

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO

REVISTA
DE LA
FACULTAD
DE DERECHO



ENERO - DICIEMBRE 1989

NUMERO 41

CARACAS, VENEZUELA

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO

REVISTA
DE LA
FACULTAD DE DERECHO



ENERO - DICIEMBRE 1989

NUMERO 41

CARACAS, VENEZUELA

Universidad Católica Andrés Bello
Revista de la Facultad de Derecho (Número 41)
Caracas, Venezuela

ISSN 0255 - 5328

Producido por la Editorial Signo Contemporáneo, S.R.L.
para la Universidad Católica Andrés Bello
Impreso por Altolitho, C.A.
Febrero de 1990

SUMARIO

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

- La Convención de las Naciones Unidas sobre las letras de
cambio internacionales y pagarés internacionales (1988)
Gonzalo Parra Aranguren 11

DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO

- El derecho a la integridad personal y la prohibición de la
tortura (en el Derecho Internacional)
Héctor Faúndez Ledesma 239

DERECHO DE PROPIEDAD INDUSTRIAL

- La oposición al registro marcario en la ley venezolana
Manuel Vallina Grisanti 283

DERECHO PENAL

- Aproximación jurídica, criminológica, victimológica y
teológica a los jóvenes infractores (El Derecho Penal
frente a la delincuencia juvenil)
Antonio Beristain 323

LA REVOLUCION FRANCESA Y EL DERECHO

Los jueces en el proceso revolucionario francés <i>Juan Francisco Lloan Reyssi</i>	357
La Revolución Francesa y los fundamentos del Derecho Penal moderno: Beccaria y la Ilustración. <i>Nodier Agudelo Betancur</i>	383

HISTORIA DEL DERECHO

Instituciones jurídicas venezolanas (Bosquejo socio-histórico) <i>Reinaldo Chalbaud Zerpa</i>	421
--	-----

NOTAS Y COMENTARIOS

Notas sobre el mandato en el Derecho Romano <i>Hernando Grisanti Aveledo</i>	451
Pagaré en dólares del Banco Central de Venezuela para el pago de las cartas de crédito (Algunas consideraciones jurídicas) <i>Julio Rodríguez B.</i>	459
El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y la posible incorporación de Venezuela <i>Carlos E. Delgado A.</i>	475

COLABORACIONES ESTUDIANTILES

El amparo constitucional frente al acto administrativo formal <i>Luis A. Ortiz Alvarez</i>	485
---	-----

RESEÑAS BIBLIOGRAFICAS

Introducción al Estudio de la Organizaciones Internacionales, por Héctor Faúndez Ledesma <i>Hans-Joachim Leu</i>	563
--	-----

Homenaje a Jorge Barrera Graf <i>Alfredo Morles Hernández</i>	566
--	-----

CRONICA DE LA FACULTAD

Crónica de la Facultad.....	569
Nómina de egresados de la Facultad de Derecho como Abogados en 1989.....	573

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

LA CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS
SOBRE LETRAS DE CAMBIO INTERNACIONALES
Y PAGARES INTERNACIONALES (1988)

Gonzalo Parra Aranguren

SUMARIO

I LOS ANTECEDENTES:

1. *La inclusión del tema en el programa de trabajos durante el Primer Período de Sesiones (1968) de la Comisión de la Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).*
2. *El requerimiento hecho al Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDR OIT).*
3. *El examen del asunto durante el Segundo Período de Sesiones (1969).*
4. *Los trabajos sobre la materia en el Hemisferio Americano.*
5. *La contraposición entre el sistema de Ginebra y el angloamericano.*
6. *Las posibilidades para lograr la armonía internacional de soluciones.*
7. *Las alternativas para la unificación sustantiva de las leyes.*
8. *La decisión de la Comisión del 13 de marzo de 1969.*
9. *Examen de las respuestas al cuestionario durante la Tercera Reunión (1970).*
10. *Informe sobre los trabajos del Comité Jurídico Interamericano.*
11. *La preparación de un instrumento facultativo para títulos internacionales.*

12. *La decisión del 2 de abril de 1971 ordenando la preparación de un Proyecto de Ley Uniforme y su comentario.*

II EL PROYECTO DE CONVENCION SOBRE LETRAS DE CAMBIO Y PAGARES:

13. *El Proyecto de 1972.*
14. *El artículo primero.*
15. *Los comentarios al respecto.*
16. *Su aplicación a instrumentos internacionales.*
17. *La consecuencia del incumplimiento de los requisitos formales.*
18. *El artículo segundo.*
19. *El artículo tercero.*
20. *La posición de los Estados No Contratantes.*
21. *La conveniencia de regular los pagarés y los cheques internacionales.*
22. *La decisión del 4 de mayo de 1972 y la creación del Grupo de Trabajo.*

III EL EXAMEN DEL PROYECTO POR EL GRUPO DE TRABAJO:

23. *La Primera Reunión (enero de 1973).*
24. *Su informe a la Comisión y la decisión del 5 de abril de 1973.*
25. *Los posteriores informes a la Comisión.*
26. *El examen del ámbito de aplicación por el Grupo de Trabajo durante su cuarto período de sesiones (1976):*
27. *Carácter optativo del Proyecto;*
28. *La internacionalidad del instrumento.*
29. *Los elementos que deben figurar en el anverso del título.*
30. *La conveniencia de redactar mejor el artículo 2.*
31. *La aprobación del artículo 3.*

32. *La modificación del inciso f) del párrafo segundo del artículo 1 para incluir el lugar de libramiento de la letra.*
33. *Las sugerencias rechazadas.*
34. *La Quinta Reunión del Grupo de Trabajo (1977): la reforma del inciso f), párrafo segundo, artículo 1.*
35. *Las otras sugerencias rechazadas.*
36. *La supresión del artículo 2. y la reforma del artículo 3.*
37. *La petición de la Comisión en su 13o. Período de Sesiones (1980).*
38. *La reconsideración de algunos artículos durante la 11a. Reunión del Grupo de Trabajo (1981).*
39. *Los posibles métodos para la aprobación del Proyecto por la Comisión en su 14a Reunión (1981).*
40. *El aplazamiento de decisión al respecto.*

IV EL PROYECTO DE CONVENCION SOBRE CHEQUES:

41. *El aplazamiento de la materia en la Primera Reunión del Grupo de Trabajo (1973).*
42. *El Documento de la Secretaría General (1974).*
43. *Los requerimientos hechos a la Secretaría por el Grupo de Trabajo en su Tercera Reunión (1975).*
44. *La sugerencia de la Comisión en su 12a. Reunión (1979) para extender el examen a los cheques y a los pagarés internacionales.*
45. *La decisión del Grupo de Trabajo de comenzar el estudio de los cheques (1979).*
46. *El inicio del examen del Proyecto sobre cheques por el Grupo de Trabajo (1980).*
47. *La conclusión del análisis del Proyecto.*
48. *La conveniencia de preparar un Proyecto independiente para los cheques.*
49. *La decisión de la Comisión en 19 de junio de 1981.*
50. *La aprobación del Proyecto de Convención sobre Cheques Internacionales por el Grupo de Trabajo (1981).*

V *LAS MATERIAS NO REGULADAS POR LOS PROYECTOS DE CONVENCION:*

51. *La decisión del Grupo de Trabajo de abstenerse de regular ciertas cuestiones (1981).*
52. *Las proposiciones contenidas en el Memorandum de 1981 de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado:*
53. *a) someter las lagunas a la ley declarada aplicable por las normas de derecho internacional privado.*
54. *b) aplicar las normas especiales de la ley competente.*
55. *El rechazo de ambas propuestas por el Grupo de Trabajo (1981).*

VI *EL TRAMITE ULTERIOR DE LOS PROYECTOS DE CONVENCION:*

56. *La decisión de 4 de agosto de 1982 de la Comisión ordenando la distribución de los Proyectos para recibir observaciones.*
57. *El Comentario de los profesores Barak y Vis.*
58. *Las varias clases de observaciones formuladas.*
59. *Las Observaciones Generales:*
 - a) *dudas sobre la continuación de los trabajos.*
 - b) *argumentos para perseverar.*
 - c) *escepticismo respecto al Proyecto sobre cheques.*
62. *Las Observaciones sobre el ámbito de aplicación:*
- 62.-63. *España;*
64. *Canadá;*
65. *Checoslovaquia;*
66. *China;*
67. *Estados Unidos de América;*
- 68.-69. *Japón;*
70. *Noruega.*
71. *La decisión de mantenerse a la expectativa (1983).*
72. *El examen de las Observaciones en la 17a. Reunión de la Comisión.*

- 73.-74. *Los comentarios generales sobre la conveniencia de continuar los trabajos y el aplazamiento del Proyecto sobre cheques.*
- 75.-79. *Los comentarios sobre el ámbito de aplicación del Proyecto sobre Letras de Cambio y Pagares Internacionales.*
- 80. *Las decisiones de la Comisión en 1984.*

VII LA APROBACION DE LA CONVENCION SOBRE LETRAS DE CAMBIO Y PAGARES INTERNACIONALES:

- 81. *La decisión de la Comisión en 1985.*
- 82. *La 14a. Reunión del Grupo de Trabajo (1985).*
- 83. *Los elementos internacionales exigidos por el párrafo 2 del artículo 1.*
- 84. *La sugerencia de dividir el artículo primero en dos preceptos distintos.*
- 85. *La regulación unitaria de todas las obligaciones cambiarias.*
- 86. *La necesaria facilidad para reconocer la internacionalidad del instrumento:*
- 87. *Las diversas sugerencias formuladas;*
- 88. *La decisión del Grupo de Trabajo.*
- 89. *La conveniencia de preparar modelos de letras de cambio y pagarés.*
- 90. *La propuesta de restringir la Convención de los Estados Contratantes.*
- 91. *El examen del Proyecto en la 19a. Reunión de la Comisión (1986).*
- 92. *Las dificultades económicas.*
- 93.-95. *Los comentarios respecto a los requisitos exigidos para la internacionalidad del título.*
- 96. *La nueva propuesta de dividir el artículo en dos preceptos.*
- 97. *La necesidad de clarificar el carácter facultativo de la Convención.*

