarse de acuerdo al derecho competente.

"Se estima derecho competente el Derecho Privado de aquel país cuyo derecho es declarado aplicable por la disposición de cuya interpretación se trate".<sup>133</sup>

64. Por su parte, el primer párrafo del artículo 2004 del Proyecto de la Comisión Revisora del Código Civil peruano (febrero de 1984) había pretendido resolver las dificultades causadas por las distintas interpretaciones hechas por las legislaciones conectadas con el supuesto de hecho, disponiendo que "la naturaleza jurídica de las relaciones vinculadas con ordenamientos extranjeros, se determina de conformidad con las clasificaciones del derecho peruano". Sin embargo, la propuesta no tuvo éxito; y la doctora Delia Revoredo de Debakey critica la actitud del legislador en los términos siguientes:

"El precepto no debió ser soslayado: la cuestión que regulaba no es de concepción obvia ni de natural o axiomática solución. El conflicto de las calificaciones es importante, complicado, y requiere necesariamente de regulación legislativa. . . Al desaparecer el dispositivo que en el Proyecto peruano resolvía el asunto de las calificaciones en virtud de la *lex loci* (ley del país del juez) no sabemos qué ley nos dirá ante un caso internacional, si los aviones o los automóviles son muebles o inmuebles, si el contrato de arrendamiento es real o consensual, si los "trusts" norteamericanos son o no personas jurídicas. . . Agrava la situación la circunstancia que, ante una supresión expresa de la Comisión Revisora, podría interpretarse que el legislador *no quiso* esa solución. . . pero también debemos admitir que no dijo la que quiso".<sup>134</sup>

133. No obstante, el tercer párrafo agregó: "Si el nombrado Derecho Privado no condujere a una solución razonable, sería competente para la interpretación el Derecho Privado argentino. Este interpretará de todos modos los puntos de conexión de las diversas disposiciones". El documento de trabajo presentado por la delegación argentina en la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-II, Montevideo, 1979) resolvería el problema de las calificaciones en los términos siguientes: "Los conceptos de las normas de conflicto deben interpretarse extensivamente a fin de posibilitar la comprensión y juzgamiento de instituciones extranjeras por los jueces de la causa. El juez de la causa tomará en cuenta las calificaciones que aplicaría el Juez del Estado Parte cuyo derecho resulte aplicable. Cuando la individualización de la norma de conflicto aplicable por el juez de la causa dependa de la calificación de la cuestión litigiosa, tal calificación se registrará por el derecho del juez de la causa" (*Actas, CIDIP-II, op. cit., Vol. III, pp. 415-416*).

134. Revoredo de Debakey: "Exposición". art. cit., *Código Civil peruano, op. cit., Tomo VI, pp. 883-884*.

65. Dentro de la misma directriz el Código Civil de Cuba (1987) dispuso en su artículo décimooctavo: "La calificación del acontecimiento natural o acto jurídico necesario para determinar la norma aplicable en caso de conflicto de leyes, se hará siempre con arreglo a la ley cubana". En consecuencia, al decir de I. García Velazco, la materia recibió "un tratamiento clásico no muy alejado del que inspira, en el fondo y en la forma, la regla española (Art. 12.1 C.C. español)"; y, por tanto, las críticas, "que han sido dirigidas al precepto español resultan asimismo válidas respecto a la disposición cubana".<sup>135</sup>

66. La competencia de la *lex fori* es también expresamente reconocida por el artículo 3055 del Proyecto de Quebec (1990); siendo de advertir que la versión anterior (1988), en el artículo 3441, por vía de excepción, ordenaba someter la calificación de los bienes en muebles o inmuebles a la *lex rei sitae*, precepto que fue suprimido.

67. Las *instituciones desconocidas*: La aplicación del Derecho extranjero en la misma forma como ocurre en su país de origen no resulta fácil cuando consagra instituciones desconocidas para la legislación del juez que conoce de la controversia. La dificultad fue enfrentada, en términos generales, por el segundo párrafo del artículo 2004 del Proyecto de Código Civil peruano, aprobado por la Comisión Revisora (febrero de 1984), que disponía: "Cuando la aplicación eficaz de la ley extranjera suponga necesariamente admitir la existencia de instituciones o procedimientos regulados en ella, pero no contemplados en el derecho peruano, se podrá prescindir de la aplicación de aquella, salvo que el asunto pueda ser resuelto por analogía". Sin embargo, el precepto no fue conservado en la versión final y el problema quedó sin respuesta, a pesar de la ratificación por El Perú de una solución similar, consagrada por el artículo tercero de la "Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado".<sup>136</sup>

68. Dentro de la misma directriz se orienta el tercer párrafo del artículo décimocuarto del Código Civil mexicano (1987), que dispuso: "No será impedimento para la aplicación del derecho extran-

135. García Velazco, art. cit., p. 671. El párrafo primero del artículo 12 del Código Civil español dispone: "La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española".

136. En términos similares, el artículo quinto de la "Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores" prescribió: "Las adopciones que se ajusten a la presente Convención surtirán sus efectos de pleno derecho, en los Estados Partes, sin que pueda invocarse la excepción de la institución desconocida".

jero, que el derecho mexicano no prevea instituciones o procedimientos esenciales a la institución extranjera aplicable, si existen instituciones o procedimientos análogos"; y el mismo resultado, aunque con una fórmula distinta, fue perseguido por la segunda frase del artículo 3055 del Proyecto de Quebec (1990), que permite "tomar en cuenta" la ley extranjera "cuando el Tribunal ignora una institución jurídica o no la conoce sino bajo una denominación o con un contenido distinto".

69. *Las normas interterritoriales o interpersonales extranjeras:* El funcionamiento del principio que prescribe aplicar el Derecho extranjero en la misma forma como ocurre en su país de origen impone el respeto de las normas interterritoriales o interpersonales extranjeras. Así lo contempla el Proyecto venezolano de 1963 (Art. 3) y, bajo su influencia, el artículo 2056 del Código Civil del Perú (1984) dispuso: "Cuando en el derecho extranjero que resulta aplicable coexisten diversos ordenamientos jurídicos, el conflicto entre las leyes locales se resolverá de acuerdo con los principios vigentes en el correspondiente derecho extranjero". La misma solución es consagrada por el segundo párrafo del artículo 3054 del Proyecto de Quebec (1990), agregando que, a falta de tales reglas, la referencia se entenderá hecha al "sistema jurídico que tenga los vínculos más estrechos con la situación".<sup>137</sup>

70. *Las Normas de Derecho Internacional Privado extranjero:* La aplicación del Derecho Extranjero en la misma forma como ocurre en su país de origen debería también imponer el respeto de sus normas de conflicto y la aceptación de un eventual reenvío en primero o en segundo grado.<sup>138</sup> Sin embargo, ningún pronunciamiento sobre el problema fue hecho en las reformas emprendidas en Paraguay, Guatemala, El Salvador y en el Proyecto de Quebec (1990).<sup>139</sup>

137. El primer párrafo del artículo 3054 dispone que "cuando un Estado comprende varias unidades territoriales que tienen competencias legislativas diferentes, o varios sistemas jurídicos aplicables a diferentes categorías de personas, cada unidad territorial o cada sistema jurídico es considerado como un Estado".

138. El primer párrafo del artículo quinto del Proyecto argentino (1974) prescribe el respeto de las normas de Derecho Internacional Privado de la ley extranjera declarada competente, ya que, conforme a la doctrina del uso jurídico, ésta sólo deberá aplicarse si acepta la competencia que le ha sido atribuida.

139. La versión de 1988 del Proyecto de Quebec, en su artículo 3443, disponía que la declaratoria de competencia a un derecho extranjero se refería a sus normas de derecho interno, con exclusión de sus normas de Derecho Internacional Privado. Sin embargo, el artículo fue suprimido, actitud que significa el rechazo de tan categórica solución.

71. A pesar de disponer la aplicación del derecho extranjero en la misma forma como ocurre en su país de origen, el artículo 2048 del Código Civil del Perú (1984) ordena a los jueces aplicar "únicamente el derecho interno del Estado declarado competente por la norma peruana de Derecho Internacional Privado".

Esta solución ha sido justificada con fundamento en "los múltiples problemas que, en la práctica, ocasionan las referencias máximas a los ordenamientos extranjeros y, sobre todo, el riesgo de no llegar a solucionar el conflicto de leyes, por la eventual e indefinida permanencia en el plano abstracto y referencial del Derecho Internacional Privado (*raquette internationale*).<sup>140</sup> Sin embargo, la explicación resulta poco satisfactoria y olvida la complejidad de los problemas de la vida diaria.<sup>141</sup>

72. Por el contrario, el Código Civil de Cuba (1987) dispuso en su artículo décimonoveno:

"En caso de remisión a la ley extranjera que, a su vez, remita a la cubana, se aplica ésta. Si la remisión es a la de otro Estado, el reenvío es admisible siempre que la aplicación de esa ley no constituya una violación de lo dispuesto en el artículo 21. En este último caso se aplica la ley cubana".<sup>142</sup>

Al decir de I. García Velazco el reenvío es consagrado en una "rara y singular forma", pues se lo acepta plenamente, pero con expresa reserva del orden público y el ulterior señalamiento de la aplicación de la ley cubana cuando deba descartarse el derecho extranjero declarado competente por la norma de conflicto.<sup>143</sup>

73. La mayoría de los recientes esfuerzos legislativos en el hemisferio americano se abstienen de consagrar una solución radical. El Proyecto venezolano de 1963 contempla la aceptación del reenvío de primer grado y el de segundo grado cuando el tercer país acepta la competencia que le ha sido atribuida (Art. 4); y en el mismo sentido el problema es resuelto por el artículo 77 del Proyecto de Brasil (1964). De esta manera se pretendió, dentro de los límites posibles, garantizar la armonía internacional de las soluciones.

140. Revoredo de Debaquey: "Exposición", art. cit., *Código Civil peruano, op. cit.*, Tomo VI, p. 900.

141. Samtleben: *Perú*, art. cit., p. 496.

142. El artículo vigésimoprimeros consagra la excepción de Orden Público (véase luego el N° 89 de este trabajo).

143. García Velazco, art. cit., p. 671.

La aceptación sólo del reenvío de primer grado fue dispuesta en México por el párrafo cuarto del artículo tercero de la ley de Navegación y Comercio Marítimos, reformada en 1975; y algunos años más tarde, a pesar de opiniones contrarias, el segundo párrafo del artículo décimocuarto del Código Civil ordenó: "Se aplicará el derecho sustantivo extranjero, salvo cuando, dadas las especiales circunstancias del caso, deban tomarse en cuenta, con carácter excepcional, las normas conflictuales de ese derecho, que hagan aplicables las normas sustantivas mexicanas o de un tercer Estado".

De acuerdo con el licenciado Leonel Pérez-Nieto Castro, el nuevo precepto permite únicamente el reenvío de segundo grado a un tercer Estado, "encontrándose así excluidos otros posibles reenvíos que puedan existir";<sup>144</sup> y el licenciado Fernando Alejandro Vázquez Pando destaca que la solución es "cauta" y "refleja la falta de uniformidad de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia en el tema". En efecto, "la fracción segunda del artículo 14 se niega rechazar el reenvío como principio absoluto, posición defendida entre nosotros por Carlos Arellano García;<sup>145</sup> pero tampoco lo acepta como principio absoluto. Adopta una posición moderada, según la cual el reenvío es aceptable tan solo como una excepción, cuando así lo justifiquen las especiales características del caso".<sup>146</sup>

74. El Proyecto de Código Civil de Lousiana (1990) también adopta una posición intermedia. En efecto, rechaza el reenvío en todos los casos en los cuales la norma de conflicto declara competente una legislación extranjera, por ejemplo, cuando el artículo décimo del Proyecto declara aplicable la ley del domicilio del cónyuge al tiempo de la adquisición para determinar el régimen de los bienes muebles en el matrimonio.

Al contrario, el Proyecto acepta el reenvío cuando las normas del conflicto ordenan aplicar la legislación que sería utilizada en el Estado extranjero declarado competente, como ocurre cuando el artículo vigésimo somete la sucesión sobre los bienes inmuebles a la ley que aplicarían los tribunales del Estado de la situación.

144. Leonel Pérez-Nieto Castro: "Réformes législatives en matière de Droit international privé au Mexique", *Revue*, 1989, Vol. LXXVIII, p. 597; DIP, 5ª Ed., pp. 268, 303.

145. Asimismo fue contrario a la aceptación del reenvío el artículo cuarto del "Proyecto de Convención sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado" de los doctores Carlos Arellano García y José Luis Siqueiros, que México presentó en la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-II, Montevideo, 1979) (*Actas, CIDIP-II, op. cit.*, Vol. III, p. 406).

146. Vázquez Pando, art. cit., p. 30.

Por último, el reenvío es simplemente posible cuando las normas de conflicto del Proyecto no determinan en forma concreta la ley extranjera competente y se limitan a indicar los factores a ser tomados en cuenta para seleccionar la legislación aplicable. Así sucede con los artículos segundo, sexto, vigésimocuarto y vigésimonoveno, que ordenan al juez la identificación del "Estado cuyas finalidades legislativas (*policies*) resultarían más seriamente afectadas si no se aplicara su legislación" (*the state whose policies would be most seriously impaired if its law were not applied*) para resolver la controversia. En semejante hipótesis es recomendable la consulta de las reglas de conflicto extranjeras para determinar el ámbito de vigencia territorial de las finalidades perseguidas (*policies*) con sus leyes y, por tanto, el segundo párrafo del artículo cuarto simplemente permite "tomarlas en cuenta", sin que el tribunal tenga obligación de obedecer el mandato de las normas de Derecho Internacional Privado extranjeras.<sup>147</sup>

75. *Las cuestiones previas, preliminares o incidentales:* La "Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado" nada dispuso acerca de la ley aplicable a la cuestión incidental, pero en forma expresa reconoció su autonomía; y con la misma fórmula el Código Civil mexicano, en el párrafo cuarto del artículo décimocuarto, declaró: "Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, no deberán resolverse necesariamente de acuerdo con el derecho que regule esta última".<sup>148</sup> Por tanto, fue afirmada su independencia y la simple posibilidad de decidirla conforme a la ley declarada competente por las normas de Derecho Internacional Privado de la legislación aplicable a la cuestión principal.

76. Una regulación similar se encuentra en el Proyecto argentino, cuyo artículo tercero prescribió: "Si una disposición declara un derecho aplicable a una determinada controversia, la disposición se refiere exclusivamente a aquélla y no a cualquier otra condicionante de la misma o concomitante con ella";<sup>149</sup> y dentro de la misma directriz se orientaron los dos primeros párrafos del artículo 2014 del proyecto de Código Civil preparado por la Comisión Revisora peruana (febrero de 1984) concebidos en los siguientes términos:

147. *Louisiana Draft, op. cit.*, p. 4.

148. La "Convención Interamericana sobre Normas de Derecho Internacional Privado" aprobó la redacción propuesta por quien escribe estas líneas en su carácter de presidente de la delegación venezolana (*Actas, CIDIP-II, op. cit.*, Vol. III, p. 420).

149. La delegación argentina presentó en la Segunda Conferencia especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-II, Montevideo, 1979)

“La cuestión preliminar que puede surgir con motivo de una cuestión principal, no se resuelve necesariamente de acuerdo con la ley que regule ésta última.

”La ley aplicable a la cuestión preliminar será determinada por el juez, con criterio de justicia y equidad ante el caso concreto”.

Al respecto comenta la doctora Delia Revoredo de Debakey:

“... el título que pudiera tener una ley para regular determinada categoría, no es suficiente para que esa ley regule también otra categoría distinta, por el simple hecho circunstancial de haber sido presentada en el mismo proceso y existir entre ambas vinculaciones fácticas. . . La amplitud de esta disposición adicional permitiría al juez una flexibilidad provechosa frente a las distintas categorías. Así, por ejemplo, podría ser más exigente y preciso en la determinación de la ley de la cuestión previa, cuando ésta verse sobre relaciones de familia y, a su vez, podría conceder mayor peso vinculatorio a la voluntad de las partes, si la cuestión principal perteneciera a la categoría contractual”.<sup>150</sup>

Sin embargo, la tentativa resultó frustrada. Según puede observarse la propuesta no sólo afirmaba la independencia legislativa de la cuestión incidental frente a la cuestión principal; también concedía absoluta discrecionalidad al juez para escoger la ley aplicable “con criterio de justicia y equidad en el caso concreto”, fórmula ésta utilizada por primera vez en las propuestas hechas por la delegación venezolana en la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-II).<sup>151</sup>

77. *La armoniosa aplicación de las leyes:* El funcionamiento del método analítico para resolver los problemas de Derecho Internacional Privado puede conducir a la regulación por leyes diversas de los distintos aspectos del supuesto de hecho con elementos de extranjería; y, bajo el influjo de corrientes doctrinarias norteamericanas de los últimos tiempos, las inevitables dificultades prácticas derivadas

un proyecto de artículo en los términos siguientes: “Las cuestiones previas o incidentales y la cuestión principal se regirán independientemente por sus respectivos derechos aplicables, según las normas de Derecho Internacional Privado del juez de la causa. Si se produjesen resultados contradictorios o irrazonables por las aplicaciones parciales de distintos derechos materiales, los jueces podrán adaptar los derechos en cuestión para alcanzar una solución coherente o razonable” (*Actas, CIDIP-II, op. cit., Vol. III, p. 416*).

150. Revoredo de Debakey: “Exposición”, art. cit., *Código Civil peruano, op. cit.*, pp. 888-889.

151. En esa oportunidad quien escribe estas líneas, en su carácter de presidente de la delegación venezolana, propuso el siguiente artículo: “Las normas vigentes en cualquiera de los Estados contratantes para resolver los problemas de Derecho Internacional Privado serán aplicadas de manera de satisfacer las exigencias de la justicia en el caso concreto” (*Actas, CIDIP-II, op. cit., Vol. III, p. 420*).

de la aplicación de distintas legislaciones a una misma controversia pretendieron ser resueltas por el artículo noveno de la "Convención Interamericana sobre Normas de Derecho Internacional Privado" (1979).<sup>152</sup>

78. La iniciativa tuvo éxito y el precepto fue reproducido por el párrafo quinto del artículo décimocuarto del Código Civil mexicano (1987), que dispuso:

"Cuando diversos aspectos de una misma relación jurídica estén regulados por diversos derechos, éstos serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de tales derechos. Las dificultades causadas por la aplicación simultánea de tales derechos se resolverán tomando en cuenta las exigencias de la equidad en el caso concreto. Lo dispuesto en el presente artículo se observará cuando resultare aplicable el derecho de otra entidad de la Federación".

Según destaca el licenciado Fernando Alejandro Vázquez Pando, "la fracción quinta del artículo 14 es una de las mayores innovaciones introducidas en el Derecho Internacional Privado mexicano, pues la misma implica la adopción de dos principios fundamentales: a) que diversos aspectos de una misma relación pueden estar regidos por diversos derechos (*depeçage*); y b) el abandono de criterios conflictuales mecánicos, para poner como criterio orientador uno de fondo: la equidad en el caso concreto".<sup>153</sup>

El licenciado Leonel Pérez-Nieto Castro también afirma que "esta recomendación dirigida al juez es esencial y constituye la base de la reforma, a saber, el mantenimiento de una actitud abierta en el fin de obtener una mejor justicia";<sup>154</sup> y procede a explicar el funcionamiento del nuevo precepto en los términos siguientes:

152. En esa oportunidad fue aprobada la proposición que presentó quien escribe estas líneas, en su carácter de Presidente de la Delegación de Venezuela (*Actas, CIDIP-II, op. cit.*, Vol. III, p. 420); habiéndose considerado previamente otras fórmulas: la República Argentina propuso el siguiente artículo: "Cuando un caso haya de resolverse por aplicación de distintos derechos a sus diversos aspectos y tales derechos resultasen inadaptados, el juez podrá adaptar una solución equitativa" (*"Actas"*, CIDIP-II, Vol. III, p. 416). Asimismo sugirió el siguiente precepto: "La interpretación e integración de las normas de conflicto y las normas materiales de derecho internacional privado perseguirán: a) la uniformidad internacional de la solución del caso. b) la promoción del comercio internacional. c) las razonables expectativas de las partes. d) la armonía material de los derechos parcialmente aplicables al caso. e) la efectividad de la decisión" (*Actas, CIDIP-II, op. cit.*, Vol. III, p. 417).

153. Vázquez Pando, art. cit., p. 32.

154. Pérez-Nieto Castro: "Réformes", art. cit., *Revue*, 1989, p. 596.

“Para ejemplificar lo establecido en esta disposición, supóngase que una persona de 18 años de edad firmó un título de crédito en Panamá, donde la edad mínima para ser capaz legalmente de contraer una obligación crediticia es de 21 años; sin embargo, en dicho título de crédito se especificó que debe pagarse en Guatemala, donde la edad para contraer este tipo de obligaciones es la de 18. Debido a que el obligado o girador tiene bienes en México, el tenedor del título ante el incumplimiento de aquél, demanda al juez mexicano una acción ejecutiva. Dicho juez tiene ante sí una ley aplicable, la del lugar de emisión del título que lo invalida y otra, la del lugar del pago que lo valida. En una misma relación, regulada por derechos diversos, el juez habrá de buscar la finalidad perseguida en cada derecho en la materia, y ambos indicarán que este tipo de obligaciones se contraen para cumplirse. En ese caso, el juez aplicará la ley guatemalteca que valida el título de crédito, y al tenedor del título otorgará acción ejecutiva contra los bienes del girador u obligado”.<sup>115</sup>

Ahora bien, fácilmente se comprende que, aun cuando la solución sea satisfactoria, en el ejemplo propuesto no se ha producido una aplicación “armoniosa” de las leyes declaradas competentes por las respectivas normas de conflicto; y la conducta del juez se orienta a preferir una de ellas, la *lex validitatis*, sin tomar en cuenta el mandato de la otra legislación.

79. La *lex validitatis*: La preferencia por la ley que declare la validez del acto jurídico constituye un principio admitido por muchas legislaciones contemporáneas y encuentra consagración expresa, tanto en términos generales como en ciertas materias particulares. Ahora bien, el segundo párrafo del artículo vigésimo segundo del Código Civil del Paraguay (1985) lo sanciona en forma amplia cuando prescribe:

“No se aplicarán las leyes extranjeras cuando las normas de este Código sean más favorables a la validez de los actos”.

El precepto no representa ninguna novedad en la reforma legislativa y tan sólo reproduce el artículo décimocuarto del Código Civil argentino de 1869, introducido en el Paraguay por ley del 19 de agosto de 1876, que determinaba los casos en los cuales “las leyes extranjeras no serán aplicables”; y después de sancionar varias hipótesis relacionadas con el orden público, dispuso que tampoco lo serían

“cuando las leyes de este Código, en colisión con las leyes extranjeras, fuesen más favorables a la validez de los actos”.<sup>156</sup>

155. Pérez-Nieto Castro, DIP. 5ª Ed., *op. cit.*, p. 305.

156. El artículo décimocuarto del Código Civil argentino del 29 de septiembre de 1869 lee como sigue: “Las leyes extranjeras no serán aplicables: 1º Cuando su aplicación se oponga al derecho público o criminal de la República, a la religión

80. De esta manera el primer párrafo del artículo vigésimosegundo del Código Civil del Paraguay (1985) establece otra excepción a la aplicación de la ley declarada competente por la norma de Derecho Internacional Privado. Sin embargo, es de carácter restringido, por cuanto sólo interviene en los casos de validez conforme a la *lex fori* y no funciona cuando la validez es afirmada por alguna otra de las legislaciones extranjeras con las cuales se encuentra conectado el supuesto de hecho. Esta última solución fue sugerida por la Delegación uruguaya en la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado; y a tal efecto propuso el siguiente artículo:

“Cuando del funcionamiento de la norma de conflicto derive la aplicación de leyes de diversos Estados, que consagraren, unas la validez y otras la nulidad del acto jurídico, se aplicará aquélla de la que resultare la validez”.<sup>157</sup>

Sin embargo, la propuesta fue completada en el curso de los debates y, en última instancia, la “Convención de Normas Generales sobre Derecho Internacional Privado” (1979) consagró un precepto más amplio, que dispone la armoniosa aplicación de las varias leyes que sean competentes para regular una controversia de acuerdo con el mandato de la diversas normas convencionales.<sup>158</sup>

81. *Los derechos adquiridos*: Constituye sólo una hermosa fórmula, sin trascendencia alguna, el mandato que ordena respetar los derechos adquiridos de acuerdo con la legislación declarada competente por la regla de conflicto del juez, ya que en semejante situación el pretendido “reconocimiento” sólo constituye el resultado natural del funcionamiento de la norma de conflicto. Así ocurre con el artículo octavo del Código Bustamante,<sup>159</sup> y también con el artículo 2050 del Código Civil peruano que dispone:

del Estado, a la tolerancia de cultos, o a la moral y buenas costumbres; 2° Cuando su aplicación fuere incompatible con el espíritu de la legislación de este Código; 3° Cuando fueren de mero privilegio; 4° Cuando las leyes de este Código, en colisión con las leyes extranjeras, fuesen más favorables a la validez de los actos”. El proyectista, doctor Dalmacio Vélez Sarsfield, en su nota a pie de página, explicó la solución de la siguiente manera: “Aproveche al nacional o al extranjero, como en general lo declara el Cód. de Prusia. Esta misma idea aparece en los escritores franceses, pero sólo como un favor para los nacionales: legislación viciosa impregnada del *jus Quiritum*, como dice Freitas. Sobre esta materia, véase a Savigny, Tomo VIII, N° 365” (*Código Civil [con las notas de Vélez Sarsfield] y Leyes Complementarias*, Buenos Aires, 1959, p. 8).

157. *Actas*, CIDIP-II, *op. cit.*, Vol. III, p. 419.

158. Véase antes el número 77 de este trabajo.

159. El artículo octavo del Código Bustamante prescribe: “Los derechos adquiridos al amparo de las reglas de este Código tienen plena eficacia extraterritorial en

“Todo derecho regularmente adquirido al amparo de un ordenamiento extranjero, competente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado, tiene la misma eficacia en el Perú, en la medida en que sea compatible con el orden público internacional y con las buenas costumbres”.

La doctora Delia Revoredo de Debakey indica como una de sus fuentes el Proyecto venezolano,<sup>160</sup> pero el señalamiento es muy difícil de aceptar, ya que éste prescribe algo distinto cuando en su artículo quinto dispone:

“Las situaciones jurídicas creadas de conformidad con un Derecho extranjero que se atribuya competencia de acuerdo con criterios internacionalmente admisibles producirán efectos en la República, a no ser que contradigan los objetivos de las normas venezolanas de conflicto o que el Derecho venezolano reclame competencia exclusiva en la materia”.

Por tanto, el artículo quinto del Proyecto venezolano no ordena el respeto de los derechos adquiridos conforme a la ley declarada competente por sus propias normas, antes al contrario, representa una excepción al funcionamiento de las reglas de conflicto; y, con las reservas en él indicadas, prescribe el reconocimiento de las situaciones jurídicas válidamente creadas por una ley distinta de la seleccionada por sus normas de Derecho Internacional Privado. En consecuencia, significa una contribución importante para resolver los supuestos de hecho con elementos de extranjería; y en el mismo sentido se orientan el artículo 79 del Proyecto de Brasil (1964) y el artículo séptimo de la “Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado” (1979). Por el contrario, el artículo 2050 del Código Civil peruano es completamente inútil, según advierte Jürgen Samtleben, pues se limita a repetir que debe obedecerse el mandato de las reglas de conflicto y respetarse las situaciones creadas de acuerdo con la legislación extranjera declarada competente por ellas.<sup>161</sup>

82. La estricta aplicación del principio de la territorialidad de la ley somete todas las personas, cosas y actos a la ley del respectivo territorio; y, por tanto, impone el reconocimiento de los derechos adquiridos en el extranjero de acuerdo con la correspondiente legislación.

---

los Estados contratantes, salvo que se opusiese a alguno de sus efectos o consecuencias una regla de orden público internacional”.

160. Revoredo de Debakey: “Exposición”, art. cit., *Código Civil peruano, op. cit.*, Tomo VI, pp. 902-903.

161. Samtleben, *Perú*, art. cit., p. 497.

Desde esta perspectiva se explica el primer párrafo del artículo decimotercero del Código Civil mexicano, que dispone: "Las situaciones válidamente creadas en las entidades de la República o en un Estado extranjero conforme a su derecho, deberán ser reconocidas". En efecto, al decir de Leonel Pérez-Nieto Castro, de acuerdo con "una tradición que, de manera inmediata proviene de la doctrina y del derecho estadounidense del siglo XIX, específicamente de las ideas de Joseph Story, se recoge en esta disposición el concepto de los *derechos adquiridos*. El juez sólo constatará que determinada 'situación jurídica' (un acto jurídico) ha sido creada 'válidamente' tanto en la forma como en el fondo conforme a un sistema jurídico diverso del suyo, para luego reconocerla conforme a su propio derecho".<sup>162</sup>

83. Explicación similar es válida también para el artículo 61 de la reciente Ley de Migración y Extranjería de Guatemala (1986), que dispone: "El estado civil adquirido por un extranjero conforme a leyes extranjeras, será reconocido en Guatemala, si no se opone a las leyes de la República"; principio afirmado en los mismos términos por el artículo decimoquinto de la Ley del Organismo Judicial de 1968.<sup>163</sup>

84. La *excepción de orden público* es unánimemente aceptada, a pesar de que no siempre se haya dispuesto en forma expresa que el derecho extranjero declarado competente por la norma de conflicto se descartará cuando su aplicación en el caso concreto viole principios básicos y fundamentales de la ley del juez. Sin embargo, generalmente suele ser consagrada por los diversos legisladores, aun cuando, como lo demuestran las recientes reformas en el hemisferio americano, las fórmulas empleadas son distintas y traducen algunos objetivos particulares, en especial, el deseo de impedir abusos en su manejo por los jueces.

85. La doctrina contemporánea más acreditada insiste en la necesidad de restringir lo más posible el funcionamiento de la excepción de orden público y sostiene que la defensa de los principios fundamentales debe hacerse tomando en cuenta los efectos de la aplicación del derecho extranjero en el caso concreto. Por tanto,

162. Pérez-Nieto Castro: *DIP*, 5ª Ed., *op. cit.*, p. 300.

163. Según destaca Jürgen Samtleben, la fórmula utilizada deja abierta la pregunta acerca de cuál legislación decide acerca de la existencia del derecho adquirido: en tiempos anteriores había referencia expresa a la ley de la nacionalidad; y en la época actual, en materia de matrimonio, se menciona la *lex loci actus* (*Guatemala*, art. cit., p. 114).

resulta posible que una norma extranjera, considerada en abstracto, pueda ser violatoria de principios fundamentales de la ley del juez, pero que no lo sea cuando se aplica para resolver la controversia.

Ahora bien, según destaca la doctora Delia Revoredo de Debakey, "lo que afecta al Orden Público local no es, pues, la ley extranjera, sino su repercusión en nuestro territorio";<sup>164</sup> y con fundamento en las enseñanzas de Ludwig von Bar basta recordar que el concepto mismo de la poligamia puede estimarse violatorio de principios fundamentales en los países que consagran la monogamia, pero, al mismo tiempo, es posible permitir el despliegue de su eficacia en un caso concreto, por ejemplo, para reconocer el estado de viuda a todas las legítimas esposas de cada uno de los matrimonios válidamente celebrados por el causante.

86. La anterior distinción se encuentra establecida por algunos de los recientes trabajos de reforma en el hemisferio americano. Los proyectos de Venezuela (1963) (Art. 6) y de Argentina (Art. 6)<sup>165</sup> han permitido el funcionamiento de la excepción de orden público sólo para impedir "los efectos de la aplicación" del derecho extranjero, sin tomar en cuenta su contrariedad en abstracto con los principios básicos y fundamentales; y la misma solución fue consagrada en los Códigos Civiles del Perú (Art. 2049)<sup>166</sup> y de Cuba (Art. 21) y en el artículo 3057 del proyecto de reforma del Código Civil de Quebec (1990).

87. Una fórmula más general, referida al "orden público", es utilizada en el proyecto de Brasil (1964) (Art. 80); en el Código Civil del Paraguay (1985) (Art. 22); en la Ley de Migración y Extranjería (1986) (Arts. 61 y 65); en la Ley del Organismo Judicial de Guatemala (1968) (Art. 23); y en el Código General del Proceso de Uruguay (1988) (Art. 5235). Por tanto, corresponde al juez determinar el ámbito de su extensión ya que es posible entenderla restringida a impedir los efectos de la aplicación de la norma extranjera en el caso

164. Revoredo de Debakey: "Exposición", art. cit., *Código Civil peruano, op. cit.*, Tomo VI, p. 904.

165. Dentro de los lineamientos de la doctrina del uso jurídico que inspira al proyecto de Argentina, el primer párrafo de su artículo sexto prescribe: "Un derecho extranjero declarado aplicable deja de serlo, si el probable tratamiento del juez extranjero de la controversia infringiría los principios que rigen su solución en el derecho argentino; una diferencia entre el derecho extranjero y el derecho argentino en la elaboración normativa de idénticos principios no obsta, en cambio, a la aplicación del primero".

166. Según Jürgen Samtleben el precepto se inspira en el proyecto venezolano (*Perú*, art. cit., p. 486, nota 65).

concreto o en un sentido más extenso para defender su contrariedad en abstracto con los principios básicos y fundamentales de la propia legislación.

88. Por el contrario, el Código Civil mexicano consagra la excepción de orden público en toda su amplitud; y en el segundo párrafo de su artículo décimoquinto dispuso: "No se aplicará el derecho extranjero: . . . 2. Cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano".<sup>167</sup> En tal virtud, según destaca el licenciado Leonel Pérez-Nieto Castro, el precepto cubre dos hipótesis:

- a) "que la disposición del derecho extranjero sea contraria al orden público mexicano; para ello basta con que el juez mexicano lea la disposición extranjera y constate que es contraria al orden público mexicano y, por tanto, la rechaza";
- y b) "que, como resultado de su aplicación, las disposiciones del derecho extranjero sean contrarias a principios e instituciones fundamentales del orden público mexicano; esto es, si bien dichas disposiciones no eran contrarias al orden público mexicano, cuando el juez va a aplicarlas se da cuenta de que provocará una contrariedad con dicho orden público".<sup>168</sup>

89. La redacción del proyecto venezolano (1963) exige la manifiesta incompatibilidad "con los principios esenciales del orden público venezolano" (Art. 6); el artículo 80 del proyecto de Brasil (1964) se refiere a la "ofensa a la soberanía nacional, al orden público, a la moral y a las buenas costumbres"; y el proyecto argentino (1974) requiere la "incompatibilidad de los principios jurídicos extranjeros con los argentinos" (Art. 6).

Por su parte, el artículo 2049 del Código Civil del Perú (1984) sanciona la contradicción "con el orden público internacional o con las buenas costumbres"; el Código Civil del Paraguay (1985) persigue la defensa de "las instituciones políticas, las leyes de orden público, la moral y las buenas costumbres" (Art. 22); la reciente Ley de Migración y Extranjería de Guatemala (1986) se limitó a prescribir que el estado civil o el matrimonio celebrado en el extranjero no serán reconocidos cuando se oponen a "las leyes del país" (Arts. 61 y 65), pero

167. La Ley de Navegación y Comercio Marítimos de México (1975) simplemente se limitaba a disponer en el quinto párrafo de su artículo tercero: "Son inaplicables en México todas las disposiciones de las legislaciones extranjeras que contravengan el orden público, tal cual sea calificado en México".

168. Pérez-Nieto Castro, DIP, 5ª Ed., *op. cit.*, pp. 274-275, 307.

sin hacer pronunciamientos de carácter general,<sup>169</sup> la Ley de Extranjería (1986) de El Salvador nada dispuso al respecto, y posiblemente debido a la territorialidad casi absoluta de su sistema de Derecho Internacional Privado tampoco se encuentra alguna cláusula general en el Código Civil que permita la intervención del orden público para descartar la aplicación de la ley extranjera competente.

El artículo vigésimoprimer del Código Civil de Cuba (1987) pretende defender los principios de su "régimen político, social y económico", redacción "que se alinea con aquellas fórmulas más politizadas de entre aquellas que emplean las legislaciones socialistas";<sup>170</sup> el Código Civil de México (1987) requiere la contrariedad con "principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano";<sup>171</sup> el artículo 525-5 del Código General del Proceso uruguayo (1988) exige que "contraríen manifiestamente los principios esenciales del orden público internacional en los que la República asienta su individualidad jurídica"; el Proyecto de Código Civil de Quebec (1990) se refiere al "orden Público, tal como es entendido en las relaciones internacionales" (Art. 3057); y el Proyecto de Louisiana (1990) carece de pronunciamiento al respecto.

90. Las fórmulas utilizadas por el artículo 2049 del Código Civil del Perú (1984) y por el Código General del Proceso de Uruguay (1988) en el párrafo quinto de su artículo 525, en vista de sus categóricos términos, podrían ser interpretadas en el sentido de que el orden público es la única excepción admisible al funcionamiento de las normas de conflicto, por cuanto declaran que "sólo" en semejante caso es permitido dejar de aplicar el derecho extranjero competente. Sin

169. La fórmula general del orden público se encuentra consagrada en la ley del Organismo Judicial (1968); y su artículo décimosegundo, bajo la influencia de las Disposiciones Preliminares del Código Civil italiano de 1865, dispone como sigue: "No obstante lo dispuesto en los artículos precedentes, las leyes, los actos y las sentencias de un país extranjero, así como las disposiciones o convenciones entre particulares, no podrán derogar las leyes prohibitivas del reino concernientes a las personas, los bienes o los actos, ni a las leyes que protegen de cualquier manera el orden público y las buenas costumbres" (Alejandro Maldonado Aguirre: *La teoría del orden público en el Derecho Internacional Privado guatemalteco*, Guatemala, 1971, pp. 53-54).

170. García Velazco, art. cit., p. 671. Igualmente advierte su similitud con el artículo 36 de la ley checoslovaca de 1963 y con el artículo 4 de la ley de la República Democrática alemana de 5 de diciembre de 1975.

171. La Ley de Navegación y Comercio Marítimos (1975) dispuso en el quinto párrafo del artículo tercero: "Son aplicables en México todas las disposiciones de las legislaciones extranjeras que contravengan el orden público, tal cual es calificado en México".

embargo, esta inteligencia no parece corresponder con la intención del legislador que, sin lugar a duda, aceptó otras hipótesis en las cuales no se aplica el derecho extranjero declarado competente.

La redacción de ambos preceptos también ha permitido afirmar el carácter imperativo de las normas de Derecho Internacional Privado, porque su mandato debe ser respetado en todos los casos en los cuales no interviene la excepción de orden público; y así lo destaca la doctora Delia Revoredo de Debakey cuando comenta el artículo 2049 del Código Civil del Perú (1984).<sup>172</sup>

91. La solución de la controversia en los casos de intervención de la excepción de orden público, se encuentra expresamente prevista en el proyecto argentino (1974), de acuerdo con el cual si "el derecho extranjero declarado aplicable ofreciese supletoriamente otra solución basada en principios aceptables, ésta sería la aplicada; caso contrario el juez aplicaría derecho argentino" (segundo párrafo del artículo sexto). Por el contrario, el segundo párrafo del artículo 2049 del Código Civil del Perú (1984) ordena decidir la controversia conforme a "las normas del derecho interno peruano"; y la doctora Delia Revoredo de Debakey explica al respecto:

"Resulta en verdad necesario que, al exceptuarse la aplicación de la ley extranjera, el juez conozca en base a qué ley, o a qué disposiciones, resolverá el caso concreto. La ley nacional, por ser la *lex fori*, presenta la doble ventaja de ser mejor conocida por el juzgador y de ser compatible con el orden público y con las buenas costumbres del lugar del proceso, lo que justifica su aplicación subsidiaria".<sup>173</sup>

92. Ninguna de las recientes codificaciones del hemisferio americano ordena respetar el orden público extranjero; pero la afirmativa puede considerarse implícita en el principio según el cual el derecho extranjero debe aplicarse en la misma forma como ocurre en su país de origen. Por tanto, la imitación de la conducta del juez extranjero impone el respeto de sus principios básicos y fundamentales para descartar el mandato de cualquier otra legislación que sea declarada competente para decidir la controversia.

93. La *excepción de fraude a la ley* fue prevista por el artículo cuarto del proyecto argentino (1974) en los términos siguientes:

172. Revoredo de Debakey: "Exposición", art. cit., *Código Civil peruano, op. cit.*, Tomo VI, p. 902 (véase antes el número 49 de este trabajo).

173. Revoredo de Debakey: "Exposición", art. cit., *Código Civil peruano, op. cit.*, Tomo VI, p. 904.

“Si una disposición declara aplicable un derecho con miras a determinadas circunstancias, ella se refiere a las circunstancias tales cuales habrían sido en la época crítica, si los interesados no hubiesen intervenido con el fin de sustituirlas por otras que permitan la aplicación de un derecho diferente del aplicable sin su intervención y cuyas normas coactivas así intentan esquivar (fraude a la ley)”.

94. Algún tiempo más tarde la excepción de fraude a la ley fue consagrada por el artículo sexto de la “Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado” (1979), aun cuando sólo para sancionar la evasión de los principios fundamentales, pero en forma amplia en el sentido de defender tanto la *lex fori* como el derecho extranjero.<sup>174</sup> El ejemplo fue seguido por la Comisión Revisora del Código Civil peruano (febrero de 1984), cuyo artículo 2008 prescribía: “No producen efectos en el Perú las situaciones jurídicas creadas de conformidad con el Derecho extranjero, que eludan fraudulentamente a la ley peruana competente”.

La propuesta no tuvo éxito; y al respecto comenta la doctora Delia Revoredo de Debakey:

“El Código Civil de 1984 no sólo ha silenciado, sino que ha suprimido la regulación del fraude a la ley, ¿quiere decir esto que el fraude a la ley ya no se castiga? Bastaría entonces con que los profesionales de Derecho se dedicaran a estudiar Derecho Comparado para poder seleccionar entre todas las leyes del mundo la que mejor convenga a sus clientes según cada caso concreto. En otras palabras, si no se prohíbe la evasión a la ley peruana, ésta deja de ser obligatoria. . . No creemos que haya sido ésta la intención de la Comisión Revisora al suprimir el artículo 2008 de su propio proyecto, cuyo contenido había sido plasmado, además, en el Proyecto de la Reformadora de 1981, en nuestra Propuesta de 1980, en el Primer Proyecto de la Reformadora de 1984, y aprobado y ratificado por el gobierno peruano sin reservas en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (Art. 6), cuyo campo de aplicación no coincide con el de este Libro X del Código Civil peruano”.<sup>175</sup>

Por tanto, la doctora Delia Revoredo de Debakey, concluyó:

“Precisa aclarar, sobre todo, que al permitir el nuevo Código que los peruanos nos divorciemos en países extranjeros y de acuerdo a leyes extranjeras y con el *único* requisito de tener el domicilio conyugal en el país donde se instaura el proceso, resulta indispensable delimitar las condiciones para que ese cambio de domicilio haya sido auténtico y no una simple herramienta para evadir el derecho de familia peruano. En el sistema anterior, el fraude a la ley peruana era apli-

174. La República Oriental del Uruguay expresamente reservó el artículo relativo a la excepción de fraude a la ley.

175. Revoredo de Debakey: “Exposición”, art. cit., *Código Civil Peruano, op. cit.*, Tomo VI, pp. 885-886.

cado por nuestros tribunales, por constituir casi un principio del Derecho Internacional Privado. Sin embargo, surgirán ahora dudas razonables en nuestros jueces pues, en primer lugar, hay divergencias doctrinarias sobre la efectividad de esa institución y, en segundo lugar, se trata, a fin de cuentas, no ya de un "silencio" del legislador, sino de una supresión tangible. Opinamos que el significado y alcance de esta supresión deben ser urgentemente esclarecidos por la Comisión Revisora".<sup>176</sup>

La excepción de fraude a la ley, aun cuando sin proteger la evasión del derecho extranjero, había sido consagrada en México por el sexto párrafo del artículo tercero de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos (1975), que prescribió: "Nadie puede prevalerse de una situación jurídica creada en virtud de la aplicación de una ley extranjera, con fraude a la ley mexicana".<sup>177</sup> Posteriormente, con ocasión de la reforma del Código Civil (1987), el principio fue reiterado por el segundo párrafo del artículo decimoquinto en los términos siguientes: "No se aplicará el derecho extranjero: 1º Cuando artificialmente se hayan evadido principios fundamentales del derecho mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión".

El licenciado Leonel Pérez-Nieto Castro ejemplifica el funcionamiento de la excepción en los términos que siguen:

"De acuerdo con el CC (Código Civil), para celebrar una adopción se requiere ser mayor de 25 años y estar libre de matrimonio (Art. 340). Debido a esta limitación, una persona domiciliada en el DF (Distrito Federal) y con una edad menor que la requerida, constituye su domicilio en alguna otra entidad de la república o en un país extranjero, cuyo derecho no establezca esta limitación y adopta. Posteriormente, pretende que en el DF (Distrito Federal) le sea reconocida esa adopción. Desde luego, habrá un rechazo en el fraude a la ley".<sup>177-a</sup>

176. Revoredo de Debakey: "Exposición", art. cit., *Código Civil Peruano, op. cit.*, Tomo VI, p.886.

177-a Pérez-Nieto, *op. cit.*, 5ª Ed., p. 306. De igual modo advierte que "independientemente del sentido tradicional ya descrito, el juez del foro puede negar la aplicación correspondiente, en virtud de la simulación de las partes, por cuyo medio pretenden la aplicación de una ley que no es la pertinente, a una potencial relación jurídica". Sin embargo, en semejante hipótesis resulta imposible hablar de fraude a la ley en Derecho Internacional Privado porque no se ha producido un cambio efectivo del factor de conexión para obtener la aplicación de una ley más favorable, sino tan sólo de un simple espejismo que desaparece cuando se establece la voluntad real de las partes.

177. El proyecto de los licenciados Carlos Arellano García y José Luis Siqueiros, que México presentó en la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-II, Montevideo, 1979) también aceptó la excepción de fraude a la ley en su artículo octavo; y fue previsto: "No

No obstante, la solución es difícilmente justificable cuando se ha realizado una transferencia real de domicilio fuera de la República, es decir, si la persona ha trasladado efectivamente su residencia habitual a un Estado extranjero, que se convierte en el lugar de su domicilio por mandato del artículo 29 del mismo Código Civil, en su reforma de 1987: en semejante hipótesis debería funcionar sin dificultades la norma de conflicto que declara aplicable la ley del domicilio.

Por otra parte, el ejemplo anterior, propuesto por el licenciado Leonel Pérez-Nieto Castro, demuestra las inconveniencias prácticas de la excepción de fraude a la ley en Derecho Internacional Privado, por cuanto su funcionamiento conduce a impedir el reconocimiento internacional de una situación jurídica válidamente creada en el extranjero, con evidente perjuicio para el menor adoptado; y contradice el mandato del artículo décimonoveno de la "Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores", ratificada por México en 1987, de acuerdo con el cual "los términos de la presente Convención y las leyes aplicables según ella se interpretarán armónicamente y en favor de la validez de la adopción y en beneficio del adoptado".

96. *Las leyes de aplicación inmediata.* Los legisladores de todas las épocas han sancionado determinadas normas jurídicas que deben ser necesariamente aplicadas, con independencia de los elementos de extranjería del supuesto de hecho; pero su importancia en los últimos tiempos es cada vez mayor, debido al creciente paternalismo de las personas físicas que ejercen funciones de gobierno, para imponer sus propias ideas sobre asuntos de la naturaleza más variada (política, cultural, social, económica). En semejante caso, las normas internas de la *lex fori*, en principio deben aplicarse inexorablemente, y por ese motivo, Phocion Francescakis las denominó *lois d'application immédiate*.<sup>178</sup> Ahora bien, resulta aconsejable diferenciar los casos en los cuales interviene esta categoría de reglas del funcionamiento de la

se aplicará el derecho extranjero ni se reconocerán derechos adquiridos de conformidad con el mismo, cuando artificiosamente se haya evadido la ley del Estado receptor. Quedará a juicio de las autoridades competentes de este último el determinar la intención fraudulenta de las partes interesadas" (*Actas, CIDIP-II, op. cit.*, Vol. III, p. 405).

178. Phocion Francescakis: *La théorie du Renvoi et les conflits des systèmes en droit international privé*, París, 1958, Nos. 7-11, pp. 11-16. Los escritores contemporáneos han utilizado otras denominaciones para identificar estas normas que se aplican sin tomar en cuenta la extranjería del supuesto de hecho (Gonzalo Parra-Aranguren: "General Course of Private International Law: Selected Problems", *Recueil des Cours*, 1988-III, Vol. 210, N° 156, p. 178; *Curso de Derecho Internacional Privado [Problemas Selectos]*, Caracas, 1991, N° 156, pp. 171-172).

excepción de orden público, a pesar de que en ambas situaciones se persigue un mismo objetivo, a saber, la defensa de principios básicos y fundamentales de la propia legislación. Sin embargo, en esta última hipótesis, las normas de conflicto deben ser consultadas en forma previa para conocer el derecho extranjero competente; aun cuando con posterioridad es descartado, a fin de evitar los resultados indeseables de su aplicación para resolver la controversia.<sup>179</sup>

97. La importancia de la distinción no parece discutible; y quien escribe estas líneas pretendió establecerla con claridad en la Convención Interamericana de Normas Generales sobre Derecho Internacional Privado. En este sentido, con el carácter de Presidente de la delegación venezolana, propuso en el seno de la Comisión Segunda de la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-II, Montevideo, 1979), la aprobación del siguiente artículo: "Las normas que expresan principios fundamentales de la legislación de cada Estado Parte, se aplicarán con preferencia a las reglas sobre elección de la ley aplicable".

El precepto fue considerado innecesario por algunos participantes.

De acuerdo con el doctor Werner Golsdchmidt (Argentina), "si la norma propuesta quiere decir que cada país en su legislación interna puede crear disposiciones que se caracterizan como de orden público internacional, no cabe duda alguna que ello es así, pero para eso no necesita una disposición, porque sería vicioso tenerla en un convenio internacional". Ahora bien, como ha sido observado en otra oportunidad, no es discutible la validez de la anterior afirmación desde la perspectiva de un sistema jurídico nacional, por cuanto corresponde a cada Estado, en ejercicio de su soberanía legislativa, determinar el ámbito de vigencia de sus propias normas jurídicas, inclusive de sus reglas de conflicto; pero resulta muy dudosa la existencia de semejante facultad frente a las normas establecidas convencionalmente para seleccionar la ley aplicable, porque de aceptarla, se contradiría el orden de prelación de las fuentes del derecho. En efecto, los preceptos de un tratado son de rango superior a las normas internas; su derogación sólo cabe por las vías previstas en el Derecho Internacional Público y no es admisible que puedan descartarse *ad libitum* por cada Estado Parte, mediante la posterior promulgación de normas de aplicación inmediata, a menos de encontrarse facultado

179. Parra-Aranguren: *General Course*, art. cit., Nos. 143-176, pp. 121-142; *Curso*, op. cit., pp. 161-186.

por la propia Convención. Por tanto, se necesita de una autorización expresa, y la propuesta venezolana perseguía satisfacer tan ineludible requerimiento.<sup>180</sup>

Otros delegados afirmaron que los objetivos perseguidos con la propuesta podían obtenerse a través de la excepción de orden público internacional, ya aceptado por la Comisión Segunda. Sin embargo, semejante señalamiento desvirtúa el funcionamiento de la cláusula de reserva, según aparece consagrada en el artículo quinto de la versión definitiva de la Convención, que presupone la intervención previa de la norma de Derecho Internacional Privado y constituye una excepción al deber de aplicar la ley extranjera declarada competente. Ahora bien, la propuesta venezolana pretendía una finalidad distinta, a saber, el reconocimiento de la existencia de ciertas áreas jurídicas donde no pueden intervenir las reglas del conflicto, y en las cuales no es concebible aplicar una ley extranjera, porque han sido reguladas directamente a través de normas que expresan principios fundamentales de la legislación de cada Estado. Por tanto, en semejante caso la defensa de los principios básicos funciona *a priori* y no *a posteriori*.<sup>181</sup>

Ante el generalizado consenso de los participantes acerca del carácter obvio e innecesario del precepto, la Delegación venezolana retiró su propuesta, en el deseo de impedir mayores enfrentamientos que pudieran afectar el buen éxito de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado. Sin embargo, hizo constar su propósito de haber querido rendir un "homenaje a la sinceridad, en el sentido de que no se pueda distorsionar la excepción de orden público utilizándola en un sentido positivo, como normalmente la usan los tribunales".<sup>182</sup>

180. Gonzalo Parra-Aranguren: "La Convención Interamericana sobre Normas de Derecho Internacional Privado (Montevideo, 1979)", *Anuario Jurídico Interamericano*, 1979, Washington, 1979, reproducido en *Codificación, op. cit.*, pp. 476-477.

181. Parra-Aranguren: "La Convención", art. cit., *Codificación, op. cit.*, p. 477.

182. Parra-Aranguren: "La Convención", art. cit., *Codificación, op. cit.*, pp. 477-478. La confusión entre el funcionamiento de las leyes de aplicación inmediata y de la excepción de orden público se encuentra bastante generalizada, según lo demuestra un análisis superficial del Derecho Comparado; y también se dejó sentir en el Proyecto suizo de 1978. Sin embargo, la reglamentación fue objeto de severas críticas (Alfred von Oberveck: "Allgemeiner Teil des Internationalen Privatrechts, *Laussanner Kolloquium über den deutschen und den schweizerischen Gesetzentwurf zur Regelung des Internationalen Privatrechts*, Zurich, 1984, p. 42), y, por tanto, el asunto quedó debidamente clarificado en la versión final de la Ley Federal sobre Derecho Internacional Privado, aprobada el 18 de diciembre de 1987. En

Los recientes trabajos de reforma legislativa en el hemisferio americano no suelen distinguir entre la intervención de las leyes de aplicación inmediata y el funcionamiento de la excepción de orden público. Únicamente aparece consagrada, en términos generales, en el Proyecto de Quebec (1990) que, en su artículo 3.053, afirma la obligación de obedecer, en primer término, el mandato de las propias leyes de aplicación inmediata; y de esta manera prescribe una excepción a la actuación de las normas de conflicto.

El Proyecto de Quebec (1990) no se limita a consagrar la primacía de las normas de aplicación inmediata de la *lex fori*, que puede considerarse pacíficamente admitido; también autoriza al juez, en el artículo 3054, a "tomar en cuenta" las normas de aplicación inmediata de legislaciones extranjeras, cuando se encuentren intensamente vinculadas a la controversia. Sin embargo, condiciona el ejercicio de esta facultad a la satisfacción de los intereses legítimos y preponderantes reconocidos en Quebec, habida cuenta, además, de las finalidades perseguidas por la norma extranjera de aplicación inmediata.<sup>183</sup>

99. El Proyecto venezolano (1963), en materia de obligaciones convencionales, adoptó una actitud más enérgica por cuanto no se limitó a permitirle al juez "tomar en cuenta" sino que le impuso el deber de respetar algunas normas extranjeras de terceros Estados, que pretenden regir el supuesto de hecho, con independencia de sus elementos de extranjería; y, en este sentido, previno su artículo 32: "Se aplicarán, en todo caso, las disposiciones de la ley del lugar donde se realice la prestación que regule su contenido por razones económico-sociales de interés general".

#### VII. EL TRATAMIENTO PROCESAL DEL DERECHO EXTRANJERO

100. Los Tratados vigentes en el hemisferio americano de fines del siglo pasado y de la primera mitad del presente coinciden en equiparar la ley extranjera al propio derecho desde el punto de vista de su tratamiento procesal. Por tanto, no sólo prescriben su aplicación de oficio por el juez sino también permiten utilizar todos los

---

consecuencia, el artículo decimoséptimo consagró la excepción de orden público; y los artículos decimooctavo y decimonoveno regularon la intervención de las leyes de aplicación inmediata.

183. El respeto de las normas extranjeras de aplicación inmediata de un tercer Estado ha sido objeto de extensas discusiones que se reflejan en el Derecho Comparado (Parra-Aranguren: *General Course*, art. cit., Nos. 165-176, pp. 135-142; *Curso*, op. cit., Nos. 165-176, pp. 178-186).

El que funde su derecho en leyes extranjeras, deberá probar la existencia de éstas y que son aplicables al caso.

104. La fórmula mexicana tuvo gran éxito en la legislación de los Estados centroamericanos y fue repetida por el artículo 239 del Código de Procedimiento Civil de El Salvador (1881).<sup>188</sup> La solución, según parece, no ha sido modificada, siendo de advertir que la reciente Ley de Extranjería (1986) nada previene sobre el particular.

105. El artículo décimo sexto del Código Civil sancionado en Guatemala en 1977 reprodujo la misma solución; y ha sido reiterada en diversas leyes posteriores, inclusive por la reciente Ley de Migración y Extranjería (1986), cuyo artículo 34 prescribió:

El que funda sus derechos en leyes extranjeras deberá probar la existencia de las mismas y, en su caso, su vigencia.<sup>189</sup>

En la actualidad la situación resulta confusa porque el trece de enero de 1988, o sea, algún tiempo después de la reforma de la Ley de Migración y Extranjería (1986), Guatemala depositó el instrumento de ratificación de la "Convención Interamericana sobre Normas de Derecho Internacional Privado" (1979). Por tanto, a partir de su vigencia, impuso al juez el deber de aplicar de oficio el derecho de los Estados Parte que fuere declarado competente por las normas de conflicto convencionales; y resulta difícil de aceptar una solución distinta frente a las legislaciones de otros países. Por consiguiente, parece razonable entender que se ha producido una apertura hacia las concepciones contemporáneas.

106. La fórmula utilizada por el artículo décimo noveno del Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California fue repetida en México por el Código de Comercio (art. 1.197) y

---

188. Igual actitud fue seguida por el artículo décimo sexto del Código Civil de Guatemala (1877); por el artículo undécimo del Código Civil de Costa Rica (1887) y por el artículo décimocuarto del Código de Procedimiento Civil de Nicaragua (Jürgen Samtleben, "La aplicación de la ley extranjera en América Latina y en la República Federal de Alemania", en *Primer Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, México, 1979, nota 20, p. 220).

189. En forma concordante dispone la Ley del Organismo Judicial (1968) en su artículo 22: "El que funda sus derechos en leyes extranjeras deberá probar la existencia de éstas"; fórmula repetida por la Ley de Migración y Extranjería (1986), aun cuando el nuevo texto también impuso la carga de demostrar la "vigencia" del derecho extranjero (Samtleben, "Guatemala", art. cit., p. 117).

por varios Códigos de los diversos Estados de la Federación.<sup>190</sup> Asimismo, la carga de la prueba del derecho extranjero se impuso en muchas leyes procesales; y en 1942 el artículo 86 del Código Federal de Procedimientos Civiles ordenó:

Sólo los hechos están sujetos a pruebas; el derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras o en usos, costumbres o jurisprudencia".<sup>191</sup>

107. El cambio de actitud de México frente a los problemas de Derecho Internacional Privado ha dejado manifiesta huella en el tratamiento de la ley extranjera en el proceso; y el párrafo primero del artículo décimo cuarto del Código Civil, en su reforma de 1987, quedó redactado en los términos siguientes:

Se aplicará como lo haría el juez extranjero correspondiente, para lo cual el juez podrá allegarse la información necesaria acerca del texto, vigencia, sentido y alcance legal de dicho derecho.

La modificación del Código Civil mexicano necesariamente se proyectó en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (1987), con vigencia a partir del ocho de enero de 1988; y en el nuevo artículo 284 bis fue dispuesto:

El Tribunal aplicará el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar la existencia y contenido del derecho extranjero invocado. Para informarse del texto, vigencia, sentido y alcance legal del derecho extranjero, el tribunal podrá valerse de informes oficiales al respecto, pudiendo solicitarlos al Servicio Exterior mexicano, o bien ordenar o admitir las diligencias probatorias que considere necesarias o que ofrezcan las partes.<sup>192</sup>

108. De acuerdo con el licenciado Leonel Pérez-Nieto Castro, la reforma hecha "establece la completa asimilación del derecho extranjero al mexicano y da al juez del foro amplias posibilidades interpretativas". En consecuencia, tiene facultades para "allegarse por sí, por conducto de las partes o por los medios que considere más

190. En el mismo sentido los Códigos Civiles de Puebla (1901, art. 17), Tlaxcala (1928, art. 15), Veracruz (1932, art. 12) y Tamaulipas (1961, art. 14) (Samtleben, "La aplicación", art. cit., *Primer Seminario, op. cit.*, pp. 220-221).

191. Una redacción similar se encuentra en los Códigos de Procedimientos Civiles de 1872 (art. 575), 1880 (art. 517) y 1884 (art. 357); en el Código Federal de Procedimiento Civil de 1908 (art. 207) y en el artículo 284 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (Samtleben, "La aplicación", art. cit., *Primer Seminario, op. cit.*, p. 221).

192. *Diario Oficial de la Federación*, siete de enero de 1988, p. 6.

idóneos (consulta a un instituto o perito en derecho comparado, vía Secretaría de Relaciones Exteriores, etc.) tanto el texto del derecho extranjero como la prueba de su vigencia y, lo que es de gran importancia: “el sentido y alcance legal de ese derecho extranjero”, para aplicarlo correctamente.<sup>193</sup>

109. El tratamiento procesal del derecho extranjero ha sido permanente causa de dificultades en la práctica forense del Perú, según lo destaca la doctora Delia Revoredo de Debakey; y sobre el particular advierte:

La realidad jurisprudencial peruana ha venido demostrando la incertidumbre de las autoridades y de los profesionales del derecho frente a la aplicación —de oficio o a pedido de parte— de la ley extranjera señalada por nuestras normas de Derecho Internacional Privado. Como consecuencia, en los últimos años se ha declarado por la Corte Suprema de la República nulidades de procesos desarrollados en base al derecho nacional, cuando debieron haberse desarrollado a la luz de una ley extranjera, de acuerdo a las reglas conflictuales peruanas.<sup>194</sup>

110. Ahora bien, la incertidumbre jurídica existente podía considerarse injustificada, habida cuenta del mandato de los artículos XI, XII y XIII del Código Civil de 1936, en un todo conformes con las modernas directrices del Código Bustamante, ratificado por Perú. Sin embargo, para superar el problema, en la reforma del Código Civil (1984) fue dispuesta, en forma expresa, la equiparación de la ley extranjera al propio derecho en su tratamiento procesal; y en este sentido prescribió el artículo 2.051:

El ordenamiento extranjero competente según las normas de Derecho Internacional Privado peruanas, debe aplicarse de oficio.

De acuerdo con el criterio de la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil, la tarea impuesta al Magistrado no es hoy en día “humanamente imposible”, antes al contrario representa una “labor propia del juzgador el no dejar de resolver según el Derecho que resulte aplicable al caso concreto”; y “para cumplir con esta obligación no es necesario que el juez posea de antemano el conocimiento de todo el Derecho existente, obligación que no puede exigirse ilimitadamente ni siquiera respecto del derecho escrito nacional; basta con que de oficio pueda mover todos los medios oficiales que la ley

193. Pérez-Nieto Castro, DIP, 5ª ed., *op. cit.*, p. 303.

194. Revoredo de Debakey, “Exposición”, art. cit., *Código Civil Peruano, op. cit.*, Tomo VI, p. 909.

nacional o que el tratado, en su caso, ponen a su alcance para obtener y conocer el derecho que necesita.<sup>195</sup>

111. El Código Civil peruano (1984) también permitió la colaboración de las partes en la tarea impuesta al juez de aplicar de oficio el derecho extranjero; y su artículo 2.052 dispuso:

Las partes litigantes pueden ofrecer las pruebas que tengan por conveniente sobre la existencia de la ley extranjera y su sentido. El juez puede rechazar o restringir los medios probatorios que no considere idóneos.<sup>196</sup>

De esta manera el legislador no pretendió establecer una obligación y tan sólo fue reconocido el interés procesal de los litigantes; pues, según destaca la doctora Delia Revoredo de Debakey “esta cooperación en ningún caso constituye el contenido de una carga probatoria para las partes, dado que la situación es la misma, en lo que se refiere al juez, cuando se trata de una ley nacional que cuando se trata de la ley extranjera.”<sup>197</sup>

112. La doctrina moderna fue también consagrada en el Código General del Proceso, sancionado en Uruguay en 1988; y en el artículo 525 fue dispuesto:

525.3. Los tribunales deberán aplicar de oficio el derecho extranjero e interpretarlo tal como lo harían los tribunales del Estado a cuyo orden jurídico pertenezca la norma respectiva.

Sin perjuicio de la aplicación de oficio, las partes podrán acreditar la existencia, vigencia y contenido de la ley extranjera.

113. Las legislaciones americanas de la época contemporánea coinciden en reconocer la aplicación de oficio de la ley extranjera declarada competente por la norma de Derecho Internacional Privado, pero dejan abierta la interrogante acerca de si es una simple facultad o una obligación impuesta al juez por el legislador. La lógica estricta parecería orientarse en este último sentido, que representa la necesaria consecuencia de asimilar la ley extranjera a la propia

195. Revoredo de Debakey, “Exposición”, art. cit., *Código Civil Peruano, op. cit.*, Tomo VI, p. 910.

196. En términos similares, el Código Civil anterior (1936) había dispuesto en su artículo XI: “Las partes litigantes pueden ofrecer las pruebas que tengan por conveniente sobre la existencia de la ley extranjera y su sentido, pero si la actuación de la prueba corresponde al juez, éste puede negar o restringir los medios que no considere idóneos”.

197. Revoredo de Debakey, “Exposición”, art. cit., *Código Civil Peruano, op. cit.*, Tomo VI, p. 911.

legislación desde el punto de vista de su tratamiento en el proceso; y así ha interpretado la doctora Delia Revoredo de Debakey el mandato del Código Civil Peruano (1984), cuando afirma:

En ambos casos el juez tiene el deber de ejercitar toda su actividad para conocerla; pero ante la ley nacional ese deber se traduce en obligación de adquirir su pleno conocimiento, y ante la ley extranjera ese deber se extiende a la posibilidad de utilizar como medio de conocimiento la cooperación de las partes. Por ello, la aplicación de la ley extranjera no constituye una actividad probatoria: la ley extranjera no puede ser nunca materia de una prueba en el mismo sentido de los hechos comunes; el término "prueba" se utiliza, más bien, con el propósito de referirse a algo que, por el momento, puede ser desconocido para el juez, pero que, en última instancia, se entiende que debe formar parte de su patrimonio o bagaje cultural, propio de la labor que realiza. Más propiamente que "prueba de la ley extranjera", el asunto consiste en un "informe" sobre la misma. En esta labor informativa, pueden auxiliar las partes al juez, y el juez puede negar o limitar los datos que no considere idóneos.<sup>198</sup>

114. A pesar del manifiesto optimismo de los partidarios de la doctrina moderna, no pueden desconocerse las mayores dificultades prácticas que enfrenta el juez cuando trata de determinar el contenido de la ley extranjera; y esta indiscutible realidad explica la actitud asumida por México al suscribir la "Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado" (1979), cuando formuló la siguiente reserva:

México interpreta que el artículo 2 crea una obligación únicamente cuando ante el juez o autoridad se ha comprobado la existencia del derecho extranjero o sus términos son conocidos para ellos de alguna otra manera.

Por tanto, el Gobierno mexicano parece colocarse en el medio de las posiciones extremas, y se limita a conceder facultades al juez para que utilice sus conocimientos, pero sin imponerle la obligación de realizar los mejores esfuerzos a los fines de determinar la existencia y el contenido de la ley extranjera competente.<sup>199</sup>

198. Revoredo de Debakey, "Exposición", art. cit., *Código Civil Peruano, op. cit.*, Tomo VI, p. 911.

199. En este sentido se orientaban los Códigos de Procedimiento Civil Alemán (art. 293) y austríaco (art. 271), de acuerdo con los cuales si el juez conoce la ley extranjera debe aplicarla; pero sin imponerle obligación alguna de investigarla aun cuando se le reconocen facultades para procurarse, de oficio, su conocimiento (Herrera Mendoza, art. cit. p. 79). No obstante, la fórmula utilizada por el legislador, fue entendida por el Tribunal Supremo de Alemania, desde 1896, como un deber a cargo del juez de averiguar el contenido de la ley extranjera declarada aplicable por la norma de Derecho Internacional Privado (Gonzalo Parra-Aranguren. "El Tratamiento Procesal del Derecho Extranjero en los Paí-

115. El artículo cuarto de la "Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado" (1979) permitió, en forma expresa, la interposición de todos los recursos utilizables respecto al propio derecho para corregir la errónea o indebida aplicación de la ley extranjera. La solución es lógica consecuencia de su igualdad de tratamiento procesal, pero no es aceptada por todas las legislaciones que prescriben la aplicación de oficio del derecho extranjero; y hubiera sido recomendable un pronunciamiento expreso sobre el asunto en las recientes codificaciones americanas. Sin embargo, el problema sólo fue contemplado por el Código General del Proceso del Uruguay (1988), que dispone en su artículo 525:

525.4. Todos los recursos previstos por la ley nacional serán admitidos en los casos en que proceda la aplicación del Derecho extranjero.

116. Las reformas legislativas de los Países americanos en la época contemporánea tampoco suelen indicar las pruebas utilizables por las partes ni los medios a disposición del juez para pedir asistencia judicial internacional, cuando la considere necesaria.<sup>200</sup> Sin embargo, es de recordar que estos aspectos se encuentran regulados por la "Convención Interamericana sobre Prueba e Información del Derecho Extranjero" (1979); y el régimen establecido debería también aplicarse a las leyes de los países no vinculados por dicha Convención.

117. El Código Civil del Perú representa una excepción a esta generalizada actitud. En primer término, hizo énfasis en la libertad del juez para apreciar los elementos presentados por las partes, al permitirle, en el artículo 2052, "rechazar o restringir los medios probatorios que no considere idóneos"; y además, sancionó algunas normas sobre varios aspectos de la asistencia internacional.

---

ses de la América del Sur", *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela*, 1971, Año XXXII, reproducido en *Ensayos de Derecho Procesal Civil Internacional*, Caracas, 1986, pp. 109-110).

200. No obstante, cabe mencionar el Proyecto de Brasil que prescribió en su artículo 75: "El Juez y las Autoridades aplicarán de oficio el derecho provincial, municipal, particular o extranjero, declarado competente, con facultades para determinar las diligencias a fin de averiguar el tenor, vigencia e interpretación de tal derecho. Parágrafo único. Entre las medidas posibles para realizar la anterior averiguación, se incluyen la presentación de copia auténtica de la publicación oficial, la cita de obra notable no discutida, la opinión o la declaración, inclusive a través de exhortos, de juristas especializados o de abogados en ejercicio, el pedido de informaciones a los Ministerios de Justicia e Interior y de Relaciones Exteriores, la consulta a asociaciones dedicadas a la materia".

118. En efecto, el artículo 2053 prescribió:

Los jueces pueden de oficio o a pedido de parte, solicitar al Poder Ejecutivo que, por vía diplomática, obtenga de los tribunales del Estado cuya ley se trata de aplicar, un informe sobre la existencia de la ley y su sentido.<sup>201</sup>

Según destaca la doctora Delia Revoredo de Debakey, “no es razonable exigir a los jueces peruanos que dispongan —mucho menos que conozcan— todos los códigos o textos legales del mundo (y todos los idiomas), respecto a las diversas ramas del Derecho Privado Interno”; pero asimismo advierte que la contestación “no obliga en su contenido a los jueces peruanos, quienes considerarán con criterio propio el mérito de la respuesta recibida”.<sup>202</sup>

119. De acuerdo con el artículo 2053 del Código Civil peruano resulta posible solicitar un informe sobre la “existencia” y el “sentido” del derecho extranjero. La determinación de la “existencia” se orienta a establecer su eventual falta de efectiva vigencia, por no haberse cumplido con el requisito “de promulgación o de publicación, o por contravenir materialmente a la constitución extranjera correspondiente (ley inconstitucional), o por contravenir a un Tratado internacional entre el Estado cuya ley se intenta aplicar y un tercer Estado, o por contravenir a un texto legal del mismo país pero de mayor jerarquía, o por derogación”. Sin embargo, también es necesario precisar su correcto “sentido” porque es posible que “dos textos vigentes en Estados diferentes, aunque idénticos en su letra, pueden tener, como es obvio, significados distintos”.<sup>203</sup>

120. En forma recíproca dispuso el artículo 2054 del Código Civil peruano:

La Corte Suprema está autorizada para absolver las consultas que le formule un tribunal extranjero, por vía diplomática, sobre puntos de derecho nacional.<sup>204</sup>

---

201. El precepto constituye una reproducción textual del artículo XII del Código Civil peruano de 1936.

202. Revoredo de Debakey, “Exposición”, art. cit., *Código Civil Peruano, op. cit.*, Tomo VI, pp. 912-913.

203. Revoredo de Debakey, “Exposición”, art. cit., *Código Civil Peruano, op. cit.*, Tomo VI, pp. 912-913.

204. El texto no es nuevo y se limita a reproducir el artículo XII del Código Civil de 1936. En época posterior la Corte Suprema fue designada como la Autoridad Central, prevista en la “Convención Interamericana sobre Prueba e Información del Derecho Extranjero”.

Con base en el artículo sexto de la "Convención Interamericana sobre Prueba e Información del Derecho Extranjero", la doctora Delia Revoredo de Debakey propuso complementar el artículo en el sentido de que "la Corte Suprema no será responsable por la opinión emitida, ni estará obligada a aplicar o a hacer aplicar el derecho según el contenido de la respuesta proporcionada". Sin embargo, la sugerencia no tuvo éxito: fue considerada innecesaria por la Comisión Reformadora del Código Civil.

121. Ninguna de las legislaciones contemporáneas americanas se pronuncia sobre la solución de la controversia cuando el juez no ha podido establecer el contenido del derecho extranjero aplicado, por sus propios medios, a través de las partes litigantes o por vía diplomática; y tampoco lo hace la "Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado".

El problema fue considerado durante los trabajos preparatorios del Código Civil peruano, pero se declaró su escasa importancia, con vista de que "las facilidades de las comunicaciones, la existencia de organismos internacionales que agrupan a la gran mayoría de los Estados, en general, la creación de una comunidad internacional, hacen difícil prever que un juez peruano, apelando a la regla prevista por el artículo XIX del Proyecto (coincidente con el artículo 2053 en la versión final), no llegue a estar en aptitud de conocer la existencia de la ley extranjera y su sentido".<sup>205</sup> Sin embargo, este enfoque de la Comisión Revisora del Código Civil peruano es, ciertamente, muy optimista y hubiera resultado aconsejable el señalamiento de una solución entre las varias posibles.

#### VIII. CONSIDERACIONES FINALES

122. La evolución reciente del Derecho Internacional Privado en el Hemisferio Americano demuestra la existencia de una seria preocupación para resolver adecuadamente los supuestos de hecho conectados con elementos extranjeros; y los esfuerzos emprendidos han encontrado manifiesto apoyo en el seno de la Organización de los Estados Americanos. En efecto, durante las últimas dos décadas se han celebrado Cuatro Conferencias Especializadas Interamericanas —habiéndose convocado ya la quinta—, todas ellas muy exitosas, con gran satisfacción para quienes, de una manera o de otra, hemos participado en los trabajos preparatorios y en la adopción de las conclusiones finales.

205. "Proyectos y anteproyectos de la Reforma del Código Civil", *op. cit.*, Tomo I, p. 74.

La importancia de los logros obtenidos en la esfera internacional ha dejado indiscutible huella en la legislación interna de varios países americanos. Un selecto grupo de profesores y juristas, han utilizado sus conocimientos teóricos y experiencia práctica en la tarea de revisar los propios sistemas de Derecho Internacional Privado, con el deseo de encontrar las soluciones más conformes a las exigencias nacionales, sin pretender la simple copia de modelos extranjeros, a pesar de sus eventuales bondades intrínsecas.

Roberto Goldschmidt, Gonzalo Parra-Aranguren y Joaquín Sánchez Covisa en Venezuela; Haroldo Valadao en Brasil; y Werner Goldschmidt en la República Argentina dedicaron muchas horas de intenso trabajo a la preparación de Proyectos de Ley que, a pesar de no haber sido sancionados todavía, han ejercido vigorosa influencia en la esfera internacional y en la revisión de los sistemas internos de varios de los Estados americanos. Delia Revoredo de Debakey invirtió tiempo invaluable en su labor de Asesoría a la Comisión encargada de reformar las normas de conflicto peruanas, incluidas en el Código Civil. La Academia de Derecho Internacional Privado, creada en México hace dos décadas, apoyó en forma decisiva los esfuerzos orientados a la modificación del "Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal" (1987), con la decidida colaboración de Leonel Pérez Nieto-Castro, José Luis Siqueiros y Fernando Alejandro Vázquez Pando, entre muchos otros. Asimismo, Manuel Adolfo Vieira, Didier Opertti Badán y Eduardo Tellechea Bergman han mantenido en todo su esplendor la tradición uruguaya con ocasión de la reforma del "Código General del Proceso" (1988); y Symeón Symeónides ha sido el artífice de la difícil tarea de conducir los trabajos renovadores del Código Civil de Louisiana, Estados Unidos de la América del Norte.

Por tanto, resulta imposible desconocer la contribución del hemisferio americano al desarrollo del Derecho Internacional Privado, con el mismo deseo de progreso que se traduce en la mayoría de los últimos esfuerzos legislativos en otros continentes. A título de ejemplos sobresalientes en este sentido cabe recordar las nuevas reglas de conflicto sancionadas en Austria (1978), Yugoslavia (1982), la República Popular China (1986), Suiza (1987), Burkina Faso (1989) y las incluidas en el Proyecto de ley italiano de 1990. Referencia especial debe hacerse a la reforma parcial de la Ley de Introducción al Código Civil Alemán (1986), actualmente en vigor en la antigua República Democrática Alemana gracias al Tratado de Unificación (*Einigungsvertrag*) que puso término a una irritante situa-

ción, creada artificialmente para tranquilizar injustificados temores y con el ingenuo propósito de establecer un delicado balance entre los varios centros internacionales de poder.<sup>206</sup>

Con gran satisfacción puede también afirmarse que, a pesar de graves dificultades económicas, la América Latina mantiene un importante lugar de primera línea en la evolución del Derecho Internacional Privado contemporáneo, como lo demuestra la exitosa "Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado", aprobada por consenso en Montevideo en 1979. Sin duda alguna se trata de un logro trascendental que nos llena de legítimo orgullo, pero tenemos absoluta confianza en el futuro y en las muchas oportunidades que nos ofrecerá para continuar colaborando, con renovado entusiasmo, en la mejor solución de los supuestos de hecho con elementos extranjeros; los cuales son cada vez más frecuentes gracias a las increíbles facilidades de intercomunicación y a la naturaleza cosmopolita de la persona humana que, en última instancia, debe ser la verdadera beneficiaria del eventual progreso de la humanidad.

206. Ulrich Drobniq. "Innerdeutsches und interlokales Kollisionsrecht nach der Einigung Deutschlands", *Rabelz*, Tomo 55, 1991, pp. 268-290; Jörg Pirrung. "Einigungsvertrag und Kollisionsrecht, Zum Verständnis der Artt. 230 II und 236 EGBGB", *Rabelz*, Tomo 55, 1991, pp. 211-239; Kurt Siehr. "Der Einigungsvertrag und seine internationalen Kollisionsnormen", *Rabelz*, Tomo 55, 1991, pp. 240-267; Horst Viehmann. *Einigungsvertrag, Justiz und Rechtsplege. Text mit einführender Erläuterung, Gesetzesregister und Stichwortverzeichnis*, Heidelberg, 1990.



# LA CADUCIDAD EN EL CHEQUE

MARÍA AUXILIADORA PISANI RICCI

*Revista de la Facultad de Derecho, N° 4*  
Universidad Católica Andrés Bello  
Caracas, Venezuela, 1991



## LA CADUCIDAD EN EL CHEQUE

### SUMARIO

Introducción. Cheque "a la vista": a) Presentación. b) Protesto. - Ratio legis del art. 442 del Código de Comercio aplicable al cheque "a la vista". —Acción contra el librador—. Cheque "a término". Observaciones.

#### INTRODUCCION

Como es sabido, las acciones cambiarias de regreso (aparte de la prescripción que las regula) están sujetas a caducidad,<sup>1</sup> la cual opera por la infracción de las formalidades (*presentación y protesto*) que la ley dispone a cargo del portador, con el fin de preservar la vigencia de dichas acciones. La presentación y el protesto deben cumplirse, además, dentro de los *mismos* lapsos previstos por las normas respectivas. Así, se dice que "la caducidad es un instituto que supone la carga de perentoria observancia de un término (de rigor o preclusivo) en el cumplimiento de un acto". La penalidad correspondiente a la omisión de las formas referidas está consagrada en el art. 461 del Código de Comercio al establecer: "después del vencimiento de los términos fijados para la presentación (de la letra) y para sacar el protesto (en caso de rechazo) el portador queda desposeído de sus derechos contra el librador y contra los demás obligados, a excepción del aceptante". Norma esta aplicable al cheque por expresa remisión del art. 491 *ejusdem*.

El dispositivo del art. 461 obliga a la conclusión de que en el cheque *todas* las acciones caducan porque sólo hay acciones de regreso.

1. Con la caducidad se priva del derecho a quien ha omitido ejercitarlo dentro del término establecido. En la caducidad el derecho no llega a existir, porque quien pudo ser su titular se abstuvo de obrar en el momento oportuno. La caducidad (igual que la prescripción) produce la extinción del título, o sea, la pérdida de su eficacia (opiniones de autores citados por Morles Hernández, Alfredo: *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo III. Caracas, 1986. UCAB, p. 1.206). Para Regnault M., Blas: la caducidad consiste en un determinado modo de extinguirse las facultades jurídicas por falta de ejercicio durante un lapso determinado (*El cheque en la Legislación de Venezuela*. Caracas, 1979, p. 195).

No se da en él la acción directa, dado que la aceptación —presupuesto *sine qua non* de dicha acción— no tiene cabida en el cheque.<sup>2</sup> Al respecto afirma Goldschmidt, con apoyo en Bonelli, “en relación a toda acción de regreso se plantea, en primer término, la interrogante acerca de su caducidad, ya que la prescripción sólo interesa en caso de que la acción hubiese sido debidamente conservada”.<sup>3</sup> Igualmente se ha dicho que es característico de las acciones de regreso su sujeción a un lapso de caducidad.

Nuestra legislación vigente regula aun la figura del cheque a término, al disponer que dicho efecto “puede ser pagadero a la vista o en un término no mayor de seis días contados desde el de la presentación” (al visto o, en su defecto, del protesto supletorio: art. 492, último aparte).

Así pues, para evitar la caducidad de las acciones dimanantes de este título, hay que presentar el cheque al “cobro” o al “visto” oportunamente y en caso de rechazo levantar el protesto en el término legal. Al efecto, el art. 492 establece que “el poseedor del cheque debe presentarlo al librado en los ocho días siguientes al de la fecha de emisión, si el cheque es pagadero en el mismo lugar en que fue girado; y en los quince días siguientes, si es pagadero en un lugar distinto. El día de la emisión del cheque no está comprendido en estos términos. La presentación del cheque a término se hará constar con el visto del librado y en defecto de dicho visto en la forma establecida en la Sección VII, Título IX”.

La referida Sección trata de las acciones por falta de aceptación y por falta de pago. Se entiende que el reenvío de la norma va dirigido con precisión al dispositivo regulador del protesto y sus modalidades (Art. 452) y, en especial, al protesto por falta de aceptación; no sólo porque, como veremos, es el aplicable al cheque emitido a la vista —que es el de uso frecuente— sino porque la ley ordena sustituir con la formalidad del protesto el eventual defecto del “visto” en el cheque a término, a objeto de suplir la fecha inicial del cómputo para precisar el vencimiento estipulado (o sea, el punto de partida del término previsto). De modo que, teóricamente, al cheque librado al breve plazo establecido, se aplican los dos tipos de protesto: tanto al equivalente al protesto por falta de aceptación, para suplir el posible

2. Casación lo tiene así establecido (Sent. de 30-4-87) y el Proyecto de Ley de Títulos Valores, de 1984 prohíbe expresamente que el cheque sea aceptado (Art. 111).

3. Goldschmidt, Roberto: *Algunos aspectos de la Legislación Venezolana sobre el cheque* (Sobretiro del Liber Amicorum Baron Louis Fredericq, p. 485).

rechazo del “visto”; como el protesto por falta de pago, en caso de negativa del mismo. Tenemos, entonces, que sólo en esta modalidad legal del cheque —tan ignorado en la práctica venezolana— tendría aplicación la regulación del protesto por falta de pago. En cambio en el cheque a la vista sólo se da una posibilidad: la del protesto por falta de aceptación, pese a presentarse al cobro.<sup>4</sup>

A fin de determinar la operatividad de la caducidad en el cheque, es oportuno distinguir:

1º) Si el cheque es pagadero en el mismo lugar de emisión o en otro distinto; porque —como vimos— el art. 492 establece diferentes plazos de presentación (8 ó 15 días respectivamente).

2º) Si el título es librado “a la vista” o “a cierto plazo vista”, debido a que los lapsos de presentación se aplican: al cobro, en el cheque a la vista; y al visto, en el cheque a término (lapsos tanto del art. 492, como de la letra a la vista).

3º) Si se trata de la acción frente al librador o frente a cualquier endosante (o sus respectivos avalistas; ya que por expreso mandato normativo —art. 491— son aplicables al cheque los dispositivos del aval, cuyo art. 440 hace del compromiso del avalado el parámetro de la obligación del avalista). Ello, en razón de que ambos responsables tienen tratamiento jurídico diverso.

Veremos en detalle cómo se aplican las dos exigencias formales y sus peculiaridades en el cheque librado “a la vista” (en el cual se da sólo un tipo de presentación: la exhibición con fines de cobro) por ser éste el título más utilizado y difundido en nuestro medio. Diferenciamos de inmediato que, mientras la formalidad de la *presentación* es siempre de obligatorio cumplimiento por parte del tenedor del título, la formulación del *protesto* —presupuesto para el ejercicio de las acciones de regreso— puede, en cambio, ser dispensada por el librador o un endosante con la estipulación “sin protesto”, “resaca sin gastos”, u otro equivalente (Arts. 491, 454). En efecto, el aparte 1º del art. 454, al referirse a la estipulación sin *protesto*, dispone: esta cláusula no dispensa al portador. . . de la presentación de la letra de cambio en los términos prescritos. . .

4. Garrigues, Joaquín (*Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo III, Madrid, 1955, p. 690) diferencia, en la acción de regreso, el supuesto material (falta de pago en caso de presentación oportuna) del supuesto formal (comprobación fidedigna de esta falta de pago). Que es, por cierto, el protesto.

### Cheque "a la vista"

#### a) *Presentación*

*Frente a los endosantes:* los términos de *presentación* dispuestos por el art. 492 rigen en todo caso. Quiere decir, que la falta de oportuna presentación (al cobro) acarrea la caducidad de la acción del portador del cheque contra ellos. Al endosante eventualmente demandado, le prosperaría la excepción opuesta (y, por consiguiente, también a los avalistas del mismo). El art. 493 pauta que el poseedor de un cheque que no lo presenta en los términos establecidos en el art. anterior (492)... pierde su acción contra los endosantes.

*Frente al librador:* los lapsos de presentación del art. 492 operan sólo excepcionalmente, pues como establece la norma del art. 493, el poseedor de un cheque pierde su acción contra el librador si después de transcurridos los términos de presentación antedichos (8 y 15 días, según los casos), la cantidad del giro ha dejado de ser disponible por hecho del librado (Doctrina y Jurisprudencia dicen cuáles son los hechos del librado a que la norma alude: insolvencia, quiebra, intervención, atraso, cesación de pagos, etc. a los cuales —en algunas opiniones— pudiesen sumarse otras hipótesis de relativa incidencia en nuestra praxis).

Obsérvese la claridad con que tal disposición expresa que la suma "haya dejado de ser disponible"... porque el librador no puede regularmente emitir un cheque sin tener esa disponibilidad; y se entiende que la tuvo en su oportunidad, y que el hecho de que se haya tornado indisponible no le es imputable al emitente, de acuerdo a la hipótesis normativa.<sup>6</sup>

De manera que el presupuesto legal del art. 493 *excluye* la caducidad de la acción contra el librador pese a la falta de presentación oportuna (en los términos del art. 492) cuando no se dé la excepción prevista; esto es, mientras el hecho del librado no haga indisponible la cantidad del giro, luego de vencidos los lapsos de presentación fijados. Pero, si éste fuere el caso, ¿cuándo ocurriría, entonces, la cadu-

5. Se ha dicho: "el instituto más próximo al cheque es la letra de cambio a la vista, que —al igual que aquél— no tiene plazo expresamente fijado para el pago, o sea, no tiene vencimiento que determine su exigibilidad". En contra, Vadell G., Juan V. (*La pérdida de las acciones derivadas del cheque*, Valencia, 1987, p. 55); para quien "su exigibilidad la marca su presentación al banco girado".

6. Así lo ha establecido la Corte Suprema en Sentencia de fecha 21-06-60 (*Gaceta Forense* N° 28, 2da. edición, p. 290). Ratificada en Jurisprudencia de fecha 30-04-87.

cidad de tal acción? ¿Hasta qué momento el portador del cheque podrá presentarlo sin perder su ejercicio?.<sup>7</sup> Hemos visto la excepción ¿cuál sería, pues, la regla en relación a la caducidad de la acción contra el librador?

La respuesta la encontramos en la propia ley; no resulta, por tanto, ser únicamente aporte de la doctrina. En efecto, el art. 491 declara aplicables al cheque, entre otras, las normas sobre vencimiento, protesto y acciones contra librador y endosantes. Luego, al cheque girado "a la vista" se aplican —por mandamiento legislativo expreso— el art. 442 (presentación de la letra a la vista) el cual, a su vez, remite al art. 431 (plazo de seis meses para presentar a aceptación las letras a un tiempo vista) hecha la aclaratoria de que la finalidad es utilizar dicho lapso para los efectos de presentación al cobro de las letras a la vista. Así tenemos que los cheques a la vista deben presentarse al cobro "dentro" de los plazos fijados para la presentación a la aceptación de las letras libradas a un término vista, o sea, dentro de los seis meses de su fecha de emisión (plazo legal); o dentro del lapso estipulado: a) por el librador (que pueda ser mayor o menor que el legal); b) por cualquier endosante —con facultad sólo para abreviar tanto el plazo legal como el fijado por el librador— (plazos convencionales: art. 431, apartes 1° y 2°). La imperatividad de la norma respectiva se observa en la obligación de presentar; no así en el lapso previsto que —como se ve— es de carácter dispositivo. Sin embargo, resulta evidente la intención del legislador, al utilizar la expresión *dentro*, de que dicho plazo *no puede excederse*.

b) *protesto*.<sup>8</sup>

Expuesto lo relativo al plazo de presentación al cobro del cheque a la vista, veamos lo referente al protesto, para el supuesto de que, presentado el cheque al cobro oportunamente, no tenga lugar el pago.

Conforma una especial máxima cambiaria —derivada de su propia normativa— la consagración de *términos coincidentes* tanto para efectuar la presentación del título como para levantar el correspon-

7. Contra la opinión de los penalistas —para quienes en nada influye el protesto en la cuestión penal del cheque sin fondos— los mercantilistas aseguran que la respuesta a tal interrogante tiene importancia aun desde el aspecto penal; porque le asignan a dicha formalidad (protesto), entre sus funciones, la de preservar el ejercicio de la acción penal. Cfr. Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 30-04-87.
8. El Supremo Tribunal tiene establecido que "el protesto es la única prueba idónea para demostrar la falta de pago del cheque" (G.F. N° 98, Año 1977, p. 53). Así lo ratifica en Sentencia de fecha 30-04-87.

diente protesto.<sup>9</sup> O sea, que los lapsos de presentación de estos títulos rigen a su vez para formular el protesto en caso de negativa. Así el art. 446 prevé que la letra debe ser presentada al pago sea el día en que es pagadera, sea en uno de los dos días laborales que le siguen. Y para el supuesto de rechazo y el necesario levantamiento del protesto por falta de pago, establece el art. 452, ap. 1º, que éste debe ser sacado bien el día en que la letra se ha de pagar, bien en uno de los dos días laborables siguientes. Como se evidencia, fija el legislador idénticos términos para la presentación al pago y para sacar el protesto por falta de pago.<sup>10</sup>

De otra parte, el art. 452, ap. 2º, pauta que el protesto por falta de aceptación debe hacerse dentro<sup>11</sup> del término señalado para la presentación a la aceptación. La redacción general de este dispositivo es omnicompreensiva de los diferentes supuestos de presentación para aceptación, a fin de identificar siempre los términos de ambas formalidades legales. Pues, contrariamente a lo que ocurre con el caso de presentación al pago —donde se regula una única posibilidad (Art. 446)<sup>12</sup>— en la hipótesis de presentación a la aceptación se dan tres supuestos con cuatro lapsos diversos, así: la norma general del art. 429 (presentación hasta el vencimiento); el caso específico de las letras libradas a un plazo vista (seis meses desde la emisión, o términos convencionales (Art. 431); y letras con cláusula imperativa de presentación para aceptación con término impuesto por el librador o endosantes (Art. 430, encabez. y últ. ap.). Incluso el aparte 2º del art. 452, al autorizar —en la hipótesis del plazo de reflexión—

9. En Sentencia de fecha 21-04-60 (*Gaceta Forense* N° 28, 2ª E., p. 295) leemos: "Es lo cierto que, intentada la acción de regreso contra los endosantes, éstos pueden oponer la caducidad si el actor no produce el protesto por falta de pago, destinado a probar (además) la oportuna presentación del cheque".

El Proyecto Morles impone el levantamiento del protesto *dentro* de los plazos de presentación del cheque so pena de caducidad (Art. 195).

10. En contra, Morles Hernández, Alfredo (*ob. cit.*, p. 1.186).

11. La norma dice *antes* del término y no "dentro". Pero resulta evidente la omisión o el error; no sólo porque la disposición aparece oscura, sino porque ya la expresión correcta había sido utilizada previamente en el art. 442, regulador de la presentación en las letras a la vista. Al efecto, los textos originales de La Haya imponían: El protesto por falta de aceptación "*doit être fait avant l'expiration du délai de presentation. . .*". Que, luego, los redactores de la Ley Uniforme cambiaron por "*dans*" les délais fixées pour la presentation. . ." (en el texto del Proyecto).

12. Excluimos consideraciones relativas al instituto de la intervención, por no tener aplicación en el régimen del cheque (En tal hipótesis, el pago debe hacerse aun el día siguiente al último hábil para el protesto —art. 467—).

una segunda presentación del título, pese haberse efectuado la primera el último día del lapso previsto, establece que el protesto puede ser sacado aun el día siguiente. En tal caso, el portador se obliga a repetir la presentación y, consecuente con la máxima cambiaria, el legislador posibilita, contemporáneamente, el levantamiento del protesto ante la eventual negativa.<sup>13</sup> Queda claro, pues, que el propio lapso utilizado para la presentación a la aceptación según los distintos supuestos, rige igualmente para la formulación del protesto correspondiente, en caso de rechazo. Y ello, porque el protesto cumple en el mecanismo cambiario una triple finalidad: comprobar la negativa de pago (o del visto —o aceptación—); acreditar la presentación del título en tiempo hábil; y evitar la caducidad de la acción regresiva (de cuyo ejercicio constituye presupuesto) y la consiguiente extinción del título, con su formulación igualmente temporánea.

Veamos cómo operan los lapsos fijados, a los efectos del levantamiento del protesto, según el sujeto pasivo de la acción intentada.

Frente a los *endosantes*: En aplicación del razonamiento anterior, o sea, de la máxima cambiaria invocada,<sup>14</sup> tenemos que concluir que —en relación a los endosantes— el término para levantar el protesto por falta de pago es el mismo plazo de presentación a tal fin fijado por el art. 492 (La norma especial de este dispositivo priva sobre la respectiva de la letra de cambio). Si el protesto ha de comprobar la oportuna presentación del cheque —además del rechazo— debe levantarse en el mismo lapso.

Frente al *librador*: Conforme a lo expuesto, los plazos de presentación al cobro del cheque (Art. 492) regirían, a los efectos del protesto correspondiente, sólo excepcionalmente (cuando la cantidad del giro haya dejado de ser disponible por hecho del librado. . .). En cuanto a la *regla*, vimos que el mandamiento legislativo impone aplicar al cheque lo relativo a las letras de cambio a la vista, a las cuales —

13. De Semo (*Trattato di Diritto Cambiario*, Padova, 1963, p. 375). "El motivo de tal prórroga del término debe ser hecho constar en el acto mismo, para evitar la caducidad de la acción de regreso como consecuencia de la aparente intemperividad del protesto".

14. La Corte Suprema, en Sentencia de fecha 30-04-87, ha dicho: Así, la acción contra los endosantes caduca si el cheque no ha sido presentado y *protestado* dentro de los 8 ó 15 días siguientes al de la fecha de emisión. En contra, Gamus Gallego, R. ("La vigencia temporal del cheque", en *Jornadas de Derecho Mercantil*. UCAB. Caracas, 1978, p. 333), quien amplía el término del protesto a los dos días siguientes a dichos lapsos.

por norma expresa— les es aplicable el plazo de presentación *para aceptación* de las letras libradas a un plazo vista. En consecuencia, resulta imperativo levantar el protesto en el término previsto para la falta de aceptación, o sea, el del art. 452, ap. 2º, que reza: El protesto por falta de aceptación debe hacerse “antes” del término señalado para la presentación a la aceptación. . . (Pero el texto original del Reglamento Uniforme de La Haya, expresaba: “antes de expirar el término señalado. . .”. Lo cual equivale a decir: *dentro* en el término señalado a tal fin. Ver Nota 11). De manera que el tenedor del cheque, que no lo ha presentado en los términos del art. 492, puede aún presentarlo y ejercitar su acción de regreso contra el librador<sup>15</sup> acogiéndose a lo dispuesto por el art. 431 (dentro de los seis meses de su fecha).