98. *Los comentarios relativos a los lugares exigidos para la validez del título.*
- 99.-108. *Nuevo examen de la conveniencia de restringir la Convención a los Estados Contratantes.*
- 109.-113. *La conveniencia de clarificar la redacción del artículo 2.*
114. *El Informe de la Comisión de 1986.*
115. *La fórmula aceptada.*
116. *La consideración de los posibles métodos para aprobar el Proyecto de la 19a. Reunión de la Comisión (1986).*
117. *Las providencias complementarias al procedimiento aprobado.*
118. *El requerimiento de las Cláusulas Finales.*
119. *La Resolución de la Asamblea General de 1986.*
120. *La 15a. Reunión del Grupo de Trabajo ampliado (1987).*
121. *El examen de los párrafos segundo y tercero del artículo 1.*
122. *Las críticas al párrafo cuarto del artículo 1.*
123. *La división del artículo 1 en tres preceptos.*
124. *Los planteamientos hechos en relación al artículo 2.*
125. *La posibilidad de reserva del artículo 2.*
126. *Los Comentarios de los Gobiernos.*
127. *Las observaciones de carácter general.*
- 128.-133. *Los Comentarios Específicos sobre el Ambito de Aplicación.*
134. *La remisión del Proyecto a un Grupo de Redacción.*
135. *Nuevo examen en 1987 del Proyecto Revisado.*
136. *El artículo segundo.*
137. *La admisión del artículo 89 permitiendo formular una reserva.*
138. *Nuevo análisis del procedimiento más adecuado para la aprobación del Proyecto y la decisión de la Comisión (1987).*
139. *La Resolución de la Asamblea General (1987)*
140. *La actitud de la Comisión en su 21a. Reunión (1988).*
141. *El examen del Proyecto en la Sexta Comisión (1988).*

142. *El Informe del Grupo de Trabajo.*
- 143.-147 *Las intervenciones de los Delegados.*
148. *El Proyecto de Resolución.*
149. *La aprobación de la Convención.*
150. *La Resolución de la Asamblea General aprobatoria de la Convención (1988).*

VIII LOS EVENTUALES CONFLICTOS CON LAS CONVENCIONES DE GINEBRA (1930) Y PANAMA (1975):

151. *El planteamiento del Observador de la Conferencia de La Haya en la Cuarta Reunión del Grupo de Trabajo (1976).*
152. *Nueva mención del asunto en la Quinta Reunión del Grupo de Trabajo (1977).*
153. *Las Observaciones de los Gobiernos (1982).*
- 154.-156. *Referencia al asunto con motivo de la consideración de las Observaciones de los Gobiernos en la 17a. Reunión de la Comisión (1984).*
- 157.-159. *Estudio del problema con motivo del examen del Proyecto en la 17a. Reunión de la Comisión.*
160. *El Informe de la Comisión correspondiente en su 17a. Reunión (1984).*
161. *Nueva consideración del problema en la 19a. Reunión de la Comisión (1987).*
- 162.-163 *La conveniencia de solucionar el problema en las Cláusulas Finales.*
164. *Las Reuniones Informales entre los Estados Parte de la Convención de Ginebra.*
165. *El artículo 82 del Proyecto:*
- 166.-168. *Su rechazo en la 20a. Reunión de la Comisión.*
169. *El Informe de la 20a. Reunión de la Comisión.*
- 170.-172. *Nuevo señalamiento del problema en la Sexta Comisión (1988).*

IX LAS PROYECCIONES SOBRE LA CONFERENCIA EN LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO:

173. *La Resolución de la Décima Sesión.*
174. *El planteamiento ante la Segunda Reunión de la Comisión (1969).*
175. *La Resolución de la Décima Primera Sesión.*
176. *La Decisión de la Comisión Especial en 1976.*
177. *El Documento Preliminar N° 1 (1976).*
178. *Su examen por la Cuarta Comisión de la Décima Tercera Sesión.*
179. *La Resolución de la Décima Tercera Sesión (1976).*
180. *El Documento Preliminar N° 3 (1979).*
181. *Su examen por la Comisión Especial (1980).*
182. *La consideración del asunto por la Cuarta Comisión de la Décima Cuarta Sesión (1980).*
183. *La Resolución de la Décima Cuarta Sesión (1980).*
184. *El "Documento Preliminar J" (1983).*
185. *La actitud de la Comisión Especial (1984).*
186. *El Anexo 12 a las Conclusiones de la Comisión Especial.*
187. *Su examen por la Primera Comisión de la Décima Quinta Sesión (1984).*
188. *La Resolución de la Décima Quinta Sesión (1984).*
189. *El Documento Preliminar N° 1 (1987).*
190. *Su examen por la Comisión Especial (1988).*
191. *La actitud de la Primera Comisión de la Décima Sexta Sesión (1988).*
192. *La intervención del Secretario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMD).*
193. *El debate del asunto y la decisión adoptada.*
194. *La Resolución de la Décima Sexta Conferencia (1988).*

I
LOS ANTECEDENTES

1. En su *Primer Período de Sesiones*, celebrado en Nueva York del *veintinueve de enero al veintiseis de febrero de 1968*, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) asignó tratamiento prioritario a la materia relativa a los pagos internacionales, dentro de la cual fue incluido el punto referente a la armonización y unificación del derecho aplicable a los instrumentos negociables.¹

2. En esa misma oportunidad y con vista de los trabajos realizados sobre el tema, resolvió solicitar del Secretario General que consultara al Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDR OIT), acerca de su disposición de preparar un estudio sobre las medidas más adecuadas para promover la armonización y unificación del derecho relativo a los instrumentos negociables en lo referente a las transacciones conectadas con diversos países; y en particular:

¹ *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional: Anuario*, Vol. I, 1968—1970, Nueva York, 1971, N° 40, p. 81, N° 48, p. 82, Números 23—27, pp. 84—45. Respecto a la creación de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) véase: PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. “Legislación Uniforme sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, Caracas, N° 35, 1986, N° 29, nota 61, p. 38.

- a) El examen de la conveniencia de promover una aceptación más amplia de los convenios de Ginebra de 1930 y 1931 sobre instrumentos negociables.²
- b) Un estudio de los posibles medios de dar reconocimiento y protección internacionales recíprocas a los instrumentos negociables del *common law* y a los efectos de comercio reconocidos por los Convenios de Ginebra; y
- c) Consideración de la posibilidad de crear un nuevo instrumento negociable para efectuar pagos internacionales.³

3. En su *Segundo Período de Sesiones* (Ginebra, 3 a 31 de marzo de 1969), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) consideró una Nota del Secretario General sobre la unificación del derecho de las letras de cambio y los cheques;⁴ el Informe Preliminar del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDR OIT);⁵ y el Informe del Secretario General, contentivo del análisis de las respuestas y observaciones de los gobiernos y de las instituciones bancarios y comerciales, al cuestionario sobre los instrumentos negociables utilizados para efectuar pagos internacionales.⁶

² La referencia es a los siguientes instrumentos: 1) Convenio de 1930 relativo al establecimiento de una ley uniforme sobre letras de cambios y pagarés; 2) Convenio de 1930 para la solución de determinados conflictos de leyes en materia de letras de cambio y pagarés; 3) Convenio de 1931 relativo al establecimiento de la ley uniforme sobre cheques; y 4) Convenio de 1931 para la solución de determinados conflictos de leyes en materia de cheques.

³ El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDR OIT) accedió a la solicitud y preparó un estudio bajo el título: *Informe Preliminar sobre las posibilidades de ampliar la unificación del derecho de las letras de cambio y los cheques*, donde fueron examinados los diversos criterios mediante los cuales podría promoverse, en principio, la unificación legislativa.

⁴ *Anuario*, Vol. I, *op. cit.* p. 251.

⁵ *Anuario*, Vol. I, *op. cit.* pp. 251-254.

⁶ *Anuario*, Vol. I, *op. cit.* pp. 255-268.

4. En esa ocasión, la Comisión fue informada de la existencia de un Proyecto de Ley Uniforme sobre Instrumentos Negociables preparado para Centroamérica por la Secretaría Permanente del Tratado General de Integración Económica Centroamericana;⁷ y el representante de la Organización de los Estados Americanos se refirió al proyecto preparado bajo los auspicios del Banco Interamericano de Desarrollo, que había sido sometido a consideración del Comité Jurídico Interamericano.⁸

5. Durante el mismo Segundo Período de Sesiones, luego del intercambio de criterios entre los asistentes, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) estableció que, “había dos principales sistemas de derecho relativos a los instrumentos negociables, es decir, el representado por los convenios de Ginebra de 1930 y 1931 y el representado por la *Bill of Exchange Act* de Inglaterra y por la *Negotiable Instruments Law* de los Estados Unidos (sustituida por el

⁷ El Instituto Centroamericano de Derecho Comparado decidió convocar una mesa redonda a nivel centroamericano, realizada en junio de 1984, para fijar las bases de una Ley Uniforme de Títulos Valores; y una vez logrado un acuerdo sobre las bases generales se encargó al doctor RAUL CERVANTES AHUMADA (México) la redacción del Proyecto, que fue discutido en un Seminario celebrado en Tegucigalpa (Honduras) en octubre de 1965 (*Proyecto de Ley Uniforme de Títulos-Valores para la América Latina*, Buenos Aires, 1967, pp. 132-183).

⁸ *Anuario*, Vol. I. *op. cit.*, N° 65, p. 109. La tarea fue encomendada al Instituto para la Integración de América Latina, como organismo especializado del Banco Interamericano de Desarrollo, por acuerdo del Parlamento Latinoamericano en su Primera Asamblea Ordinaria, confirmado por la Primera Reunión de la Junta Directiva, celebrada en Santiago de Chile del 8 al 10 de octubre de 1965. El doctor RAUL CERVANTES AHUMADA (México) recibió el encargo de preparar el anteproyecto que fue examinado, con las observaciones recibidas, en una reunión de especialistas en títulos valores celebrada en el Instituto para la Integración de la América Latina del 13 al 15 de octubre de 1966; y como resultado de este encuentro el profesor RAUL CERVANTES AHUMADA preparó el Proyecto que fue elevado al Parlamento Latinoamericano el 28 de marzo de 1967 por el Instituto para la Integración de la América Latina (*Proyecto de Ley Uniforme de Títulos-Valores para América Latina*, Buenos Aires, 1967: las consideraciones hechas por el profesor CARLOS MIGUEL LOLLET, de Caracas, Venezuela, aparecen en las páginas 387 a 412).

artículo 3.º del *Uniform Commercial Code*)". Sin embargo, fue reconocido que los Convenios de Ginebra "no trataban de algunos problemas importantes, como el de la provisión de fondos, y la uniformidad que estas leyes trataban de establecer se había visto además comprometida por las reservas"; pero también se estableció que "de modo análogo, existían divergencias entre la legislación inglesa y la de los Estados Unidos, y, en consecuencia, entre las leyes de los países que habían adoptado como modelo una u otra legislación".⁹

6. Por tanto, tuvo que considerarse la cuestión acerca de la mejor manera de lograr la armonía internacional de las soluciones: una vez examinada la posibilidad de resolver adecuadamente los problemas a través de normas sobre conflicto de leyes, se concluyó que esta clase de reglas "no podrían por sí solas facilitar la circulación internacional de los instrumentos negociables y que el sistema de ley uniforme, en caso de que fuera posible, ofrecería más probabilidad de producir resultados satisfactorios".¹⁰

7. Acto continuo la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) estudió los diversos métodos para favorecer la unificación de las normas materiales de los distintos Estados en materia de efectos negociables; y en esta tarea fueron contempladas las siguientes alternativas:

- a) La primera posibilidad consistiría en lograr una aceptación más amplia de los Convenios de Ginebra de 1930 y

⁹ *Anuario*, Vol. I, *op. cit.* N° 66, p. 109.

¹⁰ *Anuario*, Vol. I, *op. cit.* N° 68, p. 109. Con motivo de este análisis el Observador de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado manifestó que el tema referente a la ley aplicable a los efectos de comercio se encontraba inscrito en el futuro programa de trabajo "y que si la Comisión decidiera que un convenio relativo a los conflictos de leyes podría contribuir a resolver los problemas existentes, la Conferencia estaría dispuesta a preparar un proyecto de convenio de ese tipo".

1931. No obstante, los Delegados del *common law* destacaron que este método “exigiría inevitablemente una alteración fundamental de sus prácticas internas y de sus instituciones jurídicas en esa esfera y que, por consiguiente, era escasa o nula la esperanza de poder convencer a los gobiernos de esos países de que se adhirieran a los Convenios.”¹¹ Por su parte, los Representante del derecho civil reconocieron que, “en su forma actual, no podían ser recomendados sin reservas para su aplicación universal”; y también señalaron que “los Convenios de Ginebra no eran completos y que algunas de sus disposiciones habían dado lugar a interpretaciones divergentes, especialmente en relación con las nuevas prácticas que se habían ido creando” desde su aprobación.¹²

- b) El segundo procedimiento pretendería la revisión de los Convenios de Ginebra de 1930 y 1931. Sin embargo, los asistentes lo consideraron poco eficaz para asegurar la uniformidad, habida cuenta de que dichos instrumentos se aplicaban tanto a las transacciones internas como a las internacionales, siendo ilusorio esperar que los Estados “modificasen sus leyes y prácticas internas con el único fin de lograr una mayor uniformidad en relación con las transacciones internacionales”.¹³ No obstante, se reconoció que este método no debía descartarse en forma absoluta por cuanto, a pesar de las diferencias, el sistema del *common law* y el de los Convenios de Ginebra resolvían de manera similar varios problemas surgidos en las relaciones internaciona-

¹¹ *Annuario*, Vol. I, *op. cit.*, N° 71, p. 109.

¹² *Annuario*, Vol. I, *op. cit.*, N° 70-72, pp. 109-110.

¹³ *Annuario*, Vol. I, *op. cit.*, N° 73, p. 110.

les, como sucede en relación con los protestos y, en menor grado, con los endosos falsos.¹⁴

- c) La creación de un nuevo instrumento negociable de uso facultativo en las transacciones internacionales fue calificada, en términos generales, como el método más satisfactorio para lograr la pretendida uniformidad; aun cuando también se consideró imprescindible, con carácter previo, hacer un estudio a fondo, a través de una encuesta, de las opiniones y sugerencias de las instituciones bancarias y comerciales.¹⁵

8. Con vista de la opinión favorable de la mayoría de los asistentes, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) decidió el *31 de marzo de 1969* estudiar más a fondo esta tercera posibilidad y, a tales fines, pidió al Secretario General:

- a) Que prepare un cuestionario, en consulta con el Fondo Monetario Internacional, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDR OIT), la Cámara de Comercio Internacional y, en su caso, con otras organizaciones internacionales interesadas, tomando en consideración las opiniones expresadas en la Comisión;
- b) que envíe dicho cuestionario a los gobiernos o a las instituciones bancarias y comerciales, según proceda;
- c) que ponga a disposición de la Comisión en su tercer período de sesiones, las respuestas al cuestionario, junto con un análisis de las mismas, preparado por el Secretario General en consulta con las mencionadas organizaciones internacionales.¹⁶

Por otra parte, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) también recordó "que en ciertos puntos concretos relacionados con la circulación y

¹⁴ *Anuario*, Vol. I, *op. cit.*, N° 73-74, p. 109.

¹⁵ *Anuario*, Vol. I, *op. cit.*, N° 75-81, pp. 110-111.

¹⁶ *Anuario*, Vol. I, *op. cit.*, N° 88, p. 111.

eficacia de los instrumentos negociables, las prácticas comerciales de los diversos países frente a determinadas dificultades han llegado a soluciones similares, no obstante la diversidad de sus sistemas jurídicos". En consecuencia, dispuso pedir al Secretario General que, en su momento oportuno, invitara a las mencionadas organizaciones para

[...] que preparen estudios relativos, entre otras cosas, a las siguientes cuestiones que se plantean en los principales sistemas jurídicos, con un comentario sobre las soluciones que se han dado, tanto por las prácticas comerciales como por la jurisprudencia, a estas materias: a) el problema de las firmas y endosos falsos; b) la exigencia de protestos y los efectos de la falta de aviso en caso de falta de pago; y c) el grado de responsabilidad por firma o aval.¹⁷

9. El documento contentivo de las respuestas al cuestionario enviado por el Secretario general fue examinado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en su *Tercer Período de Sesiones (Nueva York, 6 al 30 de abril de 1970)*; y con este motivo reafirmó su opinión "de que el conocimiento de las opiniones y el apoyo activo de las instituciones bancarias y comerciales era un requisito previo para toda decisión definitiva sobre la conveniencia de la unificación y su posible alcance".¹⁸

10. En ese mismo Tercer Período de Sesiones el Observador de la Organización de los Estados Americanos informó que el Consejo Permanente, por resolución del 2 de julio de 1968, había pedido al Comité Jurídico Interamericano la realización de un estudio sobre los instrumentos negociables, con la finalidad de elaborar un proyecto de convención. Por tanto, el Comité Jurídico Interamericano se encontraba examinando el Proyecto de Ley Uniforme preparado por el Instituto para la Integración de América Latina, órgano del Banco Interamericano de Desarro-

¹⁷ *Anuario*, Vol. I, *op. cit.*, N° 89, pp. 111-113.

¹⁸ *Anuario*, Vol. I, *op. cit.*, N° 106, p. 150.

llo, y había decidido, por el momento, concentrar sus esfuerzos en los problemas planteados por los cheques y las letras de cambio.¹⁹

¹⁹ *Anuario*, Vol. I, *op. cit.*, N° 105, p. 149. En 30 de agosto de 1968 el Comité Jurídico Interamericano, en Dictamen suscrito por los doctores FRANCISCO CAMPOS, JOSE JOAQUIN CAICEDO CASTILLA, WILLIAM BARNES, JORGE AJA ESPIL y FRANCISCO GONZALEZ DE LA VEGA, consideró aconsejable, en vez de regular los títulos-valores en general, “seguir la tradición ginebrina, comenzando por la letra de cambio y el cheque”, en la tarea de preparar un instrumento en las relaciones internacionales que permitiría “a cada Estado Miembro mantener, por el momento, su legislación interna” (“Dictamen del Comité Jurídico Interamericano sobre una Ley Uniforme de Títulos-Valores para América Latina”, CIJ-96, en *Documentos de la Organización de los Estados Americanos sobre Derecho Internacional Privado*, Washington, 1973, pp. 498-510). Posteriormente, con fecha 26 de marzo de 1971 el Comité Jurídico Interamericano hizo un examen del tema “Proyectos de Convenciones sobre Letras de Cambio y Cheques de Circulación Internacional”, a fin de ser distribuidos entre los gobiernos de los Estados Miembros “para que formulen las observaciones que estimen convenientes” (*Documentos, op. cit.* pp. 524-547). El estudio fue sometido a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, la cual lo pasó a un Grupo de Trabajo que rindió su informe el 24 de junio de 1971 (*Documentos, op. cit.*, pp. 554-564); y con vista de este análisis la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, en 28 de junio de 1971, sugirió al Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos solicitar “de los gobiernos de los Estados Miembros que oportunamente se pronuncien sobre la inclusión en el Proyecto de Temario de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado de un tema relativo a proyectos de convenciones sobre título valores en América Latina, o sobre letras de cambio y cheques de circulación internacional” (*Documentos, op. cit.* pp. 550-553). La sugerencia fue aceptada el 30 de junio de 1971, por Resolución del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (CP/RES. 46/71) (*Documentos, op. cit.*, pp. 565-566). Los gobiernos de Estados Unidos de América, Guatemala, México, Trinidad and Tobago y Venezuela enviaron sus observaciones al Proyecto del Comité Jurídico Interamericano (*Documentos, op. cit.* pp. 578-615); y el punto fue incluido dentro del Temario de la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (PARRA-ARANGUREN, Gonzalo: “La Revisión del Código Bustamante”, en *Codificación del Derecho Internacional Privado en América*, Caracas, 1982, pp. 277-294). El Comité Jurídico Interamericano también aprobó, el 2 de febrero de 1972, un “Proyecto de Convención sobre cheque latinoamericano de viajero” (*Documentos, op. cit.* pp. 570-577), el cual fue circulado entre los gobiernos de los Estados Miembros, habiéndose recibido observaciones de Costa Rica y de Venezuela (*Documentos, op. cit.*, pp. 615-624).