**Ratio legis del art. 442 del Código de Comercio  
aplicable al cheque “a la vista”**

*—Acción contra el librador—*

En las letras a la vista (y por consiguiente en los cheques librados de esta forma) el vencimiento aparece indeterminado<sup>16</sup> igual que en las letras a cierto plazo vista. Pero mientras en éstas la ley prevé todos los pasos conducentes a la determinación de su vencimiento (art. 443), no sucede lo mismo con los títulos emitidos a la vista. El dispositivo regulador establece que son pagaderos a su presentación; acto éste que queda dependiendo de la voluntad del portador, quien —a su vez— puede manifestarla legalmente en el lapso de seis meses preestablecido, contado a partir de la emisión (Art. 431, por remisión del Art. 442); razón por la cual el legislador cambiario desconoce cuándo exactamente habrá de expresarse dicha voluntad. Así, pues, en aras a la exigencia de certeza que imprime seguridad a la relación cartular, el ministerio de la ley dispone que debe aplicarse a dichos títulos los plazos previstos para la presentación a la aceptación regulada para las letras libradas a cierto plazo vista; no obstante tratarse, en el caso, de presentación con fines de cobro. Porque, en aplicación de la máxima cambiaria a que hemos aludido, al referir la presentación de la letra a la vista a los plazos establecidos para la exhibición

15. Cfr. Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 21-06-60 (*Gaceta Forense*, N° 28, 2a. edición, p. 290).

16. Muci Abraham, José (*Estudios de Derecho Cambiario*. Caracas, 1984, p. 472) expone: “La incertidumbre del vencimiento no debe confundirse con la indeterminación del vencimiento, que el legislador sí permite. Así las letras a la vista y a cierto plazo vista son letras de vencimiento indeterminado”.

obligatoria a la aceptación de aquellos títulos, se está forzando la interpretación de que, en la hipótesis del rechazo, deberá aplicarse el mismo lapso para el levantamiento del protesto. Es decir, que éste se sacaría dentro de los mismos plazos de presentación para aceptación establecidos. Pues lo que se persigue, en definitiva, es —como dijimos— dar al lapso la firmeza que no tendría de aplicarse al caso el art. 446; porque el título a la vista no tiene fecha de vencimiento, la cual sirve de referencia para marcar el inicio del plazo de presentación al cobro previsto en dicha norma; e igualmente para caracterizar el término de formulación del respectivo protesto por falta de pago (Art. 452, ap. 1º).

De manera, pues, que a los cheques a la vista —igual que a las letras libradas así— se aplicará el plazo de presentación obligatorio para aceptación de las letras a cierto tiempo vista, —y el respectivo término para sacar el protesto por falta de aceptación; no obstante —repetimos— tratarse, en el supuesto, de presentación para el pago.

Así se estableció en La Haya y se reprodujo en Ginebra: “el protesto debe ser efectuado antes de la expiración del término de presentación del cheque” (Sin distinciones, porque sólo se contempla el cheque a la vista). En tal caso —dice Ruggeri— (si el protesto ha lugar en el lapso de presentación) “no tiene importancia saber cuál sea el tiempo transcurrido entre la presentación y la comprobación del no pago”<sup>17</sup> (o sea, de la formulación del protesto).

Siendo que la regulación general de la presentación al pago y del protesto correspondiente (por falta de pago) toma como punto de partida del término previsto al efecto “el día en que la letra se ha de pagar”, el cual es desconocido e indeterminado en las letras a la vista, el legislador cambiario optó por la otra vía más segura y más consona, sin duda, con este tipo de letras. “Solución que —en autorizada opinión—<sup>18</sup> permite establecer para la acción contra el librador un plazo de caducidad adecuado”. Piénsese (dentro de la tesis de que la presentación del título determina su vencimiento) en la desprotec-

17. Ruggeri, Fernando (*L'assegno Bancario*, Milano, 1934, p. 272). Sorprende que aun una reciente sentencia de la Corte Suprema, de 30-04-87, luego de declarar la caducidad de la acción contra el librador de un cheque a la vista, por haber transcurrido más de los seis meses legales (Art. 431), desde su emisión, limita el lapso para levantar el protesto al día en que el cheque se ha de pagar, o los dos laborables siguientes y dispone confusamente sobre los plazos para sacarlo (Dice “evitando de esa manera la caducidad de las acciones contra el librador, así como también contra los endosantes...”).

18. Goldschmidt, Roberto (*ob. cit.*, p. 486).

trató de cobrar en el último día, el protesto deberá levantarse de inmediato en la misma fecha (como sucedería en la letra de cambio cobrada el segundo día después del vencimiento) y no en los dos días posteriores. . . porque tales días ya no serían hábiles”.<sup>20</sup> Es evidente que el autor hacía referencia al protesto por falta de aceptación, en su aplicación al cheque, y que desechaba la posibilidad de aplicar el protesto por falta de pago.

Llamamos la atención sobre el hecho de que *todas* las letras tienen un sólo régimen legal de presentación al pago. Otra cosa es que las letras libradas a cierto plazo vista (a objeto de fijar su vencimiento) y las que contengan estipulación de forzosa presentación para aceptación (en uso de la facultad legal) obliguen la regulación de otra presentación, pero con diferente finalidad (Casos estos que conforman excepción al principio de la presentación facultativa para aceptación: art. 429). Ahora bien, si la presentación al pago es única e imperativa, ¿cómo podría concebirse una letra con doble lapso de presentación al pago? Entonces la corriente doctrinaria que sostiene aplicables al cheque “a la vista” las reglas del protesto por falta de pago,<sup>21</sup> en caso de rechazo, se aproxima mucho a dar una respuesta afirmativa a la cuestión planteada.<sup>22</sup> Porque el régimen legal previsto —por aplicación de los dispositivos de la letra a la vista— es de seis meses (a los efectos de la presentación obligatoria); y si el protesto, en tal hipótesis, debe ser sacado el día en que el cheque se ha de pagar o en uno de los dos días laborables siguientes, vale decir que se está utilizando, contemporáneamente, el otro lapso legal de presentación al pago del art. 446 (por ser ambos idénticos). Lo cual, además, destruiría la máxima cambiaria invocada, según la cual los plazos de presentación y protesto son y deben ser siempre coincidentes.

Creemos, asimismo, que tal solución aportaría incerteza y confusión respecto del término para el pago en el cheque, cuando lo contrario (insistimos) es perseguido celosamente por el legislador cartular. En efecto, hemos recogido en nuestro trabajo sobre la letra

20. Mármol, Hugo (en notas de clases transcritas por Morles Hernández, Alfredo) *ob. cit.*, Tomo III, p. 1.288).

21. Ruiz Rojas, Rigoberto (*El Cheque*. Ediciones de la Bolsa de Comercio de Caracas, 1971. N° 55, p. 21) dice que “el protesto por falta de pago del cheque debe ser sacado, a más tardar, en uno de los dos días laborables siguientes al vencimiento del plazo para la presentación del cheque”. Con lo cual pareciera propugnar una tercera solución a la debatida cuestión.

22. Vadell G., Juan V. (*ob. cit.*, pp. 58 y 60, nota 19). Morles Hernández, Alfredo (*ob. cit.*, p. 1.289).

ción en que quedaría el portador cuando en el breve lapso de tres días perdiera su acción contra el librador de un cheque que haya presentado al cobro de inmediato. Lo cual resultaría contradictorio dentro del sistema cambiario, orientado fundamentalmente a tutelar los derechos del tomador.

Entonces el rodeo —aparentemente superfluo— de la forma consagrada en el art. 442, revela con claridad la intención de los redactores del Reglamento Uniforme de La Haya. Es evidente que resultaba más expedito establecer que las letras a la vista deben presentarse al cobro dentro de los seis meses de su fecha de emisión. Pero tal expresión impondría regular igualmente la hipótesis del protesto para la eventual negativa de pago; porque, de lo contrario, se crearía confusión al intérprete. En tanto que tal como está concebida la norma, resulta obligante la interpretación de que lo querido por el legislador es aplicar al caso el régimen del protesto por falta de aceptación (según la máxima cambiaria), a la vez que obviar la utilización del protesto por falta de pago, inaplicable al caso por las razones expuestas; solución que resultaría forzosa —por el contrario— de no adoptarse tal redacción. Sin embargo, la Ley Uniforme de Ginebra hubo de hacer la aclaratoria en este sentido; disponiendo expresamente que, en el supuesto de letras a la vista, el protesto por falta de pago se levantará *dentro* del mismo lapso previsto para el protesto por falta de aceptación. Seguramente porque no resultaba fácil la hermenéutica que intentaron propiciar los redactores de La Haya. Al respecto, un Tribunal observa: Ciertamente que el problema de la caducidad de la acción de regreso intentada contra el librador de un cheque, ha sido y es problema complejo y arduo, tanto en doctrina como en jurisprudencia.<sup>19</sup>

Conforme lo dicho, el protesto cumple en el mecanismo del cheque una triple finalidad: constatar tanto la negativa de pago, como la oportuna presentación del título (o sea, la exhibición al cobro dentro de los lapsos legales) y asegurar el ejercicio de las acciones correspondientes —en caso de rechazo— con su formulación igualmente temporánea. Ello comprueba la imperatividad de utilizar el mismo lapso para efectuar ambas formalidades. Así lo afirma Mármol cuando expone: “Para que el funcionario judicial pueda dar constancia de que efectivamente hubo una gestión de cobro en tiempo hábil, es necesario que el protesto se levante *dentro* de dicho tiempo hábil”. Y al ejemplificar en concreto sobre el cheque, opina: “Si el cheque se

19. Cita de la Corte Suprema a la decisión de la recurrida, en Sentencia del Alto Tribunal, de fecha 30-04-87.

de cambio el pensamiento al respecto del doctor Muci, al expresar que "el derecho cambiario repugna todo lo que de alguna manera afecte o vulnere el rigor lapidario con que ha de anunciarse la época del pago".<sup>23</sup> Y, a la vez, encontramos en el texto del Proyecto de los relatores de la Ley Uniforme, esta observación en relación a los modelos legales de vencimientos: "Algunos países quisieron mantener la posibilidad de emitir letras de cambio pagaderas en otra forma; pero los expertos consideraron tal práctica como inconveniente en razón de la incertidumbre que podría resultar respecto de la fecha exacta del vencimiento".<sup>24</sup>

#### *Cheque a término*

Hemos dicho que el art. 490 *in fine* dispone que el cheque puede ser pagadero a la vista o en término no mayor de seis días, contados desde el de la presentación.<sup>25</sup> Estos títulos tienen, pues, doble presentación obligatoria: al visto, con el fin de fijar el punto de partida del lapso estipulado para el pago; y presentación al pago en solicitud del importe del cheque. Vimos también que el defecto de *visto* se suple con el protesto correspondiente. A pesar del desconocimiento en la práctica venezolana de esta modalidad del cheque, su consagración dentro de nuestro Código Mercantil, hace obligante la exposición de sus peculiaridades.<sup>26</sup>

Así pues, respecto de los *endosantes* rigen en todo caso los lapsos de presentación fijados por el art. 492, pero destinados a la obtención del "visto" por parte del librado (8 ó 15 días, según los supuestos). En defecto de dicho visto se levantará dentro del mismo término el protesto supletorio.

Conforme lo expuesto, esta norma se aplicaría, en relación al librador, sólo excepcionalmente: cuando opere la indisponibilidad de fondos por hecho del librado, luego de vencidos los lapsos de presentación referidos.

23. Muci Abraham, José (*ob. cit.*, p. 264).

24. Ruggeri, Fernando (*ob. cit.*, p. 294).

24. Morles Hernández, Alfredo (*ob. cit.*, Tomo III, p. 1.258) expone que dicho término es concordante con la previsión del art. 489, según el cual "la persona que tiene cantidades de dinero disponible. . . en poder de un comerciante, tiene derecho a disponer de ellas. . ." Porque sólo las legislaciones que permiten librar el cheque contra personas distintas del banquero contemplan el cheque a término, a fin de darles eventualmente el tiempo para reunir los fondos destinados a efectuar el pago. El autor cita en apoyo los autores Vasseur-Marín y Bonelli.

26. Ruiz Rojas, R. (*ob. cit.*, p. 8) dice que en la práctica no se emiten cheques a término sino a la vista, aun cuando tal condición no se expresa en los formularios de cheques y se da por sobreentendido al no expresar lo contrario.

Debido a que esta modalidad del cheque sí tiene fecha determinada de vencimiento (al computarse el término estipulado a partir del visto o del protesto sustantivo), la presentación al pago y el eventual protesto por rechazo siguen las previsiones de los arts. 446 y 452, ap. 1º, porque hay expresa remisión al pago y también al protesto en el art. 491.<sup>27</sup> Quiere decir que el portador del cheque debe presentarlo a su pago, sea el día en que es pagadero, o sea, en uno de los dos días laborables siguientes; y que el protesto por falta de pago debe ser sacado dentro del mismo término.

Ahora bien, observamos que lo indicado rige frente al librador sólo como excepción. Porque la regla en cuanto a los plazos de presentación y el consiguiente levantamiento del protesto en caso de negativa del visto, se obtiene a través de la aplicación de las normas reguladoras de las letras libradas a término vista (Arts. 443, 431 y 452, ap. 2º) por remitir a ellas el art. 491.<sup>28</sup>

A partir del visto (o del protesto que lo suple) se incorpora el plazo estipulado, para obtener así el día del vencimiento y la consiguiente aplicación de los arts. 446 (plazo de presentación al cobro) y 452, ap. 1º (término para sacar el protesto por falta de pago).

### Observaciones

1) En los lapsos de presentación previstos por el art. 492 no se computa el *dies a quo*: norma de procedimiento de carácter general reiterada en el derecho cambiario (art. 482) y reproducida en el cheque.

2) No creemos aplicable a este título la segunda hipótesis del aparte 2º del art. 452 (ampliación del lapso —al día siguiente— cuando la presentación ocurra el último día fijado y se pida el lapso de reflexión); porque aunque se utilicen, en el caso, los plazos previstos en la letra de cambio para presentación a la aceptación, en rigor el

27. Ruiz Rojas, R. (*ob. cit.*, p. 20) expone que existe la creencia de que la nota del Banco en que expresa la razón por la cual no hace el pago (conforme el últ. ap. del art. 494) equivale a un protesto. Pero que éste debe ser hecho en la forma legal de acuerdo con lo establecido al respecto por el Código de Comercio. En igual sentido, Vadell G., Juan V. (*ob. cit.*, p. 60, nota 19).

28. Dice Vivante que la remisión del art. 491 a las disposiciones sobre el vencimiento en la letra de cambio, debe entenderse sólo a las formas de vencimiento especialmente establecidas para el cheque (a la vista y a x término vista) las cuales tienen carácter imperativo y son las únicas posibles.

cheque no tiene aceptación; y el rol del librado en cada uno de estos títulos es muy diferente.<sup>29</sup>

3) Cuando se trata de cheques librados a la vista resulta redundante hablar de presentación *al cobro*<sup>30</sup> porque sólo existe esa posibilidad. En cambio, en cheques a término hay tanto presentación al *visto* como presentación al cobro y precisa distinguir. (Para Vadell, modalidad esta "en definitivo desuso").

4) La sanción por infracción de los términos de presentación y protesto tiene, respecto del ejercicio de la acción contra el librador, *regla y excepción*. En relación a los endosantes sólo hay regla, la cual opera como excepción en el caso del librador.

5) Los lapsos establecidos (a efectos de la presentación y levantamiento del protesto) tienen diversa finalidad: a) acreditar la

29. El art. 23 del Reglamento de La Haya sobre el cheque, confería a los Estados el derecho de prescribir que el protesto pudiese ser levantado aun el día laborable siguiente al último del término de presentación. Pero en nuestro sistema, la habilitación prevista en el ap. 2º del art. 452, está destinada exclusivamente a tutelar el derecho del librado a una segunda presentación del título para aceptación, en todo caso; esto es, aun cuando el portador haya agotado el lapso hábil legal con su presentación el último día. Porque ante la gravedad del compromiso que asumiría el destinatario de la orden de pago, con su firma sobre el título, el legislador le confiere esas 24 horas para su previa meditación. Pero en el cheque tal situación no se da, ya que la figura de la aceptación es extraña en esta materia, por no garantizar el librado el pago del título. Sobre el particular dice Vadell G., Juan V. (*ob. cit.*, p. 48): es de advertir que en las novedosas modalidades adoptadas por algunos Bancos, en el sentido de "garantizar" el pago del cheque (cheque garantizado, sistema PIDA, efectivo, etc.) donde el Banco se obliga a pagar el cheque siempre y cuando se cumplan las condiciones de acuerdo al sistema empleado, en el supuesto de que el Banco no pague el cheque, no se desprenderá del mismo acción cambiaria contra el Banco. La acción que pudiese derivarse en favor del portador del título ante ese incumplimiento será siempre una acción proveniente de un contrato, que vendrá dado por la oferta pública hecha por el Banco y la aceptación de la misma por la persona que recibe el cheque bajo las condiciones indicadas por el Banco. Como se ve, la acción tendrá su fundamento en ese contrato, mas no en el cheque.

30. La observación formulada por el doctor Vadell (*ob. cit.*, p. 58) — como valioso aporte de nuestro acontecer — pareciera reforzar el argumento que propiciamos, cuando afirma: "El mismo costo del protesto, invita al tenedor a procurar el pago mediante nuevas presentaciones (del cheque) al Banco". Sólo que — ante el hecho — nos viene bien pensar que las sucesivas presentaciones repetidas por el poseedor, sean efectuadas acaso, más que por eludir los gastos del protesto, tal vez por la percepción intuitiva de su derecho. Recordemos a Savigny con su elocuente pensamiento: "El derecho brota del alma popular". En efecto, conforme lo sostenido, el hecho de que el cheque a la vista sea pagadero a su presentación, no agota generalmente al portador, el término en que pueda realizarla.

presentación del título en tiempo hábil; b) posibilitar la formulación del protesto en caso de negativa. Ambas formalidades, observadas oportunamente, salvaguardan al portador el ejercicio de las acciones correspondientes (de regreso).

6) Como consecuencia de lo anterior, los términos para la respectiva presentación del título y para el eventual levantamiento del protesto, en la hipótesis de rechazo, son siempre coincidentes (máxima cambiaría que hemos invocado).

7) Respecto del cheque "a la vista" se dan en doctrina tres soluciones posibles en relación al lapso para la formulación del protesto en caso de que el pago no tenga lugar, así: a) en aplicación de la norma rectora del protesto por falta de pago (Art. 452, ap. 1º), se toma como fecha de vencimiento el día de la presentación y se dice que debe efectuarse dicha formalidad, ese día a los dos laborables siguientes; b) en interpretación conjunta de reglas cambiarias se afirma, que el protesto por falta de pago de un cheque, debe ser sacado —a más tardar— en uno de los dos días laborables siguientes al vencimiento del plazo para la presentación del cheque. (Supuestamente, discurridos los 8 o 15 días, a los 6 meses —según se accione frente a endosantes o librador— resultarían hábiles aun los dos días laborables que les siguen<sup>31</sup> y,

c) en hermenéutica forzada por las normas de remisión y el manejo de los principios cambiarios, se aplican al cheque los dispositivos del protesto por falta de aceptación de la letra de cambio y, por tanto, aquél debe sacarse *dentro* de los lapsos de presentación; lo cual prohíbe exceder los términos previstos a tal fin.<sup>32</sup> Conformándose así la única modalidad de títulos que excepcionan la regla general de presentación al pago y consiguiente protesto por falta de pago (ante el eventual rechazo).

---

31. Esta posición presenta aun una variante, que —compartiendo la tesis respecto del plazo para el protesto previo a la acción contra el endosante— sostiene la no exigencia del protesto en el Código de Comercio para el ejercicio de la acción contra el librador (Gamus Gallego, R. ob. cit., p. 330). Para el autor, la acción contra el librador caduca si el cheque no es presentado al cobro dentro de los seis meses siguientes a su fecha de emisión. Y concluye —en opinión extrema— que el Banco debe pagar el título en cualquier tiempo, mientras no haya sido revocado por el librador.

32. No creemos necesario repetir que adherimos a esta tercera corriente, por las motivaciones que oportunamente hemos expuesto; con nuestro respeto a las posiciones contrarias de connotados juristas.

8) La cláusula “sin protesto”, pese a su aplicación al cheque por ministerio de la ley (Art. 491), es de escasa utilización en la práctica; tal vez por desconocimiento de la remisión legal existente, pues hasta se ha llegado a alegar en alguna denuncia de infracción, por parte del formalizante, que la estipulación *sin protesto* es mención inútil en materia de cheque.<sup>33</sup> Los Proyectos de reforma disponen, en general, computar los lapsos de prescripción a partir de la expiración del término de presentación. Y encontramos curioso que no distingan, al efecto, si el cheque contiene o no la cláusula “sin protesto”: Tácitamente, la solución establecida alude a que el título contenga la cláusula exoneratoria de la carga referida, impuesta al portador, pues precisamente por no requerirse el levantamiento del protesto, se deja agotar el término de presentación (coincidente, como siempre, con el de la formulación del protesto). Resultaría oportuno, sin embargo, distinguir ambas hipótesis, como lo hace el art. 479 del Código de Comercio respecto de la letra de cambio,<sup>34</sup> ya que de *no* estipularse la cláusula “sin protesto”, el plazo de prescripción tendría como punto de partida la fecha del protesto, por resultar imperativa su formulación. Así lo reconoce mayoritariamente la doctrina, aunque igualmente ven la cuestión desde una sola perspectiva, pues los autores, en su mayoría, se pronuncian por esta solución sin considerar el supuesto de que el cheque registre la cláusula exoneratoria “sin protesto” (que aunque no es habitual, está autorizada por la norma).

33. Cita de la Corte Suprema (en Sentencia de fecha 25-09-63) al alegato del formalizante, en la parte narrativa del fallo (*Gaceta Forense*, 2a. ed. Tomo XII, p. 524).

34. Tradicionalmente —en esta materia— el inicio del término de prescripción establecido, va determinado, bien por la fecha del protesto, o bien por el día del vencimiento del título cuando éste contenga dispensa de tal formalidad (cláusula *sin protesto*). Y el hecho de que los proyectistas (todos) tomen como punto de partida del plazo de prescripción el día de expiración del término de presentación del cheque, pareciera confirmar que el mismo marca el vencimiento del título.

# **MUNICIPIO, TURISMO Y DERECHO**

**ARMANDO RODRÍGUEZ GARCÍA**

**Director del Instituto de Derecho Público, UCV**

*Revista de la Facultad de Derecho, N° 43*  
**Universidad Católica Andrés Bello**  
**Caracas, Venezuela, 1991**



## INTRODUCCION

Abordar el tema de los asuntos relativos al turismo, insertados en el ámbito propio de la Administración Municipal impone la revisión de un conjunto de aspectos que conducen a la necesaria valoración del nivel local como escenario de permanente presencia de las múltiples actividades y manifestaciones de la sociedad.

Si bien es cierto que no pareciera existir, a primera vista, una vinculación muy estrecha entre el turismo y la actividad administrativa que despliegan los organismos municipales, no lo es menos, que una reflexión acuciosa y detenida puede darnos muchos puntos de extraordinaria trascendencia en los cuales la presencia de los municipios puede ser no sólo valiosa para el desarrollo sostenido de la actividad turística en cualquier país, sino además, una fuente estable y sostenida de mejoramiento económico y social para cada una de esas comunidades específicamente consideradas.

La elaboración del presente trabajo ha permitido la oportunidad de producir esa revisión que, de antemano, consideramos incompleta en virtud de la sensación que queda, de tantos puntos por explorar, y tantas hipótesis por comprobar, mucho más, cuando se trata de un campo de actividades que da la impresión de haber sido transitado tímidamente, si se observa la potencialidad que ofrece a la imaginación creativa y a las oportunidades de actuación mediante modernas técnicas de gerencia, a las cuales debe orientarse definitiva y radicalmente la administración estatal y, en especial, la administración municipal.

Por nuestra área de formación profesional (y porque operamos bajo la convicción de que cualquier aproximación que se haga a las manifestaciones de la Administración Municipal debe considerar los aspectos de orden jurídico, en razón de ser esa fundamental y primordialmente una administración juridificada), es que nos proponemos centrar el análisis que ahora ofrecemos en la perspectiva que anunciamos, es decir, haciendo énfasis en los aspectos de orden jurídico, vinculados con la materia turística, y su tratamiento en el ámbito local.

De allí el título que hemos querido darle a la ponencia, en el cual queremos expresar además, la relación multidireccional que los conceptos integrantes del referido título, pueden tener, y de hecho, tienen entre sí.

En efecto, partimos de la consideración —que pretendemos fundamentar suficientemente—, de que el turismo, como actividad social, política y cultural, constituye una manifestación que ha generado importantes efectos en el campo del Derecho, obligando al planteamiento de fórmulas novedosas, dirigidas a dar solución a las situaciones y relaciones que hace surgir; o bien haciendo aplicar instituciones y categorías jurídicas que adquieren especial entidad, en virtud de las modalidades que la materia misma impone.

Esta circunstancia juega como un elemento de modernización en las relaciones que debe mantener la Administración Pública en todos sus ámbitos con los administrados y entre sus propios órganos y entidades.

Es así pues, que emprenderemos la tarea propuesta partiendo de la formulación inicial de un conjunto de consideraciones relativas al turismo y sus posibles vinculaciones con el ordenamiento jurídico, para pasar seguidamente a la revisión de una de las manifestaciones concretas que esos vínculos presentan, cual es la del turismo como cometido estatal, en virtud del cual se estructura un cuerpo de funciones y potestades dispuestas para el manejo de los asuntos relativos a esa materia, y el logro de los objetivos que, en función del interés público, deben alcanzar los órganos del Estado. Por último, entraremos en el campo de las oportunidades que el turismo, visto desde la perspectiva indicada, puede ofrecer al municipio.

Es oportuno advertir que el papel de trabajo que ahora se presenta contiene referencias generales sobre aspectos relativos a la legislación y otros asuntos de carácter documental, que sirven de referencia y de soporte a las argumentaciones en él contenidas.

Tales referencias se formulan estrictamente en los puntos que se considera así lo requieren, para no cargar exageradamente el volumen que un trabajo de naturaleza preliminar debe tener.

La oportunidad de proseguir y profundizar en el futuro sobre el asunto, permitirá dar el espacio debido a las referencias documentales que conforman una extensa base de información, propia de la entidad e importancia del tema.

Visto así el plan diseñado para el abordaje metodológico de la cuestión propuesta, pasemos al tratamiento singularizado de cada uno de los puntos que se han planteado.

#### EL FENOMENO TURISTICO Y SU VINCULACION CON EL DERECHO

El turismo es un fenómeno social con trascendencia en diferentes campos, que ha ido incrementando su importancia y ampliando su presencia de tal modo, que no es equivocado afirmar que se trata de una de las manifestaciones comunes a toda sociedad contemporánea.

El turismo tiene una indudable trascendencia en el campo económico, y es por ello que el Estado, manejando diversas técnicas, trata de influir en su provecho, sea directamente para el Tesoro o indirectamente para la colectividad nacional.

Por lo tanto, el turismo afecta al interés público, o mejor dicho, es él en sí mismo, de interés público, convertido por ello como tal en objeto de la administración pública cuyo cometido consiste precisamente en realizarlo de la mejor manera posible. He aquí expresado brevemente el alcance de la Administración Pública del turismo a lo cual dedicaremos el punto siguiente.

Pero el turismo también tiene trascendencia en el campo jurídico, forzando la aplicación y el diseño de nuevas modalidades de instituciones dirigidas a regular las múltiples, variadas, y cada vez más complejas relaciones que se dan en el campo turístico, no sólo entre el turista usuario del servicio, o mejor dicho de los diversos servicios que encadenadamente se ofrecen a sus intereses, sino entre los diversos elementos dispuestos funcional y comercialmente para la generación, oferta y entrega del producto turístico (hoteles, transportistas aéreos, marítimos y terrestres, guías, mayoristas, operadoras, agentes de viajes, servicios especiales, etc.).

Cada día encontramos modalidades dirigidas a facilitar el intercambio turístico o cuya aplicación permite ofrecer esa facilidad. El sistema de alojamiento conocido como "time sharing" es un ejemplo del primero de los casos; la tarjeta de crédito es una modalidad que si bien no va dirigida exclusivamente a favorecer la actividad turística influye profundamente en su manejo, expansión y diversificación.

El turismo es pues, un fenómeno complejo presente en la sociedad moderna, el cual sin embargo, comenzó por ser una serie intermitente de desplazamientos individuales sin mayor grado de trascendencia inicial.

No obstante y merced a una pluralidad de concausas técnicas, económicas y sociales ha alcanzado niveles que permiten identificarlo como una verdadera oleada que comporta emigraciones cíclicas que se repiten cada vez con un ritmo más intenso. En efecto, el imponente proceso en los sistemas de transporte y en las comunicaciones, el ascenso económico de la pequeña burguesía y aun de las clases populares, los logros sociales en el ámbito laboral que conducen a la consideración de períodos de descanso y esparcimiento como derechos adquiridos del trabajador, la propaganda y las técnicas de mercadeo, la socialización creciente de los valores culturales, el esparcimiento y el deporte, son factores que han confluído para provocar, y simultáneamente permitir, los importantes desplazamientos que constituyen las grandes masas del turismo organizado de nuestros días.

Resulta importante destacar que el turismo, desde las postrimerías del siglo pasado, tiene sus mecanismos propulsores en escala internacional con la creación casi simultánea de la famosa Agencia de Viajes de Thomas Cook, de las grandes empresas ferroviarias — como la “Compagnie Internationale de Wagons-Lits” fundada en 1876— y de las numerosas organizaciones dedicadas a actividades turísticas, comenzando por la “Alliance Internationale de L’Hotellerie” fundada en 1921. Simultáneamente Francia, Italia, Suiza y Alemania —pues el turismo se origina en los países europeos— incrementan sus acondicionamientos internos para serlo cada vez más estimulante y atractivo. Comienza así el proceso sostenido de hotelería, casinos, albergues, clubs alpinos, eventos deportivos, artísticos y culturales, etc.

En esta primera etapa estamos en presencia de un turismo rudimentario; se trata de la primera fase de su desenvolvimiento y es importante destacar que en ese momento adquiere un carácter preponderantemente local (Costa Azul, Bretaña, Ruta de los Alpes, Rivera del Lagon Lemán, Selva Negra, Paisaje Italiano), circunscrito fundamentalmente en centros urbanos (aparte del París de “La belle époque”, el turismo naciente se centra en Niza, Monte Carlo, la Baule, Grenoble, Marsella, Laussanne, Baden-Baden, Venecia, Rapallo. . . etc.). Es por ello que no debe extrañar que fueran asimismo entes locales los primeros organismos de promoción turística —por ejemplo, el primer Sindicato Francés de Iniciativa aparece en Grenoble en el año 1890— acabando todos los creados, confederándose a nivel nacional (“Union des Federations de Sindycats d’Initiative”, 1919).

Estos pasos iniciales señalan la vía que habría de tomar la futura organización del turismo. En efecto, a partir de 1930 el turismo es ya un movimiento de masas al cual contribuyen decisivamente los nuevos sistemas de transporte —incremento del automovilismo, autopistas y fundamentalmente el desarrollo de aviación—, y en gran medida las mejores condiciones económicas —aumento de sueldos y salarios, vacaciones pagadas, restricción de la jornada de trabajo, tarifas forfaitarias, etc.— todo lo cual marca el tránsito entre el “período aristocrático y feudal del turismo”, según calificativo de André Siegfried, o sea, el turismo de los privilegiados, al período multitudinario y popular, determinado por el turismo de todos.

Semejante particularidad cambia radicalmente la significación del turismo. Por de pronto, representa un fenómeno colectivo y como tal es estudiado en sus motivaciones, corrientes, áreas de dispersión, frecuencias, costos y beneficios constantes y variables, lo que permite conocerlo y con su conocimiento, tener la manera de influirlo o modificarlo.

De otra parte, destaca un elemento que adquiere una calificación categórica: el turismo es sobre todo, un hecho económico o mejor, un hecho con trascendencia económica. Basta considerar sus rendimientos, que ya en la década de los cincuenta depasan, en algunos países, el 25 por ciento del producto nacional bruto, teniendo un efecto tan decisivo en el balance de divisas, que llega a dársele el nombre de “exportación invisible”. Adicionalmente el turismo hace acrecer los beneficios de actividades tales como el transporte, la construcción, la agricultura, la pequeña industria y artesanía, los servicios terciarios, etc. Es por todas esas propiedades que ya a partir de la década del sesenta el turismo se planifica, incluyéndose en los Planes de Desarrollo Económicos donde figuran las metas a lograr, las previsiones, proyectos y obras, con volúmenes de inversión, e identificación de los rendimientos previstos.

La breve referencia que a estos momentos iniciales del desarrollo del turismo hemos hecho permite comprender rápidamente y sin mayor dificultad la vinculación que el tema adquiere con el mundo jurídico, en dimensiones que permiten de nuevo, poner de manifiesto la magnitud que la actividad en sí misma comporta desde hace ya varias décadas.

Los aspectos jurídicos vinculados a la actividad turística se relacionan tanto con las técnicas e instrumentos propios del Derecho Privado, como con las modalidades que son propias al ámbito del Derecho Público, que comporta la presencia de los órganos del Estado.

Ciertamente, el nivel de relación con trascendencia jurídica que puede presentar un turista aisladamente considerado está dado primordialmente por el vínculo que la prestación de un servicio implica como actividad con trascendencia o efectos jurídicos.

Así, existirá un negocio jurídico al adquirir un boleto aéreo que obliga a la transportista a prestar el servicio en las condiciones y bajo los términos contemplados en el correspondiente contrato, y otorga al usuario el derecho al referido servicio en las condiciones y términos indicados. El huésped de un hotel tendrá derecho al alojamiento que contrata y el ente receptor la obligación de prestar tal alojamiento en las condiciones estipuladas. Todos estos constituyen ejemplos individualizados de relaciones jurídicas derivadas de la actividad turística y la correspondiente obligación por parte de los entes especializados en prestar estos servicios.

Los ejemplos pueden multiplicarse, y de hecho, la tendencia sostenida en la oferta de servicios turísticos ha ido en esa dirección. Efectivamente, el mecanismo usual para realizar la práctica del turismo está dado por la contratación de un complejo de servicios a través de un único agente (agencia de viajes), que ofrece en bloque, satisfacción a la totalidad de los requerimientos del usuario, prestando a su vez un servicio adicional que constituye una relación jurídica más en el complejo haz de intercambios que comprometen a un también complejo número de actores.

Si mantenemos nuestro pensamiento en el tema bajo análisis podemos observar que adicionalmente, surge otro conjunto de relaciones generadoras de situaciones jurídicas que afectan directamente la actividad turística, ya desplegada como su manifestación natural, en el plano internacional. La elemental figura de la identificación está necesariamente presente a través de los mecanismos de control de inmigración aun cuando éstos puedan verse sensiblemente mitigados en los procesos de intercambio internacional y más aún en los procesos de integración tal como observamos sucede hoy día con los países de la Comunidad Económica Europea.

Además de esto los contratos aduaneros, de higiene y sanidad humana, animal y vegetal e incluso aquellos referidos al tráfico de divisas, son también factores que determinan el surgimiento de situaciones jurídicas específicas vinculadas de manera directa con lo que la actividad turística significa en su concepción integral.

El desarrollo del turismo en síntesis ha venido a vincularse estrechamente con el campo del derecho en sus más variadas manifestaciones, y esta vinculación sin lugar a dudas ha generado cambios,

transformaciones o adaptaciones en categorías, instituciones, técnicas, modalidades o fórmulas jurídicas, en síntesis, que se dirigen a dar solución adecuada a los asuntos que derivan de lo que implica la movilización turística sea ésta manifestación de un individuo aisladamente considerado o de grandes masas que se transportan en períodos concretos de tiempo, cual es la expresión más común del turismo contemporáneo.

Vemos de esta manera cómo se relacionan dos de los tres conceptos que han servido para titular este papel de trabajo, es decir, la fuerte relación existente entre turismo y derecho, por ser el primero de ellos un fenómeno social que alcanza tal magnitud y trascendencia que no puede ser ignorado desde la óptica de lo que implica la adecuada disciplina de la relaciones que los individuos en sociedad, mantienen y que encuentra su expresión sistemática más avanzada y sólida en las disposiciones propias del ordenamiento jurídico.

Siendo así, una de las múltiples aproximaciones posibles al fenómeno del turismo y sus variadas expresiones, será aquella que esboza los aspectos de carácter jurídico propios del estudio de las ciencias del derecho.

Y precisamente, una de esas manifestaciones que permiten vincular turismo y derecho encuentra su catalizador en la figura de la Administración Pública o del Estado, que desde las primeras etapas de desarrollo trascendente del turismo como fenómeno social ha estado presente de una u otra forma, y en todo caso a través de manifestaciones propias del campo jurídico tal como vamos a ver en el punto que abordaremos de seguidas.

#### EL TURISMO COMO COMETIDO DEL ESTADO

La superlativa importancia del turismo por su incidencia en la economía nacional, y su proyección en lo social y en lo cultural, obliga a darle un tratamiento que pone en juego distintas actividades públicas y privadas.

Así, ha de destacarse primeramente lo que se ha denominado "turismo receptivo", actividad que va acompañada del elemento estructural que sería el "complejo receptivo del turismo"; es decir, aquellos medios dispuestos para hacerlo posible, mejorarlo, mantenerlo e incrementarlo, de los cuales (por ser tantos y tan variados), bastaría citar la hotelería, terminales de transporte, restaurantes, centros culturales, espectáculos, diversiones, transporte, agencias de información y viajes, intérpretes, guías, etc., en suma, un aparato

cuya contextura, ajuste, orientación y control ha de tener necesariamente un centro regulador.

Esto, unido al hecho de la necesaria protección al turista como elemento central para la realización de una actividad impregnada de la trascendencia antes vista, hace propicio el surgimiento de una administración del turismo, es decir, aquel sector de la Administración Pública al cual corresponde la gestión del turismo en su sentido más amplio, mediante órganos de autoridad, dotados de poderes administrativos y un conjunto diversificado de instituciones operativas, tales como Institutos Autónomos, Sociedades Públicas, Sociedades de Economía Mixta, Consorcios, Asociaciones, etc.

Resulta, pues, conveniente advertir las diferencias que median entre la organización jerárquica o administración ordenadora, soporte de las funciones administrativas clásicas (reglamentarias, sancionadoras, de decisión, de control, etc.), basadas en el ejercicio de las típicas potestades públicas; y la administración operativa, también identificada como administración indirecta, generadora de operaciones técnicas, gerenciales, financieras, económicas, culturales, etc., ambas a su vez distintas —en el plano de lo jurídico formal—, de las actividades desarrolladas por los particulares, individual o colectivamente considerados, sujetas sin embargo, a las reglas legales y a la acción administrativa.

Conviene también hacer referencia a un posible reparto de quehaceres.

En efecto, la administración estatal o pública del turismo (entendiendo por tal, tanto las auténticas funciones como los cometidos operativos), puede quedar en parte, bien sea atribuida, bien sean delegada a organismos propios de otras administraciones subalternas, es decir, las de los Estados miembros, de las regiones, de las provincias o de los municipios.

Todo ello está regido por una serie de normas derivadas — Constitución, leyes, actos reglamentarios de diversos órdenes y grados— cuyo conjunto coherente e integrado configura el ordenamiento jurídico del turismo.

Partiendo de estas consideraciones se puede comprender que cada país tiene una característica administración del turismo, que responde a sus propias peculiaridades, como sucede igualmente con su política turística y su correspondiente ordenamiento jurídico del turismo. Sin embargo, se pueden identificar ciertos elementos estructurales y funcionales que representan dos tipos reales de

modelos opuestos, entre cuyos extremos cabe una gran variedad de organizaciones, modelos o soluciones relativas a la administración del turismo.

Los dispositivos para el turismo fueron en sus comienzos producto de la iniciativa privada, así, los "touring club" de Francia, Italia, Suiza o el "Automóvil Club Alemán" los cuales tuvieron a su cargo tanto la propaganda como la organización del sistema turístico. Los entes locales de lugares privilegiados hicieron el resto: organismos municipales, consorcios, comisiones comarcales, aunque fueron acciones esporádicas y puntuales que en muchos casos resultaron discordantes cuando no anárquicas.

De allí que los países con mayor afluencia de turistas se dieran a la tarea de organizar rápidamente una eficaz administración del turismo desde el centro a la periferia. Se crea en Italia el Comisariado para el Turismo, en 1931, asistido de un Consejo Central ("Commissariato per il Turismo" e "Consiglio Centrale del Turismo") con facultades de dirección, coordinación, previsión y vigilancia. Más tarde, en 1936, aparece en Francia una subsecretaría encargada del Turismo ("Sous-Secretariat aus Loisirs") que sucesivamente se transforma en Comisariado y Dirección General.

Progresivamente se acentúa la tendencia a atribuir las responsabilidades en materia de turismo a un Ministerio, que normalmente las comparte con otras áreas de actuación (en Italia el Ministerio dello Sport, del Turismo e dello Spetacolo; y en España el Ministerio de Información y Turismo), o al sector preminente de algún Ministerio más o menos afín (Comercio en los Estados Unidos de Norteamérica, Obras Públicas en Francia, Presidencia del Consejo de Ministros en Portugal, etc.).

Lo cierto es que la administración del turismo, según se dijo antes, resulta muy variada pudiendo adoptar con arreglo a circunstancias de tiempo y lugar una distinta configuración. No obstante, fueran cualesquiera sus modalidades, ha de determinarse atendiendo a cuatro condicionamientos: los niveles de actuación, las competencias respectivas, los medios operativos y el concurso del sector privado.

1. Los niveles de actuación representan planos superpuestos donde se desenvuelven la actividades privativas de la Administración Central, y separadamente aquellas otras reservadas a las administraciones excéntricas (estadal, regional, provincial, comarcal, municipal, intermunicipal), dando lugar así a dos posibles modelos

extremos, uno centralista con fuerte carga de atribuciones reservadas a la administración central, y otro descentralizado con distribución de tareas definidas a las administraciones subordinadas.

2. Pero en cualquier caso corresponde al poder central (nacional, federal o de superior jerarquía) las competencias normativas de mayor grado o trascendencia (leyes, reglamentos, o fijación de normas técnicas exigibles), así como las altas directivas, la política del turismo y su planificación.

3. Los medios operativos son diversos y utilizables en los distintos niveles de gobierno, comprendiendo además de la gestión directa todo el instrumental propio de la administración indirecta, es decir, institutos autónomos, sociedades, consorcios, etc.

4. El concurso del sector privado supone la participación espontánea estimulada o inducida de distintos grupos y con múltiples modalidades de presencia en el desarrollo del turismo; sea por interés económico, sea más o menos desinteresadamente, o sea, indirectamente, por constituir organismos con finalidades de carácter social, cultural, deportivo, religioso o de cualquier otra índole, cuya actividad redunde en una potenciación del desarrollo turístico, si bien no es esa su finalidad inmediata.

En todo caso, es oportuno tener presente dos puntos de importancia capital para nuestra exposición.

El primero de ellos es relativo a la necesaria sujeción de los agentes privados del turismo a las reglas y controles establecidos por el Estado, en protección del usuario de la actividad, es decir, el turista, que se convierte así en el factor más importante del sistema y en consecuencia el elemento de mayor trascendencia en cuanto a protección, a los fines de mantener la prevalencia de un interés general.

El segundo, está dado por el hecho de que el municipio, como ente organizativo integrado en la estructura general del Estado, se inserta igualmente en el Ordenamiento Jurídico del Turismo con una peculiaridad destacable, cual es el hecho de que las administraciones locales producen un ordenamiento jurídico propio que a su vez se ensambla en el ordenamiento general del Estado y que, dependiendo de la competencia que en materia turística pudiera tener será entonces un generador de normas propias de ese sistema específico.

Seguidamente haremos algunas breves referencias a las líneas maestras de acuerdo a las cuales se regula la administración turística en nuestro país, con el objeto de perfilar las características de nues-

tro modelo normativo de la materia, para pasar posteriormente al análisis de lo que consideramos pueden ser las oportunidades más destacadas que los entes locales pueden tener en el campo del turismo, para beneficio de sus comunidades.

#### EL REGIMEN DEL TURISMO EN VENEZUELA

La legislación reguladora del turismo fue en Venezuela prematura, iniciándose con un Decreto Ejecutivo el 16 de noviembre de 1937, el cual es sustituido por la Ley del 27 de agosto de 1938, con su Reglamento del 10 de marzo de 1939, hasta llegar a la vigente Ley de Turismo del 21 de junio de 1973, publicada en *Gaceta Oficial* N° 1.591 del 22-6-73.

El modelo adoptado y mantenido es centralista. En efecto, la Ley de 1938 comienza disponiendo que "todos los servicios relacionados con el turismo dependen del Ministerio de Fomento" (Art. 1°). "El Ejecutivo Federal queda facultado para organizar todos los servicios relacionados con el turismo" (Art. 7), "fijar las zonas de turismo, las cuales estarán bajo la inmediata inspección y vigilancia del Ministerio de Fomento" (Art. 9), "establecer agencias u oficinas y nombrar comisiones o comisionados especiales" (Arts. 7 y 11), incumbiéndole además acordar exoneraciones, aprobaciones, autorizaciones, fiscalizaciones, con poderes organizativos y sancionadores (Arts. 6, 10, 13, 14, 15, 16, 20, 21).

El órgano central de esta administración del turismo fue entonces el Ministerio de Fomento (Estatuto Orgánico de Ministerio, art. 22, ord. 11), cuyas funciones especializadas ejercía mediante una Dirección, asistida por un cuerpo asesor y gestor, la Comisión Consultiva de Turismo.

La única referencia a "las autoridades de los estados y las municipalidades", se hacía para advertirles que, "propenderán por todos los medios directos e indirectos al fomento del turismo, quedando obligados a prestar su colaboración a los servicios del ramo" (Art. 17). De otra parte el Ministerio de Fomento, a través de su órgano especial, la Dirección de Turismo, estaba facultado para actuar periféricamente, sirviéndose de las oficinas locales (Arts. 7, 11, 13, 14, 15, 16, 23).

La Constitución de 1953 abonaba aún más semejante centralismo (Art. 60, ord. 19). En cambio la vigente, de 1961, contiene dos preceptos relativos a la materia y que resultan aparentemente contradictorios por lo que han de compaginarse por la vía interpretativa.

Así, en su artículo 136 ordinal 24 se reserva al Poder Nacional “la legislación de turismo”, en tanto que el artículo 30 considera de la competencia municipal el turismo, “como materia propia de la vida local”.

No se dispone en esta oportunidad del espacio suficiente para desarrollar un comentario crítico de tan desatinado supuesto — aquél de considerar que el turismo sea materia propia de la vida local—, por lo que habremos de limitarnos a abordar la cuestión relativa a la manera de hacer compatibles los citados artículos 30 y 136 del texto constitucional.

Ha de comenzarse sentando, que el texto constitucional no llega a modificar ni alterar el sentido de la Ley de Turismo promulgada en el año 1938; realmente lo único que hace es añadir al conjunto de la administración del turismo un tramo local, con su particular radio de acción. La congruencia resulta pues absoluta.

La facultad de legislar en materia de turismo conferida al poder nacional, le permite determinar el conjunto organizativo, fijando las facultades de cada uno de los órganos y organismos en que éste se desagrega. Pero además, el deslinde de competencias resulta categórico, siendo tres los aspectos que a este fin han de considerarse:

1° La relación entre el Poder Nacional y los municipios, respecto al turismo, está dada en los mismos términos que corresponden a las materias de circulación, cultura, salubridad, asistencia social, etc., conjuntamente agrupadas. En consecuencia, la normación nacional condiciona jurídicamente a la del orden municipal. En esas materias, los municipios sólo podrán dictar normas reguladoras con sujeción a lo dispuesto en las leyes y reglamentos del poder nacional dado que sus facultades normativas son de tercer grado. Así, el Poder Nacional dispone normativamente y el municipio ejecuta aquello que ha sido dispuesto con el margen de iniciativas y de discrecionalidad que le otorga la norma nacional.

2° Es de esencia misma de la competencia nacional abarcar determinados sectores íntimamente ligados con el turismo como los son la concertación, vigilancia y cumplimiento de tratados internacionales relativos a inmigración, policía de extranjeros, visas, sanidad de fronteras, tráfico aéreo y marítimo, condiciones generales de alojamiento, control de divisas, régimen uniforme de tratamiento al turismo, etc. Todo ello habrá de disponerse de manera que permita una actuación turística unitaria o cuando menos no disgregada y anárquica, por un elemental principio de eficacia.

3° Por último, pero no por ello menos importante, resulta considerar que los municipios circunscriben su competencia, a "los intereses peculiares de la entidad, en particular cuanto tenga relación con . . . las materias propias de la vida local. . ." (Constitución Art. 30). Es así pues que la coherencia y solidez conceptual de la norma constitucional estriba en la referencia al hecho de que la competencia municipal está dada por lo que de peculiar y propio de la vida local tengan las materias allí indicadas. Considerar que la Constitución consagra asuntos tales como el urbanismo, la cultura, la salubridad o el turismo materias de carácter integrante local sería no sólo absurdo técnica y conceptualmente hablando, sino además antihistórico.

El turismo, en tanto que hecho económico relevante, asimilado a una industria, representa el interés general, y en consecuencia corresponde realizarlo, regirlo y gestionarlo al poder nacional, de donde se deduce que "el interés peculiar de la entidad municipal y las exigencias de la vida local" siempre han de ser coincidentes y jamás discordantes con el interés general cuya "defensa y suprema vigilancia están atribuidas a la nación" (Constitución Art. 136, ord. 2°). Dicho en otros términos, el interés local está constitucionalmente impedido para obstaculizar o subvertir el interés general, resultando así ilícita cualquier competencia que lo pretendiera.

Por último la vigente Ley de Turismo de 1973 mantiene el esquema general antes indicado. Su novedad más destacada desde el punto de vista organizativo está constituida por la creación de un ente descentralizado (Instituto Autónomo) de la Administración Pública Nacional, cual es la Corporación de Turismo de Venezuela, adscrita al Ministerio de Fomento, la cual tiene como funciones principales la de "estimular, planificar, desarrollar y coordinar las actividades turísticas en el territorio nacional" (Art. 6).

La Ley prevé la posibilidad de actuaciones de entes locales en cuanto a planes y obras de interés turístico asignando a la corporación la orientación y coordinación de los mismos (Art. 8, ord. 4°). Asimismo, se regula el supuesto de acuerdos entre la corporación y los municipios para conferir el carácter de autoridades auxiliares de turismo a funcionarios locales (Art. 10).