11. Como resultado de sus deliberaciones, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) reconoció, unánimemente, durante el mismo Tercer Período de Sesiones “que el único criterio viable por el momento era el de concentrar su labor en una convención que incorporase normas aplicables a un instrumento negociable especial que se utilizaría en las transacciones internacionales”; y que “las normas uniformes establecidas en tal convención sólo serían aplicables a un instrumento cuyo encabezamiento indicara que estaba sujeto a las normas de la Convención”, pues, “el uso de tal instrumento sería facultativo.”²⁰

Por tanto, el 27 de abril de 1971, fue resuelto pedir al Secretario General:

- [...] a) que completara el análisis de las observaciones formuladas, con la inclusión de las respuestas recibidas después de la preparación de su informe;
- b) que preparara un análisis detallado de las dichas observaciones y que, “si lo juzgare necesario, dirija preguntas suplementarias a los gobiernos y a las instituciones bancarias comerciales”;
- c) que presentara esos análisis a la Comisión en su Cuarto Período de Sesiones; y
- d) que entable nuevas consultas con las organizaciones internacionales interesadas en el cumplimiento de la tarea”.²¹

12. Durante su *Cuarto Período de Sesiones* (Ginebra, 29 de marzo a 20 de abril de 1971), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) ratificó su decisión de continuar los trabajos “hacia la preparación de reglas uniformes aplicables a un instrumento negociable especial de uso facultativo en transacciones internacionales”; y, también dispuso el 2 de abril de 1971, pedir al Secretario General que preparara un Proyecto de tales normas, acompañado de un comentario, para presentarlo en el Quinto Período de Sesiones, una

²⁰ *Annuario*, Vol. I, Nº 112, p. 150.

²¹ *Annuario*, Vol. I, *op. cit.* Nº 118, p. 151.

vez efectuada la necesaria consulta con las organizaciones internacionales interesadas, incluyendo organizaciones bancarias y comerciales; y, de ser necesario, con la asistencia de expertos.²²

II

EL PROYECTO DE CONVENCION SOBRE LETRAS DE CAMBIO Y PAGARES

13. En el *Quinto Período de Sesiones* (Nueva York, 10 de abril a 5 de mayo de 1972) fue sometido a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) un documento titulado *Proyecto de Ley Uniforme sobre letras de cambios internacionales y comentario: informe del Secretario General (A/CN.9/67)* de fecha 31 de marzo de 1972;²³ y el cual se encontraba dividido en ocho Partes, a saber:

²² United Nations Commission on International Trade Law. *Yearbook*, Vol. II, 1971, New York, 1972, N° 35, p. 16. En el Cuarto Período de Sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) tuvo a su vista los siguientes documentos: "Análisis complementario de las respuestas de los gobiernos y de las instituciones bancarias y comerciales al cuestionario sobre instrumentos negociables utilizados para los pagos internacionales", preparado por el Secretario General (*op. cit.*, pp. 113-131); y "Proposición de la Delegación francesa sobre una Convención para el Derecho Mercantil Internacional (*jus commune*)" (*op. cit.* pp. 139-140).

²³ La preparación del Proyecto fue realizada después de seis reuniones previas en las cuales participaron, en todas o en algunas, las siguientes organizaciones internacionales interesadas: Fondo Monetario Internacional (FMI), Organización de los Estados Americanos (OEA), Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDR OIT), Banco Internacional para la Cooperación Económica, Banco de Pagos Internacionales, Federación de Bancos de las Comunidades Europeas y Cámara de Comercio Internacional (CCI).

- I Ambito de aplicación: Forma (artículos 1-3).
- II Interpretación: 1) Generalidades (artículos 4-6); 2) Interpretación de los requisitos formales (artículos 7-10); 3) Modo de completar un instrumento incompleto (artículo 11);
- III Transferencia y negociación (artículo 12-22);
- IV Derechos y obligaciones: Derechos del tenedor y del tenedor protegido (artículos 23-26), Obligaciones de las Partes: A) Generalidades (artículos 27-33); B) El librador (artículo 34); C) El librado y el aceptante (artículos 35-40); D) El endosante (artículos 41-42); e) El garante (artículos 43-45);
- V Presentación, Falta de aceptación o de pago y Recursos (artículos 46-48): 1) Presentación a la aceptación (artículos 46-51); 2) Presentación al pago (artículos 52-56); 3) Recursos (artículos 57-68);
- VI Extinción de las Obligaciones Cambiarias (artículos 69-78): 1) Generalidades (artículo 69); 2) Pago (artículos 70-75); 3) Renuncia (artículo 76); 4) Readquisición por una parte anterior (artículo 77); 5) Liberación de una parte anterior (artículo 78);
- VII Prescripción (artículo 79); y
- VIII Letras Perdidas (artículo 80).²⁴

14. La Primera Parte del Proyecto, referente a su Ambito de Aplicación, contenía tres preceptos; y el artículo Primero dispuso:

- 1) La presente Ley se aplicará a las letras de cambio internacionales.
- 2) Una letra de cambio internacional es un instrumento escrito que:
 - a) Contiene, en su texto, las palabras *Páguese por esta Letra de Cambio Internacional librada con arreglo a la Convención de [. . .]* (o palabras de significado análogo);
 - b) Contiene una orden pura y simple de una persona (el librador) dirigida a otra (el librado) de pagar una suma determinada de dinero a una persona determinada (el tomador) o a su orden;
 - c) Es pagadera a la vista o a un tiempo determinado;

²⁴ *Anuario*, Vol. III, Nueva York, 1973, pp. 165-215.

- d) Está firmada por el librador, y
- e) Indica que se ha librado en un país que no es el del librado o el del tomador o el del lugar de pago.²⁵

15. De acuerdo con las explicaciones hechas en el comentario anexo al Proyecto, “el empleo de la letra de cambio internacional sujeta a la presente ley es facultativo”, según lo decidió la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en su cuarto período de sesiones; y el inciso a) del párrafo segundo “tiene el propósito de asegurarse de que esta elección se manifieste claramente”, siendo de advertir que “las demás personas que se convierten en partes en un instrumento que lleva esta denominación, en vista del carácter voluntario de su acto, manifiestan también que consienten en que se aplique la Ley”.

El Comentario también informa haberse considerado la posibilidad de fijar otros criterios para determinar la “internacionalidad” de un instrumento, tales como su empleo exclusivo para el pago de transacciones internacionales (por ejemplo, para la compraventa internacional de mercaderías) o la exigencia de que se trate de situaciones que puedan plantear conflictos de leyes. No obstante, de inmediato agrega:

Después de consultar a las organizaciones nacionales interesadas se dejaron de lado estos criterios por considerarse que no eran prácticos y que no presentaban la ventaja del criterio adoptado, es decir, la constancia indiscutible de la internacionalidad en el cuerpo del instrumento. El análisis del ámbito de aplicación de la Ley Uniforme muestra que el criterio establecido en el artículo 1, 2 e) abarca la mayoría de los casos en que hay un movimiento internacional de crédito y también las principales situaciones en que se plantean conflictos de leyes.²⁶

16. De igual modo fue pretendido que las letras de cambio sujetas a la Ley Uniforme sirvan de medio de pago internacional,

²⁵ *Anuario*, Vol. III, *op. cit.*, p. 307.

²⁶ *Anuario*, Vol. III, *op. cit.*, N° 11, p. 168.

motivo por el cual ésta “sólo se aplicará cuando haya ciertos elementos internacionales que consten en el cuerpo de la letra. El inciso e) exige que una letra de cambio internacional indique un lugar de creación situado en un país que no sea el del librado o el del tomador o el del lugar de pago”; siendo de advertir que no se requiere insertar “en detalle, en la letra las direcciones (con calle, etc.) de lugares situados en dos países diferentes”, pues basta que contenga menciones de dos países distintos. No obstante, fue admitido que “sería conveniente para el librador indicar la dirección del librador y el lugar de pago porque, según los artículos 51 y 56 de la Ley Uniforme, se considera que hay falta de aceptación o de pago de una letra cuando, entre otras cosas, no es posible presentarla para la aceptación o el pago porque no puede localizarse al librado o al aceptante. En tal caso, el tenedor de la letra puede ejercer una acción de regreso contra el librador”.

17. Sin embargo, el incumplimiento de los requisitos formales establecidos por el artículo primero sólo trae como única consecuencia que no se encuentra regido por la Ley Uniforme; pero en nada afecta “a la validez o a la negociabilidad del instrumento de acuerdo a la ley nacional aplicable (por ejemplo, la ley del lugar de creación o la del lugar de emisión)”.²⁷

18. El artículo segundo del Proyecto previno:

El hecho de que lo indicado en la letra a los fines del inciso e) del párrafo 2 del artículo 1 sea incorrecto no afectará a la aplicación de la presente Ley.

La justificación de este precepto se encuentra en el deseo de garantizar la seguridad de las transacciones en materia de letras de cambio internacionales, que “depende de la clara e indiscutible identificación del régimen jurídico aplicable”. Por consiguiente, “una declaración incorrecta respecto del lugar de creación, etc., destinada a someter el instrumento a la Ley Uniforme,

²⁷ *Anuario*, Vol. III, *op cit.*, p. 168.

no invalida al instrumento como letra de cambio internacional y no puede oponerse al tenedor, aun cuando el tenedor haya sabido que la declaración era incorrecta"; a reserva de que "una parte ejerza una acción por daños y perjuicios contra otra por haber hecho ésta declaraciones fraudulentamente incorrectas en cuanto al lugar de creación, al lugar de pago, a la dirección del librado o a la dirección del tomador.²⁸

19. Por último, el artículo tercero dispuso:

Se aplicará la presente Ley sean o no Estados contratantes los países indicados en la letra de cambio internacional conforme a lo dispuesto en el párrafo 2) del artículo 1.

De acuerdo con el artículo tercero, según explica el Comentario del Proyecto, el Juez del foro de un Estado contratante aplicará la Ley Uniforme a las letras de cambio internacionales que llenen los requisitos formales contemplados por el segundo párrafo del artículo primero, y no el derecho interno de un Estado o el derecho cambiario de un Estado extranjero aplicable según las normas de conflicto, de no existir la presente ley.²⁹

Las finalidades perseguidas se clarifican con el siguiente ejemplo:

Un instrumento en cuyo texto figuren las palabras *letras de cambio internacional librada con arreglo a la Convención* [. . .] (véase el artículo 1, 2) indica que ha sido librada en el Estado X contra el librado residente en el Estado Y. Ni X ni Y son Estados contratantes. El instrumento es aceptado por el librado y el tomador endosa la letra a E. El aceptante no paga la letra y E pide al librador que la pague. El librador opone una excepción [por ejemplo, el tenedor no observó los requisitos formales del protesto] y el tenedor entabla una acción ante los tribunales de un Estado contratante. En virtud del artículo 2, la Ley Uniforme es aplicable y los derechos y obligaciones de todas las partes en la letra se rigen por la Ley Uniforme, sea cual fuere el lugar en que se concertara cada con-

²⁸ *Anuario*, Vol. III, *op. cit.*, p. 168-169.

²⁹ *Anuario*, Vol. III, *op. cit.*, p. 169.

trato específico sobre la letra, el lugar en que la letra no fue atendida, o el lugar en que se hizo o debiera haberse hecho el protesto.³⁰

El comentario del Secretario General agrega las siguientes consideraciones:

[. . .] esta norma sobre la aplicabilidad de la Ley Uniforme sustituye a las distintas normas de conflicto de leyes que pudieran aplicarse. En substancia, el artículo 2 da eficacia a la intención de las partes de que sus relaciones jurídicas respecto de la letra se regulen por la Ley Uniforme, según la declaración que figura en la letra. Por tanto, las partes que firmen una letra internacional como librador, endosante, garante o aceptante, manifiestan por la misma [firma] su intención de someterse a la Ley Uniforme. Lo mismo puede decirse de la persona que recibe la letra como transferido, tenedor o tenedor protegido. Por consiguiente, la aplicación de la Ley Uniforme a las relaciones jurídicas de las partes en una letra de cambio internacional responde a la expectativa razonable de las partes.³¹

20. De igual modo fue explicado por el Secretario General:

Naturalmente, la obligación de aplicar la Ley Uniforme en los casos previstos en los artículos 1 a 3 incumbe solamente a los Esta-

³⁰ En el Comentario preparado el 15 de marzo de 1982 por los profesores AHARON BARRAK y WILHEM VIS, por instrucciones de la Secretaría General, se agrega un ejemplo más específico al afirmarse: "Por tanto, una letra librada por J. Brown, Australia, pagadera a A. Petrov, Bulgaria, llenaría el requisito del subparágrafo e)" ("Informe del Secretario General: Comentario sobre el Proyecto de Convención sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagares Internacionales (A/C N.9/213)", en *Yearbook*, Vol. XIII, Nueva York, 1984, N° 13, p. 127 (véase luego el número 57 de este trabajo).

³¹ A este respecto se destaca: "el reconocimiento de la intención de las partes de que se aplique la presente Ley Uniforme distingue a este anteproyecto de otras normas uniformes que son aplicables independientemente de las normas del derecho internacional privado", con particular referencia a la Convención de La Haya de 1964 sobre la venta internacional de bienes muebles corporales (artículos 1 y 2); pero advirtió también que el sistema seguido guarda analogía con el Proyecto de Convención sobre el transporte internacional combinado de mercaderías (*Anuario*, Vol. III, *op. cit.*, p. 169).

dos contratantes. En consecuencia, el que el juez del foro de un Estado no contratante aplique la Ley Uniforme a un instrumento que reúne los requisitos señalados en el artículo 1, 2) dependerá de las normas de conflicto de leyes de dicho foro. Cabe suponer que el Juez del foro de un Estado no contratante considere que dicho instrumento es una letra de cambio internacional sujeta a la Ley Uniforme si las normas de conflicto remiten a la ley del país en que se libró el instrumento y si este país es un Estado contratante. Pero en otros casos el Estado no contratante podrá aplicar las normas de derecho nacional en vez de la presente Ley Uniforme. En tales casos es posible que un instrumento librado como letra de cambio internacional según la Ley Uniforme, no sea considerado letra de cambio por el derecho aplicable. El presente Proyecto trata de afrontar este posible problema estableciendo en el artículo 1, 2) requisitos que sustancialmente son análogos a los que los principales sistemas jurídicos consideran requisitos mínimos para que un instrumento pueda ser tenido por letra de cambio[. . .] Sin embargo, puede haber casos en que una letra que reúna los requisitos del artículo 1, 2) no satisfaga algunos de los requisitos impuestos por un derecho nacional determinado.³²

El Comentario también informa que fue examinada la posibilidad de añadir una disposición según la cual la Ley Uniforme sería aplicable solamente si el instrumento fue librado [o emitido] en un Estado contratante. El principal efecto de esa norma sería disuadir a los círculos bancarios y comerciales de librar o emitir letras de cambio internacionales en Estados no contratantes y de este modo reducir las complicaciones que pueden derivarse de la aplicación de las normas de conflicto por los tribunales de los Estados no contratantes.

Sin embargo, se explica al respecto:

“No se ha incorporado en el presente proyecto tal norma limitativa de la aplicabilidad de la Ley Uniforme”, ya que semejante regla “llevaría necesariamente a la inaplicabilidad de la Ley Uniforme a un instrumento librado como letra de cambio inter-

³² *Anuario*, Vol. III, *op cit.*, pp. 169-170.

nacional en un Estado no contratante, aun cuando el librado se hallara en un Estado contratante o cuando la letra fuese pagadera, en un Estado contratante, y el litigio surgiese en un Estado contratante. Tal norma limitaría indebidamente el ámbito de aplicación de la Ley Uniforme”. Por el contrario, “según este proyecto una persona puede librar, aceptar o endosar una letra de cambio internacional tanto si se libra en un Estado contratante como en uno no contratante, y el tribunal de un Estado contratante reconocerá la intención de las partes de que debe aplicarse la Ley Uniforme expresada en el cuerpo del instrumento y mediante el uso voluntario de la letra. Naturalmente, el Tribunal de un Estado no contratante puede no reconocer esta intención”.

El Secretario General concluye sobre el tema con la siguiente afirmación:

El problema anterior y otros relacionados con la aplicación de normas uniformes a derechos y obligaciones basados en una letra de cambio internacional son problemas inherentes al proceso de adopción de normas uniformes en tanto no se adopte y aplique universalmente una Ley Uniforme.³³

21. Con motivo del examen del Proyecto durante su Quinto Período de Sesiones (10 de abril a 5 de mayo de 1972), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) observó que no incluía reglas sobre cheques y pagarés, a pesar de la opinión de los medios bancarios consultados en el sentido de estimar conveniente la elaboración de normas uniformes aplicables a los pagarés internacionales. Por tanto, se consideró aconsejable aceptar esa propuesta y también fue dispuesto estudiar la conveniencia de preparar normas uniformes aplicables a los cheques internacionales.³⁴

De igual modo, durante los debates fue reiterada la advertencia sobre el auge de los métodos y procedimientos de pago

³³ *Anuario*, Vol. III, *op cit.*, p. 170.

³⁴ *Anuario*, Vol. III, *op cit.*, Nº 55, pp. 23-24.

por medios electrónicos, con la esperanza de que se tuviera en cuenta esa evolución tecnológica;³⁵ y se dio particular atención al señalamiento del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDR OIT) acerca de la conveniencia de incluir normas sobre la ejecución de las obligaciones derivadas de las letras de cambio internacionales.³⁶

22. Como resultado del intercambio de criterios durante su Quinto Período de Sesiones, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) decidió el cuatro de mayo de 1972:

- a) Crear un Grupo de Trabajo sobre instrumentos negociables internacionales compuesto por los representantes de Egipto, Estados Unidos de América, Francia, India, México, Nigeria, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.
- b) Confiar a este Grupo de Trabajo la preparación del proyecto definitivo de Ley Uniforme sobre letras de cambio y pagarés internacionales;
- c) Pedir al Grupo de Trabajo que examine la conveniencia de preparar normas uniformes aplicables a los cheques internacionales y la cuestión de si la mejor forma de lograr este objetivo es hacer extensiva la aplicación del proyecto de Ley Uniforme a los cheques internacionales o bien elaborar una ley uniforme aparte sobre cheques internacionales, y que comunique a la Comisión sus conclusiones al respecto en un futuro período de sesiones.³⁷

³⁵ *Anuario*, Vol. III, *op cit.*, N° 57, pp. 24.

³⁶ *Anuario*, Vol. III, *op cit.*, N° 59, p. 24. Por el contrario, no tuvo mayor aceptación la posibilidad de extender el ámbito de aplicación de las normas uniformes a todos los documentos negociables comerciales utilizados en las transacciones comerciales internacionales (*Anuario*, Vol. III, *op cit.*, N° 56, p. 24).

³⁷ *Anuario*, Vol. III, *op cit.*, N° 61, p. 24. La Comisión también tomó nota, con beneplácito, de que el Grupo de Trabajo sobre instrumentos negociables había decidido celebrar su primer período de sesiones en Ginebra del 8 al 19 de enero de 1973 (*Id.*, N° 62, p. 25).

De igual se resolvió requerir al Secretario General:

- a) Que invite a los Estados Miembros del Grupo de Trabajo a designar como representantes en éste a personas especialmente calificadas en derecho de los instrumentos negociables y en prácticas bancarias;
- b) Que invite a los miembros de la Comisión no representados en el Grupo de Trabajo y a las organizaciones internacionales que tengan especial interés en el asunto a asistir a los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo en calidad de observadores y que recomiende que sean representados por personas con amplios conocimientos del derecho de los instrumentos negociables y de las prácticas bancarias;
- c) Que modifique el Proyecto de Ley Uniforme sobre letras de cambio internacionales con miras a extender su aplicación a los pagarés internacionales, y que presente el proyecto de Ley Uniforme modificado en esta forma al Grupo de Trabajo en su primer período de sesiones;³⁸
- d) Que examine la propuesta del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado de que el proyecto de Ley Uniforme contenga normas uniformes sobre los medios por los que puede obtenerse la ejecución de las obligaciones derivadas de las letras de cambio internacionales y que informe sobre ello al Grupo de Trabajo;
- e) Que prosiga su labor respecto del proyecto de Ley Uniforme tras celebrar consultas con el Grupo de Estudio de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre pagos internacionales e instituciones comerciales y bancarias interesadas y, para tal fin, que convoque a las reuniones necesarias.³⁹

³⁸ En virtud de esta decisión fue preparado, con fecha veintiuno de noviembre de 1972, el documento titulado: "Informe del Secretario General, anexo (A/C.N.9/W.G.IV/W.P.2): texto del proyecto de Ley Uniforme sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales"; pero según se indica en la nota a pie de página la regulación es análoga a la del Proyecto de Ley Uniforme sobre Letras de Cambio Internacionales, salvo que sus disposiciones se extienden a los pagarés (*Anuario*, Vol. IV, *op. cit.*, pp. 121-132).