La descripción debe limitarse por elemental respeto al espacio disponible; por ello sólo se señala brevemente que la Ley Orgánica de la Administración Central (1976) creó un Ministerio de Información y Turismo al cual se atribuyeron las actividades del Ejecutivo Nacional en la materia y que tuvo una corta vida, cercana a una

década, siendo eliminado y regresando las competencias en la materia al Ministerio de Fomento.

En síntesis, podemos afirmar sin vacilación que las estructuras municipales poseen facultades jurídicas limitadas para actuar como órganos ordenadores en el campo del turismo. No obstante, esto no significa que estén impedidas de jugar un papel trascendente en ese sector de actividades, a través de modalidades gerenciales, de corte operativo, de promoción; o bien mediante la producción de efectos en forma colateral o indirecta a través de decisiones operadas en otros campos del actuar administrativo local.

#### LAS PERSPECTIVAS MUNICIPALES EN EL TURISMO

El hecho de carecer las autoridades municipales de potestades regulatorias de primer grado, o de atribuciones directas en cuanto a manifestaciones de carácter ordenador en el ámbito del turismo, no es obstáculo para que pueda desplegar una importante tarea de corte operativo en el área. Antes bien, la naturaleza misma del fenómeno hace recomendable, como se ha indicado antes, una estructura normativa general, de carácter central que lo regule de manera uniforme, permitiendo la participación de múltiples agentes públicos y privados en su promoción y realización efectiva, y abriendo campo a la legítima obtención de los beneficios que el buen desenvolvimiento de la actividad puede reportar en todas las esferas.

Por lo que respecta al nivel local, existe un abanico de posibilidades y oportunidades que, aun sin contar con la asignación de la condición de "autoridad auxiliar de turismo" a la cual hicimos referencia, permiten una plataforma de actuación suficientemente sólida en la materia.

Por de pronto, la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en sintonía con el esquema general adoptado por nuestro ordenamiento jurídico-positivo, establece que, "Los Municipios para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, podrán promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad" (Art. 36), especificando luego, como materia propia de su competencia, "organizar y promover las ferias y festividades populares, así como proteger y estimular las actividades dirigidas al desarrollo del turismo local" (Ord. 11°).

Así, encontramos un primer papel de singular importancia en la materia, dado por la organización y promoción de actividades turísticas, que tengan como escenario las localidades o sitios donde se

desenvuelve territorialmente la acción municipal. Es claro, que para el desarrollo de tal cometido, los municipios podrán emplear todos los medios técnicos, jurídicos y organizativos de los cuales disponen, como por ejemplo, las figuras de entes descentralizados, asociaciones con particulares, y fórmulas asociativas públicas, consorciales o intermunicipales, cuando las características del asunto a tratar lo hagan recomendable.

Se trata aquí, de un conjunto de actividades directamente vinculadas al sector, que tienen como contenido a la actividad turística concretamente considerada. Claro está que cualquier supuesto en el que el despliegue de actuaciones de ese tenor tenga cabida, ofrece una hipótesis de diseño y aplicación de políticas, para lo cual empleo de modalidades gerenciales, propias de la estrategia corporativa que requiere el tratamiento de asuntos complejos, resulta la metodología de acción más adecuada y eficiente, por no decir, la única efectiva.

Es en este punto donde las decisiones inscritas en otros campos de la actividad municipal, pueden resultar ampliamente favorecedoras para el buen destino que la industria turística alcance en el ámbito local, provocando así el beneficio para la colectividad.

Partiendo de la definición del turismo como cometido de trascendencia para un determinado municipio, se deberá instrumentar una estrategia que pueda lograr la convergencia de las potencialidades susceptibles de poner en marcha, hacia los objetivos propuestos, maximizando el efecto de las decisiones.

Por solo mencionar algunas de estas posibilidades diríamos que, en materia de política fiscal se puede estimular la inversión en el campo turístico, ofreciendo un tratamiento preferencial, a través de desgravámenes, exoneraciones o beneficios tributarios locales de todo orden que hagan más atractiva la localización de actividades de esa naturaleza en el término municipal. El despliegue de un buen sistema de información y atención al público, en el cual se puede incorporar a la organización policial, constituye otro elemento de atractivo que ofrezca a la localidad como opción preferente. La elevación de los niveles de seguridad pública puede constituir un factor de consideración para la orientación de la preferencia de una determinada localidad como destino turístico, al igual que las condiciones de salubridad, limpieza y funcionalidad urbanística, elementos estos, sobre los cuales el municipio tiene indiscutibles facultades de acción ordenadora.

La vinculación con los factores privados de actuación, y la adecuada apertura de un amplio campo de participación, a través de la puesta en práctica de estímulos y apoyos no sólo permite la consolidación del turismo, sino que genera sus efectos complementarios con beneficios directos a la colectividad (inversión, empleo, desarrollo inmobiliario, incremento de la actividad cultural, etc.).

En síntesis, el problema se centra en agudizar el ingenio, profundizar el conocimiento sobre la materia y reconocer que se cuenta con un arsenal de posibilidades que va mucho más allá de los escasos instrumentos ordinariamente puestos en juego.

Los términos expuestos ofrecen, a nuestro juicio, una plataforma de reflexión válida para abordar el asunto planteado, transitar el camino que se abre es la oportunidad que se ofrece a las comunidades locales y especialmente a sus dirigentes.

## LEGISLACION



**LA "INDEMNIZACION" POR ANTIGÜEDAD  
PREVISTA EN LA LEY ORGANICA  
DEL TRABAJO**

**FERNANDO PARRA ARANGUREN**

*Revista de la Facultad de Derecho, N° 43*  
Universidad Católica Andrés Bello  
Caracas, Venezuela, 1991



1. Estas notas están divididas en tres partes: la primera resume la normativa pertinente en relación con la indemnización por antigüedad prevista en la Ley Orgánica del Trabajo; en la siguiente, se analizan las mismas y se sugieren ideas para la consideración del lector; y la última, presenta algunas conclusiones derivadas de la anterior.

## I. LAS NORMAS RELACIONADAS CON LA MATERIA

### *Constitución*

2. El artículo 88 señala: “La ley adoptará medidas tendientes a garantizar la estabilidad en el trabajo y establecerá las prestaciones que recompensen la antigüedad del trabajador en el servicio y lo amparen en caso de cesantía”.

*Ley Orgánica del Trabajo* (en lo sucesivo, LOT), de fecha 20 de diciembre de 1990:

### *De la terminación de la relación de trabajo:*

3. Las causas de terminación de la relación laboral son: despido, retiro, voluntad común de las partes o causa ajena a la voluntad de ambas (artículo 98).

4. El despido resulta de la voluntad unilateral del empleador de finalizar la relación y puede ser *justificado* —cuando el trabajador ha incurrido en una causa prevista en el artículo 102— o *injustificado*, cuando lo realiza sin motivo justificatorio (artículo 99).

5. El retiro es la consecuencia de la manifestación de voluntad del trabajador de concluir el vínculo laboral. Sin embargo, el legislador no indica —como en el caso del despido— sus clases: se limita a señalar que es *justificado* el fundamentado en una causa legal y a equipararlo, en sus efectos patrimoniales, al despido injustificado (artículo 100). Por retiro *injustificado* debe entenderse el realizado sin que el empleador haya incurrido en motivo legal justificatorio (artículo 107).

6. En los supuestos de despido y de retiro *justificados*, quien manifiesta la voluntad de concluir la relación de trabajo no está obligado a dar preaviso y deberá hacer la manifestación dentro del plazo de treinta días continuos, contado a partir “desde aquel en que el patrono o el trabajador haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que constituya causa justificada para terminar la relación por voluntad unilateral” (artículo 101).

7. Los artículos 102 y 103 contienen los motivos justificatorios del despido y del retiro, respectivamente. A los indicados en los mismos pueden agregarse los contenidos en los artículos 20 y 19 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo de fecha 10 de julio de 1986.

8. La obligación del empleador de preavisar al trabajador es el objeto de los artículos siguientes:

A. Procede en el supuesto de relación de trabajo por tiempo indeterminado, cuando finaliza por despido injustificado o por motivos económicos o tecnológicos (artículo 104).

B. Su cuantía se determina en los cinco literales del mismo artículo y varía de una semana a tres meses, de acuerdo con el tiempo ininterrumpido de servicios.

C. Si se omitiere, el lapso correspondiente se computará “en la antigüedad del trabajador para todos los efectos legales” (artículo 104, parágrafo único).

D. Deberá hacerse por escrito y con indicación de la razón del despido, si la hay (ésta sólo podrá ser el motivo económico o tecnológico). Hecha la notificación, el empleador no podrá invocar otra causa anterior a la misma para justificarlo (aun cuando sí podrá alegar una posterior). Si no hubiere aviso escrito, el trabajador podrá demostrar el despido por cualquier otro medio de prueba (artículo 105).

E. Podrá omitirse pagándole al trabajador una suma igual al salario del período correspondiente (artículo 106); pero se computará en la antigüedad del trabajador a los efectos legales pertinentes (*supra* C).

9. El artículo 107 regula la obligación del trabajador de preavisar a su contraparte:

A. Procede cuando la relación de trabajo por tiempo indeterminado concluye por “retiro voluntario del trabajador, sin que haya causa legal que lo justifique”, expresión técnicamente incorrecta.

En efecto, el *retiro* siempre deriva de la voluntad del trabajador. Alude al supuesto de *retiro injustificado* no sólo por la explicación dada ("sin que exista causa que lo justifique") sino por su análisis concordado con el artículo 101 (*supra* 6).

B. Su cuantía se determina en los tres literales del mismo artículo y varía de una semana a un mes, de acuerdo al tiempo ininterrumpido de servicio.

C. Si lo omitiere, deberá pagar —a título compensatorio— una cantidad equivalente al salario que le habría correspondido durante el respectivo lapso.

D. Aun cuando no lo indica, en este supuesto deberían aplicarse las previsiones relacionadas con la forma escrita, la causa que lo motiva, la imposibilidad de invocar otras causas anteriores a la notificación y la posibilidad del empleador de probar el retiro por otros medios (*supra* 8, D).

10. La indemnización (sic) por antigüedad es la materia del artículo siguiente y está regida de la siguiente manera:

A. Se pagará cuando la relación termine por cualquiera de las causas señaladas en el artículo 98 (*supra* 3).

B. Le corresponde al trabajador después de tres meses de servicio (¿ininterrumpido?): si éste no excede de seis meses, una suma equivalente al salario de diez días y al de un mes por cada año o fracción mayor de seis meses.

C. La indemnización es un "derecho adquirido" del trabajador sometido a estas reglas:

a) Se abonará anualmente a una cuenta a nombre del asalariado en la contabilidad de la empresa y devengará los intereses —exentos de impuesto sobre la renta— que determine el Banco Central de Venezuela. Estos, al causarse, se le pagarán al beneficiario, aun cuando se le faculta para solicitar su capitalización. El Ejecutivo podrá autorizar —en el Reglamento o por disposiciones (¿resoluciones?) especiales— otros sistemas de ahorro y previsión que favorezcan a los trabajadores.

b) El patrono deberá otorgar crédito (*infra* 24) o aval al trabajador —para cubrir la cuota inicial de adquisición de vivienda, para su ampliación o reparación, o para cancelación de hipotecas— hasta por el monto del saldo a su favor en la respectiva cuenta. Si otorgare

aval, será a su cargo la diferencia que pueda resultar, por concepto de intereses, en perjuicio del laborante.

c) Aun cuando la indemnización debe liquidarse y pagarse al trabajador en la oportunidad de la conclusión de la relación de trabajo (redundante, *supra* A), “podrán hacerse entregas periódicas para constituir un fideicomiso individual en las condiciones que establezca el Reglamento y éste podrá autorizar su colocación en inversiones seguras, rentables y de alta liquidez”.

d) El trabajador fideicomitente podrá garantizar —con su fondo fiduciario— obligaciones contraídas para construir, adquirir, mejorar o liberar una vivienda para él y su familia, o para satisfacer pensiones escolares para él, su cónyuge o concubino(a) o sus hijos.

D. Si la relación termina por muerte del trabajador, la indemnización le corresponderá a los beneficiarios señalados en el artículo 568, en los términos y condiciones establecidos en los artículos 569 y 570.

E. Esta indemnización no le impide a los trabajadores (o a sus causahabientes) el ejercicio de otras acciones de conformidad con el derecho común.

F. Servirá de base para el cálculo de lo que corresponda al trabajador en el caso previsto en el artículo 125 (*infra* 10).

11. Si la relación termina por causa justificada, el sujeto que hubiere dado motivo a ella pagará al otro —como indemnización de daños y perjuicios— una suma equivalente al preaviso que le hubiere correspondido si la relación hubiere sido por tiempo indeterminado (artículo 109).

12. En los contratos a término concluidos por despido injustificado o por retiro justificado antes del vencimiento del término, el patrono pagará —además de la indemnización por antigüedad— una suma igual a los salarios que devengaría hasta el cumplimiento del mismo, por concepto de “indemnización de daños y perjuicios” (artículo 110).

13. En los mismos contratos indicados en el numeral anterior, si el trabajador se retira sin justa causa (antes del vencimiento del término) pagará al empleador —por concepto de daños y perjuicios— una suma estimada por el juez que no excederá de la mitad del equivalente de los salarios que le pagaría el patrono hasta el vencimiento del término (artículo 110).

14. En los supuestos de los dos numerales anteriores, quedan a salvo las acciones y defensas del derecho común (artículo 110).

15. La ley no contempla la hipótesis de terminación de los contratos a término (antes de su vencimiento) por despido justificado: ¿es equiparable al retiro injustificado? (*supra* 13).

16. La última disposición del capítulo le impone al empleador la obligación de expedir una constancia de trabajo al asalariado que la solicite al concluir la prestación de servicios. La misma sólo podrá contener las menciones allí indicadas: duración de la relación de trabajo, último salario devengado y (¿último?) oficio desempeñado (artículo 111).

#### *De la estabilidad en el trabajo*

17. El capítulo VII se inicia con la prohibición impuesta al patrono de despedir, sin causa justificada, a los asalariados que reúnan los siguientes datos jurídicos: A) ser permanentes; B) no ser de dirección, y C) tener más de tres meses de servicios a un empleador (artículo 112).

El párrafo único extiende la protección a los contratados a término (cierto o incierto), mientras el mismo no haya vencido.

18. El privilegio no incluye:

A. A los contratados a término cuando haya vencido (*argumentum e contrario*).

B. A los temporeros, eventuales, ocasionales y domésticos (párrafo final del párrafo único). El legislador señala quiénes deben ser considerados:

a) Permanentes (artículo 113).

b) Temporeros (artículo 114).

c) Ocasionales o eventuales (artículo 115): de acuerdo con esta definición, el ocasional y el eventual conforman una categoría ("quienes realizan labores en forma irregular, no continua ni ordinaria y cuya relación de trabajo termina al concluir la labor encomendada", con lo cual podrían asimilarse a los enganchados para una obra determinada o a término incierto), y no dos, como podría inferirse de la redacción del párrafo único del artículo 112 ("a los trabajadores temporeros, *eventuales, ocasionales y domésticos*" (subrayado mío); y

d) Domésticos, habiten o no en la casa donde prestan sus servicios (artículos 274 y 275).

C. A quienes estando en el supuesto contemplado en el encabezamiento del artículo 112, le presten sus servicios personales a patronos que ocupen menos de diez trabajadores (artículo 117, parágrafo único; *infra* 19, B).

19. Los artículos comprendidos entre el 116 y el 127, reproducen, con algunas variantes, las disposiciones de la derogada Ley Contra Despidos Injustificados de fecha 8 de agosto de 1974. Mediante los mismos:

A. Se impone al empleador —cuando despida a uno o más trabajadores beneficiarios de la protección— la obligación de notificarlo al Juez de Estabilidad Laboral de la jurisdicción, indicándole la causa justificativa del despido, dentro de los cinco días hábiles siguientes. Si no lo hiciere, se le considerará “confeso en el reconocimiento de que el despido se hizo sin causa” (artículo 116).

B. El despedido “podrá ocurrir ante el juez cuando no estuviere de acuerdo con la procedencia de la causa alegada para despedirlo, a fin de que éste la califique y (si el empleador no la probara) ordene su reenganche. . .” (artículo 116).

En estos casos, el trabajador podrá comparecer por sí o asistido, o representado por un directivo o delegado sindical (¿cualquiera? o vinculado con la empresa, establecimiento, explotación o faena?) (artículo 116, parágrafo único). Obviamente, también podrá actuar por sí, asistido de abogados, o representado por uno de estos profesionales (artículo 116).

De conformidad con el parágrafo único del artículo 117, si el patrono emplea menos de diez trabajadores, éstos no tendrán derecho al reenganche, razón por la cual se han excluido del ámbito de los beneficiarios del privilegio. Podrán, sin embargo, acudir ante el juez para que éste califique el despido: si lo declara injustificado, sólo procederá el pago de las prestaciones e indemnizaciones mencionadas en el artículo 125 (*infra* E).

C. La calificación del despido deberá intentarla el laborante dentro de los cinco días hábiles siguientes (¿al de la terminación de la relación o al de la notificación al Juez de Estabilidad?). Si no lo hiciere, perderá el derecho al reenganche, pero no así a los otros derivados de su condición de trabajador, los cuales podrá demandar ante el Tribunal del Trabajo.

D. Las disposiciones contenidas en los artículos 117 al 124, ambos inclusive, desarrollan el procedimiento a seguir por el órgano competente, desde el momento de la recepción de la demanda del trabajador hasta el de la ejecución de la decisión definitivamente firme, favorable al trabajador. Esta le corresponderá al juez que conoció de la causa en primera instancia. Este procedimiento no se aplicará a los supuestos de calificación de despido de trabajadores amparados con inamovilidad por los Títulos VI y VII de la ley (artículo 127).

E. Calificado el despido como injustificado por el órgano competente, el artículo 125, sin embargo, autoriza al patrono para insistir en el mismo (esto es, para despedir al trabajador) mediante el pago de:

- a) Los salarios dejados de percibir durante el procedimiento;
- b) El doble de la indemnización prevista en el artículo 108, y
- c) El doble de lo que le habría correspondido por concepto de preaviso no utilizado en los casos de los literales a), b) y c) del artículo 104, y el equivalente al preaviso en los casos de los literales d) y e).

F. El artículo 126 faculta al empleador para despedir injustificadamente al asalariado en otros dos supuestos:

- a) Cuando le pague —en el momento del despido— las sumas contempladas en los apartes b) y c) del literal anterior, y
- b) Si lo hace durante el procedimiento, cancelándole, además, los salarios dejados de percibir entre la fecha del despido y la del abono.

20. El último precepto —“para facilitar que el trabajador reciba el salario que requiere para satisfacer sus necesidades fundamentales”— permite la elaboración de una ley especial tendente a regular:

A. “El régimen a cumplir por patronos y trabajadores acerca de sus relaciones y derechos patrimoniales a que se refieren los Capítulos VI y VII del Título II de esta Ley”, y

B. “La organización de un sistema a cargo de la Seguridad Social al cual contribuyan patronos y trabajadores, que ampare a éstos en caso de cesantía y los proteja en el retiro, vejez o invalidez”.

Esta ley, sin embargo, no podrá menoscabar “la cuantía de los derechos que” la LOT consagra en interés del asalariado con motivo de su permanencia en el trabajo.

*Otras normas aplicables*

21. De conformidad con el artículo 146, “lo que corresponda al trabajador a consecuencia de la terminación de la relación de trabajo” (“prestaciones e indemnizaciones”) será calculado de acuerdo con las siguientes reglas:

A. Con base en el *salario normal* devengado por el asalariado “en el mes efectivo de labores inmediatamente al día en que nació el derecho”, salvo en los siguientes supuestos:

a) El contemplado en el artículo 138, literal b: los aumentos decretados por el Ejecutivo Nacional —si exceden del treinta por ciento del salario del laborante— podrán “ser o no considerados, en todo o en parte, en el salario de base para el cálculo de las prestaciones o indemnizaciones o cualesquiera otros beneficios que puedan corresponderle al trabajador con ocasión de la terminación de su relación de trabajo”, y

b) El previsto en el párrafo único del mismo artículo: “Cuando el patrono asuma en la convención colectiva suscrita con un sindicato el acuerdo de aumentar los salarios cada año en más de un veinte por ciento (20%) podrá establecerse como parte del acuerdo el que el exceso sobre el veinte por ciento (20%), del aumento no se considere en las prestaciones sociales del trabajador respecto de los años de antigüedad anteriores al del aumento”.

B. Si el salario hubiera sido pactado por unidad de obra, por pieza o a destajo o a comisión, sobre el promedio del devengado durante el año inmediatamente anterior.

C. La participación de los trabajadores en las utilidades (legal o convencional) de las empresas (explotaciones y establecimientos con fines de lucro, artículo 175) se considerará salario a los efectos del cálculo de las prestaciones e indemnizaciones que correspondan al trabajador al concluir la relación laboral: se dividirá el monto percibido entre el número de meses completos de servicios prestados.

La legal, sin embargo, sólo se tomará en cuenta para el cálculo de las prestaciones por el tiempo servido a partir del 1° de enero de 1991. No queda claro si deben incluirse las sumas recibidas por los conceptos especificados en los artículos 175 (bono compensatorio y

sustitutivo de la participación en los beneficios) y 184 (bonos de fin de año debido por los empleadores cuyas actividades no tengan fines de lucro).

Si la convencional fuere mayor que la legal, ésta quedará incluida en aquélla. Lo mismo, si la legal supera la convencional. En el primer supuesto se admite el pacto en contrario; éste, pienso, también es lícito en el otro.

D. Los aportes del patrono para el ahorro del trabajador sólo se considerarán salario si es expresamente estipulado (artículo 133).

22. El 149 permite al cónyuge —o al concubino (a) que lo acredite por cualquier medio de prueba— solicitar del Inspector del Trabajo autorización para recibir del patrono hasta el cincuenta por ciento (50%) de las prestaciones sociales del trabajador, cuando existan razones de interés familiar y social que lo justifique. El mencionado funcionario —antes de tomar una determinación al respecto— “deberá oír al trabajador interesado y solicitar el parecer del Instituto Nacional del Menor, si hubiere hijos menores, sin perjuicio de las decisiones y providencias que puedan tomar los tribunales respectivos”.

23. En relación con la protección de las prestaciones sociales se encuentran varias disposiciones:

A. Existe un superprivilegio para las prestaciones sociales cuya cuantía no exceda de noventa días de *salario normal* (los otros créditos de los trabajadores se garantizan hasta por una cantidad equivalente al *salario* de seis meses). Si la suma a recibir es mayor, puede acogerse, en relación con la diferencia, a los privilegios indicados en los literales siguientes (artículo 158).

B. Igual que los demás créditos de los trabajadores, las prestaciones e indemnizaciones tendrán un privilegio sobre los bienes muebles del empleador equiparable al establecido en el artículo 1870, ordinal 4º, del Código Civil (sin el límite de tiempo en él señalado) y se pagarán independientemente de los procedimientos del concurso de acreedores o de la quiebra (artículo 159).

C. Además, las prestaciones e indemnizaciones gozarán de un privilegio sobre los bienes inmuebles propiedad del patrono. El mismo subsistirá hasta por un (1) año y tendrá prelación sobre todos los demás establecidos por el derecho común, salvo los hipotecarios (artículo 160).

24. Las prestaciones e indemnizaciones son inembargables si no exceden de cincuenta (50) salarios mínimos, entendidos de con-

formidad con lo dispuesto en el artículo 653 (el vigente en la capital de la República). Si su monto excede de esta suma, podrán ser embargadas en los términos, condiciones y modalidades allí establecidos (artículo 163), salvo los casos de ejecución de medidas de carácter familiar y de las originadas por préstamos o con ocasión de garantías otorgadas conforme a la ley que se comenta (artículo 164). Debe destacarse, la limitación fijada por la ley en relación con la eventual compensación a favor del empleador; si al concluir la relación laboral el trabajador le adeudare alguna suma, podrá compensarla con el crédito resultante a favor del asalariado, hasta por el cincuenta por ciento (artículo 165, parágrafo único).

25. Se crea una bonificación especial para el disfrute de las vacaciones "equivalente a un mínimo de siete (7) días de salario más un (1) día por cada año a partir de la vigencia de esta ley hasta un total de veintiún (21) días de salario" (artículo 223). Este pago debe considerarse parte integrante del salario de quien lo percibe.

*Ley de Impuesto Sobre la Renta* (en adelante, LISR),  
del 13 de agosto de 1991

26. Incluye varias disposiciones vinculadas con el tema, a saber:

A. De acuerdo con el artículo 3, se conceptúan disponibles en el momento en que son pagados los enriquecimientos producidos por el trabajo bajo relación de dependencia, por una parte, y por la otra, "los abonos en cuenta se considerarán como pagos, salvo prueba en contrario".

B. En la obtención del enriquecimiento neto, se podrán deducir "las indemnizaciones correspondientes a los trabajadores con ocasión del trabajo, determinadas conforme a la ley o a contratos de trabajo (artículo 27, 4).

C. "Los egresos causados y no pagados deducidos. . . conforme a lo dispuesto en el ordinal 4º del artículo 27 (*supra* B), no pagadas dentro del año siguiente a aquel en que el trabajador deje de prestar servicios al contribuyente por disolución del vínculo laboral, se considerarán como ingresos del ejercicio en el cual cese dicho lapso anual. . . la deducción correspondiente se aplicará en el ejercicio en que efectivamente se realice el pago" (artículo 34, parágrafo único).

D. "Las indemnizaciones correspondientes a los trabajadores con ocasión del trabajo determinadas conforme a la ley o a contratos

de trabajo causadas antes de la vigencia de esta ley, serán deducibles en el ejercicio en que efectivamente sean pagadas a los trabajadores o a sus beneficiarios, o cuando les sean entregadas para constituir fideicomiso en conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Trabajo" (artículo 114).

E. "Están exentos de impuestos: . . .4) Los trabajadores o sus beneficiarios, por las indemnizaciones que reciban con ocasión del trabajo, cuando les sean pagadas conforme a la ley o a contratos de trabajo, por los intereses y el producto de los fideicomisos constituidos conforme a la Ley Orgánica del Trabajo y por los productos de los fondos de retiro y pensiones" (artículo 12).

## II. CONSIDERACIONES EN TORNO A LAS REGLAS EXPUESTAS

### *Prestación e indemnización*

27. En cuanto al concepto de *prestación* cabe señalar:

A. La relación jurídica es el vínculo existente entre dos o más sujetos (activos y pasivos), a través de un objeto, en virtud de un hecho condicionante.

B. Para los activos (derecho-habientes), el objeto es una facultad. Para los pasivos, la obligación correlativa. Esto es, una *prestación de dar* (transmisión de la propiedad u otro derecho real), *hacer* (actividad del obligado no traslativa de la propiedad u otro derecho real), o *no hacer* (deber jurídico del deudor de abstenerse de una acción determinada).

C. Ambos —el del derecho subjetivo y el de la prestación— deben ser posibles, lícitos, determinados o determinables y susceptibles de apreciarse en dinero.

28. Esta concepción —propia del derecho común— no se modifica cuando se hace referencia a *prestaciones sociales*, entendidas como las derivadas de la relación jurídica laboral: la LOT mantiene la naturaleza civil de este tipo de vínculo de derecho.

En efecto, aun cuando en la Exposición de Motivos del Proyecto de 1988 (reproducida sin causa que lo justifique en la *Gaceta Oficial* Extraordinaria N° 4.240, de 20 de diciembre de 1990) hace referencia "a la transformación que los tiempos van imponiendo en la vida del Derecho y especialmente en la *rama del Derecho Social* (Congreso de la República, 1988: p. 40 y *Gaceta citada*, p. 1, subrayado mío) en la larga lista de normas derogadas incluida en la LOT (artículos 657 al

664, ambos inclusive) no se menciona el Título IX, Capítulo I, del Código Civil.

29. *Indemnizar*, por el contrario, significa compensar daños y/o perjuicios causados. *Indemnización*, por consiguiente, es la acción y efecto de resarcir.

30. La LOT adolece de fallas técnicas en la utilización de estos dos conceptos. Unas veces lo hace diferenciándolos. Otras, los considera sinónimos. Entre los primeros supuestos, debe destacarse el ya mencionado artículo 158, donde se diferencian las *prestaciones sociales* de los demás créditos de los trabajadores a los efectos del superprivilegio allí establecido (*supra* 23, A).

En la misma forma son usados por algunos autores nacionales: "La doctrina laboral venezolana denomina prestaciones sociales a los conceptos que deben ser liquidados por el patrono en beneficio del trabajador en el momento de extinción de la relación" de trabajo. (Oscar Hernández Álvarez, "El fideicomiso de las prestaciones sociales en Venezuela" en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1991, N° 80, p. 183).

En igual sentido se expresa Luis José Marcano: "Las indemnizaciones que corresponden a los trabajadores en virtud de la Ley del Trabajo son: el preaviso, la antigüedad y la cesantía . . . Existe además otra indemnización eventual, por concepto de vacaciones fraccionadas". Más adelante indica: "Las *prestaciones sociales* de preaviso, antigüedad y cesantía han sido las indemnizaciones laborales típicas y tradicionales . . . No obstante, la antigüedad y la cesantía, al ser consagradas en la Ley del Trabajo como derechos adquiridos, han perdido su carácter aleatorio, pero siguen manteniendo, aunque tal vez con algún grado de desfiguración, su cualidad de indemnizaciones" y cita, en respaldo de su opinión, dictamen de la Consultoría Jurídica del Ministerio de Hacienda ("La determinación de la base imponible en el Impuesto sobre la Renta Venezolano", en la misma Revista, pp. 305-306, subrayados míos).

#### *Evolución del concepto de prestaciones sociales*

31. La expresión *prestaciones sociales*, analizada en concordancia con la Constitución Nacional, artículo 88 (*supra* 1), parece referirse a las obligaciones del empleador tendentes a:

A. Recompensar el tiempo del trabajador en el servicio (anterior prestación de antigüedad), y

B. Amparar al prestador del servicio en caso de cesantía (antes, prestación de auxilio de cesantía o simplemente, cesantía), siendo ésta —en mi concepto— independiente (y diferente) de los pagos debidos por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales por concepto de paro forzoso o por jubilación, dirigidos a cubrir los riesgos de desempleo y de vejez, respectivamente. Estos corresponden a la seguridad social —no a la legislación del trabajo— y, por ello, están previstos por la Constitución en artículo separado: el dedicado a tal materia (94). De acuerdo con éste, los beneficiarios de los derechos de la seguridad social no son los trabajadores exclusivamente sino todos los habitantes de la República, no los trabajadores exclusivamente (éstos son los favorecidos por los de carácter laboral).

32. Sin embargo, a la fecha del inicio de la vigencia de la Constitución de fecha 23 de enero de 1961, los pagos mencionados no tenían el carácter de prestaciones sociales: eran —al menos, parcialmente— indemnizaciones tarifadas. En efecto:

A. En cuanto a la primera (dirigida a recompensar la *antigüedad* del trabajador en el servicio), cabe señalar:

a) La "indemnización" por antigüedad —señala Rafael Caldera— "es creación del Derecho del Trabajo y obedece a un imperativo de neta Justicia Social", aun cuando está más perfeccionada en nuestro ordenamiento jurídico que en el de otros países americanos, donde se le conoce como "indemnización por despido" (*Derecho del Trabajo*, Tipografía La Nación, Caracas, 1939, p. 295). Para el trabajador, es —afirma el mismo autor— "un derecho de carácter económico, nacido de su permanencia en una misma empresa, colaborando a su actividad productora" (*ibidem*, p. 296).

b) En idéntico sentido se expresaron la Oficina Nacional del Trabajo ("la indemnización que se debe pagar al trabajador cuando pierde su trabajo por una causa ajena a su voluntad, no es sino el cumplimiento de una obligación legal impuesta al patrono por razones de justicia social". Por consiguiente, no puede compensarse con el seguro de invalidez o pensión vitalicia que éste disfrute, Porras Rengel, *Jurisprudencia de la Ley del Trabajo*, Tomo II, pp. 1.430-1.431), la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo ("No es equitativo ni acorde con la justicia social que para el cómputo de la indemnización de antigüedad se estime el tiempo durante el cual está en suspenso la relación laboral, ya que durante dicha suspensión el trabajador no colabora con la empresa", *ibidem*, p. 1.406) y el Juzgado Segundo de Primera Instancia del Distrito Federal ("La antigüedad no es una indemnización sino una 'prima' o correctivo del

salario, pues para que exista, no es menester la presencia de un daño o perjuicio, económico o moral, sino la pérdida del trabajo", *ibidem*, p. 1.441).

c) A pesar de lo expuesto, el legislador la concibió como una expectativa de derecho, esto es, sujeta a la actualización de determinados datos jurídicos: si la relación laboral concluía después de cierto tiempo y por despido injustificado, por retiro justificado o por causa ajena a la voluntad del trabajador, conforme se indica en el literal siguiente (*infra* 33).

d) La Ley de 1936 la entendió como una suma que el empleador debía cancelar al asalariado cuando éste perdiera su trabajo "por razón del despido (injustificado) y otra causa ajena a su voluntad" (artículo 27). En el primer supuesto, era su pago indemnizatorio causado por un acto voluntario del empleador (por esta razón, también procedía en el caso de retiro injustificado). En el segundo, sin embargo, no podía entenderse de este modo, pues el motivo de la rescisión de la relación de trabajo era ajeno a la voluntad de los sujetos participantes en la misma y, en consecuencia, a la del patrono.

e) El pago procedía tanto en los contratos por tiempo indeterminado (artículo 27) como en los celebrados a término cierto o por tiempo determinado, concluidos antes del vencimiento del término por causa ajena a la voluntad del empleado u obrero (artículo 28). Inexplicablemente, sin embargo, la ley no contempló la situación de los contratos a término incierto o para una obra determinada.

f) Esta concepción fue ratificada en la reforma de 1945: "Cuando el trabajador pierda el trabajo por razón del despido injustificado o por otra causa ajena a su voluntad o se retire por causa justificada . . . , el patrono deberá pagarle por cada año o fracción superior a ocho meses de trabajo ininterrumpido que tenga de antigüedad a su servicio, la mitad de los salarios que haya devengado en el mes inmediatamente anterior" (artículo 37). Como corolario, el empleador no estaba obligado a cancelarla en los casos de retiro injustificado ni en los supuestos de terminación de vínculo por voluntad de *ambas* partes.

g) El nuevo texto, sin embargo, permitió discutir si la indemnización procedía también en los contratos a término incierto o para una obra determinada, si concluían antes de su vencimiento por causa ajena a la voluntad del trabajador, por una parte, y por la otra, si era o no procedente en los contratos a término cierto debido a la supresión del artículo 28 de la Ley de 1936.

h) Aceptada por la doctrina administrativa y por algunas decisiones de los tribunales de instancia (*ibidem*, pp. 1.452-1.454), la Corte de Casación tuvo posición contradictoria. Fue partidaria, primero, de la improcedencia de la indemnización por antigüedad en los contratos de trabajo celebrados a término (*ibidem*, pp. 1.454-1.455. Ver, además, Caldera, *Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1960, p. 399, nota 423). Posteriormente, sin embargo, modificó su criterio: como el artículo 37 —señaló— no hace distinción entre contratos por tiempo fijo o por tiempo indeterminado o para una obra determinada, se aplica por igual a todos (Porras Rengel, *ob. y t. cit.*, pp. 1.458-1.459).

i) En la doctrina nacional, Caldera señaló la improcedencia de su pago cuando el contrato concluía al vencimiento del término pues tal supuesto no podría considerarse "causa ajena a la voluntad del trabajador", aun cuando destacó la tendencia "a ampliar la concesión de la indemnización, sobre todo cuando por contratos sucesivos la relación laboral ha tenido larga duración" (1960, pp. 398-399). Este criterio fue acogido por la jurisprudencia nacional (Porras Rengel, *ob. y t. cit.*, pp. 1.407-1.408, entre otros) y fue, posteriormente, el fundamento de los artículos 36 y 37 del Reglamento de la Ley del Trabajo del 31 de diciembre de 1973 (LOT, artículos 74 y 75).

j) Rafael Alfonzo, en 1967, rectificó la opinión que emitiera anteriormente (1950): "a nuestro modo de ver, no es aplicable . . . la disposición contenida en el artículo 37 de nuestra ley sino dentro del supuesto de los contratos por tiempo indeterminado. La conclusión de las convenciones a término o para una obra antes de la fecha o del resultado previsto, origina un derecho a favor de la parte perjudicada . . . a los daños y perjuicios estudiados en la glosa de los artículos 35 y 36", aun cuando destacó: "Es cierto que la previsión legal no hace ninguna distinción expresa en cuanto a la procedencia del derecho según el tipo de contrato celebrado; pero el de antigüedad está íntimamente ligado a la causa de la pérdida del trabajo (despido injusto, retiro justificado o ajenas a la voluntad del trabajador). Es evidente que ninguna de ellas se da en los supuestos de *terminación normal* de los contratos a tiempo fijo o para una obra determinada" (*Estudio Analítico de la Ley del Trabajo Venezolana*, Tomo I, p. 526, texto y notas 23 bis y 24. Tales causales, sin embargo, podrían existir en las hipótesis de conclusión atípica de tales pactos).

k) La Ley de 1947 agregó la obligación de pagarla en el supuesto de terminación del vínculo por muerte del trabajador, si ésta no era consecuencia de un riesgo profesional (artículo 38).

l) En resumen, hasta la fecha del inicio de la vigencia de la Constitución de 1961, la antigüedad era *indemnización* o *prestación*, según el caso. Lo primero por deberse cuando la relación laboral concluía como consecuencia de un acto voluntario del empleador (despido injustificado y retiro justificado); lo segundo, por proceder en supuestos de terminación del vínculo jurídico donde no participaba su voluntad.

B. La historia de la segunda —dirigida a amparar al prestador del servicio en caso de cesantía (anterior prestación de auxilio de cesantía o, simplemente, cesantía)— es más corta:

a) En los casos de despido injustificado o de retiro justificado, el empleador debía pagar al trabajador contratado por tiempo indeterminado —además de la “prestación” (sic) de antigüedad— una suma adicional de conformidad con las reglas allí establecidas (artículo 39 de la Ley de 1947). El límite máximo de 8 meses fue modificado por la reforma de 22 de abril de 1975.

b) En 1966, el legislador eliminó el literal f) del artículo 39, esto es, ordenó pagarla “cuando el trabajador al terminar un contrato de trabajo quede amparado por una jubilación, pensión de vejez o de retiro; o protegido por el retiro de paro forzoso; o en caso de fallecimiento”. Esta modificación —resultante de la reforma de la Ley del Seguro Social Obligatorio de 11 de julio de 1966— corrobora el criterio expresado anteriormente (*supra* 31, B): era un pago diferente a los debidos por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales por “jubilación, pensión de vejez o de retiro”, “paro forzoso ... o en caso de fallecimiento”.

c) En consecuencia, hasta la reforma de 31 de mayo de 1974, tuvo carácter indemnizatorio: sólo procedía cuando el vínculo pactado por tiempo indeterminado se resolvía como consecuencia de un acto voluntario del empleador (despido injustificado o retiro justificado), salvo los supuestos contemplados por la reforma de 1966, en los cuales tenían carácter de prestación.

33. Hasta 1974, tanto el pago por antigüedad como el del auxilio de cesantía eran *expectativas de derecho*, exigibles al concluir la relación de trabajo, si se daban los datos jurídicos condicionantes (los contemplados en los respectivos supuestos de hecho) y, por ello, se cancelaban con el salario devengado para el tiempo de su nacimiento (el del momento de la terminación del vínculo laboral).

Devinieron derechos cuando algunos contratos colectivos de trabajo las consagraron como tales, lo cual lo hicieron adoptando

diversas modalidades en cuanto a su pago. Entre otras, éste se haría al terminar la relación (y en consecuencia se calcularía con base en el último salario devengado) o cada cierto tiempo (un año, dos años, etc.), supuestos en los cuales se computaría con la remuneración recibida en el momento del nacimiento del derecho al cobro. Estas hipótesis no se consideraron menos favorables para el trabajador, pues trocaban una expectativa por un derecho (Porrás Rengel, *ob. y t. cit.*, pp. 1.409 y siguientes. Para mayores detalles en relación con este punto, ver además, t. VIII, pp. 607-608; t. IX, pp. 268-271; t. XI, pp. 456-467; t. XII, pp. 263-266; t. XV, pp. 376-377).

34. Posteriormente, el legislador —partiendo de un falso supuesto— los consagró derechos y distinguió dos momentos diferentes: el de su nacimiento y el de la oportunidad de su pago (artículos 37 y 39 de la reforma de 31 de mayo de 1974). Cabe señalar:

A. Partió de un falso supuesto por cuanto consideró que ambos institutos (antigüedad y auxilio de cesantía) eran consagrados como derechos en la mayoría de los contratos colectivos de trabajo vigentes en el país. Esto, sin embargo, no se desprende de la data existente para la fecha (1974). Para tal año, además, igual que en la actualidad, la negociación colectiva de trabajo no amparaba —en el mejor de los supuestos— al veinticinco por ciento de la fuerza laboral existente en el país.

B. El derecho empezó a nacer como consecuencia exclusiva del curso del tiempo (independientemente de la causa de terminación del servicio), razón por la cual debía pagarse cualesquiera fuera la razón de la conclusión del vínculo.

C. El derecho a cobrarlas, sin embargo, sería determinado posteriormente por el Ejecutivo Nacional.

D. La reforma de 15 de abril de 1975 —artículo 41— ordenó pagarlas al final de la relación de trabajo, aun cuando permitió las siguientes excepciones:

a) La antigüedad y la cesantía podrían adelantarse periódicamente cuando tales anticipos fueren destinados a la constitución de fideicomisos individuales (artículo 41).

b) Si había sido acordado con los trabajadores o establecido por vía de contratación colectiva, *con anterioridad a la vigencia de la ley*, podría adelantarse periódicamente —a título de excepción— la prestación de antigüedad. En consecuencia, los contratos posteriores —colectivos o individuales— no tendrían la posibilidad de incluir este

pacto. Los que lo incluían para la fecha de la ley —en mi opinión— no podrían renovarlo (artículo 41, párrafo tercero).

c) En todos los otros casos, los créditos a favor del trabajador —por estos conceptos— serían abonados en cuentas que se abrirían a su nombre en la contabilidad de la empresa y se le entregarían al terminar la relación laboral (artículo 41).

d) Los patronos podrían otorgar créditos (no *adelantos* o *anticipos*) a sus trabajadores —hasta por el monto del saldo abonado a su cuenta por concepto de ambas prestaciones— en determinados supuestos: compra o mejora de vivienda, cancelación de hipoteca sobre vivienda propiedad del trabajador y pago de pensiones escolares del trabajador, su cónyuge o concubina o sus hijos. Estos créditos, por tanto, debían ser cancelados por sus beneficiarios en las condiciones pactadas: su pago a la conclusión de la relación era ilícito por contravenir disposiciones de orden público (artículo 43).

e) El mismo artículo permitía al empleador garantizar los créditos obtenidos por los trabajadores de terceros, hasta por el mismo monto y en iguales supuestos.

E. Las consecuencias de lo indicado en los literales b), c) y d) se señalarán posteriormente (*infra* 35).

35. Consagrados estos pagos como derechos, el legislador creó un sistema indemnizatorio para compensar los daños y perjuicios causados en el supuesto de despido injustificado, en los términos, condiciones y modalidades señalados en la ley de la materia de 1974. En consecuencia, calificado el despido como injustificado por el órgano competente, éste ordenaba el reenganche del trabajador y, si el empleador no quería actualizar tal orden, debía cancelarle:

A. La suma debida por concepto de prestaciones sociales, y

B. Otra destinada a reparar los daños y perjuicios causados por concluir, sin fundamento legal, el vínculo jurídico. Este pago fue tarifado por el legislador de la siguiente manera: una cantidad igual a la señalada en el literal anterior, más los salarios dejados de percibir hasta el momento del pago (si los hubiere), más el doble del preaviso que le hubiere debido corresponder al trabajador. En este caso, el empleador, además, debía reemplazar al trabajador despedido injustificadamente (*estabilidad numérica*).

Esta normativa, sin embargo, por razones hasta hoy desconocidas (posiblemente, por olvido), dejó fuera de su ámbito de aplicación el supuesto del retiro justificado, al cual —a pesar de originarse en

una conducta del empleador— no se le imputó indemnización alguna.

36. Las prestaciones de antigüedad y cesantía —aun cuando se cancelaban al final de la relación— se causaban anualmente (por el decurso del tiempo) tal como fue señalado (*supra* 34 B, C y D).

Esto permitió a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, señalar que las cantidades adeudadas al trabajador por estos conceptos no debían ser liquidadas —en el momento de su pago— con base en el último salario devengado (21 de abril de 1983). Esta decisión —correcta por responder a la letra de la ley y por estar acorde a la norma de interpretación imperante en la época (de acuerdo con el artículo 12 —actual 254— del Código de Procedimiento Civil: los jueces, “en caso de duda, sentenciarán a favor del demandado”)— dio lugar a la última modificación sufrida por la ley de 1947 tendente a ordenar el recómputo de las prestaciones con base en la remuneración percibida en la oportunidad del nacimiento del derecho a su pago (artículos 37 y 39).

#### *Evolución de la normativa vigente*

37. En ésta se pueden distinguir diversos momentos:

A. El Anteproyecto de Ley Orgánica del Trabajo de 1985 se fundamentó en la idea “de convertir esa doble indemnización (de la Ley Contra Despidos Injustificados) en una prima de antigüedad, ganada año a año sin que el trabajador tenga que separarse de la empresa, y que pueda dejar en fideicomiso o retirarla sin romper la relación de trabajo. Al mismo tiempo, proponemos restablecer la indemnización por despido para fomentar la estabilidad en el empleo” (Exposición de Motivos, p. 16).

B. Esta concepción, sin embargo, no fue acogida en el Proyecto de 1988: en su Comisión redactora “prevalió el criterio mayoritario de mantener vigentes las disposiciones de la actual Ley Contra Despidos Injustificados, pero incorporándolas a la Ley Orgánica . . . Este criterio . . . tuvo como consecuencia la eliminación de la fórmula que el Anteproyecto proponía . . . (y) la tradicional diferencia entre indemnización por antigüedad y auxilio de cesantía (convertidas ambas en derechos adquiridos) se elimina, fundiéndola en una sola” (Exposición de Motivos, Congreso de la República, 1988, pp. 44-45 y *Gaceta Oficial* citada, *supra* 30, p. 03).

38. En resumen, la LOT:

A. *Duplica* el pago por antigüedad establecido por la legislación derogada y *elimina* el debido por auxilio de cesantía (*infra* 41 y 48 B), aun cuando hay quienes opinan —con fundamento en lo expuesto anteriormente (*supra* 37 A)— que *acumula* ambos pagos en la denominada indemnización por antigüedad. Más correcto, desde el punto de vista técnico, hubiera sido denominarla “prestación”.

B. Conserva, con algunas modificaciones, el sistema de la abrogada Ley Contra Despidos Injustificados. Entre éstas las más importantes son: la eliminación de la *estabilidad numérica* y la equiparación —en sus efectos patrimoniales— de los supuestos de retiro justificado y despido injustificado (artículo 100, parágrafo único).

39. Frente a estas disposiciones, el aplicador puede preguntarse si las mismas desarrollan —como es su obligación— los mandatos contenidos en el artículo 88 de la Constitución. Allí se ordena “garantizar la estabilidad en el trabajo” y establecer “las prestaciones que recompensen la antigüedad del trabajador en el servicio y lo amparen en caso de cesantía” (*supra* 2).

40. En relación con el primero de ellos (garantizar la estabilidad en el trabajo), el autor de la norma:

A. Creó el privilegio de la estabilidad, de conformidad con el cual ningún trabajador —en el supuesto de hecho previsto— puede ser despedido sin justa causa, sin excepción alguna, pues allí no se indica (artículo 112), por una parte, y por la otra, el procedimiento que el asalariado debe iniciar por ante el órgano competente —cuando estime el despido sea injustificado— con miras a obtener la calificación del mismo. Si lo fuere, el juez ordenará el reenganche del solicitante y el pago de los salarios dejados de percibir (*supra* 19). No hay duda de la constitucionalidad de estos preceptos.

B. Seguidamente el legislador, sin embargo, faculta al empleador:

a) Para incumplir la orden de reenganche dictada por el órgano competente —por no haber encontrado causa justa para el despido— mediante el pago de una suma indemnizatoria allí tarifada: “además de los salarios que (el trabajador) hubiera dejado de percibir durante el procedimiento, el doble de la indemnización prevista en el artículo 108, más el doble de lo que le habría correspondido por concepto de preaviso no utilizado en los casos de los literales a), b) y c) del artículo 104, y el equivalente al preaviso en los casos de los literales d) y e) (artículo 125), y

b) Para evitar el inicio del procedimiento o su conclusión, mediante el pago mencionado en el literal anterior. En el primer

supuesto (evitar el inicio del procedimiento), obviamente, no hay cancelación de los salarios dejados de percibir durante el procedimiento; en el segundo (impedir la conclusión del mismo), sólo los que le hubieren correspondido hasta la fecha de la cancelación (artículo 126).

C. En relación con estos dos últimos artículos cabe preguntarse si satisfacen el mandato constitucional, por una parte, y por la otra, si no contradicen la consecuencia de derecho establecida en el 112, particularmente si se toma en consideración que la estabilidad absoluta no es una novedad en el derecho venezolano: está contemplada en los artículos 24 de la Ley Orgánica que reserva al Estado la industria y el comercio de los hidrocarburos de 30 de agosto de 1975 y 82 y 83 de la Orgánica de Educación de 26 de julio de 1980.