³⁹ *Anuario*, Vol. III, *op. cit.*, N° 61, pp. 24-25.

III

EL EXAMEN DEL PROYECTO POR EL GRUPO DE TRABAJO

De acuerdo con lo previsto, el Grupo de Trabajo se reunió por primera vez en Ginebra del 8 al 19 de enero de 1973 para dar comienzo al examen del Proyecto de Convención sobre Letras de Cambios Internacionales y Pagarés Internacionales; y, de inmediato, resolvió requerir la asistencia de la Secretaría General a fin de preparar, progresivamente, un instrumento revisado donde se reflejaran las conclusiones aceptadas, y de ocuparse de los problemas de terminología y estilo.⁴⁰

24. El Grupo de Trabajo sobre los Títulos Negociables Internacionales rindió Informe de las labores realizadas en su primera reunión a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional durante el *Sexto Período de Sesiones (Ginebra, 2 al 13 de abril de 1973)*; ⁴¹ pero, en esa oportunidad tan solo fue resuelto aplazar el examen de los artículos ya aprobados del Proyecto de Ley Uniforme sobre Letras de Cambio y Pagarés Internacionales hasta que el Grupo de Trabajo terminara su labor y hubiere presentado un proyecto final con comentario.⁴²

Por consiguiente, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) decidió el 5 de abril de 1973:

3. Pide al Secretario General que prosiga su labor respecto del Proyecto de Ley Uniforme y de la encuesta que ha de llevarse a cabo sobre el empleo de los cheques en las operaciones de pagos

⁴⁰ *Anuario*, Vol. IV, Nueva York, 1975, N° 26, p. 15.

⁴¹ "Grupos de Trabajo sobre Títulos Negociables: proyecto de Ley Uniforme sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales; informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor de su primer período de sesiones (Ginebra, 8 al 19 de enero de 1973 [A/C.N.9/66]) (*Anuario*, Vol. IV, *op. cit.* pp. 105-131).

⁴² *Anuario*, Vol. IV, *op. cit.*, N° 33, p. 16.

internacionales, tras celebrar consultas con el Grupo de Estudio sobre Pagos Internacionales de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), integrado por expertos facilitados por las organizaciones internacionales e instituciones comerciales y bancarias interesadas y, para tal fin, que convoque a las reuniones necesarias.⁴³

25. El Grupo de Trabajo continuó el examen del Proyecto de Ley Uniforme sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagos Internacionales en sucesivas reuniones, celebradas en Nueva York y Ginebra, alternativamente; habiendo rendido el correspondiente Informe, en sus respectivas oportunidades, a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).⁴⁴

⁴³ *Anuario*, Vol. IV, *op. cit.* Nº 36, p. 16.

⁴⁴ La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en su *Séptimo Período de Sesiones* (Nueva York, 13 al 17 de mayo de 1974), recibió el "Informe del Grupo de Trabajo sobre títulos negociables internacionales acerca de la labor realizada en su segundo período de sesiones, celebrado en Nueva York, del 7 al 18 de enero de 1974 (A/C N.9/86)", consistente en el examen de los artículos del 41 al 62 del Proyecto (*Anuario*, Vol. V, 1974, Nueva York, 1976, pp. 103-117). En el *Octavo Período de Sesiones* (Ginebra, 1 al 17 de abril de 1975) recibió el "Informe del Grupo de Trabajo sobre títulos negociables internacionales acerca de la labor realizada en su tercer período de sesiones celebrado en Ginebra del 6 al 17 de enero de 1975 (A/C N.9/99)", donde se examinaron los artículos 63 al 78 (*Yearbook*, Vol. VI, 1975, New York, 1976, pp. 121-135). En el *Noveno Período de Sesiones* (Nueva York, 9 de abril al 12 de mayo de 1976), fue presentado el "Informe del Grupo de Trabajo sobre títulos negociables internacionales acerca de la labor realizada en su cuarto período de sesiones (Nueva York, 2 al 12 de febrero de 1976) (A/C N.9/117)", referente a los artículos del 79 al 86 y del 1 al 11 (*Anuario*, Vol. VII, Nueva York, 1977, pp. 161-174). En el *Décimo Primer Período de Sesiones* (Nueva York, 30 de mayo a 16 de junio de 1978) consideró el "Informe del Grupo de Trabajo sobre títulos negociables internacionales acerca de la labor realizada en su quinto período de sesiones (Nueva York, 18 a 29 de julio de 1977) (A/C N.9/141)", donde fueron examinados, en segunda lectura, los artículos 1 al 23 y se comenzó a discutir el 24 (*Anuario*, Vol. IX, 1978, Nueva York, 1980, pp. 160-174); y en el mismo *Décimo Primer Período de Sesiones* también tomó nota del "Informe del Grupo de Trabajo sobre títulos negociables internacionales acerca de la labor realizada en su sexto período de sesiones (Ginebra: 3 al 13 de enero de 1978) (A/C N.9/147)", donde se continuó la segunda lectura de los artículos 5 y 6 y del 24 al 53 (*Anuario*, Vol. IX, *op. cit.*, pp. 174-193). En

26. La parte relativa a la esfera de aplicación del Proyecto fue examinada por el Grupo de Trabajo durante su *Cuarto Período de Sesiones (Nueva York, 2 al 12 de febrero de 1976)*; y en esa oportunidad se recordó expresamente que las instrucciones recibidas eran sólo de elaborar “normas uniformes aplicables a un título negociable especial, para su uso optativo en transacciones internacionales”. Por tanto, fue destacado:

[...] existen dos requisitos en que debe apoyarse necesariamente la ley uniforme: a) el uso del título debe ser optativo; y b) el título debe emplearse para liquidar transacciones internacionales y las normas uniformes no deben utilizarse respecto de transacciones internas.⁴⁵

27. Ahora bien, el primer requisito se consideró satisfecho por el Proyecto, porque “la elección inicial de utilizar una letra o un pagaré regidos por la ley uniforme la efectúa el librador o el suscriptor”; y las demás personas “se obligan con arreglo a la Ley Uniforme en virtud de su firma estampada en el título internacional o de haberlo adquirido”.⁴⁶

el *Décimo Segundo Período de Sesiones (Viena, 18 al 29 de junio de 1979)* recibió el “Informe del Grupo de Trabajo sobre títulos negociables acerca de la labor realizada en su séptimo período de sesiones, Nueva York, 3 al 12 de enero de 1979 (A/C.N.9/157)”, donde se prosiguió con los artículos 24, 53 a 70 (*Yearbook*, Vol. X, 1979, New York, 1981, pp. 61-78). En el *Décimo Tercer Período de Sesiones (Nueva York, 14 al 25 de julio de 1980)*, fue presentado el “Informe del Grupo de Trabajo sobre títulos negociables acerca de la labor realizada en su octavo período de sesiones (Ginebra, 3 al 14 de septiembre de 1979) (A/C.N.9/178)”, donde fueron examinados en segunda lectura los artículos 1, 5, 9, 11 y 70 a 86, y en tercera lectura los artículos 1 a 12 (*Yearbook*, Vol. XI, 1980, New York, 1982, pp. 43-52). En el mismo *Décimo Tercer Período de Sesiones* fue presentado el “Informe del Grupo de Trabajo sobre títulos negociables acerca de la labor realizada en su noveno período de sesiones (Nueva York, 3 al 11 de enero de 1980) (A/C.N.9/181)”, consistente en el estudio de los artículos del 13 al 85 y el artículo 5 (10) en conexión con el artículo 22 (*Yearbook*, Vol. XI, *op cit.*, pp. 53-77).

⁴⁵ *Anuario*, Vol. VII, Nueva York, 1977, Nº 59, p. 168. La Primera Lectura del Proyecto tuvo lugar durante la primera, segunda tercera y cuarta sesión; la Segunda Revisión se inició en la quinta sesión y fue terminada en la octava, cuando se dio comienzo a la tercera y última Lectura.

⁴⁶ *Anuario*, Vol. VII, *op cit.*, Nº 60, p. 168.

28. Respecto a la segunda exigencia se advirtió que era posible cumplirla de dos maneras distintas: “ i) Estipular que la transacción precedente al libramiento de una letra de cambio internacional o a la suscripción de un pagaré internacional sea internacional. Ello significaría que la prueba de la ‘internacionalidad’ del título deberá deducirse del carácter comercial de la transacción precedente; o ii) Estipular que la ‘internacionalidad’ del título se refleje en el título mismo”. Ahora bien, el Proyecto también satisface esta condición porque utiliza la segunda alternativa “pues es esencial para determinar la aplicación de la Ley Uniforme que se tengan en cuenta los datos que figuran en el anverso del título”.⁴⁷

29. Al examinar el inciso e) del párrafo segundo, el Grupo de Trabajo “manifestó su acuerdo con el requisito de que figuraran en el anverso del título por lo menos dos ‘elementos internacionales’ y con que los elementos mencionados abarcaban adecuadamente los tipos de transacciones internacionales a cuyo respecto podía utilizarse un título internacional”. Por consiguiente, se “convino en que dos de los elementos siguientes debían figurar en el anverso del título: i) que se ha librado en un Estado y es pagadero en otro Estado; o ii) que se ha librado en un Estado a favor de un tomador en otro Estado; o iii) que se ha librado en un Estado con cargo a un librado en otro Estado”. De igual modo fue aceptado que el título debía tener la fecha, por ser “un elemento importante en otras disposiciones”; y se pidió a la Secretaría “que examinase las situaciones en que el librado y el tomador, o el librado y el lugar de pago, o el tomador y el lugar de pago se encontraban en diferentes Estados y que preparase un texto que comprendiera estas situaciones”.⁴⁸

30. En relación al artículo segundo el Grupo de Trabajo se limitó a establecer que debería redactarse mejor para aclarar que

⁴⁷ *Anuario*, Vol. VII, *op cit.*, N° 61, p. 168.

⁴⁸ *Anuario*, Vol. VII, *op cit.*, N° 71-72, p. 169.

“lo indicado en el anverso del título deberá constituir una presunción de veracidad *juris tantum*.”⁴⁹

31. De igual modo el Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo tercero, pero reconoció que debería volverse a redactar en el sentido “de que se aplicaría la Ley Uniforme *en un Estado contratante*”, sin tomar en cuenta si los Estados indicados en la letra e) del párrafo segundo eran contratantes; y se negó la sugerencia de que, “a los fines de la aplicación de la Ley Uniforme, se debería establecer que sólo se aplicaría la ley uniforme si se indicara en el anverso del título que el girado era un Estado contratante”, porque de esa manera se limitaría innecesariamente su ámbito de aplicación.⁵⁰

32. Durante su *Quinto Período de Sesiones (Nueva York, 18 a 29 de julio de 1977)* el Grupo de Trabajo comenzó el examen del texto revisado del Proyecto de Ley Uniforme sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales preparado por la Secretaría; y al considerarse su ámbito de vigencia, con motivo del inciso f) del párrafo segundo del artículo primero, se expresó la opinión de que podría ser demasiado restrictivo ya que “la lista no incluía el lugar de libramiento de la letra, que en la práctica comercial solía ser el principal indicador del carácter internacional de una letra”; y esta exclusión traería consigo que “una cantidad considerable de letras de cambio actualmente en uso para los pagos internacionales no podrían considerarse letras internacionales en virtud de la Convención”. En virtud de estas consideraciones se aprobó la correspondiente modificación”.⁵¹

33. Otras sugerencias hechas durante el debate fueron rechazadas. “según una de ellas, se debería modificar las palabras iniciales del inciso f) del modo siguiente: “No indica que todos los lugares siguientes están ubicados en el mismo Estado”; y en

⁴⁹ *Anuario*, Vol. VII, *op cit.*, N° 76, p. 170.

⁵⁰ *Anuario*, Vol. VII, *op cit.*, N° 79, p. 170.

⁵¹ *Anuario*, Vol. IX, 1979, *op cit.*, N° 24, pp. 162-163.

apoyo se alegó “que merced a esta norma la convención sería inclusiva y no exclusiva, y extendería su alcance a tantos de los tipos de letras de cambio que se encuentran en la práctica comercial como fuera razonablemente posible. Por lo tanto, el efecto de esta redacción era que aunque una letra no hiciera mención de los lugares enumerados en el inciso f) podría considerarse una letra de cambio internacional en virtud de la Convención si se limitaba a cumplir con la disposición del inciso b)”, según la cual el título debía contener “una orden pura y simple de una persona [el librador] dirigida a otra [el librado] de pagar una suma determinada de dinero a una persona determinada [el tomador] o a su orden”.⁵²

34. Durante el mismo Quinto Período de Sesiones fue suprimido el artículo segundo porque “era innecesario”;⁵³ y el artículo tercero quedó redactado así: “La presente Ley se aplicará estén o no situados en Estados contratantes los lugares indicados en una letra de cambio internacional o en un pagaré internacional conforme a lo dispuesto en el inciso f) del párrafo 2, o en el inciso f) del párrafo 3 del artículo 1”.⁵⁴

35. En el Informe de su *Octavo Período de Sesiones (Ginebra, 3 al 14 de septiembre de 1979)*, el Grupo de Trabajo hizo saber a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) que necesitaba tan solo de una reunión más para concluir las tareas que le habían sido encomendadas; y al mismo tiempo pidió a la Secretaría General “hacer los arreglos necesarios para establecer las correspondientes versiones del Proyecto en los cuatro idiomas de trabajo de la Comisión (inglés, francés, español, ruso) y tratar de obtener versiones en los otros idiomas oficiales de las Naciones Unidas (árabe y chino),

⁵² *Anuario*, Vol. IX, 1979, *op cit.*, N° 25, pp. 162-163.

⁵³ *Anuario*, Vol. IX, 1979, *op cit.*, N° 29, p. 163.

⁵⁴ *Anuario*, Vol. IX, 1979, *op cit.*, N° 30. Por consiguiente, se suprimieron las palabras “(en un Estado contratante)”, que se encontraban en la primera línea del precepto.

antes de que el Proyecto fuera considerado en una Conferencia Diplomática".⁵⁵

36. En su *Noveno Período de Sesiones (Nueva York, 2 al 11 de enero de 1980)*, tuvo lugar la tercera lectura de los artículos 13 a 85 del Proyecto de Ley Uniforme, y del artículo 5, ordinal 10, en conexión con el artículo 22.⁵⁶ De esta manera, en principio, fue concluido el examen del tema, a reserva de volver a considerar algunos puntos sobre los cuales se pidió opinión al Grupo de Estudio sobre Pagos Internacionales; y a sugerencia de la Secretaría fue convocado un Grupo de Redacción para armonizar el lenguaje de las distintas versiones oficiales del Proyecto de Convención.⁵⁷

37. El Informe de la Novena Reunión del Grupo de Trabajo fue considerado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en su *Décimo Tercer Período de Sesiones (Nueva York, 14 al 21 de julio de 1980)*; y en esa oportunidad tan solo decidió pedirle la definitiva conclusión de las tareas a la brevedad posible.⁵⁸

38. En su *Décimo Primer Período de Sesiones (Nueva York, 3 al 14 de agosto de 1981)*, aparte de concluir el examen del Proyecto de Convención sobre Cheques Internacionales, procedió a reconsiderar algunas normas del Proyecto de Convención sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales. Ahora bien, en relación al artículo primero fue observado que no establecía con suficiente claridad el carácter opcional de la

⁵⁵ *Anuario*, Vol. XI, *op cit.*, N° 18, p. 9.

⁵⁶ "Informe del Grupo de Trabajo sobre títulos negociables internacionales acerca de la labor realizada en su noveno período de sesiones (Nueva York del 2 al 11 de enero de 1980) (A/CN.9/181)" (*Yearbook*, Vol. XI, *op cit.*, pp. 53-77).

⁵⁷ *Yearbook*, Vol. XI, *op cit.*, N° 18-19, pp. 9-10. El Proyecto de Convención, aprobado en la octava y novena reuniones del Grupo de Trabajo aparece reproducido en las páginas 77 a 89 del mismo Volumen.

⁵⁸ *Yearbook*, Vol. XI, *op cit.*, N° 22, p. 10.

Ley Uniforme y que en las transacciones internacionales las partes tenían libertad para escoger un instrumento regido por otro sistema jurídico. La observación se consideró improcedente por algunos, pero no obstante fue resuelto encomendar a la Secretaría la decisión de si era conveniente expresar con mayor claridad esa naturaleza facultativa en el proyecto de artículos de cláusulas finales que debían someterse a una Conferencia Diplomática; ⁵⁹ y al concluir sus labores aprobó el texto final del Proyecto en el documento distinguido: A/CN/9/211. ⁶⁰

39. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en su *Décimo Cuarto Período de Sesiones (Viena, 19 al 26 de junio de 1981)*, también consideró en documento circulado el 12 de mayo de 1981 bajo el título: *Posibles métodos para la aprobación definitiva de las convenciones emanadas de la labor de la Comisión (C/CN.9/204)*".

A este respecto la Secretaría General recordó, en primer lugar, el procedimiento clásico, seguido en los trabajos que terminaron en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, consistente en la distribución de los proyectos a los gobiernos para sus obser-

⁵⁹ *Yearbook*, Vol. XIII, *op cit.*, N° 187, pp. 65-66.

⁶⁰ *Yearbook*, Vol. XI, *op cit.*, pp. 65-71. Durante esta Décima Primera Reunión, con relación a esta materia, fueron sometidos al Grupo de Trabajo los siguientes documentos: a) "Nota de la Secretaría: Proyecto de Convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales: texto de los artículos revisados por los asesores de la Secretaría y por el Grupo de Trabajo en su décima sesión" (pp. 77-80); b) "Nota de la Secretaría: Proyecto de convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales: Proyecto de texto de los artículos 1-45, según fueron revisados por el Grupo de Redacción" (*op cit.*, pp. 81-87); c) "Nota de la Secretaría: Proyecto de Convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales: Proyecto de texto de los artículos 46-85, según fueron revisados por el Grupo de Redacción: correcciones hechas por el Grupo de Redacción a los artículos 1-45" (*op cit.*, pp. 88-95); y d) "Nota de la Secretaría: Proyecto de Convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales: proyecto de texto de artículos (A/CN.9 W G.IV/W P.24 y add. 1) según fueron revisados por el Grupo de Redacción" (*op cit.*, pp. 95-98).

vaciones; y en su posterior estudio en el seno de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), concluido con el examen final del Proyecto en una Conferencia Diplomática, con una duración aproximada de dos semanas.

De igual modo se hizo referencia a la diferente conducta seguida en la aprobación del Reglamento de Arbitraje y del Reglamento de Conciliación, que fueron únicamente examinados a fondo por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), y la Asamblea General sólo intervino para recomendar su utilización a los círculos interesados.

En última instancia fue señalada la posibilidad de efectuar el examen detenido de los proyectos en la Sexta Comisión; y luego, por recomendación de ésta, podrían ser aprobados por la Asamblea General, sin necesidad de reunir una Conferencia Diplomática.⁶¹

40. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) aplazó la decisión al respecto; aun cuando se convino en que, después de haberse ultimado los textos, “el procedimiento apropiado para su aprobación como convención o convenciones sería a través de una Conferencia Diplomática y no mediante su aprobación por la Asamblea General por recomendación de la Sexta Comisión”.⁶²

⁶¹ *Anuario*, Vol. XI, 1981, *op cit.*, pp. 259-261.

⁶² *Anuario*, Vol. XI, 1981, *op cit.*, N° 21, p. 6. En su Décimo Período de Sesiones (Viena, 5 a 16 de enero de 1981) el Grupo de Trabajo fue informado al respecto por la Secretaría General (*Ibid, op. cit.*, N° 211-213, pp. 68-69).