D. Si las consecuencias jurídicas imputadas a los supuestos de hecho contemplados en los artículos 125 y 126, por una parte, y por la otra, en el 112 se contradicen totalmente (antinomía o inconsistencia total-total), ¿cómo la resolvería el órgano competente si —tal como lo indica el artículo 59 de la LOT— en caso de "dudas en la aplicación de varias normas vigentes ... se aplicará la más favorable al trabajador"?

41. También puede el interesado preguntarse si la nueva *indemnización por antigüedad* satisface los otros mandatos del artículo 88 de la Constitución (establecer "las prestaciones que recompensen la antigüedad del trabajador y lo amparen en caso de cesantía"). Estas —y las anteriores— son preguntas que requieren un estudio más profundo, razón por la cual me limito a señalar su existencia, pues el auxilio de cesantía mencionado en la disposición bajo análisis no puede confundirse con el pago resultante del "sistema de seguridad social tendiente a proteger a todos los habitantes de la República contra ... (el) desempleo (o) la vejez", previstos en el artículo 94 *ejusdem*.

De acuerdo al mencionado artículo podían coexistir —y existían— otros pagos debidos por el empleador en el momento de la terminación de la relación laboral: la denominada "indemnización" por concepto de vacaciones fraccionadas prevista en el párrafo único del artículo 58 de la ley de 1947 —reformada en múltiples ocasiones—, procedente en los supuestos previstos.

De conformidad con el nuevo ordenamiento jurídico, el empleador debe esta cantidad (y la correspondiente al bono vacacional) en todos los supuestos de terminación de la relación laboral, salvo el de despido justificado (artículo 225).

*La indemnización (prestación) por antigüedad*

42. En el artículo 108, el nuevo ordenamiento duplica la prestación causada por concepto de antigüedad y elimina el auxilio de cesantía de la ley anterior. Los párrafos del indicado artículo 108, además, reproducen, en líneas generales, los contenidos del 41 de la abrogada (*supra* 10).

43. El sistema derogado (*supra* 36) distinguía dos momentos: el del nacimiento de los derechos (anualmente) y el de su liquidación y cancelación (al terminar la relación laboral). El actual también lo hace.

A. El párrafo primero del artículo 108 establece: “la indemnización consagrada como *derecho adquirido* del trabajador en este artículo . . .” (subrayado mío) permite pensar en el momento de consolidación del derecho (nacimiento), el cual se produce anualmente y, como consecuencia, ordena abonar la suma correspondiente en una cuenta a nombre del beneficiario (o entregarle cantidades periódicamente para que constituya fideicomisos individuales).

En este punto caben varias observaciones:

a) Para los efectos de la cantidad que, anualmente, debe abonarse en cuenta al laborante se incluirá una cantidad equivalente a un doceavo del bono vacacional establecido en el artículo 223 (*supra* 25), a partir de la vigencia de la ley.

b) El abono no contendrá una suma equivalente a un doceavo de la participación en los beneficios pues, de conformidad con el artículo 146, este concepto sólo se tomará en consideración a los efectos del “cálculo de lo que corresponda al trabajador a consecuencia de la terminación de la relación de trabajo”. No obstante lo expuesto, puede pensarse que los órganos aplicadores se aparten de la interpretación literal de la ley y —con fundamento en el principio *prooperario*— ordenen su inclusión.

c) Los abonos anuales deben corresponder a períodos de doce meses, contados a partir de la fecha de ingreso del prestador de servicios, salvo lo dispuesto en el artículo 97 sobre suspensión del contrato de trabajo y la excepción incluida en el artículo 389 (permisos pre y posnatales). En relación con esta materia, cabe preguntarse si también están excluidos los permisos debidos en el supuesto de adopción (artículo 387): la interpretación literal lleva a una respuesta negativa. Puede pensarse, sin embargo, en su extensión con fundamento en el principio *prooperario*.

d) Como consecuencia de lo indicado en el literal anterior, la fracción de seis meses de servicio que da origen al pago de la indemnización sólo se aplica en los casos de conclusión de la relación laboral.

B. De conformidad con el encabezamiento del mismo artículo, el derecho sólo es exigible a la terminación de la relación, cualquiera sea su causa. En este sentido la ley ordena liquidarla (esto es, ajustarla formalmente) y pagarla a la conclusión del vínculo. En relación con este momento debe señalarse —además de lo indicado en el literal anterior— que no se incluirá el pago debido por los empleadores a los trabajadores por no haber puesto en funcionamiento las instalaciones de comedor mencionadas en la Ley de Programa de Comedores: este pago —por tener carácter indemnizatorio— no está comprendido en el concepto de salario.

A partir de la vigencia de la ley —en la liquidación y pago de la indemnización, según fue indicado— se incluirá la participación en los beneficios, legal y contractual. A este efecto se considerará salario normal del trabajador la parte proporcional correspondiente. Esto implica un doble pago de la indemnización: uno, provisional, al terminar la relación laboral y otro, debido al concluir el ejercicio económico, hecho con posterioridad. Esta situación podría eliminarse si la convención colectiva de trabajo vigente en la empresa consagrara un beneficio igual o superior a los límites señalados en el artículo 174.

C. El análisis de estas disposiciones en concordancia con el dispositivo del encabezamiento del artículo 146 ratifica las mismas ideas, aun cuando hubiera podido estar redactado con más claridad. En efecto, allí se indica: "el salario base para el cálculo de lo que corresponda al trabajador a consecuencia de la terminación de la relación de trabajo, será el salario normal devengado por él en el mes efectivo de labores inmediatamente anterior al día en que nació el derecho".

Si lo que corresponde al trabajador *a consecuencia de la terminación de la relación de trabajo*, por cualquier causa, es la indemnización por antigüedad, ésta:

a) Se causa por el transcurso del tiempo (anualmente), luego debe calcularse con base "en el salario normal devengado por su beneficiario en el mes inmediatamente anterior al día en que nació ese derecho", y

b) Debe pagarse al concluir la relación de trabajo, lo cual implica la necesidad de liquidarla (ajustarla) previamente. La liquida-

ción y el pago, de acuerdo con la norma, también se hace con la misma base (“el salario normal devengado por el beneficiario en el mes efectivo de labores inmediatamente anterior al día en que nació el derecho”), salvo las excepciones previstas en el artículo 138 (*supra* 21, A). Si se omitió el preaviso siendo procedente, el lapso del mismo debe incluirse a los efectos de la determinación del tiempo laborado.

44. El derecho nace a partir del tercer mes de servicio: éste, sin embargo, pienso debe ser ininterrumpido. Prestado durante un lapso mayor, se computa la totalidad del mismo.

45. El artículo 108 elimina la limitación en el artículo 39, literal d), reforma de 22 de abril de 1975, según la cual el auxilio de cesantía causado antes del 1º de mayo de ese año no excedería, en ningún caso, del salario de ocho meses. Esto es comprensible: los pagos debidos por tal concepto ya están —con las limitaciones de la normativa derogada— abonados en la cuenta del trabajador en la contabilidad de la empresa (o adelantados para ser colocados en fideicomiso). Sólo queda, en el momento de su pago, la obligación de ajustarlos al salario normal devengado por el trabajador en el mes efectivo de labores inmediatamente anterior.

46. Al inicio de la vigencia de la LOT, las prestaciones de antigüedad y de cesantía causadas por el tiempo de servicio ininterrumpido de la ley anterior debían estar abonadas en una cuenta a nombre del trabajador en la contabilidad de la empresa. En la misma debe cargarse la suma correspondiente a la nueva indemnización por antigüedad. La cantidad abonada por la totalidad del tiempo de servicio ininterrumpido debe ser recalculada —al concluir la relación— con base en el “salario devengado por él en el mes efectivo de labores inmediatamente anterior al día en que nació el derecho”. Igual comentario cabe en relación con las sumas colocadas en fideicomisos individuales y con las adelantadas por concepto de antigüedad en los supuestos lícitos.

47. Aun cuando existen sentencias en sentido contrario, las cuales menciona la dictada por la Corte Superior del Trabajo de 9 de diciembre de 1961, *in re* Pedro Celestino Vásquez c. Instituto Agrario Nacional (mencionada por Ramírez y Garay, al comentar el fallo de la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, para la fecha— de 28 de mayo de 1963: vol. VII, p. 387), esto no debe entenderse como aplicación retroactiva de la ley: se trata, es cierto, de relaciones nacidas con anterioridad a la LOT, pero

ésta debe aplicarse a los efectos de tales vínculos que se actualicen con posterioridad al primero de mayo del año en curso.

### III. ALGUNAS CONCLUSIONES

48. No es claro que las disposiciones de la LOT desarrollen a cabalidad el contenido del artículo 88 de la Constitución Nacional:

A. De acuerdo con éste, "la ley adoptará medidas tendientes a garantizar la estabilidad en el trabajo". La normativa vigente cumple parcialmente este objetivo: crea un privilegio de estabilidad (artículo 112, *supra* 40, A), pero seguidamente faculta al empleador para incumplir la orden de reenganche mediante los pagos señalados en los artículos 125 y 126 (*supra* 40, B).

Frente a esta antinomia cabe preguntarse cómo la resolverán los órganos jurisdiccionales, particularmente si se toma en consideración el dispositivo del artículo 59 ("Si hubiere dudas en la aplicación de varias normas vigentes . . . se aplicará la más favorable al trabajador"). ¿Qué es lo más favorable para el laborante: mantener su empleo o recibir un pago en efectivo? Pienso que lo primero.

En igual sentido se expresa Román J. Duque Corredor cuando afirma: el fuero sindical es una inamovilidad especial "frente a la estabilidad que el artículo 112 de la LOT otorga a todo trabajador permanente, que no es de dirección, de más de tres meses de servicio para un patrono, *de no poder ser despedido sin justa causa*, para lo cual se prevé una acción judicial para que después de calificado su despido de injustificado se ordene su reenganche y el pago de sus salarios caídos, *en consecuencia según la LOT, ya no serán posibles los despidos injustificados, porque están prohibidos legalmente. En un caso por una protección temporal y especial, como sucede en la hipótesis del fuero sindical. En los demás, por la estabilidad general de que se reconoce a los trabajadores en el mencionado artículo 112*" ("Los procedimientos administrativos de inamovilidad en la Ley Orgánica del Trabajo", *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello, N° 42, Caracas, 1991, N° 10.1, p. 144, subrayados míos).

B. La ley —señala el mismo artículo 88 de la Constitución— "establecerá las prestaciones que recompensen la antigüedad del trabajador en el servicio y lo amparen en caso de cesantía".

La LOT, es cierto, duplica la prestación de antigüedad vigente de conformidad con la normativa derogada; pero en ninguna parte (salvo en la Exposición de Motivos del Proyecto de 1988), indica que ha unido ambas prestaciones en una sola (*supra* 37 B y 38 A).

La mencionada en segundo lugar (tendente a amparar al asalariado en caso de cesantía), además no puede confundirse con los pagos debidos por la seguridad social (*supra* 41).

49. La indemnización por antigüedad deja de ser entendida como “un imperativo de neta Justicia Social” (*supra* 32, A: a y b) para devenir un sistema de ahorro y prevención en beneficio de los trabajadores. El Ejecutivo Nacional —de conformidad con la LOT— podrá autorizar otros mecanismos tendentes a los mismos fines (*supra* 10, C: a).

50. La indemnización debe abonarse anualmente en una cuenta abierta en la contabilidad de la empresa a favor del trabajador, salvo el supuesto de anticipos permitidos para la constitución de fideicomisos individuales (*supra* 10). Los mismos —abonos y anticipos— se harán de conformidad con lo indicado anteriormente (*supra* 43, A) y se podrán deducir como gasto a los efectos de la determinación del enriquecimiento neto (*supra* 26 A, B, D), aun cuando debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 34, parágrafo único, LISR (*supra* 26 C).

A. Si se abona en cuenta, la suma devengará intereses “a una rata no menor de la que fije el Banco Central de Venezuela”, los cuales podrán cancelarse anualmente o capitalizarse si el asalariado lo autorizare. En el primer caso, estarán exentos de impuesto sobre la renta (artículo 108, parágrafo primero, A, LOT, en concordancia con artículo 12, 4, LISR).

B. Si se hicieren anticipos periódicos para constituir fideicomisos individuales, los beneficios producidos por éstos tampoco serán gravables (artículo 12, 4, LISR, *supra* 26 E). Salvo éstos, no podrán hacerse otros pagos anticipados con cargo a la indemnización en estudio durante la vigencia de la relación laboral.

51. La liquidación y el pago de la indemnización por antigüedad debe efectuarse al terminar la relación laboral (*supra* 43 B). Los trabajadores —o sus beneficiarios— no pagarán impuesto sobre la renta por las indemnizaciones recibidas con ocasión del (de la terminación del?) trabajo cuando les sean pagadas conforme a la ley o contratos de trabajo” (artículo 12, 4, LISR, *supra* 26 E).

En este punto cabe preguntarse si la excepción incluye las indemnizaciones pagadas conforme a convenciones colectivas de trabajo pues la LISR olvidó que, de conformidad con la LOT, la expresión *contrato de trabajo* hace referencia exclusivamente a los individuales.

La respuesta parece ser la afirmativa. Estaría respaldada por doctrina administrativa diuturna y pacífica emanada de la Consultoría Jurídica del Ministerio de Hacienda (entre otros dictámenes, ver HCJ-00054, 10 de febrero de 1971, en *Boletín del Impuesto sobre la Renta*, N° 54, Caracas, septiembre-octubre 1970, pp. 17-20), por una parte, y por la otra, por el dispositivo del artículo 6 del Código Orgánico Tributario del 31 de agosto de 1982 ("las normas tributarias se interpretarán con arreglo a todos los métodos admitidos en derecho, pudiéndose llegar a resultados restrictivos o extensivos de los términos contenidos en aquéllas. La disposición precedente es también aplicable a las exenciones, exoneraciones y otros beneficios") en concordancia con el principio *prooperario* consagrado en el artículo 59 de la LOT.

52. El empleador deberá otorgar crédito o aval al trabajador en los supuestos indicados en la LOT (artículo 108, d). Si opta por la primera debe tomarse en consideración la limitación establecida en el artículo 165, párrafo único (*supra* 24) pues no puede entenderse como disposición anticipada de la indemnización: ello equivaldría a a su pago adelantado, lo cual estaría en contradicción con el dispositivo del artículo 108, encabezamiento (*supra* 10 C c y 43 B y C).

53. El trabajador fideicomitente podrá garantizar —con el capital de su respectivo fondo fiduciario— obligaciones diferentes a las indicadas en la normativa derogada. Ahora puede hacerlo en los supuestos de mejora de vivienda y de liberación de hipoteca, anteriormente no permitidos (LOT, artículo 108, literal d, y 41, párrafo segundo, de la normativa derogada).

54. La LOT, artículo 128, permite se dicte una o varias leyes especiales sobre:

A. El régimen a cumplir por patronos y trabajadores acerca de sus relaciones y derechos patrimoniales a que se refiere su Título II, Capítulos VI y VII, y

B. La organización de un sistema a cargo de la Seguridad Social al cual contribuyan patronos y trabajadores, que ampare a éstos en caso de cesantía y los proteja en el retiro, vejez o invalidez, con lo cual se corroborará lo expresado anteriormente (*supra* 41 y 48, B). Sorprende, sin embargo, que el Estado no contribuya a este sistema de seguridad social tendente a beneficiar a la totalidad de los habitantes de la República (artículo 94 de la Constitución).

55. La ley o leyes especiales mencionadas en el numeral anterior, no podrán tener carácter de orgánicas desde el momento que

están regladas por una con tal carácter. En este sentido, debe(n) desarrollar su espíritu propósito y razón, por una parte, y por la otra, satisfacer los datos jurídicos exigidos por la norma fundante:

A. Permitir “que el trabajador reciba el salario que requiere para satisfacer sus necesidades fundamentales”: esto es, facilitar los aumentos (mejor, ajustes) salariales en los supuestos de los artículos 138 y 172.

B. No menoscabar la cuantía de los derechos consagrados por la LOT en interés de los laborantes “con motivo de su permanencia en el trabajo”. Esto es, el nuevo régimen no podrá desmejorar el creado por la LOT. En consecuencia, cualquier proyecto de ley debería estar acompañado de los estudios económicos necesarios para satisfacer este dato jurídico.

56. La LOT ordena que la participación del trabajador en las utilidades de la empresa se considere salario a los efectos del cálculo de las prestaciones e indemnizaciones que le correspondan con motivo de la terminación de la relación de trabajo (artículo 146).

En esta materia —opino— también debe considerarse salario (a estos efectos) los bonos a que se refieren los artículos 175 (por falta de utilidades o porque éstas no alcanzan a quince días de salario, esto es, sustitutivo y compensatorio, respectivamente) y 184, el debido —a fin de año— por los empleadores “cuyas actividades no tengan fines de lucro”.

57. La inclusión de la participación legal en las utilidades como salario, a los fines del cálculo de las prestaciones e indemnizaciones propias que le corresponden al trabajador con ocasión de la terminación de la relación, plantea un problema práctico no resuelto por la LOT: ¿cómo se liquidan las que se deben cancelar antes de la conclusión del correspondiente ejercicio económico, esto es, cuando se desconoce su cuantía? Pienso que deberá hacerse un pago provisional a la terminación de la relación y otro complementario al conocerse el monto de los beneficios, lo cual puede plantear problemas en relación con la prescripción.

58. La indemnización por antigüedad debe pagarse con base en el salario *normal* devengado por el trabajador “en el mes efectivo de labores inmediatamente anterior al día en que nació el derecho”. La LOT, sin embargo, no contiene el concepto de salario *normal*. Este podría ser entendido —de acuerdo con opiniones expresadas al respecto— con base en la definición contenida en el artículo 114 del Reglamento de la Ley del Trabajo de 31 de diciembre de 1973. Esta

empero, no permite incluir dentro del mismo la participación en las utilidades.

59. La LOT —al equiparar el retiro justificado al despido justificado, en sus efectos patrimoniales— plantea el problema del juez competente para conocer de este punto.

En los supuestos de despido injustificado, el trabajador acude ante el juez de estabilidad laboral para que éste califique el *despido*: si es injustificado, el órgano competente ordena el reenganche del trabajador.

En los de retiro justificado, sin embargo, el trabajador tendrá que alegar la causal y el empleador puede no aceptarla. El primero deberá solicitar —no la calificación del despido— sino el pago de las cantidades mencionadas en el artículo 125: al excepcionarse el patrono, el actor debe probar el motivo del retiro. ¿Ante quién debe intentarse la acción: el juez de estabilidad o el ordinario?

60. El tema, por su amplitud, permite muchos otros comentarios que alargarían estas notas en demasía. Pudiera hacerse referencia —no sólo a las observaciones formuladas— sino a otros temas diferentes: el preaviso (particularmente, la obligación sustitutiva del mismo), las vacaciones fraccionadas y, eventualmente, los diversos proyectos de ley de prestaciones sociales elaborados durante el último semestre. Esto último, sin embargo, sería un ejercicio más teórico que práctico, particularmente cuando la discusión de la materia ha sido diferida por el órgano competente.



## COLABORACIONES INTERNACIONALES



**EL NUEVO CODIGO PENAL CUBANO**

**ALFONSO SERRANO GÓMEZ**



El vigente Código Penal se publicó en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba* el 30 de diciembre de 1987, estableciendo en su disposición final segunda que se derogaba el Código Penal de 1979.<sup>1</sup> El texto tenía prevista su entrada en vigor el 30 de abril de 1988.<sup>2</sup> En el presente trabajo me voy a ocupar de hacer unas breves referencias de las novedades del nuevo texto legal, en relación con el anterior, cuyos antecedentes son el Código Penal español de 1870.<sup>3</sup>

En primer lugar destaca la economía del nuevo Código, pues solamente contiene 342 artículos, con tres disposiciones finales, frente a los 405 del texto anterior. Estamos ante un nuevo texto, que mantiene la estructura del anterior, con importantes reformas; se trata, en definitiva, de un texto revisado. Se modifican muchos artículos, se suprimen sesenta y tres; en ocasiones parte del contenido de algunos artículos se incorporan a otros; hay artículos nuevos; también se prescinde de algunos capítulos o secciones y en ocasiones se limitan a cambiar la intitulación, en no pocos casos hay pequeñas variaciones en el texto, simplemente por motivos de corrección de estilo o para actualizar los mismos a la realidad actual. También se prescinde a veces de parte del texto del articulado. Ofrece especial interés la suavización de las penas en muchos casos, así como la posibilidad de imponer alternativamente pena privativa de libertad o multa (o ambas), así como la eliminación de algunas penas cortas de privación de libertad.

1. Recoge la disposición final segunda: "Se derogan tal como se encuentran vigentes al tiempo de promulgarse la presente ley: el Código Penal, Ley N° 21, de 15 de febrero de 1979; el Decreto-Ley N° 28, de 27 de octubre de 1979; el Código Postal promulgado por la orden número 115, de 21 de julio de 1899 del gobierno interventor norteamericano; así como cualquier otra disposición que se oponga a lo establecido en esta Ley".
2. Establece la tercera de las disposiciones finales: "Esta Ley entrará en vigor el día 30 de abril de 1988".
3. En la disposición suplementaria cuarta del Código de 1936 se derogaba "el Código Penal de 1870, hecho extenso a Cuba por el Real Decreto de 23 de marzo de 1879". Se refiere al Código Penal español de 1870. Se publicó en la *Gaceta Oficial* el 4 de abril de 1936; en vigor seis meses más tarde.

El Código cubano solamente tiene dos libros, el I que se ocupa de la "Parte General" y el II de la "Parte Especial. Delitos".

Se sigue manteniendo entre los actos de ejecución sólo la tentativa y consumación; no se prevé la frustración, que es lo que pretende el legislador español tras los intentos codificadores de los últimos años, regulándose de forma expresa el delito imposible. Se sigue con la mayoría de edad penal a los dieciséis años, con la atenuación hasta los dieciocho, que permite rebajar la pena a la mitad, y hasta un tercio cuando el autor tenga entre dieciocho y veinte años, medidas éstas que ofrecen especial interés y que también son de aplicación a los mayores de sesenta años (Art. 17).

Tanto en el texto de 1979 como en el vigente de 1987 dedica el título IV del Libro I a las sanciones, ocupándose el capítulo II a sus clases, que consta de un solo artículo, el 28, distinguiendo entre sanciones principales —que se inicia con la pena de muerte— y accesorias.<sup>4</sup> Se mantiene casi el mismo texto de 1979, con la única salvedad de incorporar el trabajo correccional, con internamiento o sin él, más alguna leve modificación que no afecta al contenido. Se sigue manteniendo la confiscación de bienes.<sup>5</sup>

La pena de muerte figura en el artículo 28.2 a) entre las sanciones principales, ocupándose el artículo 29 de la misma.<sup>6</sup>

4. Dispone el artículo 28: "1. Las sanciones pueden ser principales y accesorias. 2. Las sanciones principales son las siguientes: a) muerte; b) privación de libertad; c) trabajo correccional con internamiento; ch) trabajo correccional sin internamiento; d) limitación de libertad; e) multa; f) amonestación. 3. Las sanciones accesorias son las siguientes: a) privación de derechos; b) privación o suspensión de derechos paterno-filiales y de tutela; c) prohibición del ejercicio de una profesión, cargo u oficio; ch) suspensión de la licencia de conducción; d) prohibición de frecuentar medios o lugares determinados; e) destierro; f) comiso de los efectos o instrumentos del delito; g) confiscación de bienes; h) sujeción a la vigilancia de los órganos y organismos que integran las Comisiones de Prevención y Atención Social; i) expulsión de extranjeros del territorio nacional".
5. Dispone el artículo 44: "1. La sanción de confiscación de bienes consiste en desposeer al sancionado de sus bienes, total o parcialmente, transfiriéndolos a favor del Estado. 2. La confiscación de bienes no comprende, sin embargo, los bienes y objetos que sean indispensables para satisfacer las necesidades vitales del sancionado o de los familiares a su abrigo. 3. La sanción de confiscación de bienes la aplica el tribunal a su prudente arbitrio en los delitos contra la seguridad del Estado. También es aplicable, preceptiva o facultativamente, en los demás delitos previstos en la Parte Especial de este Código según se establezca".
6. El artículo 29 establece: "1. La sanción de muerte es de carácter excepcional, y sólo se aplica por el tribunal en los casos más graves de comisión de los delitos

A pesar de mantenerse la pena de muerte en Cuba, el número de ejecuciones ha sido mínimo en los últimos años, en 1980, hubo seis, tres en 1981, una en 1982, dos en 1983 y una en 1984, por delitos contra la seguridad del Estado. Por otros delitos siete en 1984, una en 1985, ninguna en 1986 y tres en 1987. Se conmutaron once penas de muerte impuestas.<sup>7</sup>

El Código Penal cubano de 1979 en su introducción decía que “el mantenimiento de la pena capital, aunque con carácter excepcional, para los delitos más graves y repugnantes y siempre en forma alternativa con la privación de libertad”. En el Código Penal español, hasta la derogación de la pena de muerte, en 1978, el sistema era similar, pues tampoco existía la pena capital como pena única para ningún delito.

Pasamos a recoger los supuestos en los que todavía se mantiene, como pena alternativa, la de muerte.

1. Dentro de los delitos contra la seguridad del Estado, en el libro II, dedicado a la parte especial, se encuentra en el primero de sus artículos, delitos contra la seguridad exterior, en los actos contra la independencia o la integridad territorial del Estado, siendo la sanción prevista la de diez a veinte años o muerte (Art. 91). La misma pena se prevé en el artículo 92 para los supuestos de promoción de acción armada contra Cuba, y en el art. 93.1 respecto del servicio armado contra el Estado. También en los supuestos de ayuda al enemigo (Art. 94) y espionaje (Art. 97). Esto en el Código de 1987, que sólo varía respecto del de 1979 en la numeración del articulado.<sup>8</sup>

2. En los delitos contra la seguridad interior del Estado encontramos también la pena de privación de libertad de diez a veinte años o muerte en la rebelión (Art. 98), sedición (Art. 100), usurpación de mando político o militar (Art. 102), sabotaje (Art. 105), delitos de

---

para los que se halla establecida. 2. La sanción de muerte no puede imponerse a los menores de 20 años de edad ni a las mujeres que cometieron el delito estando encinta o que lo están al momento de dictarse la sentencia. 3. La sanción de muerte se ejecuta por fusilamiento”.

7. Cifras según *Amnistía Internacional*, en *ob. cit.*, p. 144. Estos casos son mínimos, pues basta recordar que entre el año 1985 y mediados de 1988, el número de ejecuciones a nivel mundial fue de 3.399, según *ob. cit.* de *Amnistía Internacional*: “Cuando es el Estado el que mata. Los derechos humanos frente a la pena de muerte”, 1989, p. 309, hubo ejecuciones en 63 países.
8. La numeración que se corresponde respectivamente con los artículos del Código Penal de 1979, son: 95, 96, 97.1, 98 y 101, en el 101 figura “Patria” y en el art. 101 del Código de 1979 “Estado”.

terrorismo (Arts. 106, 107 y 108). Esto para el Código de 1987; la situación es exactamente igual en el Código de 1979, pues sólo varía la numeración de los artículos, no el contenido.<sup>9</sup>

En el capítulo III, del título I, del libro dedicado a la parte especial, que se ocupa de los delitos contra la paz y el Derecho Internacional, se castiga con la misma pena determinados actos hostiles contra el Estado extranjero (Art. 110), genocidio (Art. 116), piratería (Art. 117-118), mercenarismo (Art. 119), crímenes del apartheid (Art. 120), así como otros actos contra la seguridad del Estado recogidos en el Art. 124.<sup>10</sup>

3. Dentro de los delitos contra la vida y la integridad corporal el Código de 1987 sanciona con la privación de libertad de quince a veinte años o muerte el asesinato, cuando concurrieren cualquiera de las circunstancias que lo cualifican (Art. 263), así como el parricidio (Art. 264.1). En el Código de 1979 se establecían las mismas penas para estos delitos en los Arts. 316 y 317. Hay ahora alguna modificación en el parricidio y se incluye el infanticidio en el Art. 264.2.<sup>11</sup>

4. Se castiga la violación con la pena de ocho a veinte años de privación de libertad o muerte, cuando se yace con menor de doce años, o si a consecuencia del hecho "resultan lesiones o enfermedad graves" (Art. 298.3). El Código anterior preveía la misma pena para mayor número de supuestos. En ambos Códigos se mantiene la pena privativa de libertad o muerte para el delito de pederastía.

5. No se contempla la pena de muerte en el Código de 1987 para los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas (Art. 327), ni con fuerza en las cosas (Arts. 328 y 329). Sin embargo, en el Código de 1979 estaba prevista la pena privativa de libertad de

9. Los artículos del Código Penal de 1987 que respectivamente se corresponden con los del Código de 1979 son: 103, 105, 107, 110, 111, 112 y 113.

10. La relación respectiva entre los artículos de los Códigos de 1987 y de 1979 es la que sigue: 1979 es: 110.2 y 115.2, 116 y 124, 117 y 125, 118 y 126, 119 y 127, 120 y 128, 124 y 132. No figuran en el Código de 1987 la violación de tregua o armisticio que en el Código de 1979 se castigaba con la misma pena (Art. 117), así como determinados delitos contra el Derecho Internacional (Art. 122).

11. En el art. 317 del Código Penal de 1979 figuraba descendiente "natural o adoptivo", que no figura en el art. 264.1 del Código vigente. Por su parte, el Código de 1987 añade el núm. 2 al art. 264 con el siguiente contenido: "La madre que dentro de la setenta y dos horas posteriores al parto mate al hijo, para ocultar el hecho de haberlo concebido, incurre en la sanción de privación de libertad de dos a diez años".

diez a veinte años o muerte para determinados supuestos de robo con violencia o intimidación en las personas (Art. 386), e incluso para algún caso de robo con fuerza en las cosas (Art. 387.2). No obstante, en el Código vigente, se incorpora como circunstancia que cualifican el asesinato, pues se castiga en el artículo 263 con la pena privativa de libertad de quince a veinte años o muerte: "cometer el hecho con motivo u ocasión o como consecuencia de estar ejecutando un delito de robo con fuerza en las cosas, robo con violencia o intimidación en las personas. . ." (Art. 263, j).

El sistema de ejecución de la pena de muerte es por fusilamiento (Art. 29.3).<sup>12</sup>

La sanción privativa de libertad prevista en el Código cubano de 1987 no puede exceder del término de veinte años. Sin embargo, los tribunales pueden extenderla hasta treinta, respecto a los delitos en los que alternativamente se establece la pena de muerte.<sup>13</sup>

El artículo 56.1 que se ocupa de la sanción conjunta al responsable de dos o más delitos, en su apartado a) recoge: "Si por cualquiera de los delitos en concurso ha fijado la sanción de muerte, no impone más que esta sanción".

En cuanto a la prescripción, el art. 62.5 establece que "las disposiciones sobre la prescripción de la acción penal no son aplicables en los casos en que la Ley prevé la sanción de muerte y en los delitos de lesa humanidad".

En materia de privación de libertad cabe destacar la ampliación de la edad de veinte a veintisiete años para el cumplimiento de la pena en establecimientos especiales,<sup>14</sup> elevándose también de veinti-

12. En España, para los delitos comunes, el sistema de ejecución fue el garrote, después del Real Decreto de 28 de abril de 1833. Con anterioridad se siguieron diversos sistemas. En la jurisdicción militar, por fusilamiento.

El Código de Defensa Social de 1936 disponía en su artículo 82: "A) La sanción de muerte se ejecutará por fusilamiento en fortaleza militar y sin publicidad dentro de las veinticuatro horas siguientes de notificarle al reo la orden disponiendo el cumplimiento de la sentencia. B) No se llevará a cabo ninguna ejecución en días feriados o de fiesta nacional".

13. Dispone el art. 30.1 del Código vigente de 1987: "La sanción de privación de libertad no puede exceder del término de veinte años. Sin embargo, respecto a los delitos para los cuales se establece alternativamente con la de muerte, el tribunal puede extender su término hasta treinta años". El mismo contenido tenía el art. 30.1 del Código Penal de 1979.

14. Dispone el art. 30.6: "Los menores de 20 años de edad cumplen la sanción en establecimientos especialmente destinados a ellos, o en secciones separadas de

cinco a veintisiete años la reclusión en establecimientos donde se imparte enseñanza técnica o de aprendizaje profesional.<sup>15</sup>

Se introduce la sección tercera del capítulo III, que se ocupa del trabajo correccional con internamiento. Se ocupa el artículo 32 del internamiento en centros especiales a sujetos condenados a penas que no excedan de tres años de privación de libertad, donde se persigue la reeducación mediante el trabajo. La sección cuarta del mismo capítulo trata del trabajo correccional sin internamiento, como en el supuesto anterior es para condenados a penas que no superen los tres años, teniéndose en cuenta, además, las características individuales del sujeto. Se persigue igualmente la recuperación social mediante el trabajo. Comprende esta sección un solo artículo, el 33. El cumplimiento de la pena es en libertad, se le envía a un puesto de trabajo donde es controlado por la Administración.

Se mantiene la limitación de libertad a penas que no excedan de tres años, que equivale, en parte, al sistema español de remisión condicional de la pena, aunque el Código cubano controla a los sujetos que quedan en libertad, cosa que no ocurre en nuestro país. Este margen de hasta tres años es mucho más flexible y lógico que el español. Se ocupa de este tema el artículo 34, que ofrece alguna modificaciones de escaso interés respecto de su texto anterior.

En materia de multa y penas accesorias apenas existen aportaciones al nuevo Código, respecto del anterior. Lo mismo hay que decir de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, libertad condicional, extinción de la responsabilidad penal, etc.<sup>16</sup> Modificaciones de más interés penal se dan en la libertad condi-

---

los destinados a mayores de esa edad. No obstante, respecto a los de 20 a 2 años podrá disponerse que cumplan su sanción en iguales condiciones que aquéllos”.

15. Dispone el art. 31.3 que “Las personas menores de 27 años de edad recluidas en establecimientos penitenciarios reciben una enseñanza técnica o se les adiestra en el ejercicio de un oficio acorde con su capacidad y grado de escolaridad”.
16. La remisión condicional se recoge en el artículo 57 y el beneficio de la misma se extiende a condenas privativas de libertad que no excedan de tres años, no siendo aplicable a reincidentes, aunque es posible cuando concurran “circunstancias extraordinarias muy calificadas, que la hagan aconsejable”. En ningún caso se aplica a los multirreincidentes. (Art. 57). Sería interesante que en el sistema español se pudiera apreciar también, no sólo a condenas de hasta tres años, sino incluso en algunos supuestos a reincidentes. En realidad, no debería existir para su aplicación límite de pena impuesta.

cional,<sup>17</sup>, así como en materia de antecedentes penales.<sup>18</sup> Distingue en cuanto a las medidas de seguridad predelictivas y posdelictivas, con prácticamente el mismo texto que el Código derogado.<sup>19</sup>

Ofrece especial interés todo lo referente a la responsabilidad civil, pues casi prescinde del sistema tradicional de los Códigos anteriores, herencia del sistema español.

El Título X del Código de 1979 se ocupaba de la responsabilidad civil, dedicando el capítulo I al contenido de la misma. El número 2º del artículo 70 casi venía a coincidir con el artículo 111 del vigente Código Penal español, existiendo notable conexión entre el resto de los números de este artículo 70 y los artículos 102 y siguientes del Código español. También se prescinde en el Código de 1987 del Capítulo II que se ocupaba de la responsabilidad civil de terceros. El texto vigente regula en el Título X del Libro II el Capítulo III del mismo Título del Código anterior, que se ocupa ahora de la declaración y ejecución de las obligaciones civiles provenientes de delito. Es nuevo lo referente a "la declaración".<sup>20</sup>

17. En materia de libertad condicional el artículo 58.1 amplía notablemente su contenido, quedando ahora como sigue: "El tribunal puede disponer la libertad condicional del sancionado a privación de libertad si, apreciando sus características individuales y su comportamiento durante el tiempo de su reclusión, existen razones fundadas para considerar que se ha enmendado y que el fin de la punición se ha alcanzado sin necesidad de ejecutarse totalmente la sanción, siempre que haya extinguido; por lo menos, uno de los términos siguientes: a) la tercera parte de la sanción impuesta, cuando se trate de sancionados que no hayan arribado a los 20 años de edad al comenzar a cumplir la sanción; b) la mitad del término de la sanción impuesta, cuando se trate de sancionados primarios; c) las dos terceras partes de la sanción impuesta, cuando se trate de reincidentes o multirreincidentes".
18. El texto de 1987 amplía notablemente la materia de lo que ha de entenderse por antecedentes penales (Art. 66) y su cancelación (Art. 67 y ss.).
19. No obstante, el nuevo artículo 73, que correspondía al 77 del texto anterior, prescinde del proxenetismo, el ejercicio de la prostitución, la explotación o el ejercicio de vicios socialmente reprobables y la vagancia habitual. La redacción actual del artículo 73 es como sigue: "1. El estado peligroso se aprecia cuando en el sujeto concurre alguno de los índices de peligrosidad siguientes: a) la embriaguez habitual y la dipsomanía; b) la narcomanía; c) la conducta antisocial. 2. Se considera en estado peligroso por conducta antisocial al que quebranta habitualmente las reglas de convivencia social mediante actos de violencia, o por otros actos provocadores, viola derechos de los demás o por su comportamiento en general daña las reglas de convivencia o perturba el orden de la comunidad o vive, como un parásito social, del trabajo ajeno o explota o practica vicios socialmente reprobables".
20. Dispone el artículo 70: "1. El responsable penalmente lo es también civilmente por los daños y perjuicios causados por el delito. El tribunal que conoce

En cuanto al Libro II, dentro del Título I, dedicado a los delitos contra la seguridad del Estado, en su capítulo I, que se ocupa de la seguridad exterior se prescinde de la sección séptima, que trataba de la "Comunicación con país enemigo".

Dentro del Capítulo III del Título II —delitos contra la seguridad interior—, se prescinde de la sección segunda que trataba de la "violación de tregua o armisticio" acordado entre el Estado cubano y otro Estado enemigo o entre sus fuerzas beligerantes, que podía llegar a la pena privativa de libertad de diez a veinte años o muerte, para los supuestos más graves. Igualmente se prescinde en el nuevo Código de la sección Séptima del Capítulo III que trataba de los "delitos contra el Derecho Internacional, que tenía previsto, para los supuestos más graves pena privativa de libertad de diez a veinte años o muerte. El Título II se ocupa de los "delitos contra la Administración y la jurisdicción", y su Capítulo I a la "violación de los deberes inherentes a una función pública". Dentro de éste se modifica la Sección Segunda, que antes rezaba bajo la rúbrica de "Revelación del Secreto Privado", y ahora de "Revelación de Pruebas para la Evaluación Docente", que consta de un solo artículo y cuyo contenido difiere notablemente del texto derogado.

El Capítulo III del Título II de este Libro II se ocupa del "Ejercicio fraudulento de funciones públicas". Cambia el contenido de la Sección Tercera anterior que trataba del "Uso indebido de Uniformes, Distintivos, Insignias o Condecoraciones" y en su lugar se incorpora el "Enriquecimiento ilícito".<sup>21</sup> Desaparece el Capítulo V que se ocupaba de "Exacción ilegal".

---

del delito declara la responsabilidad civil y su extensión aplicando las normas correspondientes de la legislación civil y, además, ejecuta directamente la obligación de restituir la cosa, el reparar el daño moral y adopta las medidas necesarias para que el inmueble sea desocupado y restituido al organismo que corresponda en los casos previstos en los artículos 231, 232 y 333.

2. En todo caso, si el sancionado se niega a realizar los actos que le conciernen para la ejecución de la reparación del daño moral, el tribunal le impondrá prisión subsidiaria por un término que no puede ser inferior a tres meses ni exceder de seis. En cualquier momento en que el sancionado cumpla su obligación se dejará sin efecto lo que le reste por cumplir de la sanción subsidiaria, archivándose las actuaciones.

3. En el caso previsto en el artículo 306, el tribunal decretará en la sentencia la nulidad del segundo o ulterior matrimonio".

21. Dispone el vigente artículo 150: "1. La autoridad, funcionario o empleado que, directamente o por persona intermedia, realiza gastos o aumenta su patrimonio o el de un tercero en cuantía no proporcional a sus ingresos legales, sin justificar la licitud de los medios empleados para realizar los gastos u obtener

Dentro del Capítulo XIII, que trata de la "Infidelidad en la custodia de Documentos u otros objetos", no aparecen ahora las Secciones dedicadas a "Violación de Sellos Oficiales" y "Apertura de Sobres, Papeles y Documentos Cerrados".

Se incorpora un nuevo Capítulo, el XIII, que se ocupa del "Incumplimiento de las obligaciones derivadas de la comisión de contravenciones", mientras el Capítulo XIV se incorpora bajo el epígrafe "Violación de los deberes inherentes al servicio militar en general" antes se encontraba en el Capítulo XVI del Título IV —Delitos contra el orden público—, con un contenido notablemente diferente.

El Título III se ocupa de los "Delitos contra la seguridad colectiva". Se prescinde ahora de los antiguos capítulos III y IV que trataban, respectivamente, de "Infracción de las normas técnicas de construcción" y "Omisión o remoción de señales de seguridad".

El Capítulo V trata de los "Delitos contra la salud pública". No aparece la Sección que el Código de 1979 dedicaba al contagio venéreo.<sup>22</sup>

En materia de estupefacientes la Sección Cuarta del Capítulo V del Título III lo recoge bajo el epígrafe "Tráfico y tenencia de drogas tóxicas y otras sustancias similares", mantiene el mismo contenido que el Código anterior. No obstante, suaviza las penas en algunos supuestos, como sucede cuando se utiliza a un menor de 16 años, se prevén dos supuestos en uno la pena era de seis a diez años de privación de libertad y ahora es de cuatro a diez años; en el otro que era de diez a veinte años, se pasa de ocho a veinte. La simple tenencia de drogas tóxicas o sustancias estupefacientes se castigaba antes con

---

tal aumento patrimonial, incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años o multa de trescientas a mil cuotas o ambas.

2. A los declarados responsables del delito previsto en este artículo se les impone, además, la sanción accesoria de confiscación de bienes.

3. Las sanciones previstas en este artículo se imponen siempre que el hecho no constituya un delito de mayor entidad".

22. En realidad esta figura se recogía en el número 3 del art. 212 del Código de 1979, cuyo contenido coincide con el mismo número del art. 187 del Código vigente, su contenido es: "3. El que maliciosamente propague o facilite la propagación de una enfermedad, incurre en sanción de privación de libertad de tres a ocho años". Sin embargo, el contagio venéreo (Art. 213), se castigaba con pena privativa de libertad de tres a nueve meses o multa hasta doscientas setenta cuotas o ambas.

penas privativas de libertad de seis meses a tres años, y ahora de seis meses a dos años, y lo mismo sucede para las infracciones relativas a la infracción del control legal sobre fabricación, producción, distribución, venta, etc. El tipo básico se castiga con penas privativas de libertad de tres a ocho años.<sup>23</sup> La pena más grave es de quince años de privación de libertad.

El Título IV se ocupa de los "Delitos contra el orden público". Se prescinde en el nuevo Código del Capítulo III "Apología del delito"; del Capítulo XIII, que trataba de "Actos que afectan el Derecho de extraterritorialidad"; también desaparece el antiguo Capítulo XIV que regulaba la "Posesión u operación de un equipo transmisor sin autorización". No obstante, se siguen manteniendo los juegos ilícitos como delito, para los que la pena prevista de privación de libertad es de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas o ambas. La pena puede llegar hasta los ocho años de privación de libertad cuando el delito se cometa por dos o más personas o utilizando menores de 16 años.

Se ocupa el Título V de los "Delitos contra la economía nacional". Desaparecen: la "Elaboración de productos de baja calidad" (Cap. II), "Comercialización de mercancías de baja calidad" (Cap. III), "Daños a locales de vivienda" (Cap. XIV), "Evasión de impuestos" (Cap. XVII), "Caza ilícita" (Cap. XXIII) y "Devastación de bosques" (Cap. XX). Como sucede en buena parte de los delitos hay una variación de las penas. Se rebaja el límite máximo de privación de libertad de tres a dos años en los delitos de incumplimiento de obligaciones en unidades económicas estatales, de ocho a cinco en el tráfico ilegal de moneda (Art. 235), etc. En otros supuestos, como sucede en el título VI, que se ocupa de los delitos contra el patrimonio cultural, se eleva la pena en la mayoría de los supuestos.

Dentro del Título VII, que se ocupa de los delitos contra la fe pública, se incorpora la "Falsificación de documentos usados oficialmente para la distribución a la población de los artículos de uso y consumo sujetos a regulación" (Sección Novena).<sup>24</sup>

23. Dispone el art. 190.1: "El que, sin estar autorizado, produzca, transporte, trafique, tenga en su poder con el propósito de traficar, o procure a otro drogas tóxicas o sustancias alucinógenas, hipnóticas, estupefacientes u otras de efectos similares, incurre en sanción de privación de libertad de tres a ocho años".

24. Dispone el art. 258.1: "El funcionario o empleado que confeccione, en todo o en parte, un documento falso de los que se usan oficialmente para la distribución a la población de los artículos de uso o consumo sujetos a regulación, o

Se ocupa el Título VIII de los delitos contra la vida y la integridad corporal. El homicidio se castiga con la pena privativa de libertad de siete a quince años (Art. 261), el asesinato con pena de quince a veinte años o muerte (Art. 263), el parricidio, con la misma pena anterior (Art. 264.1), y con pena de dos a diez años el infanticidio (Art. 264.2). Se mantiene la riña tumultuaria (Art. 262), con el mismo contenido anterior, salvo en un supuesto que el límite máximo de la pena lo eleva de nueve meses a un año. Desaparecen en el asesinato una de las circunstancias que lo cualificaban,<sup>25</sup> y se incorporan dos nuevas.<sup>26</sup> También se incorpora el infanticidio.<sup>27</sup>

En el disparo de arma de fuego contra determinada persona (Art. 275) se rebaja el límite máximo de la pena de cuatro a tres años, en el tipo básico de las lesiones de ocho a cinco (Art. 272.2); en los supuestos agravados de abandono de menores se eleva el límite máximo de la pena privativa de libertad de ocho a doce años. Dentro de los delitos de privación de libertad el límite máximo de privación de libertad en el tipo básico de las amenazas se eleva de nueve meses a un año (Art. 284.1), mientras se rebajan las coacciones de tres a dos años (Art. 286.1). En el tipo básico de violación de domicilio y registro ilegal también se eleva el límite máximo de la pena privativa de libertad de nueve meses a un año. Lo mismo sucede en la violación de correspondencia (Art. 289.1) y revelación del secreto de la correspondencia (Art. 290.1), así como en otros delitos de este título.

El delito de violación ofrece algunas modificaciones. Se mantiene el tipo básico con pena privativa de libertad de cuatro a diez años, y se le da nueva redacción al número 2 con la incorporación de un nuevo apartado<sup>28</sup> y sustituyendo la pena anterior que era de

---

altere uno legítimo, es sancionado con privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas o ambas”.

25. En el art. 316, i) del Código de 1979 figuraba: “ejecutar el hecho vistiendo ilegalmente uniforme militar o fingiendo ser funcionario público”.
26. En el art. 263 del Código de 1987, se incorporan como circunstancias que cualifican el asesinato: “i) ejecutar el hecho contra la autoridad o sus agentes, cuando éstos se hallen en el ejercicio de sus funciones; j) cometer el hecho con motivo u ocasión o como consecuencia de estar ejecutando un delito de robo con fuerza en las cosas, robo con violencia o intimidación en las personas, violación o pederastía con violencia”.
27. Dispone el art. 264.2: “La madre que dentro de las setenta y dos horas posteriores al parto mate al hijo, para ocultar el hecho de haberlo concebido, incurre en sanción de privación de libertad de dos a diez años”.
28. Dispone el art. 298.2: “La sanción es de privación de libertad de siete a quince años: a) si el hecho se ejecuta con el concurso de dos o más personas; b) si el

veinte años o muerte a la privativa de libertad de siete a quince años. Se mantiene la pena de muerte en el número 3 y desaparece el número 4.<sup>29</sup> También se modifica notablemente la pederastía con violencia, que antes tenía como pena única la de privación de libertad de cinco a veinte años o muerte, mientras que ahora pasa a ser de ocho a veinte años o muerte, con supuestos para los que se establece la de siete a quince años. También hay otra serie de modificaciones en los delitos sexuales.

En los delitos contra el honor, de los que se ocupa el Título XII la pena privativa de libertad para la difamación se eleva el límite máximo de la pena privativa de libertad de nueve meses a un año (Art. 318.1), en la calumnia se reduce de tres a dos años (Art. 319.1), pasando también en la injuria de nueve meses a un año (Art. 320). El contenido de los cuatro artículos que componen este título mantienen la misma redacción que el texto anterior (Arts. 376 a 379).

El título XIII del libro II, lo mismo que el Código Penal español se ocupa de los delitos contra la propiedad (delitos contra los derechos patrimoniales), las modificaciones son importantes, y por limitación de espacio no voy a hacer más que unas consideraciones generales. En el hurto apenas hay modificaciones, se incorpora un párrafo nuevo al artículo 322.1 y se suprime el número 5.<sup>30</sup> Por otra parte, las penas se suavizan. El tipo básico que antes se castigaba con pena privativa de libertad de seis meses a tres años (Art. 380.1), ahora es de seis meses a dos años o multa de doscientas a quinientas cuotas o ambas (Art. 322.1). Los supuestos agravados reducen la pena privativa de libertad de dos a cinco años (Art. 322.2) la de tres a ocho anterior (Art. 380.2); cuando el hecho se realiza con la participación de menores de 16 años, la pena es ahora de tres a ocho años de privación de libertad (Art. 322.3), y antes de cuatro a doce años (Art. 380.3).

---

culpable, para facilitar la ejecución del hecho, se presenta vistiendo uniforme militar o aparentando ser funcionario público; c) si el hecho se ejecuta por una persona que con anterioridad ha sido sancionada por el mismo delito”.

29. El art. 298.3 establece: “La sanción es de privación de libertad de ocho a veinte años o muerte; a) si la víctima es una menor de 12 años de edad; b) si, como consecuencia del hecho, resultan lesiones o enfermedad graves.
30. Queda sin contenido el núm. 5 del antiguo artículo 380 (ahora 322), que establecía penas que oscilaban de uno a cuatro años de privación de libertad, de cuatro a diez o de cinco a catorce, según los casos: “Si el objeto del delito son bienes de la propiedad socialista, estatal o cooperativa, o de instituciones sociales o de masas, o bienes de propiedad personal al cuidado de una entidad económica estatal”.

Se prescinde de la apropiación ilegal de objeto extraviado (Cap. III), del Código anterior y el capítulo IV que se ocupaba extensamente de la sustracción de bienes para usarlos (Art. 385), figura ahora bajo el epígrafe de "Sustracción de vehículos de motor para usarlos". En realidad el artículo anterior se ocupaba de este mismo tema, aunque en su número 4 tipificaba el hurto de uso en general.<sup>31</sup>

También son importantes las modificaciones en el robo con violencia o intimidación en las personas. En cuanto a las penas el tipo básico se sanciona con pena privativa de libertad de tres a ocho años (Art. 327.1), mientras que en el Código de 1979 era de cuatro a diez años (Art. 386.1). Dentro de los supuestos agravados la pena en el Código anterior era de diez a veinte años de privación de libertad o muerte (Art. 386.3),<sup>32</sup> mientras que en el Código vigente puede ser de cuatro a diez años de privación de libertad (Art. 327.3), o de ocho a veinte (Art. 327.4). Algo similar hay que decir respecto del robo con fuerza en las cosas, cuyo tipo básico se castiga con pena privativa de libertad de dos a cinco años (Art. 328.1),<sup>33</sup> y en el texto derogado de tres a ocho años (Art. 387.1). Los supuestos agravados, aunque no coincide el texto se prevén ahora penas de tres a ocho años de privación de libertad (Art. 328.2), o de cinco a doce (Art. 328.3), mientras que en el texto derogado era de diez a veinte años o muerte (Art. 387.2).

En líneas generales se reduce la pena en la mayor parte de los supuestos del resto de los delitos contra la propiedad. En la tenencia, fabricación y venta de instrumentos para ejecutar el delito de robo, la pena es ahora de seis meses a dos años o multa de doscientas a quinientas cuotas o ambas (Art. 330.1), y antes era de nueve meses a tres años. En el chantaje se pasa de la pena privativa de libertad anterior de dos a seis años (Art. 392.1) a la actual de dos a cinco años (Art. 332.1). En la usurpación, por el contrario, el límite máximo se eleva ahora a un año de privación de libertad, y antes era de nueve meses. El tipo básico de la estafa se castiga ahora con pena privativa de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas (Art. 334.1), y en el Código derogado de 1979 de seis meses a

31. Disponía el art. 385.4 del Código de 1979: "La sustracción, para usarlo, de cualquier otro bien mueble distinto a un vehículo motorizado, se sanciona con multa de cinco a sesenta cuotas.

32. Vid. supra, nota 26.

33. El art. 328.1 del Código Penal cubano vigente tiene un contenido muy similar al artículo 504 del Código Penal español.

tres años (Art. 394.1). Los supuestos más graves en el Código actual son de cuatro a diez años de privación de libertad (Art. 335.3, b), y en el Código anterior de seis a doce años (Art. 394.4).

Además de reducirse en la mayoría de los supuestos la pena privativa de libertad, ofrece especial interés, como sucede en otros muchos delitos del Código, fijar alternativamente pena privativa de libertad o de multa, aunque en algunos supuestos quepa también la posibilidad, como tercera alternativa, de imponerlas conjuntamente. Esto permite dar mayor arbitrio judicial y poder evitar el ingreso en prisión, o por lo menos poner pena privativa de libertad como pena única, lo que no era posible en el texto derogado de 1979.

El penúltimo capítulo del Libro II se ocupa de los daños, introduciéndose la necesidad de denuncia del perjudicado para poder perseguirse.<sup>34</sup> El último capítulo, el XII, trata de "Disposiciones complementarias", cuyo artículo 341 tiene estrecha conexión con la excusa absolutoria prevista en el art. 564 del Código Penal español.

---

34. Dispone el art. 339.4: "En los casos previstos en los apartados 1 y 3 sólo se procede si media denuncia del perjudicado. No obstante, si el perjudicado desiste de su denuncia por escrito y en forma expresa antes del juicio o verbalmente y dejando constancia en acta durante su celebración, se archivarán las actuaciones".

**COLABORACIONES ESTUDIANTILES**

**POSTGRADO**



**CONSIDERACIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD  
OBJETIVA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO  
ESPAÑOL Y VENEZOLANO (ANÁLISIS DE LA  
JURISPRUDENCIA VENEZOLANA EN MATERIA  
DE RESPONSABILIDAD)**

**GIUSEPPE ROSITO ARBIA**

*Revista de la Facultad de Derecho, N° 43*  
Universidad Católica Andrés Bello  
Caracas, Venezuela, 1991

## SUMARIO

Introducción. I. Consideraciones previas: 1. La administración como sujeto de responsabilidad. 2. Responsabilidad patrimonial. 3. Evolución de la responsabilidad. 4. Fundamento de la responsabilidad. 5. Régimen de la responsabilidad: 5.1 ¿Derecho común o régimen especial? 5.2 ¿Responsabilidad directa o indirecta? 5.3 ¿Responsabilidad solidaria? 6. Condiciones de la responsabilidad: 6.1 El hecho generador. 6.2 El daño. 6.3. El nexo causal. II. Consideraciones Especiales: 1. Noción de Responsabilidad Objetiva: 1.1 Responsabilidades complejas o por hecho ajeno. 2. La Responsabilidad objetiva en el Derecho Administrativo español. 3. La Responsabilidad objetiva en el Derecho Administrativo venezolano: 3.1 Análisis del Ordenamiento jurídico. 3.2 Análisis de la jurisprudencia. III. Conclusiones.

### INTRODUCCION

El tema de la responsabilidad de la Administración resulta de interés especial para cualquiera que se dedique a su estudio. Poder descubrir cómo, poco a poco dentro de todo un proceso evolutivo, un Estado que se erigía irresponsable de los daños causados por su actividad administrativa, va siendo limitado cada vez más, hasta tener que asumir la responsabilidad ocasionada por sus faltas, resulta sumamente apasionante.

Sin embargo, más apasionante nos resulta aún, la idea de una responsabilidad en la que no medie falta alguna por parte de la Administración, una responsabilidad objetiva. En donde, una vez producido el daño, la Administración deberá responder por él, independientemente de que haya mediado o no culpa en su producción.

Abordamos el análisis del tema de la responsabilidad objetiva, sin mayores pretensiones que las de hacer unas consideraciones sobre el particular; las cuales, lejos de agotarlo, abren el camino para toda una serie de críticas y posiciones distintas que habrán de venir. Se trata de un tema complejo y que apenas comienza a descollar en el ámbito del Derecho Administrativo. Mucho es lo que habrá que

escribirse sobre él, especialmente en Venezuela, donde algunos prefieren ignorarlo antes que asumirlo y desarrollarlo.

Hemos dividido nuestro análisis en dos partes; una primera parte, donde hacemos una serie de consideraciones previas necesarias, pues debemos ubicarnos primero dentro del contexto general de la responsabilidad administrativa; y una segunda parte, donde pasamos a considerar el tema de la responsabilidad objetiva en los dos ordenamientos jurídicos que hemos escogido: España y Venezuela. El primero, pues es allí donde ha nacido realmente una responsabilidad administrativa objetiva, existe, y podemos entenderla y considerar sobre ella. El segundo, pues queremos descubrir cuál es la situación en nuestro país. Por supuesto, antes de ello, hemos querido investigar un poco sobre la noción de responsabilidad objetiva, pues creemos que sólo entendiéndola en el campo del derecho civil, podremos entenderla luego, trasladada al campo del Derecho Administrativo. Finalmente, tratamos de llegar a algunas conclusiones concretas en razón del análisis expuesto.

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Siendo que el presente estudio va a estar referido a uno de los muchos aspectos que existen dentro del régimen de la Responsabilidad de la Administración, creemos conveniente antes de avocarnos de lleno al tema que nos ocupa, hacer algunas consideraciones previas necesarias para poder ubicarnos dentro del tema de la responsabilidad; luego, en una segunda parte, hacer las consideraciones concretas al punto objeto de nuestro estudio.

### 1. LA ADMINISTRACION PUBLICA SUJETO DE RESPONSABILIDAD

Toda sociedad requiere para la consecución de sus fines diversas formas de organización y de canalización de la conducta de sus miembros. Es así como surge el Estado, la noción de poder y los distintos controles que en un Estado de Derecho van del poder hacia los ciudadanos y de los ciudadanos hacia el poder. Para la ejecución y desarrollo de esos fines, el Estado tiene una serie de "cometidos"<sup>1</sup> que para poder ser desarrollados, requieren por parte de él de una estructura organizacional a la que el ordenamiento jurídico le atribuya competencias.

1. "Diversas actividades o tareas que tienen a su cargo las entidades estatales conforme al derecho vigente y que van a depender de las ideas predominantes acerca de los fines del Estado". Enrique Sayagués Laso. *Tratado de Derecho Administrativo*. Talleres Gráficos Barreiro y Ramos. Montevideo. 1974, p. 48.

Tal como lo establece el artículo 1º de la Constitución, en relación con el artículo 19 de nuestro Código Civil, la Nación, (entiéndase República de Venezuela que es el sentido correcto que debe atribuírsele) es una persona jurídica de Derecho Público y por lo tanto titular de derechos y obligaciones.

Esta configuración del Estado como persona jurídica de Derecho Público es lo que hace inferir que tenga derechos y obligaciones, facultades y cargas, atribuciones y derechos.

El Estado (nos referimos al Estado como persona jurídica mayor equivalente a los vocablos Nación y República) adquiere entonces una personalidad unitaria que le sirve de un lado, para ejercer sus atribuciones, y del otro para ser sujeto pasivo en una relación procesal, se convierte en un "Estado-Sujeto" titular de derechos y obligaciones.

Este "Estado-Sujeto" es un complejo orgánico compuesto por tres órganos con funciones delimitadas; son ellos: el Legislativo, el Judicial y la Administración Pública.

La Administración Pública entonces, goza de la personalidad de la Nación y, en definitiva, usa los atributos de la personalidad jurídica del Estado. La Administración Pública es una persona jurídica, es un sujeto de derecho que emana declaraciones de voluntad, celebra contratos, es titular de un patrimonio, es responsable, es ajusticiable, etc. Así las cosas, la Administración Pública es sujeto pasivo de responsabilidad por el ejercicio de su función administrativa.

## 2. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Siendo el Estado —y por derivación la Administración Pública— una persona jurídica, no es imputable penalmente y por ello no susceptible de responsabilidad penal, en tanto en cuanto ésta es eminentemente subjetiva y personal y sólo le es aplicable a las personas naturales. Tampoco es la Administración sujeto pasivo de la responsabilidad administrativa, ya que ésta tiene por fundamento un ilícito administrativo; y éstos están significados por las transgresiones e inobservancias de las reglas de funcionamiento de los servicios, teniendo como destinatarias, en principio a los administrados, y como sujeto competente para la imposición de las sanciones al ente público afectado por la transgresión.

Nos queda entonces que la responsabilidad de la Administración sólo puede estar referida a la Responsabilidad Civil la cual, como sabemos, es de contenido netamente patrimonial; de allí que

al hablar de la responsabilidad de la Administración, hablaremos de responsabilidad patrimonial.

Esta responsabilidad puede ser contractual, que tiene su origen en el cumplimiento de los contratos administrativos; o extracontractual, cuyo origen puede estar tanto en actos jurídicos de la Administración (actos administrativos), como en hechos u operaciones materiales realizadas por los entes públicos. En nuestro estudio dejaremos de lado lo relativo a la responsabilidad contractual para ocuparnos solamente de la extracontractual, dentro de la cual se ubica el punto objeto de nuestras consideraciones. Vale decir entonces, que cuando hablemos de responsabilidad, nos estaremos refiriendo a la responsabilidad extracontractual.

### 3. EVOLUCION DE LA RESPONSABILIDAD

La Doctrina señala tres etapas perfectamente diferenciables en relación con la evolución de la responsabilidad de la Administración:<sup>2</sup>

Hasta el tercer cuarto del siglo XIX regía el principio de la irresponsabilidad de la potestad pública, "la Administración no era responsable del daño que ocasionare por el ejercicio de sus potestades públicas y sólo se admitía su responsabilidad cuando ésta actuase como persona privada. Este principio era ligeramente atenuado por las contadas excepciones consagradas en textos legales expresos que determinaren la responsabilidad del Estado."<sup>3</sup> Corresponde esta primera etapa a la llamada de la "postura negativa", sostenida en Francia principalmente por Eduardo Laferrière: *Tratado de la Jurisdicción Administrativa y de los Recursos Contenciosos*, editada en 1893; fundamentada en que "cuando el Estado ejercía las potestades públicas, hacía uso de atributos soberanos que institucionalmente le corresponden, y que la esencia de la soberanía consiste en imponerse a todos sin compensación".<sup>4</sup> Esta postura negativa dominó también en Inglaterra, Italia y España, entre otros países.

2. Luis Beltrán Guerra. "La Responsabilidad Civil del Estado por los hechos ilícitos de los órganos de la Administración Pública". En *20 años de doctrina de la Procuraduría General de la República 1962-1981*. Tomo V. Publicaciones de la PGR. Caracas, 1984, pp. 134 y ss. Carlos Escarrá Malavé. "La Responsabilidad Patrimonial de la Administración por Hecho Ilícito". En *Revista de la Facultad de Derecho*. Caracas, UCAB. N° 37, pp. 84 y ss.

3. Escarrá, *op. cit.*, p. 85.

4. Charles Rousseaud. *Teoría General de la Responsabilidad en el Derecho Administrativo*. Bogotá, 1956, pp. 663 y ss.

Una segunda etapa se inicia a partir del caso Blanco (Tribunal de Conflicto Francés. 8-2-1872), se admite la responsabilidad de la Administración en el ejercicio de la potestad pública por el hecho de las personas empleadas en el servicio público. Sin embargo, la responsabilidad es la excepción y la irresponsabilidad sigue siendo la regla.

Finalmente, llegamos a la tercera etapa que se une con la actual, en la cual la regla se ha invertido de modo absoluto, es decir, el principio es la responsabilidad y la irresponsabilidad es la excepción.

La responsabilidad del Estado en Venezuela "se asoma como principio en la Constitución de 1830", pues en su artículo 147 se establece como atribución de la Corte Suprema de Justicia el "conocer de las controversias que resultaren de los contratos y negociaciones que celebre el Poder Ejecutivo por sí o por medio de Agentes".<sup>5</sup> Consolidándose el principio con la Ley del 17-5-1877, pues permite reclamar a la Nación la indemnización por expropiación y perjuicios. Este principio ha sido modificado en las Constituciones y Leyes sucesivas hasta llegar al artículo 47 de la Constitución de 1961 (y que tiene su origen en la Constitución de 1901). Por su parte, el artículo 206 de la Constitución también se refiere a la responsabilidad de la Administración.

#### 4. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD

El "paso brusco", a decir de García de Enterría,<sup>6</sup> del sistema de la irresponsabilidad al de la responsabilidad de la Administración, hizo que durante mucho tiempo los administrativistas se esforzaran en encontrar un fundamento válido para justificar la responsabilidad administrativa, los propios tribunales administrativos formularon doctrinas abstractas y generales. Finalmente, se llega al "principio de la igualdad ante las cargas públicas" como fundamento de la responsabilidad de la Administración.

La Doctrina de la Igualdad ante las Cargas Públicas se inicia en Francia por Tessier (*De la Responsabilité de la Puissance Publique*, París. 1906, pp. 147 y ss.) y pronto fue apoyada por la doctrina de manera

5. Para Nieto "contra lo que pudiera creerse —y contra lo que suele decirse— desde los más antiguos albores de la Edad Media, el poder real ha estado sujeto a una rigurosa responsabilidad por parte de los súbditos". Alejandro Nieto. "Responsabilidad Civil de la Administración Pública". *Revista de Derecho Público*. Nº 10. Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, p. 45.

6. Eduardo García de Enterría. *Los Principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1956, p. 171.

considerable, presentándose como doctrina unitaria de la responsabilidad administrativa.<sup>7</sup> Según ella, “la acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos”.<sup>8</sup>

En Venezuela, al igual que en el Derecho Comparado, la responsabilidad de la Administración tiene su fundamento en este principio de la igualdad de las cargas públicas.<sup>9</sup>

Por último hay que señalar la necesaria distinción entre la justificación o fundamento de la responsabilidad y el hecho generador de la responsabilidad. “En efecto, si bien la igualdad de todos ante las cargas públicas es la justificación teórica de la responsabilidad, de ello no resulta de ninguna manera que todo atentado a esa igualdad debe ser reparado (. . .) sólo aquellos provocados por actos que presentan ciertos caracteres jurídicos —falta o creación de riesgo— comprometen la responsabilidad”.<sup>10</sup> Tenemos entonces que el fundamento se refiere al por qué de la existencia de la responsabilidad, al por qué existe consagrada la responsabilidad, y el hecho generador, en cambio, se refiere a cuáles son las causas que lo originaron y en virtud de las cuales la administración tendrá que repararlo dado que ha consagrado dicha responsabilidad.

## 5. REGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD

Vamos aquí a tratar de dilucidar tres aspectos que son, a nuestro juicio, los fundamentales en cuanto al régimen de la responsabilidad. En primer lugar, vamos a considerar el punto sobre el derecho aplicable, en el sentido de determinar la aplicación o no del derecho común; en segundo lugar, analizaremos lo relativo a la responsabilidad directa o indirecta y por último, consideraremos brevemente el carácter solitario de la responsabilidad.

### 5.1. ¿DERECHO COMUN O REGIMEN ESPECIAL?

En este sentido se han mantenido dos posiciones extremas; la primera se pronuncia sobre la aplicabilidad del Derecho Civil en

7. Ver la crítica que sobre ella hace García de Enterría en su obra: *Principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa*, *ob. cit.*, pp. 171 y ss.

8. Jean Rivero. *Derecho Administrativo*. Imprenta Universitaria. Caracas, 1984, p. 293.

9. Escarrá, Carlos, *ob. cit.*, p. 87.

10. Rivero, *ob. cit.*, p. 293.

cuanto a la responsabilidad de la Administración; la segunda, niega radicalmente esta posibilidad y sostiene que la responsabilidad de la Administración debe estar regida por reglas propias.

Luis Beltrán Guerra por su parte, sostiene que ambas posiciones pueden conciliarse y que en realidad en el Código Civil lo que se establece en materia de responsabilidad son "principios fundamentales aplicables a la materia que no son de estricto derecho privado, sino de teoría general, y por ende, aplicables igualmente al campo del derecho administrativo".<sup>11</sup>

Para nosotros la cuestión no es cuál de las dos posiciones es correcta, nuestra posición, aunque simplista, no carece de lógica, por lo cual pasamos a exponerla de seguida: lo verdaderamente fundamental para nosotros, es que una persona que ha sufrido un daño por la función administrativa, pueda ver reparado ese daño. Así las cosas, lo fundamental para él no es de modo alguno, en base a cuáles normas va a tener lugar la reparación, sino la reparación en sí misma considerada. El derecho aplicable no es más que el medio de conseguir el fin, medio que como tal, debe conocer el afectado para poder materializar su pretensión.

En segundo lugar, la existencia de un régimen especial en materia de responsabilidad no puede dar lugar a discusiones sobre su aplicabilidad. Si existe un régimen especial en materia de responsabilidad de la administración ese es el que debe aplicarse, pues al crearlo se ha buscado lograr cumplir el fin de la responsabilidad, que no es otro que la reparación del daño, pero basado en unas reglas propias, dado el carácter especial del agente del daño. Además, la sola idea de una responsabilidad que vaya más allá de la noción tradicional de la culpa, haciéndose extensiva a la noción de riesgo y que pueda consagrar incluso la responsabilidad sin falta, hace que el particular vea mayormente protegido su derecho subjetivo a la reparación y es en él, en el particular, en quien debemos pensar, pues no en balde la consagración de la responsabilidad de la administración es una garantía jurídica. ¿Cabe entonces discusión? —Evidentemente que no—.

Tal discusión sólo sería aceptada, si ante la existencia de reglas especiales la administración, actuando en la esfera del derecho privado, vale decir, como un particular más, cause un daño. En este sentido, la doctrina acepta que deben aplicarse las normas del derecho privado.<sup>12</sup>

11. Beltrán Guerra, *ob. cit.*, p. 142.

12. Miguel Marienhoff. "Tratado de Derecho Administrativo". Tomo IV. Tercera edición. Abeledo Perrot. Buenos Aires, p. 718. García de Enterría. *Principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa*, *op. cit.*, p. 200.

Tenemos entonces que ante la existencia de reglas especiales de la responsabilidad administrativa, dicha responsabilidad se regirá por el régimen especial de responsabilidad consagrada en ellas. Estas reglas a las que hemos hecho referencia, pueden estar consagradas expresamente en el ordenamiento jurídico, pero también pueden ser el resultado de una actividad jurisprudencial. Así en Francia, a raíz del caso Blanco, se determinó que la responsabilidad de la Administración se rige por reglas especiales las cuales fueron desarrolladas por la jurisprudencia francesa. Sin embargo, debemos tener claro que para poder hablar de un verdadero régimen especial creado por la jurisprudencia, las soluciones dadas por ésta, deben estar caracterizadas por la originalidad y ser distintas a las del derecho privado.

Nos queda sin embargo, un punto por aclarar: ¿Qué sucede cuando no existen reglas especiales, pues las mismas no han sido establecidas y la jurisprudencia no las ha considerado? Pues bien, dado como señalamos la consagración del principio de la responsabilidad se constituye en una garantía jurídica para el particular quien ve protegido con ella su derecho subjetivo lesionado, es evidente que el daño debe ser reparado, para lo cual será necesario entonces, ante la ausencia de un régimen especial, acudir al régimen de Derecho Civil para lograr la reparación. En este sentido se ha expresado Marienhoff, quien sostiene que "la responsabilidad extracontractual se rige, sustancialmente, por normas o principios de derecho público y no por los de derecho privado, salvo que corresponda recurrir a estos subsidiariamente por no haber normas específicas de derecho administrativo."<sup>13</sup>

En Venezuela no existe consagrado al respecto de la responsabilidad de la Administración un régimen especial. Del estudio de la jurisprudencia en la materia vemos que, lejos de consagrarse normas específicas por esta vía, se repiten constantemente las normas del Derecho Civil en fallos carentes de alguna originalidad en cuanto a un régimen distinto al de la responsabilidad civil. Todo ello nos lleva a concluir que el régimen de la responsabilidad en los momentos actuales es un régimen civil. Sin embargo, la jurisprudencia puede cambiar e ir paulatinamente creando soluciones distintas ajenas a las soluciones del derecho privado, será entonces que podremos hablar de un régimen especial que por los momentos no existe.<sup>14</sup> En otros países en cambio, existe y se aplica.

13. Marienhoff, *op. cit.*, p. 719.

14. Ver Allan Brewer Carías. *Instituciones Políticas y Constitucionales*. Tomo I, Editorial Jurídica, Caracas, 1986, p. 420.

5.2. ¿RESPONSABILIDAD DIRECTA O INDIRECTA?

Si bien en un principio se atendía a la noción de falta separable para poder determinar la responsabilidad del Estado (diferenciándose falta personal y falta de servicio) y se decía que no era responsable la administración: de las faltas cometidas al margen del ejercicio de la función pública, sea o no en el seno de la vida privada, pero en todo caso, en circunstancias extrañas a aquel ejercicio, ni por faltas cometidas aparentemente en el ejercicio de la función pública, pero que intelectualmente pueden ser separadas de la misma, por tratarse de faltas intencionales o de faltas graves, esto es, debidas a un error inexcusable (pues ello era calificado como un falta personal del funcionario) (Jean Rivero. *Droit Administratif*. París (Daloz). 1970, p. 243 y ss.). Con el advenimiento de la teoría organicista no hay hoy en día lugar a dudas, sobre la responsabilidad directa del Estado por los daños causados por sus funcionarios en el ejercicio de su función pública.

Para la tesis organicista (creada por Gierke) las personas jurídicas son un conjunto de órganos, "lo que hace un órgano, lo hace en nombre de toda persona jurídica". El agente público es un órgano del gran organismo que es la administración pública; por lo tanto, todo lo que hace el funcionario, se supone hecho por la administración pública, y ésta es responsable".<sup>15</sup> "El funcionario obrando dentro de sus competencia es un órgano de la persona jurídica estatal, y por consiguiente supone la actuación directa de ésta".<sup>16</sup> Así las cosas, los daños producidos por los funcionarios en el ejercicio de sus atribuciones, sólo pueden ser imputados al Estado y, aquellos sólo responderán personalmente cuando el hecho dañoso cometido por él no tenga relación alguna con el ejercicio de sus funciones públicas. Vemos entonces que, sin lugar a dudas, hoy en día se habla de una responsabilidad directa del Estado.

En Venezuela tampoco hay lugar a dudas sobre la responsabilidad directa del Estado. Si bien en dos sentencias de la Corte de los años 1963 y 1964,<sup>17</sup> atendió al criterio de la falta separable, la propia Procuraduría de la República se ha ocupado de desvirtuar este crite-

15. Julio Altamira Gigena. *Responsabilidad del Estado*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1973, p. 76.

16. Eduardo García de Enterría. "La Responsabilidad del Estado por el Comportamiento Ilegal de sus Organos en el Derecho Español". En *Libro Homenaje a Sayagués Laso*, tomo IV. Sin editorial y sin fecha, p. 875.

17. Jurisprudencia Ramírez & Garay, tomo N° 80, Caracas, 1982, p. 61.

rio.<sup>18</sup> Por su parte, la norma constitucional (artículo 47) es clara, y así lo ha expresado la doctrina, al consagrar la responsabilidad del Estado como responsabilidad directa, acogiendo la tesis orgánica.<sup>19</sup> Vale sin embargo, hacer un último comentario en el sentido que el hecho de la responsabilidad directa no obsta para que se apliquen a la administración, cuando se realicen los supuestos necesarios, las reglas que regulan las responsabilidades complejas, pues no todo el quehacer del Estado se desarrolla mediando la relación orgánica entre la administración y sus funciones.

### 5.3. ¿RESPONSABILIDAD SOLIDARIA?

Nos parece oportuno señalar que en nuestra opinión, responsabilidad directa y responsabilidad solidaria no son términos excluyentes, por lo cual pueden coexistir perfectamente. El hecho de que la administración sea directamente responsable de los daños ocasionados por un funcionario público en ejercicio de la función pública, no es razón para que el particular no pueda dirigir su acción, bien directamente contra la administración, bien directamente contra el agente (aunque esta segunda posición no sería conveniente) o contra ambos si así lo quisiere. Precisamente el carácter de la solidaridad descansa en poder determinar libremente contra quién de los obligados se dirige la acción.<sup>20</sup>

La responsabilidad solidaria descansa sobre la teoría del cúmulo de responsabilidades, “tanto el Estado como la Administración, como el funcionario personalmente, responden de los daños causados. Por tanto hay responsabilidad solidaria, de suerte que el particular lesionado puede dirigirse contra la administración y contra el funcionario público”.<sup>21</sup>

Nuestro derecho positivo consagra en sus artículos 46, 47 y 121 el cúmulo de responsabilidades y así lo ha manifestado una parte de la doctrina.<sup>22</sup>

18. Dictamen de la Dirección de Asesoría del Estado, N° 3.633, 14 de abril de 1975. PGR, Caracas, 1975, pp. 7 y 8.

19. Beltrán Guerra, *op. cit.*, p. 148. Brewer Carías, *op. cit.*, p. 421. Carlos Escarrá, *op. cit.*, p. 83.

20. Este comentario viene a colación ya que en su artículo —p. 161— Luis Beltrán Guerra pareciera señalar que responsabilidad directa y solidaria son términos excluyentes. Luis Beltrán Guerra, *op. cit.*

21. Escarrá, *op. cit.*, p. 83.

22. Escarrá *idem*, Brewer, *op. cit.*, p. 425. Incluso la Procuraduría General de la República pareciera aceptar el criterio. Dictamen de la Dirección de Asesoría, *op. cit.*, p. 5.

Sin embargo, Luis Beltrán Guerra sostiene que el Constituyente establece en los artículos 46 y 121 de la Carta Fundamental, la responsabilidad del funcionario como principio general del sistema jurídico del país, correspondiéndole al legislador ordinario, indicar las reglas para la determinación de la misma, a quien corresponderá acoger el régimen solidario y subsidiario.<sup>23</sup>

Creemos realmente que sí parece consagrarse la responsabilidad solidaria en los artículos señalados, pero además, insistimos nuevamente en la idea de la consagración de la responsabilidad de la Administración como garantía jurídica. Siendo así, sería mejor para el particular en cuyo favor se ha consagrado dicha responsabilidad para poder obtener la reparación. Consagrar la solidaridad ampliaría su garantía, pues en vez de un sujeto pasivo, él tiene dos a los que les puede reclamar. Entonces ¿para qué discutir algo que es mejor para el sujeto en cuyo favor se ha consagrado la garantía?

## 6. CONDICIONES DE LA RESPONSABILIDAD

La doctrina ha señalado que para que pueda configurarse la responsabilidad de la administración, es necesaria la coexistencia de tres condiciones, a saber: una actuación administrativa que se manifiesta como un hecho generador; en segundo lugar un daño, es decir una disminución en el patrimonio de otro sujeto de derecho y un nexo causal que permita vincular ese daño con la actuación de una persona determinada.

Haremos una breve referencia a cada uno de estos elementos.

### 6.1. EL HECHO GENERADOR

Como bien lo ha apuntado Jean Rivero, “todo daño no conlleva necesariamente para su autor la obligación de repararlo. Esta obligación no existe sino en la medida en que el acto que ha causado el daño presente ciertos caracteres que fundamentan la responsabilidad”.<sup>24</sup> (Y ya decíamos supra, al referirnos al fundamento de la responsabilidad administrativa, que era necesario distinguir entre la justificación de la responsabilidad y el hecho generador). El hecho generador es entonces, el comportamiento causante del daño, y puede ser tanto el hecho culposos, como el hecho creador de riesgo, por lo cual entran en esta noción todos los casos de responsabilidad sin falta.

23. Beltrán Guerra, *op. cit.*, p. 161.

24. Rivero, *op. cit.*, p. 303.

En los últimos tiempos, la tendencia ha sido hacia la responsabilidad objetiva y se ha comenzado a hablar de casos de responsabilidad sin falta fuera de la teoría del riesgo (en la cual la responsabilidad objetiva parecía encontrar justificación). Es decir, ya no es el hecho culposo, ni el hecho creador de riesgo, sino un hecho que generaría responsabilidad fuera de estas dos nociones tradicionales.

Por ser la responsabilidad sin falta objeto de nuestro análisis, dejaremos por ahora cualquier otra consideración al respecto para volver sobre ella en una segunda parte de nuestro estudio.

## 6.2. EL DAÑO

Es aquella circunstancia lesiva, representada por una disminución en el patrimonio de un sujeto de derecho (recuerden que ya habíamos calificado la responsabilidad de la administración como una responsabilidad patrimonial).

La doctrina ha hecho una enumeración de sus características:

1. Debe ser real y cierto. Implica una lesión efectiva en el patrimonio del afectado, por lo cual debe ser nacido, presente y actual. Se excluye entonces de esta noción el daño eventual, pero se incluye el daño futuro en tanto y en cuanto su realización parezca inevitable.

2. El daño debe ser individualizable, es decir, particular a las víctimas, y no común al conjunto de miembros de una colectividad.

3. El daño debe ser anormal, esto es, que debe traspasar los obstáculos propios del funcionamiento del servicio.

4. El daño debe lesionar un derecho jurídicamente protegido. Se excluyen entonces los daños que se puedan causar a sujetos de derecho que se encuentran en una situación ilegal.

Por último, en lo que se refiere al daño moral, hoy día se acepta la reparación de éste por parte de la Administración.

## 6.3. EL NEXO CAUSAL

Es aquel vínculo entre la actuación imputable a la Administración y el daño efectivamente causado.

Para que exista responsabilidad por parte de la Administración se requiere un vínculo entre su conducta, manifestada a través de un hecho imputable y el daño cierto y directo causado en el patrimonio de un sujeto de derecho que ha actuado dentro del marco de la legalidad.

También debemos señalar la existencia de dos tipos de vínculos de causalidad: la causalidad física y la causalidad jurídica, esta última permite la responsabilidad del Estado en los casos de las llamadas responsabilidades complejas y que estudiaremos más adelante.

El hecho de la necesaria existencia del nexo de causalidad excluye los supuestos del hecho del tercero (salvo en los casos de las llamadas responsabilidades complejas), el hecho de la víctima y los casos de fuerza mayor y caso fortuito.

En cuanto a la posibilidad de pluralidad de causas en el hecho, creemos que en definitiva todas pueden ser alegadas y será el juez, en el caso concreto, quien definirá la relación de causalidad.

Por último, en relación a la posibilidad de funcionarios públicos que actúen con una doble condición, acumulando competencias distintas, creemos que perfectamente puede funcionar aquí la solidaridad frente a dos personas públicas. Otro criterio podría ser determinar en ejercicio de cuál de las dos competencias se causó el daño y ésta será la persona pública responsable.

## II. CONSIDERACIONES ESPECIALES

En esta segunda parte entraremos a analizar a fondo la figura de la responsabilidad objetiva. Comenzaremos con el estudio de la noción de responsabilidad objetiva a fin de entenderla claramente; en un segundo punto, analizaremos la responsabilidad objetiva en España, país este donde se consagra en forma absoluta, hoy en día dicha responsabilidad, y culminaremos finalmente, estudiando el caso de Venezuela, para poder determinar cuál es la situación actual en nuestro país.

### 1. NOCIÓN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA

El Código de Napoleón, cuyo surgimiento tiene lugar antes del auge del maquinismo, no pudo prever la cantidad de problemas jurídicos que se presentarían en ocasión de la Revolución Industrial. El obrero lesionado en la fábrica por la explosión de una máquina, tenía que buscar en el Código la fuente de la obligación de la cual naciera la obligatoriedad de la reparación a cargo del patrono, en su beneficio, el contrato nada establecía y la fuente era entonces el hecho ilícito, por lo cual debía probarse la culpa del patrono, hecho muy difícil y que resultaba desventajoso para el obrero.

Muchas fueron las soluciones que se buscaron ante esta clara desventaja; conceptos como la cláusula de garantía ("deuda de segu-

ridad") y el seguro, fueron manejándose en pro de una solución, pero sin muchos resultados. Finalmente surge la teoría del riesgo<sup>25</sup> constituyéndose como el fundamento y la piedra angular sobre la cual se erige la responsabilidad objetiva. Ya no es la culpa sino un hecho objetivo: el daño, el fundamento de la responsabilidad.

¿Cuál es el enunciado de esta responsabilidad objetiva? "Toda actividad implica un riesgo para los terceros, al propio tiempo para el que actúa; es justo que éste —el que actúa— sufra las consecuencias reparando los daños causados por su acción, aun cuando no pueda reprochársele culpa de ningún género; y ello es debido a que quien crea los riesgos para su propio provecho debe también sufrir sus consecuencias perjudiciales".<sup>26</sup>

Según esta teoría de la responsabilidad objetiva, por el simple hecho de haberse causado un daño, debe repararse aunque no exista culpa.

Muchas han sido las críticas que ha tenido que soportar la responsabilidad objetiva, sin embargo, la teoría del riesgo ha influido no sólo en la jurisprudencia, sino también en las legislaciones. En relación al derecho administrativo, la responsabilidad objetiva está mucho más desarrollada que en el derecho civil y no se fundamenta exclusivamente sobre el riesgo creado.<sup>27</sup>

Nos queda en relación a la noción de responsabilidad objetiva, analizar un punto que ha sido controversial como la noción misma de dicha responsabilidad, y es el que se refiere a las responsabilidades especiales o complejas, lo cual hacemos de seguida.

#### 1.1. RESPONSABILIDADES COMPLEJAS O POR HECHO AJENO

Si bien la responsabilidad ordinaria supone que el agente material del daño está obligado a repararlo, existe también un tipo de responsabilidad especial llamado responsabilidad compleja. En las responsabilidades complejas se distingue al civilmente responsable, del agente material del daño. El civilmente responsable responderá patrimonialmente del daño causado por personas o cosas por las que el legislador lo considera responsable y le impone la obligación de reparar.

25. También llamada esta teoría del riesgo-provecho.

26. Oscar Palacios Herrera. *Apuntes de Obligaciones*, Ediciones Centro de Estudiantes de la Universidad del Zulia, Maracaibo, 1982, p. 44.

27. Así lo sostiene Rivero en su *Tratado de Derecho Administrativo*, *op. cit.*, p. 303.

sagrado una responsabilidad objetiva que no da lugar a dudas de su carácter. No hay duda que el Derecho español al consagrarla de esta forma, quiso dejar fuera toda duda de su existencia.

## 2. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL

Hemos querido referirnos al Derecho español, pues es éste quien realmente ha asumido sin reservas la responsabilidad objetiva, colocándose hoy día a la cabeza de los demás países en lo que a ella se refiere.

Si bien Jean Rivero sostenía en su obra de derecho administrativo, al hablar del futuro de la responsabilidad sin falta, que aun cuando "algunos autores consideran que está llamada a eliminar progresivamente la noción de falta y a convertirse en el derecho común, de la responsabilidad administrativa. Es dudoso que esto suceda así".<sup>34</sup> Sin embargo, sucedió en España, país en donde en contra de todos los presagios hechos por la doctrina más calificada, la noción de responsabilidad sin falta se ha impuesto, configurándose como un principio general y verdaderamente absoluto de garantía del patrimonio de los súbditos frente al Estado. De este modo, si bien la jurisprudencia más progresista de Europa venía propugnando cada día con mayor insistencia, la objetivación de la responsabilidad; España la consagra expresamente y sin reservas en su ordenamiento jurídico y logra colocarse a la vanguardia del Derecho Comparado.

La Ley de Expropiación Forzosa (LEF) del 16 de diciembre de 1954, establece en su artículo 121:

Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufren en los bienes y derechos a que esta ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo.

Con este artículo, y así lo ha dicho Nieto "se introduce sin matización alguna la responsabilidad objetiva más absoluta en unos términos a cuya generosidad no ha llegado a ningún país del mundo".<sup>35</sup>

La LEF se configuró entonces como un estatuto integral de garantía patrimonial del súbdito frente a la acción del Estado. Se

34. Jean Rivero, *op. cit.*, p. 311.

35. Angel Nieto, *op. cit.*, p. 49.

erige este artículo como un principio de la responsabilidad del Estado. Finalmente el legislador quiso completar la nueva tendencia incluyendo el mencionado principio en una ley básica del ordenamiento administrativo; así en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJ) del 26 de julio de 1957, se establece:

- Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado en toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa.

Sobre esta fórmula legal se edifica todo el sistema español de responsabilidad civil de la administración.

Con la fórmula "Funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos" quedan incluidos dentro de la responsabilidad, no sólo los daños ilegítimos que son consecuencia de una actividad culpable de la Administración o de sus agentes, supuesto comprendido en la expresión "funcionamiento anormal de los servicios públicos, sino también los daños producidos por una actividad perfectamente lícita, como indica claramente la referencia explícita que el legislador hace a los casos de "funcionamiento normal" y en definitiva, los resultantes del riesgo creado por la existencia misma de ciertos servicios, puesto que sólo se excluyen expresamente los casos de "fuerza mayor", es decir, los "acaecimientos insólitos y extraños al campo normal de las previsiones típicas de cada actividad o servicio, según su propia naturaleza" (Dictamen del 29 de mayo de 1970).<sup>36</sup> Vale lugar a decir en este momento, para que quede claro y no dé lugar a confusiones, que la expresión servicios públicos y así lo aclara García de Enterría "hay que entenderla en sentido orgánico y no funcional y equipararla así pura y simplemente a actividad de la Administración".<sup>37</sup>

El comportamiento culpable entonces, no es en absoluto necesario para determinar la objetiva ilegitimidad de la actividad administrativa, cuya existencia y valoración concretas se realizan efectivamente en el "hecho lesivo", con independencia del comportamiento personal del funcionario. La culpabilidad subjetiva de este

36. Tomado de la p. 318. Eduardo García de Enterría. "La Responsabilidad del Estado por el comportamiento ilegal de sus órganos", *op. cit.*

37. García de Enterría. "Los Principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa", *op. cit.*, p.200.

último no sólo no presenta relieve jurídico alguno para que tenga lugar el fenómeno de imputación del hecho dañoso al ente público, sino que ha sido cuidadosamente eliminada de las hipótesis legales que condicionan la responsabilidad civil de la administración.

Por consiguiente, en el ordenamiento jurídico español, la culpa ha quedado como un elemento absolutamente extraño de la hipótesis legal que condiciona la responsabilidad del ente público. La Ley ha eliminado la consideración de los elementos ilicitud y culpa para construir la institución de la responsabilidad administrativa, y se apoya para ello en nuevo criterio que es el de lesión. Lesión en cuanto "perjuicio antijurídico en sí mismo" (criterio objetivo), perjuicio que el titular del patrimonio considerado no tiene el deber jurídico de soportarlo; aunque el agente que lo ocasione obre él mismo con toda licitud. La nota de la antijuricidad se desplaza desde la conducta subjetiva del agente, al dato objetivo del patrimonio dañado.<sup>38</sup> Basta que se produzca la lesión por parte de la administración para que ésta deba ser reparada.

Todas nuestras anteriores consideraciones nos lleva a concluir junto con la unánime opinión de la doctrina española y sin lugar a duda alguna, que la responsabilidad de la Administración en el Derecho Administrativo español es una responsabilidad objetiva. Al respecto concluye Leguina Villa "Creemos que es forzoso concluir que la obligación de resarcir de la Administración es concebida por el ordenamiento español como responsabilidad objetiva, cuya articulación técnica en las normas positivas nos parece extremadamente coherente y adecuada a su verdadera y propia función".<sup>39</sup>

Consideración especial nos merece el caso de los daños causados por actos administrativos. En efecto, existe con relación a éstos un régimen especial en el Derecho español. En virtud de este régimen, el acto administrativo del cual se derive una lesión económica y cuya efectividad esté probada, da lugar a reparación, requiriéndose para ello su anulación. Dentro del régimen especial al cual hemos hecho referencia, la reparación puede obtenerse de dos formas: o bien se acumula la pretensión indemnizatoria a la de anulación del acto (Art. 42 LRJ) o bien se intenta la acción de anulación y se espera la sentencia anulatoria para reclamar luego la reparación.<sup>40</sup>

38. Avelino Blasco Esteve. *La Responsabilidad de la Administración por Acto Administrativo*. Editorial Civitas, Madrid 1981, p. 29.

39. Jesús Leguina Villa. *La Responsabilidad Civil de la Administración Pública*. Madrid, sin fecha, p. 171.

40. A este régimen especial se refiere García de Enterría. "La Responsabilidad Patrimonial de la Administración". *op. cit.*, p. 356.

La justificación a este régimen especial, la cual nos parece perfectamente válida la encuentra García de Enterría al decir que "el daño que el acto anulado causa, continúa produciéndose en tanto el acto sigue ejecutándose y sólo tras su eliminación, además de hacerse visible la injustificación de dicho daño, queda determinada y objetivada su cuantía real".<sup>41</sup> No se trata pues de demostrar la ilegalidad del acto (equipando ilegalidad con responsabilidad) en el sentido de que, como sostiene Garrido Falla en su teoría de la indemnización, los actos legítimos no pueden engendrar responsabilidad, sino que dan lugar a una indemnización".<sup>42</sup> Tesis que a decir de Avelino Blasco, "si bien cuando se formuló en 1952 supuso un notable y meritorio intento de establecer un sistema global de prestaciones administrativas compensatorias, no tiene ya sentido insistir en la distinción, cuando ni la LEF ni la LRJ la reconocen".<sup>43</sup> Se trata entonces, siguiendo con nuestra exposición, de lograr suspender la causa real del daño, que de otro modo lo continuaría produciendo; y al haberse anulado, poder cuantificar con precisión el *quantum* de dicho daño.

La teoría de la indemnización propuesta por Garrido Falla sólo hay lugar a entenderla en los casos de expropiación, pues en ellos el acto expropiatorio (siempre que sea legítimo) no sólo puede ser suspendido, sino que además ha sido dictado específicamente para usurpar del derecho de propiedad del afectado el bien objeto de dicha expropiación. De este modo, el afectado no podría pretender un daño del resultado de dicho acto, dado que el supuesto daño constituye, precisamente, el fin último del acto, sin embargo, el menoscabo de su derecho de propiedad no puede ser gratuito, por lo cual debe acordársele una justa indemnización. "La igualdad de todos los ciudadanos ante las cargas públicas es incompatible con la idea de sacrificio especial sin indemnización".<sup>44</sup> La teoría de la indemnización queda limitada entonces a los casos de expropiación, así lo ha entendido la doctrina dominante y precisamente la LEF distingue expropiación de responsabilidad, acordando una indemnización para la primera (ajena a toda idea de responsabilidad) y una reparación para la segunda (que se fundamenta en la lesión —lesión que no existe como tal en la expropiación—).

41. García de Enterría. "La Responsabilidad Patrimonial de la Administración", *op. cit.*, p. 356.

42. Avelino Blasco Esteve, *op. cit.*, p. 36.

43. *Idem*, *op. cit.*, p. 39. También a decir del mismo autor la doctrina dominante está en contra de esta tesis.

44. *Idem*, p. 36.

Visto ello así, queda a salvo la responsabilidad objetiva de la Administración en los casos de actos administrativos, quienes al ocasionar una lesión quedan a salvo de toda consideración sobre su legalidad o ilegalidad para generar la responsabilidad de la Administración. Cabe recordar sin embargo, como lo señalamos al hablar de las condiciones de la responsabilidad en relación al daño, que debe tratarse de una lesión a un derecho jurídicamente protegido. Sería absurdo pretender que quien ha incumplido la ley y ha construido en un lugar prohibido o se ha excedido en los límites autorizados, pretenda reparación del acto administrativo que ordene y ejecute la demolición y así en los innumerables ejemplos que podrían señalarse.

Para concluir, sólo nos queda señalar que el concepto de lesión requiere la imputación del perjuicio a un sujeto distinto del titular del patrimonio dañado. Si el perjuicio se le imputase al propio titular o a una causa externa e irresistible, no se daría la nota esencial de antijuricidad. Entran aquí entonces "las causas de justificación" son ellas: el daño causado por la propia víctima, la causa externa no imputable y la fuerza mayor o caso fortuito. Sólo ante ellas la administración podría justificar su no responsabilidad.

### 3. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

Hemos preferido abordar este punto dividiéndolo en dos partes; en primer lugar haciendo un análisis detallado de nuestro ordenamiento positivo para luego, en su segundo momento pasar al análisis de la jurisprudencia en la materia.

#### 3.1. ANALISIS DEL ORDENAMIENTO JURIDICO

La responsabilidad del Estado Venezolano está consagrada expresamente en nuestra Constitución. En efecto, dice el artículo 47:

En ningún caso podrán pretender los venezolanos ni los extranjeros que la República, los Estados o los Municipios les indemnicen por daños, perjuicios o expropiaciones que no hayan sido causados por autoridades legítimas en el ejercicio de su función pública.

No hay duda entonces que en el artículo señalado se reconoce, aunque en forma indirecta, la responsabilidad del Estado. También se reconoce en este artículo la teoría de la indemnización, al distinguir entre "daños y perjuicios o expropiaciones" quedando claramente establecido, como habíamos señalado supra, que la expropiación (cuando es legítima) no puede causar perjuicios, por lo cual no da lugar a reparación sino a una indemnización.

Esta disposición del artículo 47 ha sido completada por el artículo 206.

Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

Disposición esta contemplada a su vez por los artículos 42, ordinales 15, 182 y 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (LOCSJ), que establecen la competencia por la cuantía en cuanto a las acciones contra la administración; y por el artículo 30 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, que establece un procedimiento previo para la instauración de acciones contra la República.

La responsabilidad de la Administración queda configurada sobre la base de las disposiciones señaladas en función de las cuales se desarrolla todo el sistema de la responsabilidad civil del Estado. Sin embargo, amén de consagrarse en ellas la responsabilidad como principio general, nada se establece sobre la forma en que ésta debe ser determinada, ni sobre los elementos que condicionan dicha responsabilidad. No hay como en España, norma expresa que se refiera a un criterio claro y preciso de determinación. ¿Será la culpa? (Responsabilidad Subjetiva) ¿Será el riesgo? (Responsabilidad Objetiva); ¿será un elemento distinto? Nada dicen al respecto, sólo se limitan a decir que la Administración es responsable.

Cuando hablábamos supra del régimen de la responsabilidad decíamos que la consagración de ella (la responsabilidad) se constituía en una garantía jurídica para el particular, por lo que el daño debía ser reparado; y que ante la ausencia de normas expresas, sería la jurisprudencia la encargada de establecerlas o, en último caso (si la jurisprudencia no lo ha hecho), habría que recurrir a los principios consagrados en el derecho civil, pues de otro modo no se configuraría la garantía jurídica y sólo sería letra muerta.

También decíamos, al hablar de la noción de responsabilidad objetiva, que ella debe estar consagrada expresamente para ser entendida como tal y no dar lugar a dudas de su existencia. Por lo pronto podemos decir, a manera de conclusión previa, que nuestras normas constitucionales no consagran la responsabilidad objetiva.

Analicemos sin embargo, algunas leyes de nuestro ordenamiento jurídico para poder llegar a una conclusión definitiva.

Disposición interesante encontramos en la Ley de Tránsito Terrestre, que en su artículo 21 establece:

El conductor está obligado a reparar todo daño material que cause con motivo de la circulación del vehículo, a menos que pruebe que el daño proviene de un hecho de la víctima o de un tercero, que haga inevitable el daño y sea normalmente imprevisible para el conductor.

Se consagra en este artículo sin lugar a dudas un caso típico de responsabilidad objetiva, como vemos la obligación del conductor de reparar es ajena a toda consideración sobre su culpa, basta que el daño se haya producido para que quede obligado a su reparación y ni siquiera el caso fortuito es exonerativo de su responsabilidad, pues sólo le es posible exonerarse desvirtuando la relación de causalidad, probando que el daño fue ocasionado por la víctima o un tercero.

Se acepta entonces en relación a este artículo la teoría del riesgo, quedando consagrada la responsabilidad objetiva del conductor.<sup>45</sup>

De la relación de este artículo con el artículo 59 de la misma ley que establece:

En todos los casos en que la Nación fuere la propietaria, la acción se seguirá ante el respectivo Juzgado de Tránsito (...) pero la demanda sólo podrá ser admitida contra aquella cuando la sentencia definitivamente firme, que declare con lugar la acción contra el conductor, no hubiere podido ser ejecutada contra éste...

Podemos sostener que el mismo es aplicable a la Administración por lo cual ella deberá responder en forma objetiva en estos casos.

No se trata de ninguna manera de un caso de presunción de culpa, pues ésta no se presume de modo alguno; simplemente, la administración está obligada a reparar el daño en forma subsidiaria en ocasión de la propiedad para que no quede ilusorio el derecho subjetivo de la víctima. El conductor es responsable de forma objetiva del daño causado, y si no puede pagar, la Administración deberá asumir dicha reparación. De donde, siendo objetiva para el conductor, lo es también para la Administración que nada podrá probar, pues ya hay sentencia contra el conductor. Es en ocasión de la propiedad y no en ocasión de presunción alguna respecto a la Administración que nace la obligación.

---

45. Para Maduro no hay duda que la responsabilidad por accidentes de tránsito es de naturaleza objetiva, *ob. cit.*, p. 682.

Nos parece prudente traer a consideración el caso del artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Dicha norma establece:

En su fallo definitivo la Corte declarará si procede o no la nulidad del acto impugnado (. . .) Igualmente, la Corte podrá de acuerdo con los términos de la respectiva solicitud, condenar el pago de sumas de dinero y la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración. . .

A este respecto, nos toca aclarar que para que proceda la responsabilidad es necesaria la ilegalidad del acto (equiparando en este sentido ilegalidad con responsabilidad).

Luego, si el acto es legítimo y es confirmado, no es procedente la responsabilidad de la Administración. Se trata en todo caso de una acumulación de pretensiones, anulación más condena, en donde la pretensión de condena estará siempre condicionada a la ilegalidad o no del acto. En Venezuela, a diferencia de lo que sucede en España, no hay norma expresa que pueda dar lugar a generar responsabilidad del acto administrativo legítimo, y el artículo 206 sólo habla de "condenar a la reparación de daños y perjuicios originados en la responsabilidad de la Administración". Responsabilidad esta, que ante la ausencia de norma expresa, sólo puede originarse del acto administrativo ilegal (equiparando ilegalidad con responsabilidad), por lo que frente al daño causado por el acto administrativo legítimo tendremos que recurrir a la teoría de la indemnización propuesta por Garrido Falla en España, precisamente, ante la ausencia de estas normas expresas, y que hoy día, ante la existencia de éstas, ha quedado en desuso (según la propia doctrina citada).

Por lo demás no encontramos otras disposiciones en el resto del ordenamiento jurídico que fuera necesario considerar. De este modo podemos concluir que nuestro ordenamiento jurídico no consagra en forma expresa la responsabilidad objetiva, salvo en el caso de la Ley de Tránsito Terrestre en donde aquella está limitada al caso de accidentes de tránsito. Quedan fuera entonces de nuestro ordenamiento jurídico, en materia de responsabilidad objetiva, el resto de las otras muchas hipótesis de producción de daño.

Nos tocará analizar de seguida cuál ha sido la posición asumida por nuestra jurisprudencia.

### 3.2. ANALISIS DE LA JURISPRUDENCIA

A este respecto haremos un señalamiento cronológico de las sentencias que se han producido en materia de responsabilidad de la

**Administración, a modo general, para llegar en base a ellas a las conclusiones a las que haya lugar.**

1. Sentencia de la Corte Suprema en Sala Político-Administrativa (CSJ-SPA) de fecha 30 de enero de 1975. Se demanda a la Nación por los daños y perjuicios ocasionados por la explosión a base de dinamita realizada para construcción de una carretera. Se fundamenta la demanda en la acción de daños y perjuicios del artículo 1.185 del Código Civil. Se declaró parcialmente con lugar y se condenó a la Nación a pagar en virtud de haber sido probados los tres elementos de la responsabilidad: daño, culpa y relación de causalidad (criterio subjetivo — culpa—).

2. Sentencia del Juzgado Superior Séptimo de fecha 9 de agosto de 1982. Se demanda a la Municipalidad del Distrito Federal por la conducta de un agente policial. Se fundamenta la demanda en el artículo 1.185 del Código Civil. Se declaró parcialmente con lugar con fundamento en la culpa (criterio subjetivo).

3. Sentencia de la Corte Primera en lo Contencioso-Administrativo (CPCA) de fecha 11 de noviembre de 1982. Caso Aurelio de Jesús Cedeño. Se demanda a la Compañía Anónima de Administración y Fomento CADAFE por la muerte del ciudadano Aurelio Cedeño, electrocutado al rozar con un tubo metálico, cables que se encontraban a baja altura. Se fundamenta la demanda en los artículos 1.185 y 1.193 del Código Civil (relativa a la responsabilidad especial por guarda de cosas). Se declara con lugar la demanda en virtud del 1.193 del Código Civil por estar probado el daño y la condición de guardián de CADAFE. La Corte no califica la responsabilidad del 1.193, en el sentido de determinar si trata de responsabilidad subjetiva u objetiva.

La sentencia es apelada ante la CSJ-SPA, quien en su fallo del 11 de febrero de 1985 ratifica la decisión de la CPCA. Tampoco se ocupa el máximo tribunal de hacer dilucidación alguna sobre el carácter de la responsabilidad especial por guarda de cosas.

4. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Político-Administrativa, de fecha 19 de abril de 1984. Caso Freddy Cabello Sánchez. Se demanda a la República de Venezuela por daños materiales y morales ocurridos con ocasión de la muerte del ciudadano Freddy Cabello, al caer sobre su vehículo una valla de señalización propiedad de la República. Se fundamenta la demanda en los artículos 1.185 y 1.193 del C.C. Se declara con lugar la demanda y se condena a la República con fundamento en el artículo 1.193 del Código Civil. La Corte se contradice en este fallo al tratar de determinar el carácter de la responsabilidad especial por guarda de cosas, pues en una parte se refiere a la "presunción de culpa en la guarda" como el fundamento de la responsabilidad (página 16 del fallo original), mientras que más adelante (página 22) establece que se trata de una "responsabilidad objetiva". Hay pues una ambigüedad por parte de la Corte, quien no logra en modo alguno establecer un criterio uniforme sobre si se trata de una responsabilidad subjetiva u objetiva.

5. Sentencia de a CPCA de fecha 21-11-85. Casos Nelson Molina. Se demanda a CADAFE por la muerte del señor Molina, ocurrida por descarga eléctrica en ocasión de cables de alta tensión colocados en un lugar indebido. Se fundamenta la demanda en el artículo 1.193 del C.C. Se declara con lugar. La Corte al considerar el fundamento de la responsabilidad establece que se trata de una "presunción de culpa" (criterio subjetivo).

6. Sentencia de la CPCA de fecha 20 de marzo de 1986. Caso niño Cruz Alexander Riera. Se demanda al Instituto Nacional de la Vivienda INAVI por la muerte del niño al caer por el orificio del ascensor que carecía de las necesarias advertencias de precaución. Se fundamenta la demanda en el artículo 1.185 del C.C. Se declara con lugar con fundamento en la culpa —negligencia de la administración (INAVI)— (criterio subjetivo).

7. Sentencia de la CSJ-SPA de fecha 14 de febrero de 1991. Caso niño Romeld David. Se demanda solidariamente al INAVI y a la Constructora Franvez, C.A. por la muerte del niño, ocurrida en virtud de defecto en la construcción del edificio por ellos construido. Se fundamenta la demanda en el artículo 1.185 del C.C., y la solidaridad en el artículo 1.191 (que se refiere a la responsabilidad de los dueños o principales). Se declara con lugar con fundamento en la culpa (criterio subjetivo). La Corte reconoce en forma indirecta el criterio objetivo en el caso del artículo 1.191 del C.C., cuando para desestimarla observa "Estima la Sala que en este caso la responsabilidad de los demandados es directa y no objetiva. El artículo 1.191 del Código Civil invocado en la demanda no es aplicable... (Página 23 del fallo original).

Del análisis de todos los fallos citados (de los que hemos excluido intencionalmente la sentencias de la Corte Suprema de Justicia Sala Político-Administrativa del 14-11-1963 y 5-2-1964 por considerar que se sostienen en ellas criterios superados) podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1. La jurisprudencia venezolana, lejos de aportar algún criterio novedoso para el desarrollo del régimen de responsabilidad de la Administración, se ha limitado a aplicar los principios consagrados por el Derecho Civil en la materia.

2. Dentro de estos principios del Derecho Civil de los que ha hecho uso la jurisprudencia para la atribución de la responsabilidad, dos han sido los criterios: la responsabilidad por culpa y la responsabilidad especial por guarda de cosas.

3. En relación al primero de ellos, no hay duda de que se trata del criterio subjetivo que fundamenta en la culpa la responsabilidad de la Administración.

4. En relación al segundo, que es el punto que nos ocupa, podemos señalar lo siguiente: No es clara la posición de la jurisprudencia en cuanto a cuál debe ser el carácter que debe atribuírsele a la responsabilidad especial por guarda de cosas, como para poder afirmar de manera definitiva que se trate de un criterio subjetivo u objetivo. Como vemos, en muchos casos no se pronuncia, en otros cae en ambigüedades al tratar de hacerlo y en los últimos habla de presunciones de culpa.

La jurisprudencia al no establecer reglas especiales en materia de responsabilidad administrativa, sino aplicar los principios del

Derecho Civil, y al no establecer una posición concreta y determinante en cuanto al fundamento de las responsabilidades especiales, trae al campo del derecho administrativo todas las discusiones que sobre ellas existen en el derecho civil.

Pensamos que si la intención de la jurisprudencia fuere establecer por esta vía la tesis de la responsabilidad objetiva, se hubiera pronunciado expresamente como lo hiciera en su oportunidad el Tribunal de Conflicto francés en el famoso caso Blanco, al establecer que la responsabilidad de la administración se regiría por reglas especiales que la propia jurisprudencia se encargaría de crear.

En todo caso, aun si aceptáramos la tesis objetiva del Derecho Civil, que sostiene que las responsabilidades objetivas tienen su fundamento en la teoría del riesgo y no en la presunción de culpa, jamás podríamos concluir que en Venezuela esté consagrada la responsabilidad objetiva en forma absoluta, tal como está consagrada en el Derecho español, sino que sería una forma tenue de responsabilidad objetiva, limitada solamente a los supuestos de la guarda.

Nuestra posición, como la sostuviéramos atrás, es que para poder hablar de una verdadera responsabilidad objetiva, ella debe estar consagrada expresamente y no dar lugar a dudas de su existencia; lo demás, será una tendencia hacia la objetivación; una posición ecléctica, o como querramos llamarle, pero no será una verdadera responsabilidad objetiva. En Venezuela vemos entonces que no existe; en Europa (Francia e Italia —principalmente—) cada vez se avanza más hacia ella; en España existe y nadie duda de ello.

### III. CONCLUSIONES

De las anteriores consideraciones hemos podido llegar a las siguientes conclusiones:

I. La responsabilidad objetiva existe en España consagrada en su legislación en los términos más amplios y absolutos a cuya generosidad no ha llegado ningún país del mundo. La Administración es responsable con culpa o sin ella de las conductas de sus funcionarios, sus omisiones, los hechos materiales que éstos causen y hasta por sus actos administrativos, y sólo las causas de justificación pueden eximirla de dicha responsabilidad.

II. La responsabilidad objetiva sólo está consagrada en nuestro ordenamiento jurídico en la Ley de Tránsito Terrestre, limitada a los accidentes de tránsito.

III. En materia de responsabilidad por actos administrativos, en Venezuela prevalece el criterio subjetivo. De donde, sólo ante su ilegalidad, la cual se equipara a responsabilidad, procede la reparación del daño causado por éstos. Ante el daño por acto legítimo, sólo queda aplicar la teoría de la indemnización.

IV. La jurisprudencia no consagra en nuestro país la responsabilidad objetiva, sólo por vía de excepción en cuanto a la responsabilidad por guarda y siempre dependiendo del criterio que se sostenga en cuanto al fundamento de ésta. Si se sostiene que es el riesgo, es entonces objetiva, no en términos absolutos como en España, sino por vía de excepción (guarda de cosas), y será siempre una especie de responsabilidad objetiva muy alejada del verdadero sentido de su género.

V. Quizás por ahora los principios del Derecho Civil han resultado suficientes ante el poco número de casos que se han presentado y la similitud entre ellos (amén que todos han podido ser subsumidos en el supuesto de la responsabilidad civil), pero, ¿qué pasará si no se pueden encuadrar en las soluciones existentes, quedarán acaso sin solución, será el principio de responsabilidad que consagra una garantía jurídica para el particular letra muerta? —habrá que esperar, quizás entonces nuestra jurisprudencia se decida a romper el mutismo en el que ha permanecido—.

#### CONCLUSION FINAL PARA VENEZUELA

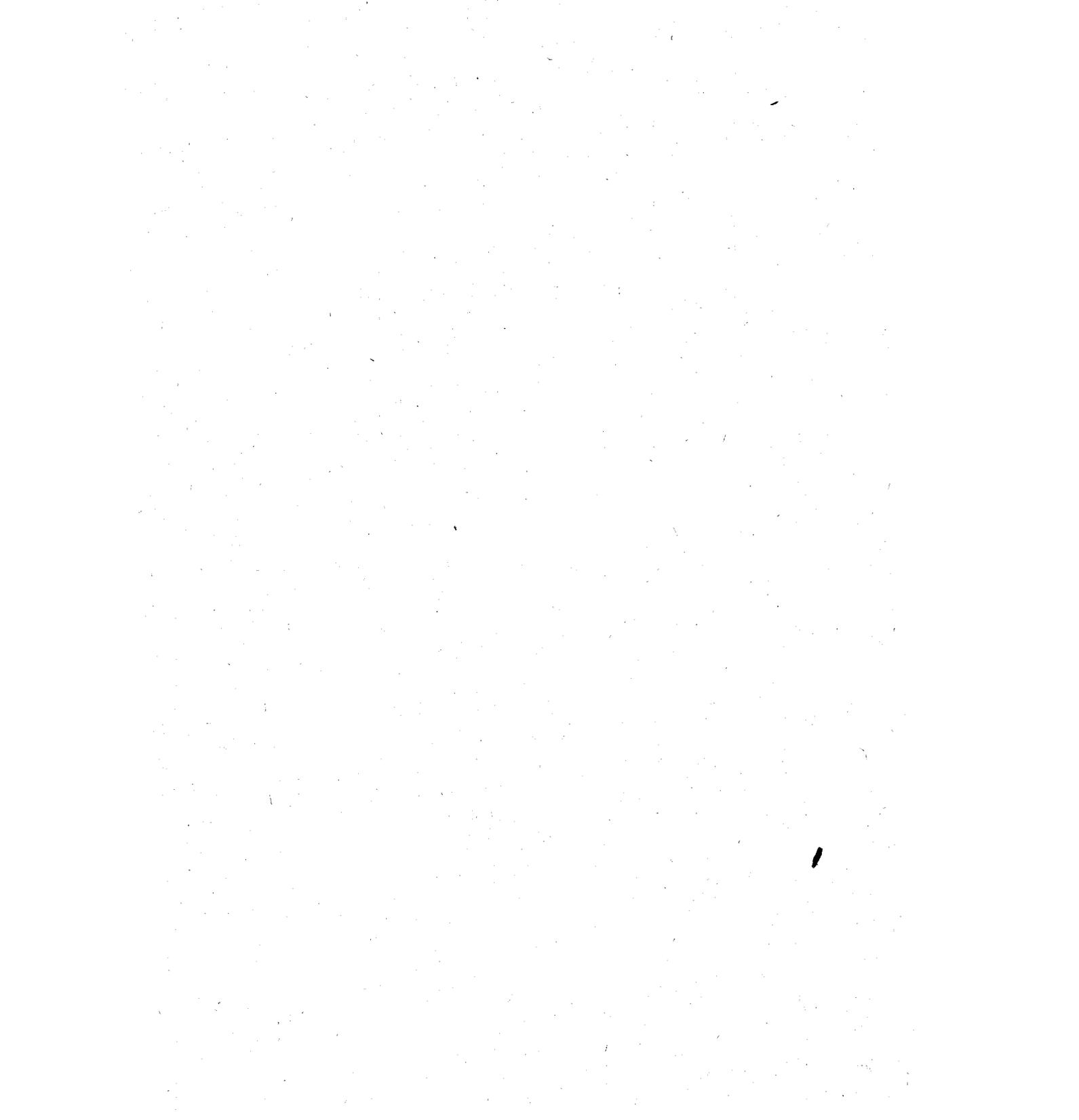
La responsabilidad de la Administración se fundamenta en el criterio subjetivo (culpa) y sólo por excepción, en el criterio objetivo; Ley de Tránsito Terrestre en el ordenamiento jurídico; y responsabilidad por guarda, en la jurisprudencia.

#### BIBLIOGRAFIA

- ALTAMIRA GIGENA, Julio. *Responsabilidad del Estado*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1973.
- BLASCO ESTEVE, Avelino. *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*. Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1981.
- BREWER CARIAS, Allan-R. *Instituciones Políticas y Constitucionales*. Tomo I. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1985.
- ESCARRA MALAVE, Carlos. "La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública por hecho ilícito". *Revista de la Facultad de Derecho de la UCAB*. N° 37. Departamento de Publicaciones UCAB. Caracas, 1986.

- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1956.
- . "La Responsabilidad del Estado por el comportamiento ilegal de sus órganos." *Libro homenaje a Enrique Sayagués Laso*. Tomo IV. Sin editorial ni fecha.
- GUERRA GUERRA, Luis B. "La Responsabilidad Civil del Estado por los hechos ilícitos de los órganos de la Administración Pública". *20 años de Doctrina de la Procuraduría General de la República*. 1962-1981. Tomo V. Publicaciones de la PGR. Caracas, 1984.
- LARES MARTINEZ, Eloy. *Manual de Derecho Administrativo*. 6ta. edición. Facultad de Ciencias Políticas y Jurídicas, UCV. Caracas, 1986.
- LEGUINA VILLA, Jesús. *La Responsabilidad Civil de la Administración Pública*. Editorial Tecnos. Madrid, sin fecha.
- MADURO LUYANDO, Eloy. *Curso de Obligaciones*. 6ta. edición. Manuales de Derecho UCAB. Editorial Sucre. Caracas, 1986.
- MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo IV, 3ra. edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1980.
- MELICH ORSINI, José. *Responsabilidades Civiles Extracontractuales*. Editorial Cajica. Puebla, México, 1965.
- NIETO, ALEJANDRO. "La Responsabilidad Civil de la Administrativa Pública". *Revista de Derecho Público*, N° 10. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1982.
- PALACIOS HERRERA, Oscar. *Apuntes de Obligaciones*. Ediciones Centro de Estudios Universidad del Zulia. Maracaibo, 1982.
- RIVERO, Jean. *Derecho Administrativo*. Imprenta Universitaria, UCV. Caracas, 1984.
- ROUSSEAUD, Charles. *Teoría general de la responsabilidad en Derecho Administrativo*. (Facultad de Derecho de París, Curso de Doctorado). Bogotá, Colombia, 1956.
- SAYAGUES LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. Talleres Gráficos Barreiro y Ramos. Montevideo, 1974.
- Jurisprudencia Ramírez y Garay*. Tercer trimestre 1982. Tomo 80. Ediciones Ramírez y Garay. Caracas, 1982.
- Gaceta Forense*. Segunda etapa. Tomo 87. Corte Suprema de Justicia. Caracas, 1975.
- Congreso Nacional, Venezuela, Constitución de la República de Venezuela. *Gaceta Oficial*, N° 662. Caracas, 1961.
- Congreso Nacional, Venezuela, Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. *Gaceta Oficial* N° 27.921. Caracas, 1965.
- Congreso Nacional, Venezuela, Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. *Gaceta Oficial* N° 1.893 Extr. Caracas, 1976.
- Congreso Nacional, Venezuela, Ley de Tránsito Terrestre. *Gaceta Oficial* N° 794 Extr. Caracas, 1962.

**PREGRADO**



**LAS ASOCIACIONES DE VECINOS: ESTUDIO JURIS-  
PRUDENCIAL Y DOCTRINAL DE LA NATURALEZA  
JURIDICA Y LA LEGITIMACION PARA ACTUAR EN  
PROCESOS DE MATERIA URBANISTICA**

ARTURO BRAVO ROA

*Revista de la Facultad de Derecho, N° 43*  
Universidad Católica Andrés Bello  
Caracas, Venezuela, 1991



## SUMARIO

ç1. La naturaleza jurídica de las asociaciones de vecinos: I. Doctrinas que explican a las asociaciones de vecinos como personas de Derecho Público. II. Doctrinas que explican a las asociaciones de vecinos como personas de Derecho Privado: A. Nuestra posición: 1. Por el origen. 2. Por el fin. ç2. Legitimación de las asociaciones de vecinos para actuar en procesos de materia urbanística: I. Funciones del Síndico Vecinal. II. Legitimación en distintos procesos: A. Jurisdicción ordinaria o de control urbanístico. B. Jurisdicción administrativa. C. Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

### ç1. NATURALEZA JURIDICA DE LAS ASOCIACIONES DE VECINOS

Quizás, uno de los puntos más álgidos y sobre el cual hemos tenido que abordar distintas posiciones doctrinales, en orden a llegar a una conclusión sólida y valedera, por lo menos en nuestra perspectiva, es la naturaleza jurídica de las asociaciones de vecinos.

Muchos han sido los artículos escritos en las diversas publicaciones especializadas, así como los autores que tratan este tema en sus obras, pero pocos se dedican realmente a abordar este punto, dando a veces como obvia, su naturaleza y, por ende, consideran a la misma indiscutible. Sin embargo, como sucede en la gran mayoría de puntos en derecho, en donde caben todos los razonamientos, hemos encontrado, fundamentalmente, dos posiciones doctrinales encontradas, a saber:

A. Aquellos que opinan que las asociaciones de vecinos son personas de Derecho Público.

B. Aquellos que opinan que las asociaciones de vecinos son personas de Derecho Privado.

Como se verá, el tomar una u otra posición, redundará, notablemente, en muchas consecuencias de tipo legal, como por ejemplo, la legitimación para actuar en los juicios, el tipo de actos que genera, y, en fin, una serie de consecuencias, de la más variada gama, que pudie-

ran o no afectar el desenvolvimiento de las asociaciones de vecinos, tal como se les concibe hoy en día.

De seguidas, trataremos de esbozar ambas tesis, y fijar nuestra posición al respecto:

#### I. DOCTRINAS QUE EXPLICAN A LAS ASOCIACIONES DE VECINOS COMO PERSONAS DE DERECHO PUBLICO

Antes de abordar esta tesis, consideramos prudente observar que en la doctrina nacional, son pocos los autores que se han dedicado al estudio de esta posición. Dentro de este reducido grupo de autores, el doctor Carlos Miguel Escarrá Malavé, profesor universitario, ha escrito en defensa de esta tesis, explicando, al efecto, una serie de argumentos para fundamentar su posición. Así, en orden a entender un poco la tesis propuesta por el doctor Carlos Escarrá, hemos considerado conveniente esbozar el basamento de su doctrina:

Dice el precitado autor que "las asociaciones de vecinos no pueden considerarse como entes privados o entes de derecho privado porque:

1. Son sociedades intermedias, que operan como grupo de presión, con el objeto de proteger el "hecho colectivo por excelencia en la sociedad humana".
2. Pueden existir personas públicas que no pertenezcan a la estructura estatal y que sean creadas, mediante libre motivación e iniciativa privada, bajo el mecanismo del derecho privado, pero que al atender fines públicos entran, ya sea en un régimen mixto en cuanto a su naturaleza, o, están inclinadas al carácter público.
3. La iniciativa privada, es un fenómeno colectivo de interés por los problemas del Estado, a tal punto, que la Ley requiere un número no menor de doscientas familias y la firma de, por lo menos, cincuenta (50) representantes o padres de familia para la constitución o registro.
4. Al utilizarse los mecanismos de derecho privado para la adquisición de la personalidad jurídica, ello no conlleva, necesariamente, a afirmar que su naturaleza sea privada, pues existen figuras como el Banco Central de Venezuela, el Banco Industrial, etc., a quienes la doctrina y la legislación les ha conferido el carácter de entes públicos asociativos.
5. Que el Estado ejerce un verdadero control, que no sólo se dirige a garantizar la integridad del capital empleado, sino a garantizar el efectivo cumplimiento del fin prefijado por parte de la entidad, en una positiva relación de cumplimiento que incumba a la entidad:
  - a. La obligación de inscribirse en el Registro que lleva el Concejo Municipal y actualizar anualmente su inscripción, "sin lo cual no podrán actuar válidamente ante los Concejos Municipales".

b. Es el órgano municipal quien va a determinar el ámbito especial en el que puede constituirse y actuar la asociación de vecinos.

c. Tiene deberes como: gestionar la atención de sus problemas y la defensa de sus intereses. Se establece, en efecto, un conjunto de deberes que deben ejecutarse en colaboración con las autoridades públicas municipales, pero también derechos que vienen a delimitar el marco estatutario de una Asociación de Vecinos, que hacen evidente tanto el control indirecto que ejerce el Concejo Municipal, como las finalidades públicas que éstas persiguen, y así, existe una tutela del Estado sobre el ente, o por lo menos su vigilancia, continua e intensa.

6. Que las asociaciones de vecinos nacen por motivos de la complejización de las actividades estatales, y las crecientes necesidades públicas, lo cual ha hecho que dichos fines públicos se trasladen a otros entes con personalidad jurídica, de carácter intermedio y sujetos a distintos grados de control, quienes en definitiva, se hacen responsables de la ejecución y final satisfacción de tales fines.

7. Que las asociaciones de vecinos, vigilan, colaboran, participan y ejecutan fines públicos, que son los que le dan sentido a su existencia y las que establecen la nota característica. Así, sus actividades se dirigen a obtener el perfeccionamiento del medio urbano, en armonía con el hombre, afectando por igual a cualquier individuo sea o no perteneciente como miembro a una asociación.

De esta forma, a grosso modo, el doctor Carlos Miguel Escarrá Malavé, esboza o fundamenta su teoría.

## II. DOCTRINAS QUE EXPLICAN A LAS ASOCIACIONES DE VECINOS COMO PERSONAS DE DERECHO PRIVADO

En este caso, estudiaremos la otra cara de la moneda, como lo es la posición de aquellos autores que entienden que las asociaciones de vecinos son personas de derecho privado. El doctor Allan Randolph Brewer Carías, entre otros autores, en diferentes publicaciones relativas a esta materia, ha considerado que las asociaciones de vecinos son entes de derecho privado.

Sin embargo, ni el referido autor, ni ningún otro autor se ha dedicado a esbozar una tesis clara en orden a defender esta posición toda vez que, entiendo, que se ha considerado como pacífica y no sujeta a discusión la posición de que son personas de derecho privado.

Con todo el respeto que nos merece el doctor Carlos Escarrá, no compartimos la tesis defendida por él, y por ende, nos inclinamos un poco más a la idea de que las asociaciones de vecinos son entes de derecho privado, tal como lo sostiene, entre otros autores, el doctor Brewer. De esta forma trataremos de seguidas, exponer nuestra posición al respecto:

## A. NUESTRA POSICION

Esbozados brevemente ambos planteamientos doctrinales, consideramos conveniente tratar de fundamentar una posición que nos ayude a explicar el porqué entendemos a las asociaciones de vecinos como personas de derecho privado. Esta posición la sostenemos con base en los siguientes planteamientos tanto de hecho como de derecho:

### 1. POR EL ORIGEN

Tal como lo acota el doctor Allan Brewer, "en sus orígenes, la institución municipal no es otra cosa que una asociación de vecinos, autónoma, políticamente hablando. Sin embargo, por la progresiva burocratización o centralización del municipio, alejó esta institución local de los vecinos y residentes, quienes dejaron de encontrar en el municipio una fuente de participación, y más bien lo comenzaron a sentir como un enemigo de sus intereses vecinales. Las asociaciones de vecinos entonces, aparecen como un fenómeno espontáneo y como un auténtico movimiento social urbano, que han venido a enfrentarse al poder local en la defensa de los intereses vecinales, por la pérdida de identidad que ha sufrido y ha venido sufriendo el municipio durante su desarrollo político. Así, después de una acción continua, desarrollada fundamentalmente a finales de los años sesenta y en la década de los sesenta, la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1978 *reconoció* formalmente a las asociaciones de vecinos, a lo que contribuyó sin duda, el mismo planteamiento formulado por la Federación de Comunidades Urbanas al Congreso de abril de 1978. (Subrayado nuestro).

De esta forma, entendemos que quienes han elaborado las distintas legislaciones que han tocado esta materia (Ley de Régimen Municipal, Reglamento Parcial # 1 y Ley Orgánica de Ordenación Urbanística) simplemente, reconocen una situación de hecho que se venía presentando, con el fin de canalizar todas esas inquietudes, y volver sobre las mismas, de modo y manera de acercarse un poco más a aquello que la política y la burocratización había separado. Así, los textos legislativos que abordan esta materia, de una manera —si se quiere, un poco tautológica— en primer lugar, hacen un llamado a la participación de los vecinos organizados en distintos artículos. Sin embargo, en nuestro parecer, este "llamado", no ha de ser entendido como que el Estado es quien crea o llama a la participación de las asociaciones de vecinos, tal como lo sostiene el doctor Carlos Escarrá, sino que, por el contrario, lo que hace es reconocer y con ello, canalizar las formas de participación que pudieran, eventualmente, asumir las asociaciones de vecinos.

Dentro de estas leyes que hacen estos llamados, encontramos, básicamente, dos textos fundamentales, como lo son la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística y la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

De seguidas, analizaremos algunos de los artículos más relevantes que tienen estas leyes con el fin de llamar a la participación de los vecinos:

a. LEY ORGANICA DE ORDENACION URBANISTICA

a.1. PRINCIPIOS CONTENIDOS EN LA LEY QUE LLAMAN A LA PARTICIPACION DE LOS PARTICULARES ORGANIZADOS

En primer lugar, el artículo 10, ordinal 5: "Es de competencia de los municipios en materia urbanística: ... (omissis) ... 5. Estimular la participación de las comunidades organizadas y de la ciudadanía en general en la elaboración y ejecución de los planes".

Nótese, en la redacción de este artículo, que más que un llamado, lo que se hace es *una canalización de las actividades de las comunidades organizadas con el fin de que participen del plan*, por lo que, consideramos errado que se considere que el Estado sea quien crea o dota de funciones a las asociaciones de vecinos, sino por el contrario, lo que hace el Estado es como reconocer una situación de hecho y ponerla a trabajar a su lado, de modo y manera de volver sobre las mismas, en orden a conseguir los fines que éste persigue.

En segundo lugar, encontramos otro artículo que nos repite la necesidad que tiene el Estado de que estos cuerpos organizados participen en los planes, ya que una actitud contraria de estos cuerpos, claramente redundaría en la inejtabilidad de los planes. Así, el artículo 17, en sus ordinales 6 y 7 dicen:

Los planes de ordenación urbanística tendrán los siguientes objetivos fundamentales: ... (omissis) ... 6. Determinar los estímulos para lograr la participación de los particulares en el desarrollo urbanístico.

7. Armonizar los programas de desarrollo urbanístico de los organismos del sector público, entre sí y con los del sector privado.

En tercer lugar, encontramos un artículo fundamental, en orden a definir la importancia de las comunidades organizadas para el Estado y el interés que este último tiene de canalizar sus acciones y de que sea como un ente intermedio de la voz de la comunidad para el Estado. Así, el artículo 45 *ejusdem* señala:

*Si se presentaren discrepancias entre el proyecto del plan de desarrollo urbano local elaborado por el Concejo Municipal, y las observaciones formuladas por el Ministerio de Desarrollo Urbano, y las mismas no pudiesen resolverse de mutuo acuerdo, se solicitará la intervención de una comisión ad-hoc, para que se pronuncie sobre el particular, la cual estará integrada por sendos representantes del Ministerio y del Municipio respectivo, y un tercer integrante designado por éstos de común acuerdo, en representación de los intereses de la comunidad, quien deberá ser miembro del Colegio de Profesionales que tenga competencia para resolver la discrepancia planteada. (Subrayado nuestro).*

Nótese entonces, el papel de primer orden que juegan las comunidades en estos planes, toda vez que, inclusive, el mismo cuerpo legal le da la posibilidad de que intervengan como árbitros en la posibles discrepancias que pudieran haber entre el Poder Nacional y el Poder Municipal. Esto, simplemente confirma, una vez más, el reconocimiento que hace el Estado de ese poder creciente de las comunidades organizadas y su legitimidad para ser quienes resuelvan muchos problemas que se presenten en su territorio, sin que ello implique, de ninguna forma su inclusión dentro del aparato estatal.

#### b. LEY ORGANICA DE REGIMEN MUNICIPAL

Esta Ley, a pesar de ser la primera que reconoce a la asociación de vecinos, tiene pocos artículos que hacen ese "llamado" al que hemos venido haciendo referencia. Así, por ejemplo, el artículo 74, ordinal 12 dice:

Corresponde al Alcalde, como jefe de la rama ejecutiva del Municipio, las funciones siguientes: siguientes... (Omissis)... 11. Estimular la colaboración y solidaridad de los vecinos para la mejor convivencia de la comunidad.

Sin embargo, entendemos, desde nuestra perspectiva, que si bien esta Ley no es abundante en cuanto al "llamado", sí esboza, más claramente, la importancia fundamental que las asociaciones de vecinos juegan en la comunidad. Prueba de esto, es el artículo 171, el cual señala que:

Cada tres (3) meses, por lo menos, la Cámara Municipal o Distrital, con presencia del Alcalde, deberá celebrar una sesión en la cual se considerarán las materias de interés local que los vecinos hayan solicitado por escrito y con quince (15) días de anticipación, por lo menos, a la fecha de la reunión. . .

Nótese la importancia fundamental que juegan las asociaciones de vecinos y el reconocimiento que hace el Estado de ellas, a fin de tomar en cuenta sus puntos de vista en los problemas de interés local. Es más, el referido artículo 171, parcialmente transcrito, termina diciendo que el Concejo, el Cabildo o el Alcalde, deberá dar a los vecinos respuesta oportuna y razonada de los planteamientos señalados, con lo cual pone de relieve la necesidad de que exista un trabajo mancomunado, si se quiere, entre comunidad y gobierno municipal.

En conclusión, de acuerdo al origen de las asociaciones de vecinos, no consideramos del todo apegado a la realidad el planteamiento de que es el Estado quien utilizando un mecanismo de derecho privado, hace que las asociaciones de vecinos adquieran per-

sonalidad jurídica, lo cual las haría comparables al Banco Central y otras instituciones de la misma naturaleza, sino por el contrario, creemos que, a tenor de las normas anteriormente transcritas, se evidencia, claramente, que el Estado lo que hace es *reconocer y canalizar las actividades de la asociaciones de vecinos* y no es él quien lleva la iniciativa de su creación, sino que, si bien, aparentemente, las propicia, lo que hace, a través de esa acción, es encuadrar las actividades de las mismas dentro de un marco jurídico y con ello, garantizar el funcionamiento del mismo en el cumplimiento de sus fines de bienestar social. Así, como consecuencia de este planteamiento, consideramos que carece de asidero jurídico sostener que las asociaciones de vecinos nacen por motivo de la complejización de las actividades estatales, sino por el contrario, tal como lo desarrollaremos *infra*, nacen con fines muy distintos, en los cuales el Estado más bien es un ente ajeno, y hasta "enemigo", a todo este fenómeno y lo que hace al final el Estado es, reconocerlas con el fin de evitar enfrentamientos que obstruirían notablemente su funcionamiento, y por otra parte, tampoco es cierto que, por motivo de esa complejización, el Estado haya dotado de actividades de servicios públicos a esas asociaciones, toda vez que esas funciones acometidas por la asociaciones son potestativas, no restrictivas de las que pudiera llevar a cabo otros entes y, por ende, sólo son realizadas en resguardo de los intereses en su comunidad, tal como será desarrollado *infra*.

Por otra parte, no nos convence del todo el hecho de que con los controles que ejerce el Estado, lo que hace es ratificar o garantizar el efectivo cumplimiento del fin prefijado por parte de la entidad, y que si no estamos en presencia de una tutela, por lo menos estamos en presencia de un control muy apegado. Entendemos que el Estado, en muchas de sus actividades, ejerce controles sobre entes privados, sin que ello convierta de ninguna forma al ente controlado como de derecho público. Así, por ejemplo, para constituir una sociedad mercantil, el Estado le exige a sus socios llenar una serie de requisitos (inscribirla en el Registro de Comercio, solvencias, capital, etc.). Estos controles se hacen, más o menos, rígidos, en la medida en que el Estado sienta la necesidad de canalizar, más o menos, la actividad de los entes, en orden a evitar perjuicios en la sociedad o en la misma estructura del Estado. Así, por ejemplo, los bancos (entes que nadie pudiera reconocer como de derecho público) son controlados por muchísimas disposiciones de tipo administrativas (resoluciones, reglamentos, decretos, etc.), que le fijan, el número de socios, la posibilidad de constituir o no el mismo, el capital mínimo, el destino de ese capital, y, en fin, una serie de controles de tipo administrativo que lo sujetan o lo supeditan a veces en extremo, a la voluntad de la

a. PARTICIPACION POLITICA, COMO GRUPO DE PRESION

En nuestro concepto, las asociaciones de vecinos, más que tener un fin de servicio público, debe entenderse que tienen un fin de participación como grupo de presión en las decisiones que tome o lleve a cabo el Cabildo. Para corroborar este criterio, hemos acudido a la fuente legal de modo y manera de sustentar nuestra posición. De esta forma, podemos citar varias disposiciones que confirman lo antes establecido. En efecto, el artículo 174 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal establece que:

Los vecinos del municipio, en el número que se determina el artículo siguiente, podrán solicitar la reconsideración de las ordenanzas municipales que no sean de carácter tributaria. . .

Por otra parte, el artículo 177 *ejusdem*, establece que:

La solicitud de reconsideración podrá ser formulada por el diez por ciento de los vecinos de la comunidad. . .

De esta forma, se puede ir entendiendo o enmarcando la posición de las comunidades organizadas dentro del esquema de la actuación administrativa municipal, toda vez que son consideradas como una especie de órganos u organismos de consulta, tanto *a priori*, como *a posteriori* de las ordenanzas que dicte el Cabildo. Por último, tenemos otra disposición que ya evidencia o termina de cerrar este punto, en el sentido de que la opinión de las asociaciones de vecinos se debe tomar en cuenta como punto de referencia de decisiones a que llegue el Cabildo en distintas materias. Así, el artículo 178 *ejusdem*, señala que:

El Concejo Municipal requerirá, de conformidad con lo que dispongan sus reglamentos, la cooperación vecinal para labores de asesoramiento, en: a. Comisiones permanentes del propio Concejo. b. Comisiones de vecinos encargadas de vigilar el buen funcionamiento de los servicios públicos en su jurisdicción. . .

Nótese pues, la importancia, como grupo representativo de la comunidad que cobran las asociaciones de vecinos y la necesidad que siente el Estado de que éstas actúen junto con él (no para él) en la realización de sus cometidos.

b. DEFENSA DE LOS INTERESES DE LA COMUNIDAD  
FRENTE A LA AUTORIDAD MUNICIPAL

Las asociaciones de vecinos, no obedecen a una idea de descentralización o mucho menos de desconcentración de la actividad estatal, sino que por el contrario, surge como un mecanismo de defensa de los intereses de la comunidad frente a esa autoridad, que si bien

encuentra sus principios y bases en los vecinos, ha venido perdiendo ese origen para convertirse, cada día más, en un cuerpo burocratizado, apartándose así de la comunidad, como lo es el municipio. De esta forma, no consideramos del todo cierto el argumento sostenido por el doctor Carlos Escarrá en el sentido de que surgen como personas de derecho público, toda vez que cumplen funciones de esa naturaleza. Nada más apartado de la realidad. En efecto, de la misma ley se puede inferir la irrealidad de este planteamiento. Así, por ejemplo, tenemos que el artículo 168 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal señala que:

Los municipios y demás entidades locales deben favorecer el desarrollo de las *Asociaciones de Vecinos destinadas a la defensa de los intereses colectivos*. Deberán además, facilitar a dichas asociaciones la más amplia información sobre sus actividades y, dentro de sus posibilidades, el uso de los medios públicos y el acceso a las ayudas económicas para la realización de sus fines, impulsando su participación en la gestión municipal. (Subrayado nuestro).

De esta forma, a tenor de lo anteriormente dispuesto, se entiende que es el Estado quien reconoce la importancia de las asociaciones de vecinos y las llama a que participen de sus decisiones. Asimismo, no ha de entenderse que son personas de derecho público, toda vez que, en nuestro concepto, si bien pueden llegar a desarrollar actividades que se pudieran calificar como públicas, éstas surgen como consecuencia de la defensa de la integridad de la comunidad, y, no porque el Estado las ha concebido en orden a que presten una función determinada a fin de descentralizar o desconcentrar su actividad. Así, creemos que la asociación de vecinos es incapaz, en principio, de emitir actos administrativos o de naturaleza análoga, por lo que es falso, totalmente, la aseveración de que cumplen un servicio público.

De esta forma, la afirmación sostenida por el doctor Carlos Escarrá, en el sentido de que las asociaciones de vecinos ejecutaban fines públicos, y que, por esa razón, deberían considerársele que son personas de derecho público, no es compartida por nosotros. Esta aseveración la consideramos hasta un poco peligrosa, toda vez que, en cierta forma, si partimos de esa base, todos ejercemos funciones públicas. Así, cuando por ejemplo, cambian el flechado en frente de una bomba o estación de servicio de mi propiedad y esto me afecta, ya que las vías de acceso quedarían en sentido contrario, en ese momento, nace para mí un derecho o interés legítimo para acudir al órgano administrativo o al órgano contencioso-administrativo, según el caso, y pedir la revocación o la nulidad de esa determinación de cambiar el flechado. Pues bien, carece de todo asidero jurídico entender que, por ese simple hecho, la persona adquiera carácter de

público. Así, como caso análogo, si bien las asociaciones de vecinos ejercen funciones de control de los usos o de las construcciones, o bien en algunos casos puede ejercer recursos contencioso-administrativos, esto en ninguna forma, puede entenderse como que ejercen funciones públicas. Por el contrario, se entiende que actúa en defensa de la comunidad o de su comunidad, lo cual difiere un poco de que preste un servicio público. Sería el mismo caso que una sociedad con muchos accionistas (VGR: un banco) se vea inmiscuida en un problema de orden administrativo (VGR: cierre de una agencia por resolución bancaria), y por el hecho de que esa sociedad actúe en defensa de los derechos de sus accionistas, se entienda que ejerce función o un servicio público. Nada más carente de apego a la realidad jurídica. Cuando las asociaciones de vecinos ejercen estas funciones, no lo hacen con el fin de prestar un servicio público, o de participar en las actividades del Estado, sino por el contrario, como mecanismo de defensa o como medio para conseguir el bienestar de sus miembros. No debe confundirse la consecuencia con la causa, toda vez que, muchas veces, pareciera que éstas prestan este tipo de servicios, pero eso, no es más que una consecuencia de que son entes que pretenden llevar a cabo una función de defensa de los intereses de las personas que forman parte de esa comunidad frente al poder omnímodo del Estado. Por otra parte, no es el Estado quien les "inventa" muchas de las funciones a las asociaciones de vecinos, sino por el contrario, lo que hace es reconocerles esa posibilidad. Por todo ello, no puede entenderse como que las asociaciones de vecinos persiguen fines públicos, lo cual las haría aparecer como entes de derecho público, sino que, por el contrario, persiguen fines muy particulares y precisos, como lo es la defensa de sus asociados frente a este poder del Estado, que muchas veces puede manifestarse en formas que pareciera se encontraran enmarcadas dentro de una actividad pública (VGR: control de usos no conformes a tenor de lo dispuesto en el artículo 102 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbánística), pero esto, no es más que una consecuencia de una actividad de defensa de los miembros de su comunidad, ya que de ninguna forma esta actividad es obligatoria. Pudiera darse el caso, por ejemplo, que en determinada zona se establezca una compañía, que si bien no reúne las condiciones necesarias para funcionar (no tiene patentes, permisos, etc.) convenga a la comunidad que funcione allí, ya que eventualmente, puede ofrecer mejores contraprestaciones (VGR: trabajo a una comunidad en donde el índice de desempleo es altísimo y necesitan de la misma para subsistir), pues bien, en este caso, ni a la asociación de vecinos, ni a ninguno de sus miembros les interesa incoar un procedimiento en contra de esta empresa, y nada

los obliga a ello. Es más, pudieran actuar como defensores de la misma ante los entes administrativos. En este caso, creo que se evidenciaría, un poco, como es que ejercen estas funciones, que parecerían públicas, pero que, en nuestro concepto, encuentran su fundamento en la defensa de los miembros de su comunidad.

Existe un artículo, que pudiera ser entendido como que, eventualmente abre la puerta a la ejecución de funciones públicas, de carácter obligatorio, por parte de las asociaciones de vecinos. En efecto, dispone el artículo 108 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística que:

Los organismos de la administración urbanística podrán celebrar convenios con las asociaciones de vecinos para que éstas asuman la realización de determinadas actividades, tales como el acondicionamiento y conservación de parques públicos y zonas verdes, la limpieza de áreas públicas y su financiamiento. Las asociaciones podrán recibir una contraprestación en dinero o en especie para compensar los costos y gastos de la actividad.

Sin embargo, en nuestro parecer, esto más que dotar a las asociaciones de vecinos de funciones públicas, lo que hace es establecer la posibilidad de que la administración municipal celebre convenios con las asociaciones de vecinos con el fin que, éstas últimas, lleven a cabo funciones de conservación de las áreas que rodean su comunidad. Esto es razonable y justificable, pero mal podría entenderse como que se le dota de funciones públicas, ya que sería el mismo caso que para la conservación de las áreas verdes de la urbanización "X", por ejemplo, la municipalidad contrate a la Compañía "XX, C.A." a fin de que ejecute esta obra. En este caso, mal pudiera entenderse que la Compañía "XX, C.A.", adquiere personalidad de derecho público por prestar esta actividad a la municipalidad. *Mutandis mutandi*, en las asociaciones de vecinos, tampoco puede entenderse que, por esta posibilidad ya adquiere personalidad de derecho público. Asimismo, existen otros tipos de sociedades que por el hecho de acometer funciones que parecerían de derecho público, no adquieren esa cualidad. Es el caso de las fundaciones, que muchas veces asumen funciones que parecerían funciones públicas, pero en estos casos, nunca pudiera entenderse que son personas de derecho público.

Por último, cabría una reflexión muy importante, que ya la hemos "asomado" a lo largo de este desarrollo, como lo es que: si las asociaciones de vecinos son personas de derecho público o, por lo menos, si éstas ejercen funciones públicas, ¿Pueden las asociaciones de vecinos emitir actos administrativos? La respuesta a este planteamiento parecería muy clara, dependiendo de la tesis que adoptemos.

Así, si entendemos que son personas de derecho privado, la posibilidad de que una asociación de vecinos emita actos administrativos, sólo quedaría reducida a los casos en que actúen en funciones públicas (caso de las sociedades que emiten actos administrativos, como por ejemplo, sanción de expulsión a uno de sus miembros —caso SACVEN y otros— en donde personas de derecho privado han emitido actos administrativos). Y por otra parte, si conviniéramos que son personas de derecho público, estas asociaciones cuando actuaran en ejercicio de sus funciones, en uso de una —supuesta— potestad atribuida, tuvieran como regla emitir actos administrativos, estando sujetas a principios básicos del derecho administrativo, como por ejemplo, el principio de legalidad, lo cual, ciertamente, no se apega para nada a la realidad. Ante ambos planteamientos, tenemos en todo caso que inclinarnos por el primero de ellos, y, en consecuencia, desechar el segundo, por lo que no compartimos, bajo ningún punto de vista, el hecho de que las asociaciones de vecinos sean catalogadas como personas de derecho público, ni siquiera pudiéramos convenir en su naturaleza mixta. Podiéramos asemejarlas un poco a los partidos políticos, o a otros grupos de presión, sólo que en estos casos, el agrupamiento de las personas se hace en función de un nexo poco común, como lo es el carácter de vecindad. Es más, como se verá *infra*, las asociaciones de vecinos cuando actúan en estas supuestas potestades públicas, no actúa como un ente administrativo o investido de las presunciones de ejecutoriedad y legalidad de sus actos, sino que requiere que otro ente (Tribunal) sea quien actúe y corrobore la actuación de la asociación de vecinos (procedimientos establecidos en el 102 y 103 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística), por lo que resulta, en nuestra perspectiva, contrario a la realidad el afirmar que las asociaciones de vecinos son personas de derecho público con base en los argumentos sostenidos por el doctor Carlos Escarrá.

## □2. LEGITIMACION DE LAS ASOCIACIONES DE VECINOS PARA ACTUAR EN PROCESOS DE MATERIA URBANISTICA

### I. EL SINDICO VECINAL

Antes de entrar realmente en materia, nos gustaría analizar brevemente el órgano por excelencia de la asociación de vecinos, al cual la ley da un tratamiento especial y le atribuye una serie de facultades que nos pueden ayudar en orden a entender un poco cómo funciona la legitimación de este cuerpo. Esta persona u órgano de la asociación de vecinos, se conoce con el nombre de Síndico Vecinal, creación ésta de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística. Así el artículo 105 *ejusdem* señala que:

Cada asociación de vecinos podrá designar un Síndico Vecinal para que ejerza las atribuciones que le confiere esta Ley. La actuación del Síndico se entenderá sin perjuicio de los derechos de los vecinos, individualmente considerados y de las facultades que correspondan a los órganos de la respectiva asociación de vecinos, conforme a los estatutos de ésta. En todo caso el Síndico Vecinal actuará según las instrucciones de la asociación de vecinos correspondiente.

Por otra parte, la misma ley, trae la forma en que este Síndico adquiere la legitimación para actuar en todos los actos a que es autorizado. Así tenemos que, el artículo 106 *ejusdem* señala que:

Para la legitimación del Síndico Vecinal bastará la designación de la correspondiente asociación de vecinos, debidamente autenticada. El Síndico Vecinal podrá ser removido libremente por la respectiva asociación mediante decisión autenticada. . .

Por último, el artículo 107 de la referida ley, le dota de una serie de atribuciones o funciones que, en nuestro concepto, más que de carácter taxativo, son meramente enunciativos. En efecto, dispone el artículo 107 que son funciones de los Síndicos Vecinales:

1. Asistir a las asociaciones de vecinos en sus denuncias, quejas, reclamos, trámites, solicitudes, recursos y cualquier otro acto ante los órganos de la administración pública nacional, estatal o municipal.
2. Hacer del conocimiento del organismo competente, de oficio o a solicitud de los vecinos o de las asociaciones de éstos, las contravenciones en materia de usos, patentes o construcción o en otros aspectos urbanísticos.
3. Instar a los organismos públicos nacionales, estatales o municipales a proceder en los casos de violación de las normas urbanísticas.
4. Seguir los procedimientos administrativos y jurisdiccionales en los cuales tenga interés las asociaciones de vecinos y hacerse parte de dichos procedimientos cuando pudiere resultar afectado el interés de dichas asociaciones.
5. Asistir a las asociaciones de vecinos en sus actividades relacionadas con la participación de la comunidad en la elaboración de los planes de desarrollo urbano local y los programas de actuaciones urbanísticas.
6. Colaborar con las actividades urbanísticas en la vigilancia de la adecuación de las actividades urbanísticas a las previsiones contenidas en los planes y ordenanzas.

Nótese en la disposición anteriormente transcrita, sobre todo los ordinales 1, 2 y 4, en el sentido de entender la posibilidad que tienen las asociaciones de vecinos de actuar en procedimientos distintos a los establecidos en los artículos 102, 103 y 104 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, que de seguidas estudiaremos en detalle.

II. LEGITIMACION DE LAS ASOCIACIONES DE VECINOS PARA ACTUAR EN DEFENSA DE LOS INTERESES DE LA COMUNIDAD:  
ANALISIS JURISPRUDENCIAL

Para hacer este estudio que nos hemos propuesto, consideramos prudente hacer una diferenciación básica en torno a los tres grupos o tres formas que pudiera, eventualmente, participar o ser legitimadas para actuar las asociaciones de vecinos:

En este orden de ideas tenemos que, en principio existen sólo tres procesos en donde las asociaciones de vecinos pudieran participar, como lo son:

- A. Jurisdicción ordinaria o de control urbanístico.
- B. Jurisdicción administrativa.
- C. Jurisdicción contencioso-administrativo.

De seguidas pasaremos a analizar cada uno de ellos.

A. JURISDICCION ORDINARIA O DE CONTROL URBANISTICO

Dispone el artículo 102 de la Ley de Ordenación Urbanística que:

Si un inmueble se destinare presuntamente a un uso contrario al que le corresponda conforme al plan o a la ordenanza de zonificación o si en dicho inmueble se realizaren construcciones ilegales, la asociación de vecinos o cualquier otra persona con interés legítimo, personal y directo podrá solicitar de un juez de Distrito, Departamento o de equivalente jerarquía, según el caso, de la respectiva circunscripción judicial, la paralización de las actividades y el cierre o clausura del establecimiento.

El interesado motivará suficientemente su solicitud y acompañará las evidencias que fueren pertinentes al caso. La Fiscalía General de la República podrá intervenir en el procedimiento a solicitud de la asociación de vecinos afectada.

Por su parte, el artículo 103 *ejusdem* establece que:

...(omissis)... si no se evidenciare dicha legalidad y el juez considerare que el destino dado al inmueble es contrario al plan o a la ordenanza de zonificación, deberá ordenar la paralización de actividades o cierre o clausura del establecimiento...

De las normas anteriormente transcritas, se evidencia claramente, que los jueces de Distrito (con apelación en Primera Instancia) son los competentes para decidir la paralización de actividades y el cierre o clausura del establecimiento cuando, bien la asociación de vecinos, o bien, algún particular que tenga interés legítimo y directo, alegue y compruebe que un inmueble se destina a un uso contrario al que le corresponde conforme al plan o a la ordenanza de zonificación o bien, que en dicho inmueble se realicen construcciones ilegales.

En torno a este punto, tenemos varias cuestiones que nos gustaría resaltar:

En primer lugar, se trata de un régimen procesal especial que se pone al alcance de los particulares con el objeto de obtener la detención, en forma rápida y eficaz, de las actividades urbanísticas de uso o construcción presuntamente ilegales, que se realicen en desmedro de sus derechos.

En segundo lugar, que se trata de un régimen cautelar autónomo, de naturaleza preventiva, comparable, en cierta forma, con los interdictos de nuestro Código Civil, para la efectiva tutela de la legalidad urbanística, la cual pone, en primer lugar, en cabeza de los particulares con un interés personal legítimo y directo su control, y en segundo lugar, en cabeza de las asociaciones de vecinos, quienes son una especie de legitimadas *ad-hoc* para su control.

En tercer lugar, sólo abarca los usos no conformes con el plan o con la ordenanza de la zonificación respectiva o con las construcciones ilegales. Cuando nos referimos a los usos no conformes, debemos entender que nos encontramos dentro de aquellos casos en los cuales el ocupante no ha obtenido la Patente de Industria y Comercio que legalice la actividad económica que desarrolla, por no estar permitida dicha actividad en la zona en que es realizada o el tipo de inmueble en el que se lleva a cabo, abarcando también el caso en que, teniendo esta conformidad de uso, el mismo sea distinto al que prevé la conformidad. Cuando nos referimos a construcciones ilegales, podemos dividir en dos situaciones distintas, a saber: a. Inexistencia de autorización administrativa alguna en relación a la obra ejecutada. b. Que existiendo la autorización administrativa, lo construido no se adecuaba a lo previsto en la constancia.

En cuarto lugar, existe un punto que nos ha llamado mucho la atención, como lo es el hecho de que sólo a petición de la asociación de vecinos es que puede intervenir la Fiscalía. Parecería como contraria a derecho esta disposición, ya que crea diferencias que pudieran calificarse como de anticonstitucionales. Sin embargo, sólo queremos hacer mención a este punto de manera tangencial, toda vez, que independientemente de lo interesante de este tema, no es motivo del presente estudio.

Otra cuestión que nos ha llamado mucho la atención, es la autoridad competente para conocer de este asunto. Así, prevé la norma que sería el Juez de Distrito (Art. 102) con apelación en Primera Instancia (Art. 103) el competente para conocer de este asunto. Esto nos llama la atención, debido a que por la novedad de esta materia e

inclusive, por el desconocimiento de la materia administrativa, pudiera este juez tomar atribuciones que no le están conferidas, excederse o hacer malas interpretaciones de las normas legales dictadas a tal fin. En este sentido compartimos la preocupación de algunos autores (Jorge Neher) quienes han puesto de manifiesto que, bajo estos supuestos legales pudieran surgir casos de gran envergadura, frente a los cuales un juez de este rango pudiera paralizar determinadas obras injustificadamente, por la no especialización de estos jueces en esta materia. Creemos que lo ideal hubiera sido designar una autoridad administrativa o atribuirle a otra autoridad administrativa este procedimiento, y así evitarse posibles confusiones de conceptos, toda vez que el derecho administrativo, como rama autónoma del derecho, cada día se desarrolla, cambia, avanza y es necesario el conocimiento cabal de todo este "movimiento" para actuar conforme a derecho.

En este orden de ideas, traeremos a colación una decisión dictada por el Juzgado Primero de Distrito del Distrito Sucre en fecha 24 de agosto de 1988 y confirmada por el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda en fecha 15 de septiembre de 1988. En este caso, un ciudadano, en nombre propio y en nombre de la Asociación Civil de Residentes de Valle Arriba y de Las Mercedes, solicitaron el cierre y clausura de un inmueble ubicado en la urbanización Valle Arriba, denominado quinta "Tana", dedicado a las actividades gremiales del Colegio de Economistas del Distrito Federal y Estado Miranda y de la Federación de Colegios de Economistas de Venezuela, en base a lo dispuesto en el artículo 102 y 103 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística. En ese fallo, el sentenciador estableció unos principios para aplicar los artículos 102 y 103 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística a saber:

1. Que exista un inmueble destinado —presuntamente— a un uso contrario al que corresponde conforme al plan o a la ordenanza de zonificación o que en dicho lugar hubieren efectuado construcciones ilegales.
2. Que los legitimados sean las asociaciones de vecinos legalmente constituidas ante el Concejo Municipal donde esté situado el inmueble y cualquiera persona con interés directo y personal en esa paralización de actividades o clausura, según sea el caso.

La defensa alegó que la Asociación de Vecinos no tenía la calidad jurídica que la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística señala o exige como condición necesaria para incoar el procedimiento, ya

que no reunía los requisitos establecidos en el Reglamento Parcial # 1 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal para ser considerada una Asociación de Vecinos y, por ende, no tenía capacidad ni cualidad para interponer la solicitud que ha originado el presente procedimiento. Este punto, tan claramente esbozado por el sentenciador en su fallo, no es compartido del todo por nosotros, en base a los razonamientos que expondremos, en forma precisa, *infra*.

Por otra parte, el sentenciador en su fallo, estableció un criterio un poco extraño de que "la sola circunstancia de ser persona residente de una urbanización donde se lleve a cabo una construcción ilegal o se use indebidamente un inmueble, no actualiza por sí sola el interés legítimo, directo y personal que requiere el artículo 102 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, sino que tiene que demostrar ser vecino de un lugar donde se haya efectuado este tipo de irregularidad". Este argumento, si bien no puede decirse que es del todo equivocado, sí contiene razonamientos que no se ajustan a la materia administrativa propiamente dicha. En efecto, en materia administrativa, a diferencia de la materia civil, cuando la norma admite la posibilidad de incluir dentro de los reclamantes o recurrentes a los interesados legítimos, está siendo un poco más "abierto", si se admite la expresión, que lo que se entiende por cualidad en materia civil, ya que si bien es cierto, en el caso de autos, los vecinos contiguos al inmueble pudieran ser los más afectados (ruidos molestos, obstáculos en el tránsito, etc.), no son los únicos, toda vez que a otros residentes de la misma urbanización también le pudieran nacer este interés legítimo a que se contrae el legislador (devaluación de su inmueble a consecuencia de que la urbanización se ha convertido en muy afluenciada o muy ruidosa, etc.), por lo que "cerrar" *ad inicum* esta posibilidad, puede resultar contrario a los principios administrativos del sistema subjetivo.

En segundo lugar, señaló el sentenciador de segunda instancia que, por el hecho de no haber cumplido la asociación de vecinos los requisitos exigidos por el Reglamento Parcial # 1 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, toda vez que la misma había sido constituida como una asociación civil, no puede ser considerada como un ente con la cualidad de asociación de vecinos para instaurar como tal una petición de que tratan los artículos 102 y 103 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística. Sin embargo, paradójicamente, sí le dio el carácter de parte al ciudadano que representaba a la asociación civil.

Esta parte del fallo, merece algunos comentarios muy especiales, que pensamos resumen nuestra posición al respecto. En primer

lugar, habría que acotar que, si bien es cierto en la Ley Orgánica de Régimen Municipal se establece que "Para adquirir personalidad jurídica, las asociaciones de vecinos deberán inscribir su Acta Constitutiva y Estatutos en la correspondiente Oficina Subalterna de Registro... y que "Los vecinos que integran una comunidad con lazos y vínculos permanentes en un barrio, vecindad o urbanización de acuerdo al ámbito espacial que determine la Oficina Municipal que tenga a su cargo la planificación urbana, podrán constituir una Asociación de Vecinos, la cual tendrá personalidad jurídica... El Reglamento determinará el número mínimo de sus integrantes. Su organización y funcionamiento, en todo caso, deberá ser democrática y responderá a su naturaleza propia", no es menos cierto, que esa especial inscripción simplemente, lo que trae como consecuencia es que las asociaciones de vecinos puedan actuar en estos procedimientos especiales sin demostrar su interés legítimo. Ahora bien, esto no obsta para que cualquier persona (natural o jurídica) alegando el daño en su derecho, intervenga en estos procesos, por lo que consideramos, que si bien es cierto que la asociación de vecinos que actuó en estos casos, no había formalizado todos los requisitos que prevé el Reglamento Parcial # 1, no es menos cierto que debió haber sido tomada en cuenta como una persona jurídica (asociación civil) y estudiar su legitimación para actuar en estos procesos, cosa que no se hizo, quizás por la falta de experiencia y hasta incompetencia de hecho de estos tribunales para conocer de este asunto. En segundo lugar, se nos ratifica lo que antes habíamos explicado, en el sentido de que a veces vale más la pena actuar como particular, alegando un interés legítimo que actuar bajo la forma de asociación de vecinos, ya que son tantas las trabas que a veces se pone para su actuación que mitigan en gran forma su alcance y poder como grupo que actúa en defensa de los intereses de la comunidad. Otro punto interesante de destacar es si podría existir una asociación de vecinos de hecho. Nuestro ordenamiento civil, prevé la posibilidad de las sociedades de hecho y que éstas, inclusive actúen en procedimientos. Pues bien, creemos que por el carácter histórico de las asociaciones de vecinos y por los fines que éstas persiguen, eventualmente pudieran agruparse sin reunir estos requisitos jurídicos que exige el legislador, y cabe la pregunta: ¿Sería capaz o legitimada esta asociación de hecho para actuar en estos procesos y en otros en los cuales tengan interés sus asociados? A la luz de las normas estudiadas, nada obsta para que ello sea así, toda vez que, si bien es cierto que la gran mayoría de autores señalan a las asociaciones de vecinos en el sentido en que la ley los entiende, no es menos cierto, en un gran número de procesos, también se deja la puerta abierta para que participen otras personas que

tengan interés en el asunto. Quizás, hasta sería conveniente, toda vez que no tendrían que pasar por estos engorrosos problemas que acarrea la inscripción y actuación de una asociación de vecinos y bien pudieran lograr los fines que ésta se propone. Al efecto y como argumento de peso en este tema, traeremos a colación el artículo 156 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, el cual señala que:

El Concejo Municipal podrá requerir la *cooperación vecinal* mediante la incorporación de personas o representantes de la comunidad, contempla: ...(omisión)... C) Cualquier otra forma de organización o colaboración vecinal. Se procurará que en esos organismos, según los casos, tengan representación las diversas organizaciones a que se refiere el artículo 151 de esta Ley.

#### B. JURISDICCION ADMINISTRATIVA

A tenor de lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, es clara la posibilidad de que las asociaciones de vecinos recurran ante los entes administrativos o jurisdicción administrativa. En efecto, dispone el artículo 104 de la precitada ley orgánica que:

Toda persona, Asociación de Vecinos u organizaciones gremiales, sociales, culturales, deportivas y otras que funcionen en la comunidad, podrá requerir de los órganos administrativos de control urbanístico, nacionales o municipales, la adopción de las medidas pertinentes para el cumplimiento de los planes urbanos y de las normas que los complementan.

Ahora bien, esta posibilidad de recurrir a los órganos administrativos por parte de las asociaciones de vecinos, a tenor de la norma anteriormente transcrita, no ha de ser entendida en los términos en que usualmente se entienden, es decir, en el ejercicio de recursos administrativos jerárquicos, de reconsideración y de revisión, sino que esta norma lo que hace es *permitir* a las asociaciones de vecinos la *iniciación* de los procedimientos de control urbanístico, en orden a obtener de las autoridades administrativas la adopción de medidas pertinentes para el cumplimiento de los planes y de las normas que los complementan. Esto es perfectamente claro y, al efecto, tenemos entre muchos de los casos que han iniciado las asociaciones de vecinos basados en este artículo, el caso conocido como el "monstruo de Los Palos Grandes" (caso que será comentado *infra*, en el cual, antes de iniciarse el proceso contencioso-administrativo, la Asociación de Vecinos de la Urbanización Los Palos Grandes, pidió a la Municipalidad declarara la nulidad de los permisos de construcción que habían sido otorgados a la empresa "Desarrollos Tercera Avenida, C.A.", toda vez que los mismos no se ajustaban a las variantes urbanas de esa zona. Ante esa petición, la Municipalidad, en efecto, anuló el permiso de construcción, lo cual trajo como consecuencia que la

empresa, en fechas posteriores, pidiera la nulidad de ese acto anulatorio del permiso. En este caso, se puede evidenciar claramente el ejercicio de esta potestad por parte de las asociaciones de vecinos. Es de resaltar el hecho que es una *potestad* y no es de ejercicio obligatorio, por lo que no puede entenderse que ejerce una función de servicio público, sino que actúa en defensa de sus propios intereses colectivos.

Por otra parte, cabe la posibilidad de que las asociaciones de vecinos actúen en los demás procesos administrativos, cuando los actos que impugnen o que recurran, lesionen intereses legítimos de las asociaciones. Mas, resulta contrario a derecho el ejercicio de estos recursos cuando sea un vecino quien sea el único afectado, toda vez que en este caso tendría que ser representante del mismo, cosa o función que no cumplen las asociaciones de vecinos.

Existe otra forma de actuación, que pudiera ser entendida como que es por vía administrativa, la cual está consagrada en el artículo 174 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, el cual establece:

Los vecinos del Municipio ...(omissis), podrán solicitar al Concejo la *reconsideración* de las ordenanzas municipales que no sean de carácter tributario o de presupuesto, dentro del plazo de los tres (3) meses contados a partir de su publicación en Gaceta Municipal.

Esta reconsideración, conforme a lo dispuesto en el artículo 176 deberá ser decidida en un plazo no mayor de 60 días, trayendo como consecuencia que si no es decidido en ese plazo, la Ordenanza quedará suspendida en un plazo de 60 días, plazo dentro del cual, cualquier interesado puede pedir la nulidad de la ordenanza. Como se verá en este caso, tal como lo asevera el doctor Carlos Escarrá, estamos en presencia de una excepción a las reglas sobre la recurribilidad de las leyes, toda vez que lo normal o la forma en que estos actos deberían ser recurribles, es conforme a lo establecido en los artículos 112 y 120 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, consideramos que lo atípico de la recurribilidad, en nada obstaculiza el ejercicio de la misma en los términos establecidos por la ley.

### C. JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Otro punto que interesa en este momento desarrollar, es la intervención o la posibilidad de que las asociaciones de vecinos recurran en los procesos en materia contencioso-administrativo. En efecto, del estudio minucioso de los textos legales, si bien no se

deriva en forma inmediata este derecho, no es menos cierto que ninguna norma lo obstaculice, toda vez que si hemos convenido en que pueden acceder a los órganos administrativos, sería ilógico que se les prohibiera o negara la incursión en sede contencioso-administrativa. Es más, en el Reglamento Parcial # 1 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, se establece que:

Las asociaciones de vecinos tendrán por objeto esencial, gestionar en nombre de la respectiva comunidad, la atención de sus problemas...(omissis)... correspondiéndole los siguientes deberes y atribuciones: ...ñ) Ejercitar los recursos judiciales, administrativos y de cualquier índole que fuere menester para el cabal cumplimiento de la normativa general o especial concerniente a los aspectos urbanísticos y materias afines.

Por su parte, el artículo 107 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, consagra en manos del Síndico Vecinal, la atribución de:

“seguir los procedimientos administrativos y jurisdiccionales en los cuales tenga interés las asociaciones de vecinos y hacerse parte en dichos procedimientos cuando pudiere resultar afectado el interés de dichas asociaciones... (Ord. 4).

De modo y manera que, a tenor de las dos disposiciones anteriormente transcritas, si bien no esbozan de una manera clara y precisa la posibilidad del ejercicio de procesos contencioso-administrativos por parte de las asociaciones de vecinos, pareciera que pudieran “abrir” esta puerta. En opinión de algunos autores (Chinea): “privar a las asociaciones de vecinos de la legitimación activa, sería condenarlas a la inacción o a una acción muy limitada. La jurisprudencia, en ese sentido, había sido muy reservada, sosteniendo que no podía actuar en los procesos contencioso-administrativos por carecer de representación suficiente o por no tener interés para estar en juicio (sentencia del 13 de octubre de 1986, caso Asociación de Vecinos de la Urbanización Miranda contra el Concejo Municipal del Distrito Sucre, Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil y Contencioso-Administrativo de la Región Capital, expediente # 86-645). Así, se entendía, que ningún texto legal le atribuía a estas asociaciones la legitimación para intervenir en los juicios de nulidad de actos urbanísticos municipales de efectos particulares por su sola condición de asociación de vecinos. Por otra parte, se argüía que para ejercer este tipo de recursos había que acreditar la representación, cosa que no ostentaban las asociaciones de vecinos y, en fin, que sí, por ejemplo, ese acto administrativo recaía sobre una parcela en particular, la Asociación de Vecinos no podía actuar, toda vez que no dañaba ese interés colectivo, y en este caso, debería identificar a

cada uno de los vecinos afectados en su interés personal legítimo y directo.

Sin embargo, en fecha 30 de junio de 1988, cambió ese criterio y aceptó la posibilidad de que las asociaciones de vecinos tengan un interés personal, legítimo y directo como titular de un interés colectivo (sentencia de fecha 30 de junio de 1988, dictada por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y Contencioso-Administrativo de la Región Capital). En este caso, conocido como el "Monstruo de Los Palos Grandes", una empresa constructora (Desarrollos Tercera Avenida, C.A.), solicitó la nulidad de actos administrativos adoptados por el Concejo Municipal del Distrito Sucre del Estado Miranda en los cuales, a solicitud de la Asociación de Vecinos de Los Palos Grandes, anularon el permiso de construcción # 34155, que había sido otorgado a la empresa en el cual se le permitía la construcción de un edificio, cuyas dimensiones parecía que violaban las ordenanzas sobre esa materia, toda vez que estaban ubicados sobre la cota + 18, límite máximo éste permitido para esa zona. Ahora bien, lo interesante de este caso, es que la Asociación de Residentes de la Urbanización Los Palos Grandes (ASOREPAL), consignó escrito mediante el cual se dio por citada en ese juicio y solicitó la declaratoria sin lugar del recurso interpuesto. A esa actuación, se opusieron los apoderados de la parte recurrente ya que la misma no ostentaba el interés personal, legítimo y directo en ese juicio, tal como lo exigen los artículos 121 y 137 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Asimismo, en la evacuación de las pruebas, hubo múltiples observaciones de las partes sobre la cualidad de las asociaciones de vecinos de ser parte en estos procesos, lo que, inclusive, fue causa de que fuera recusada la juez titular del Tribunal por no haber admitido una oposición formulada por la asociación de vecinos. Sin embargo, esta recusación fue declarada sin lugar por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo.

Ante ese planteamiento se analizó, como punto previo a la sentencia de fondo, la cualidad de la Asociación de Residentes de la Urbanización de Los Palos Grandes para hacerse parte.

La Asociación de Vecinos, se fundamentó en que la Ley Orgánica de Régimen Municipal y el Reglamento # 1 de esa Ley, referido a las Asociaciones de Vecinos, reconocían un interés muy especial en todo lo relativo a la materia urbanística, a la creación de normas en este campo, a su modificación y al cumplimiento de las mismas, de lo cual se infiere una legitimación activa para proceder a actuar como vigilante del fiel cumplimiento de las normas y ordenanzas, concretamente las referidas a la materia urbanística. Asimismo tenía un

interés legítimo, personal y directo en que el permiso de construcción fuera anulado, por alterar el carácter dominante de la zona y con ello producirse un daño a la comunidad donde funciona y a los diferentes miembros de dicha Asociación.

La defensa señaló que, no debía ser admitida por no obstar como persona jurídica distinta de sus miembros, un interés personal, legítimo y directo en ese juicio, fundándose en los siguientes razonamientos:

1. Que de acuerdo con la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, sólo quienes tengan un interés legítimo, personal y directo, pueden hacerse parte en los juicios contenciosos-administrativos de anulación, a cuyo efecto citan una serie de jurisprudencias.

2. Que la Asociación de Residentes de la Urbanización Los Palos Grandes, como una asociación distinta de sus miembros, carece de interés personal, legítimo y directo para hacerse parte en ese juicio.

3. Que no existía ley alguna que haya atribuido a las asociaciones de vecinos, por el sólo hecho de serlo, legitimación procesal para hacerse parte en juicios contenciosos de anulación, y que éstas sólo podrían hacerse parte en juicios contenciosos en los que alguna disposición administrativa menoscabe o lesione el interés difuso de la propia asociación de vecinos o aquellos actos que menoscaben el interés colectivo que protege la asociación.

4. Que en ese juicio su objeto era un acto administrativo de efectos particulares, respecto del cual sólo los vecinos concretos que por su especial situación de hecho respecto de la parcela, pudieran tener un interés legítimo, personal y directo en su mantenimiento.

Al efecto el Tribunal señaló:

Las asociaciones de vecinos están facultadas para:

1. Asumir la defensa de sus miembros cuando está en juego un interés general, lo cual por sí solo no las legitima para actuar en juicios contenciosos-administrativos contra actos administrativos de efectos particulares.

2. Para hacerse parte en dichos juicios *cuando invocan un interés particular de la comunidad que representan, que pudiese resultar afectada por los actos impugnados o por las results del juicio.* (Subrayado nuestro).

Así, en el caso de autos no se trata de un simple interés de legalidad que tiene la asociación de vecinos, sino que fundamenta su argu-

mentación en un interés de la comunidad concreta de la Urbanización Los Palos Grandes, por lo que se trata de la defensa del carácter dominante de la zona que se considera quedaría lesionada si el acto administrativo anulado quedaría o fuese anulado. En estos casos, señaló el Tribunal, la Asociación de Vecinos *puede y debe gestionar en nombre de la comunidad esos intereses.*

Además agrega, no cabe duda que los vecinos concretos de la parcela en la cual se otorgó el permiso de construcción, podrían alegar tener un interés personal, legítimo y directo derivado de la especial situación de hecho de vecindad; pero ello no impide que las asociaciones de vecinos puedan alegar tener un interés personal, legítimo y directo, cuando consideran lesionado el interés colectivo. De esta forma, se ha cambiado en gran forma los principios que habían sido esbozados en un principio, admitiendo así este tipo de actuaciones por parte de las asociaciones de vecinos. Este fallo, fue confirmado por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo (Tribunal que conoció de la apelación).

## BIBLIOGRAFIA

1. BREWER CARIAS, Allan R. *Ley Orgánica de Régimen Municipal*. Colección de textos legislativos N° 7. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1990.
2. ————. *Ley Orgánica de Ordenación Urbanística*". Colección de textos legislativos N° 6. Segunda edición. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1989.
3. ————. *Instituciones Políticas y Constitucionales*. Universidad Católica Andrés Bello. Editorial Jurídica Venezolana. San Cristóbal, 1982.
4. CHINEA DE LEON, Oscar E. *Actividades en Materia de Urbanismo de las Asociaciones de Vecinos y del Síndico Vecinal*. Editorial Aerópago, Caracas, 1988.
5. ESCALONA, Juan J. *Los Derechos Vecinales en la Experiencia Venezolana*. Material de los cursos preparados por el Centro de Estudios Municipales, extraídos del II Foro en Defensa de la Ciudad de Caracas.
6. ESCARRA MALAVE, Carlos. "Las Asociaciones de Vecinos como Instrumento de Participación Ciudadana, Naturaleza Política, Sociológica y Jurídica". Separata de artículo aparecido en *Revista de Derecho Público*. Caracas, 1988.
7. GARRIDO ROVIRA, Juan. *Ordenación Urbanística*. Editorial Arte. Caracas, 1988.

8. NEHER A., Jorge A. "El Procedimiento para la Defensa de la Zonificación en la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística". Artículo aparecido en la *Revista de Derecho Público* N° 36. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1988. (Páginas 23-37).
9. RODRIGUEZ GARCIA, Armando. "Anotaciones sobre el Régimen Jurídico de las Asociaciones de Vecinos". Artículo aparecido en la *Revista de Derecho Público* N° 35. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1988. (Páginas 19-33).
10. REGLAMENTO PARCIAL N° 1 DE LA LEY ORGANICA DE REGIMEN MUNICIPAL.
11. SENTENCIA DICTADA POR EL JUZGADO SUPERIOR PRIMERO EN LO CIVIL, MERCANTIL Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LA REGION CAPITAL (CARACAS), en fecha 30 de junio de 1988. Expediente N° 853 (Desarrollos Tercera Avenida, C.A. por recurso de nulidad).
12. SENTENCIA DICTADA POR EL JUZGADO PRIMERO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL DE LA CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL DEL DISTRITO FEDERAL Y ESTADO MIRANDA, en fecha 15 de septiembre de 1988. Expediente N° AP. 319. (Pedro Manual Arcaya Urrutia, Asociación Civil de Residentes de Valle Arriba y Las Mercedes y otros en contra del Colegio de Economistas del Distrito Federal y Estado Miranda y Federación de Colegios de Economistas del Distrito Federal).
13. SENTENCIA DICTADA POR EL JUZGADO SUPERIOR PRIMERO EN LO CIVIL, MERCANTIL Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LA REGION CAPITAL (CARACAS), en fecha 13 de octubre de 1986 (Asociación de Vecinos de la Urbanización Miranda contra el Concejo Municipal del Distrito Sucre. Expediente N° 86-645).



## RESEÑAS BIBLIOGRAFICAS



**NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO MERCANTIL DE ALFREDO MORLES HERNANDEZ**

**JULIO RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA**

*Revista de la Facultad de Derecho, N° 43*  
Universidad Católica Andrés Bello  
Caracas, Venezuela, 1991



## INTRODUCCION

La incorporación del doctor Alfredo Morles H., como miembro de la Academia Nacional de Ciencias Políticas y Sociales constituye un hecho importante para la Universidad. No sólo por reconocerse los méritos de uno de sus profesores (ex decano) sino también, y lo que es más significativo, por admitirse en dicho seno a un profesor que ha combinado su intensa actividad universitaria con una no menos productiva vida profesional. No es sencillo encontrar la armonía entre la serena investigación del universitario con la exigente y dinámica actividad profesional.

Morles ha sabido amalgamar ambos extremos en una obra pedagógica en el más estricto sentido de la palabra, pero igualmente pragmática.

En su discurso de incorporación el profesor Morles perfila las grandes tendencias del Derecho Mercantil, dándonos una pincelada sobre a dónde va esta ciencia. Más que a dónde va, es quizás justo decir dónde estamos. En su línea académica el discurso del doctor Morles continúa toda una tendencia innovadora en temas poco tratados en nuestra bibliografía patria. No puede por ejemplo, dejar de mencionarse que *El Régimen Legal del Mercado de Capitales* (1979) y *La Bolsa, Los Corredores y los Contratos Bursátiles* (1988) son libros pioneros en esta materia. Igualmente fue importante en esta misma línea los Anteproyectos de Ley de Sociedades y Títulos Valores donde participó el profesor Morles. También su obra académica más importante *Derecho Mercantil* (1989)<sup>1</sup> tiene la particularidad de profundizar sin ser complejo lo que permite a los estudiantes poder ampliar un sujeto sin perder lo esencial que toda esencia pierde cuando tratamos de ampliarla. Siempre recuerdo cuando leí a Rocco por primera vez, el comentario que hacía a sus *Principios de Derecho Mercantil*, publicados en 1927: "Me permito vaticinar que el libro, a más de orientar a los jóvenes, puede ser de alguna utilidad a los prácticos, abogados, magistrados que busquen una guía de principios generales

---

1. La Primera Edición de 1986.

concretos y claros para la resolución de los casos controvertidos.<sup>2</sup> Este es el mismo tipo de tradición seguido por Morles. Pero volviendo a las nuevas tendencias queremos hacer algunos comentarios a las ideas expresadas por el autor, sin querer abarcar todas ellas, lo cual implicaría una magnitud de desarrollo distinta a la que queremos realizar en este momento.

El doctor Morles en su discurso<sup>3</sup> nos menciona las siguientes tendencias: La crisis de la codificación; la aparición de una nueva *lex mercatoria*; la creación de poderes legislativos supranacionales; la difusión del arbitraje; la incorporación de los débiles (consumidores y ahorristas) como nuevos sujetos jurídicos; los nuevos contratos; las nuevas formas de contratación; la desmaterialización de los títulos valores y el nuevo enfoque de las crisis patrimoniales del empresario.

Queremos, como ya expresamos, concentrarnos en algunas de las tendencias expresadas por el autor a saber la aparición de una nueva *lex mercatoria* y la desmaterialización de los títulos valores.

#### I. LA NUEVA LEX MERCATORIA

En su discurso el doctor Morles señala: "El derecho común de la Edad Media era distinto de ciudad en ciudad, pero el derecho mercantil era el mismo de una ciudad a otra. "Nuevos *ius gentius*" lo llamó Benvenuto Stracca. El derecho mercantil se convierte en derecho nacional cuando las formas de organización política desembocan en la creación de los estados nacionales. Sin embargo, a despecho de su transformación, en las relaciones internacionales el derecho mercantil siguió siendo en cierta medida universal. Los mercaderes continuaron la tradición de la uniformidad heredada de la Edad Media y se esforzaron por regular sus intercambios externos por medio de prácticas uniformes. El comercio internacional se avenía mal con la disparidad de legislaciones nacionales, de modo que en forma casi natural se fue conformando un conjunto de usos de los propios mercaderes para la regulación de aquel fenómeno que se hizo especialmente acusado en el ámbito de la navegación.

Puede afirmarse que la reducción geográfica del derecho mercantil a fronteras nacionales siempre tuvo sus límites, configurados por las relaciones derivadas del tráfico internacional de mercancías, de modo que la antigua *lex mercatoria* no desapareció nunca radicalmente.

2. Rocco, Alfredo. *Principios de Derecho Mercantil*. Parte General. Editora Nacional. México 1960, p. 2.

3. Morles, Alfredo. *Perfiles del Derecho Mercantil*. Caracas, 1991, p. 9.

Los esfuerzos por ensanchar la reglamentación uniforme han determinado la aparición de la contemporánea *lex mercatoria* definida como "Conjunto de reglas supranacionales destinadas a regular el tráfico económico y comercial internacional en su perspectiva jurídico-privadas" (Illesca Ortiz). Esta nueva *lex mercatoria* es elaborada por organismos internacionales, intergubernamentales y no gubernamentales, así como por organizaciones privadas.

Entre los organismos intergubernamentales se encuentran la CNUDMI o UNCITRAL, organismo de Naciones Unidas para la unificación del Derecho Mercantil Internacional; el UNIDROIT, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado; y la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado. Entre los no gubernamentales están la Cámara de Comercio Internacional, el Comité Marítimo Internacional y la Asociación de Derecho Internacional. La venta internacional de mercaderías, las reglas sobre transporte de mercancías sometidas a régimen de conocimiento de embarque y las prácticas y usos uniformes en materia de crédito documentarios son algunos relevantes ejemplos de la actuación cumplida por estos órganos internacionales, sin olvidar el proyecto de ley para regir las cambiarias internacionales y los intentos para regular los cheques internacionales.

La convivencia armónica entre los sistemas nacionales de Derecho Mercantil y la nueva *lex mercatoria* debería producir un fecundo intercambio cuyos efectos deberían ser beneficiosos para ambos órdenes de relaciones jurídicas.<sup>4</sup>

Es indudable como lo señala Benvenuto Stracca en su formidable: "*Tractatus de Mercatura seu Mercatore*" editado por primera vez en Venecia en 1553<sup>5</sup> que el Derecho Mercantil era el nuevo *jus gentium*.

Si nos remontamos a la expresión en su sentido original veremos cómo en Roma después de la primera guerra púnica (242 a.C) se estableció la figura del *praetor peregrinus*, el cual tenía la función de resolver casos donde al menos una de las partes era un no romano (*peregrinus*). Es decir la función del *praetor* era resolver los casos que el Derecho Civil —el cual sólo se aplicaba a ciudadanos romanos— no podía resolver. Muchos de estos casos estaban vinculados con el intenso tráfico comercial que empezaba a realizarse entre Roma y

4. Morles, *ob. cit.* pp. 11 y 12.

5. Rocco Alfredo, *ob. cit.* p. 21.

otros estados.<sup>6</sup> Este derecho era en su sentido más amplio un derecho de naciones (*jus gentium*).

Como bien señaló el profesor Morles, el Derecho Mercantil de la Edad Media —a diferencia del derecho común— era el mismo de una ciudad a otra. Favoreció esta uniformidad la disgregación del Estado que se produjo después de la caída del Imperio Romano de Occidente. La disgregación produjo dos fenómenos —comentados por Rocco— que facilitaron la formación de un derecho especial para el comercio a saber; el predominio de la costumbre sobre cualquier derecho estatal y el nacimiento de las Corporaciones de Artes y Oficios.<sup>7</sup>

Ya para el momento que Stracca escribe, las fuentes consuetudinarias del Derecho Mercantil habían perdido el vigor de siglos atrás; perdidas las libertades municipales y languideciendo las corporaciones pierde fuerza la voluntad creadora de la costumbre y de los estatutos para empezar a avizorar en el futuro la época de las leyes mercantiles nacionales. Pero como bien expresara el profesor Morles la "*lex mercatoria* nunca desapareció radicalmente" de tal manera que en nuestro siglo vivimos un magnífico renacer de las leyes mercantiles internacionales como instrumentos indispensables para regular un comercio que no conoce fronteras y que requiere la seguridad de un estatuto común. En este sentido adquiere notable relevancia los esfuerzos realizados por las Naciones Unidas para regular las materias relativas a letras de cambio y pagarés internacionales por una parte y cheque por la otra. Este esfuerzo ha sido apoyado por numerosos gobiernos en función de las siguientes razones: a) La unificación del derecho en esta materia se justificaba por el uso cada vez mayor de títulos negociables en el comercio internacional, especialmente para finalizar las operaciones relativas a las exportaciones, y en las transacciones crediticias. b) Los proyectos representaban una aceptable transacción entre los sistemas anglosajón y los basados en los Convenios de Ginebra de 1930 y 1931. c) El ámbito de aplicación asignado a los proyectos era realista y aceptable, aun cuando, por supuesto lo ideal sería lograr la unificación completa del derecho relativo a los títulos negociables que comprendiera tanto los títulos nacionales como los internacionales. d) La escasa jurisprudencia sobre la materia tenía una explicación distinta, a saber, que los bancos resolvían entre sí los problemas planteados sin acudir a los tribunales. e) Aun cuando se admitió la posibilidad de mejorar

---

6. Grant, Michael. *History of Rome*. Faber and Faber. London, 1979, pp. 91 y 92.

7. Rocco, Alfredo, *ob. cit.* p. 21.

algunos de los proyectos para simplificar el régimen establecido, fue expresamente señalado que "cualquier revisión encaminada a la simplificación debía realizarse con cautela para no menoscabar la eficacia de los textos al tratar las complejas relaciones entre los firmantes de un título".<sup>8</sup>

Todo el esfuerzo realizado en materia de letras de cambio y pagarés internacionales tiene —irónicamente— un obstáculo importante en aquellos países que ratificaron los Convenios de Ginebra de 1930 y 1931, dado que las leyes uniformes que figuran en esos instrumentos son vinculantes, lo cual no le permite a los países que son parte de dicho convenio el apartarse de las mismas por un contrato. El problema clave estaría representado por la búsqueda de un mecanismo que permitiese la coexistencia de las convenciones ya indicadas con el principio de la autonomía de las partes para aceptar los nuevos instrumentos, tal como fue propuesto por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Como bien ha señalado el Anuario (1984) de la Comisión de las Naciones Unidas: "En Derecho Internacional Privado generalmente se reconoce a las partes la facultad para escoger una legislación nacional pero no se les permite seleccionar una Convención independiente de la ley interna de los países. Por tanto se trata de un sistema novedoso".<sup>9</sup>

Como dato significativo hay que señalar que la materia del cheque ha sido separada de la letra de cambio y el pagaré en virtud de ser el primero un instrumento de pago y los segundos, instrumentos de crédito.<sup>10</sup> Pareciera que ésta es una tendencia dominante. Aparte de la cual podríamos pensar en que quizás vayamos a presenciar en los próximos años la decadencia del cheque como instrumento de pago frente a medios más modernos de pago. En este sentido la Comisión de las Comunidades Europeas ha elaborado un proyecto de directiva del consejo sobre el consumidor y los medios modernos de pago que señala en su artículo primero: "esta directiva se aplica a las transacciones efectuadas vía o por medio de:

- Redes electrónicas de pago activadas por el público a través de tarjetas de crédito u otros medios.
- Distribuidores de billetes operados en forma electrónica.

8. Parra-Aranguren, Gonzalo. "La Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambios Internacionales y Pagarés Internacionales". *Revista de la Facultad de Derecho*. UCAB. Caracas, enero-diciembre, 1989, p. 63.

9. Parra-Aranguren, Gonzalo, *ob. cit.*, p. 137.

10. Parra-Aranguren, Gonzalo, *ob. cit.*, p. 53.

- Cajeros automáticos.
- Tarjetas de crédito débito y multifunción".<sup>11</sup>

En materia de créditos documentarios pareciera interesante mencionar todo lo relativo a las normas aprobadas por la Cámara de Comercio Internacional (Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios, Revisión 1983, Publicación N° 400) las cuales han dado origen a interesantes discusiones acerca de si son aplicables en Venezuela o no dichas disposiciones.<sup>12</sup>

En todo caso es de hacer notar que no existe en nuestra legislación patria ninguna regulación expresa en la materia salvo las cartas de viajero previstas en el art. 495 al 502 (ambos inclusive) del Código de Comercio.

## II. DESMATERIALIZACION DE LOS TITULOS VALORES

En su discurso Morles sintetiza acertadamente el problema en los siguientes términos: "Uno de los acontecimientos más trascendentes de los tiempos recientes ha sido el del uso masivo de los títulos —en serie o individuales— con el consiguiente colapso de los sistemas de circulación o de liquidación de operaciones. La Bolsa de Valores de Caracas está experimentando en este momento un problema que habían sufrido antes instituciones similares en otros países.

Las soluciones que se han ensayado o puesto en práctica llegan hasta el extremo de desmaterialización de los títulos, es decir la sustitución de éstos por simples inscripciones en cuenta (lo que se ha dado en llamar escriturización). Ya no se trata de la desaparición de la circulación física del documento, sino de la desaparición del documento mismo, lo cual atañe al concepto tradicional de título valor. Se ha propuesto que se hable de valor o de derecho-valor (*Wertrechte*), pero la noción del nuevo derecho está en proceso de elaboración. ¿En las nuevas condiciones se podrá, por ejemplo, seguir hablando de incorporación?, pregunta Sánchez-Calero.

También se ha propuesto que se distinga entre títulos-valores carturales y títulos valores informatizados (Bercovitz).

11. Delpiazzo, Carlos. "Transferencia Electrónica de Fondos". Felaban. X Encuentro de Latinoamericano de Abogados Expertos en Derecho Bancario. Caracas, 1991. Anexo 3.
12. Borjas, Leopoldo. "La Carta de Crédito Naturaleza Jurídica". Felaban. X Encuentro Latinoamericano de Abogados Expertos en Derecho Mercantil. Caracas, 1991, p. 6.

La desmaterialización está ocurriendo aun cuando no han sido solucionados todos los problemas teóricos. Esa realidad que convive con el sistema conocido aplicable a las situaciones en que todavía se usan los títulos, tendrá sus repercusiones en la estructura del Derecho Mercantil. Un sistema dual sustituirá al sistema único actual.

Por otra parte, las opciones para resolver el problema técnico de legislar sobre la materia plantean igualmente efectos que se reflejan en la estructura de la disciplina, según se escoja un régimen unitario o un sistema fragmentario para la regulación del conjunto.<sup>13</sup>

Como bien señaló Morles el valor o derecho-valor (*Wertrechte*) está aún por recibir su espaldarazo conceptual. ¿Cómo quedan los conceptos tradicionales de los títulos valores frente a concepciones nuevas difíciles de concebir cuando en el siglo XIX Einert escribió: "El derecho de cambio en el siglo 19". No sólo lo cuestionado (como señaló Morles citando a Sánchez Calero) es el principio de la literalidad. ¿Cómo concebir los principios cambiarios en sentido amplio a la luz de la desmaterialización?

Héctor Alegría realizó un interesante esfuerzo al tratar de visualizar los caracteres fundamentales de los títulos valores a la luz de los nuevos cambios.<sup>14</sup> Así la autonomía adquiere para Alegría un carácter sustantivo en virtud de que realmente cada adquisición del título es independiente de las relaciones "previamente existentes".

La noción de literalidad para Alegría se redefine "No se trata de lo escrito ni de lo aquello a lo que se reenvía un documento escrito. Se trata simplemente de pautas objetivas de referencia."<sup>15</sup>

¿Cómo mantener el principio tradicional de literalidad cuando en el título valor desmaterializado no se encuentra literalizado un derecho? Acaso no estaremos refiriéndonos a los derechos de que goza todo aquel cuyo nombre aparezca en el documento informático al cual podemos atribuir algunas cualidades similares al del instrumento clásico pero con diferencias sustanciales.

También sería importante el reflexionar acerca de la incorporación, ya que como bien señalara Bugada Lanzas citado por Alegría,<sup>16</sup> sobre este principio se construye la base del título desmaterializado.

13. Morles, Alfredo, *ob. cit.* pp. 15 y 16.

14. Alegría, Héctor. "La Desmaterialización de los Títulos Valores". II Jornadas Internacionales de Derecho Mercantil. Caracas, 1989, p. 848.

15. Alegría, Héctor, *op. cit.*, p. 850.

16. Alegría Héctor, *op. cit.*, p. 850.

¿Por qué la base? por cuanto pasaríamos a eliminar —probablemente— la diferenciación que existe en los títulos valores en cuanto a los requisitos necesarios para su circulación ya que todos ellos circularían mediante la investidura técnica requerida, carácter que legitimaría suficientemente al que se haya registrado en la misma. La legitimación por ejemplo, se convierte en un carácter que aparece en una banda magnética, por hablar de cualquier medio de compilación electrónica de información. Ya la legitimación no aparece vinculada a la posesión del documento por cuanto éste como “cosa” ya no existe.

Sin lugar a dudas que el carácter abstracto o causal del título planteará interrogantes interesantes en cuanto a si éste surge de la voluntad del creador del mismo o de la ley, pero esto no pareciera ser un obstáculo importante a la desmaterialización.

El tema de la desmaterialización va a producir importantes modificaciones a nuestros conceptos actuales de los títulos valores. Estamos presenciando el nacimiento de títulos desmaterializados que constituyen verdaderos derechos autónomos el tratar de identificarlos — como hace la doctrina — con títulos con perfiles nominativos; pareciera correcto en el ansia que tenemos los juristas en poder tirar un ancla en arena no movediza si existe este tipo de arena en el mundo que vamos a regular en el futuro.

En todo caso en el mundo de la transferencia electrónica de fondos se están dando fenómenos similares y que han dado origen a proyectos de regulaciones por parte de organismos internacionales. Así, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional (UNCITRAL) en su proyecto de “Guía jurídica sobre la transferencia electrónica de fondos” ha definido a estas operaciones como operaciones del proyecto que antes se desarrollaba sobre la base de técnicas documentales y hoy se realiza sobre la base de técnicas electrónicas.<sup>17</sup> En otras palabras, se ha sustituido el traspaso físico del documento contentivo de la orden de transferir por un mensaje electrónico. Como bien señala Delpiazzo la regulación de esta materia en los países de influencia latina se ha realizado por vía contractual.<sup>18</sup> En este punto es muy valedero los comentarios de Morles acerca de la aptitud de los contratos para servir de molde a muchas relaciones jurídicas, lo cual no ha impedido para el autor que se avance en materias propias del Derecho Mercantil como es la contra-

17. Delpiazzo, Carlos, *op. cit.*, p. 11.

18. Delpiazzo, Carlos, *op. cit.*, p. 13.