IV

EL PROYECTO DE CONVENCION SOBRE CHEQUES

41. Durante la primera reunión del Grupo de Trabajo (Ginebra, ocho a catorce de enero de 1975) fue decidido aplazar el examen de la materia relativa a los cheques para un futuro período de sesiones, a fin de que la Secretaría pudiera realizar investigaciones sobre su uso "en las transacciones de pagos internacionales, y sobre los problemas que, en la práctica comercial actual, plantean las divergencias entre las normas de los principales regímenes jurídicos".⁶³

42. Ahora bien, la materia relativa al uso de cheques en transacciones internacionales y de los problemas jurídicos originados por ese motivo fue objeto de examen en un documento preparado el *veintidós de octubre de 1974* por la Secretaría General: aun cuando las respuestas recibidas al cuestionario demostraban la existencia de un sólido apoyo en favor del establecimiento de reglas uniformes aplicables a los cheques internacionales, el Grupo de Estudios sobre Pagos Internacionales sostuvo la conveniencia de efectuar nuevas investigaciones y encuestas a fin de poder expresar una opinión más adecuada sobre la materia.⁶⁴

43. Con vista del anterior documento, en su *Tercer Período de Sesiones (Ginebra, uno al diecisiete de abril de 1975)*, el Grupo de Trabajo resolvió requerir a la Secretaría General y al Grupo de Estudio sobre Pagos Internacionales que continuaran sus investigaciones a fin de presentar el correspondiente Informe en una

⁶³ *Anuario*, Vol. IV, 1973, *op cit.*, N° 34, p. 16.

⁶⁴ "Nota de la Secretaría: deseabilidad de preparar reglas uniformes aplicables a los cheques internacionales (A/C.N.9/W.G.IV/CRP.5)" (*Yearbook*, Vol. VI, 1975, *op cit.*, p. 136). En las reuniones del Grupo de Estudio habían participado las siguientes organizaciones: Fondo Monetario Internacional, Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDR OIT), Banco Internacional para la Cooperación Económica, Banco de Pagos Internacionales, Cámara de Comercio Internacional, Federación Bancaria de las Comunidades Europeas y Banco Federal de la Reserva de Nueva York.

sesión posterior; y en particular les fue solicitado analizar el impacto, en el futuro próximo, del incremento de las transferencias telegráficas y del desarrollo de sistemas de telecomunicaciones entre bancos en el uso de cheques para efectuar pagos internacionales.⁶⁵

44. En su *Décimo Segundo Período de Sesiones (Viena, 18 a 29 de junio de 1979)* la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) autorizó al Grupo de

⁶⁵ *Yearbook*, Vol. VI, 1975, *op cit.*, N° 19, p. 13. La sugerencia del Grupo de Trabajo fue acogida por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en el número 3.º de su Resolución de fecha *tres de abril de 1975* (*Yearbook*, Vol. VI, 1975, *op cit.*, N° 32, p. 14). Con vista de tal requerimiento fue presentado, el *veintiocho de abril de 1981*, un documento bajo el título: "Nota de Secretaría: transferencia de fondos por medios electrónicos (A/C N.9/199)" (*Anuario*, Vol. XII, *op cit.*, pp. 69-70); y con posterioridad, el *diecisiete de mayo de 1982*, se distribuyó otro documento titulado "Informe del Secretario General: transferencia de fondos por medios electrónicos (A/C N.9/221, y corr. 1)" (*Yearbook*, Vol. VIII, 1982, Nueva York, 1984, pp. 272-285). En su *Décimo Quinto Período de Sesiones* (Nueva York, 26 de julio al 6 de agosto de 1982) la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) decidió encomendar a la Secretaría General la preparación de una *Guía jurídica sobre la transferencia electrónica de fondos*, con la cooperación del Grupo de Estudio sobre Pagos Internacionales y tomando en cuenta la práctica bancaria, enfocada hacia la formulación de orientaciones para los legisladores o juristas encargados de preparar las normas que regirían los distintos sistemas de ese tipo de transferencias de fondos. También le pidió un Informe sobre el *Valor jurídico de los registros de las computadoras en general* (*op cit.*, N° 73, pp. 13-14). El documento titulado "Proyecto de Guía Jurídica sobre transferencias electrónicas de fondos: informe del Secretario General (A/C N.9/250 y Add. 1 a 4)" (*Anuario*, Vol. XV, 1984, pp.121-164) fue considerado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en su *Décimo Séptimo Período de Sesiones* (Nueva York, 25 de junio a 10 de julio, 1984), cuando se pidió a la Secretaría General la terminación de la tarea iniciada (*op cit.*, N° 93, p. 15); y en cumplimiento de esta decisión de Secretaría concluyó los restantes capítulos del Proyecto, bajo los rubros: "Carácter definitivo de las transferencias de fondos" y "Problemas jurídicos que plantean las transferencias electrónicas de fondos" (A/C N.9/266 Add. 1 y Add. 2) (*Anuario*, Vol. XVI, 1985, Nueva York, 1989, pp. 161-212). Ambos capítulos y un documento titulado: "Valor de los registros computarizados: informe del Secretario General (A/C N.9/265)" (Vol. XVI, pp. 373-389), fueron sometidos a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en su *Décimo Octavo Período de Sesiones* (Viena, 3 al 21 de junio, de 1985); y en esa oportunidad se

Trabajo para extender a los cheques utilizados para los pagos internacionales el Proyecto de Convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales, si consideraba que esa extensión era posible y siempre que estimara deseable la formulación de reglas uniformes para los cheques internacionales.⁶⁶

45. Ahora bien, en su *Octava Reunión (Ginebra, 3 a 14 de septiembre de 1979)*, el Grupo de Trabajo consideró oportuno iniciar el estudio de la posibilidad de elaborar un Proyecto de Ley Uniforme en materia de cheques internacionales, habida cuenta el resultado favorable de las respuestas al cuestionario distribuido entre los gobiernos y la opinión del Grupo de Estudio sobre pagos internacionales. Por tanto resolvió pedir al Secretario General el comienzo de los trabajos, orientados a destacar las diferencias sustantivas existentes entre la Convención de Ginebra sobre Letras de Cambio y Pagarés, por una parte y la Convención de Ginebra sobre Cheques, por la otra; y la realización de un estudio similar respecto a la *Bill of Exchange Act* de 1892 y a los artículos pertinentes del *Uniform Commercial Code*. De igual modo le fue encomendado presentar un proyecto de articulado sobre los cheques internacionales que, de acuerdo con el resultado de su examen por el Grupo de Trabajo, pudiera utilizarse para preparar un Proyecto de Ley Uniforme independiente, o

decidió que la versión definitiva de la Guía Jurídica incluyera un capítulo sobre la cuestión de las pruebas, antes de ser distribuida a los gobiernos y organizaciones internacionales interesadas para sus observaciones (*op cit.*, N° 341-342, p. 43). El asunto fue examinado de nuevo en el documento: "Informe del Secretario General (A/CN.9/278)" (*Anuario*, Vol. XVII, 1986, Nueva York, 1989, pp. 83-87), y en su *Décimo Noveno Período de Sesiones* (Nueva York, 23 de junio al 11 de julio de 1986), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), con vista de un Informe del Secretario General (A/CN.9/278) (*Anuario*, Vol. XVII, 1986, pp. 84-87), decidió proceder a la elaboración de normas jurídicas modelo sobre las transferencias electrónicas de fondos y confiar esa tarea al Grupo de Trabajo sobre Títulos Negociables Internacionales; pero, al mismo tiempo, convino en la publicación de la Guía Jurídica, sin carácter oficial, como un trabajo realizado por la Secretaría General (*Anuario*, Vol. XVII, *op cit.*, N° 230, p. 32).

⁶⁶ *Yearbook*, Vol. X, 1979, Nueva York, 1981, N° 44, p. 16.

para su incorporación al Proyecto de Ley Uniforme sobre Letras de Cambio Internacionales.⁶⁷

46. En su *Novena Reunión (Nueva York, 2 a 11 de enero de 1980)* el Grupo de Trabajo, una vez terminado el estudio del Proyecto de Ley Uniforme sobre Letras de Cambio Internacionales, procedió a considerar los treinta artículos del Proyecto que le había presentado el Secretario General sobre los cheques internacionales (A/CN.9/W G.IV/WP.15).⁶⁸ Al concluir resolvió pedirle que completara el Proyecto, incluyendo normas sobre cheques cruzados y la preparación de un estudio de las cuestiones jurídicas que se presentan con ocasión del cheque.⁶⁹

47. En su *Décimo Período de Sesiones (Nueva York, 5 a 16 de enero de 1981)* el Grupo de Trabajo concluyó el análisis de las reglas uniformes sobre cheques internacionales; hizo el estudio de los preceptos relativos a los cheques cruzados; y realizó un examen jurídico de varias cuestiones que se presentan con ocasión del cheque, dentro de las cuales se encuentran: relaciones entre el librador y el banco librado; deber del banco de pagar los cheques; disponibilidad de los fondos; obligación del librador de disponer de fondos ("provisión"); obligación por parte del banco encargado del cobro de efectuar el protesto y comunicar la falta de pago; pago definitivo de un título por el banco librado; deber del cliente de descubrir y denunciar firmas no autorizadas o falsificadas y las alteraciones importantes y cheques post-datados.⁷⁰

48. En el *Décimo Período de Sesiones (Viena, 5 a 16 de enero de 1981)*, el Grupo de Trabajo consideró el procedimiento más adecuado para obtener la uniformidad en las normas aplicables a las

⁶⁷ *Yearbook*, Vol. XI, *op cit.*, N° 101-104, p. 53.

⁶⁸ *Yearbook*, Vol. XI, *op cit.*, N° 156-207, pp. 71-77. El Proyecto preparado por el Secretario General aparece reproducido como A/CN.9/181 Anexo (*op cit.*, pp. 77-89).

⁶⁹ *Yearbook*, Vol. XI, *op cit.*, N° 210, p. 77.

⁷⁰ *Anuario*, Vol. XII, Nueva York, 1983, N° 1-207, pp. 49-68.

letras de cambio, pagarés y cheques internacionales; y en este sentido fueron hechas las siguientes observaciones:

[...] aunque existe una similitud considerable entre las leyes aplicables a las letras de cambio y a los pagarés, por una parte, y a los cheques, por otra, la utilización de cheques presenta características inherentes especiales que distinguen estos instrumentos de las letras de cambio y los pagarés. Una característica importante consiste en que la letra de cambio y el pagaré son primordialmente instrumentos de crédito, mientras que la característica fundamental del cheque es que constituye un instrumento de pago. Además, en países de tradición jurídica romana la letra de cambio y el pagaré, por una parte, y el cheque, por otra, se han venido considerando tradicionalmente como instrumentos diferentes y se rigen tradicionalmente por textos legales distintos”.⁷¹

Por consiguiente, fue decidido sugerir a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) “que convenga en la adopción de dos proyectos de texto separados, uno en que se establezcan normas uniformes sobre letras de cambio internacionales y otro en que se establezcan normas uniformes aplicables a los cheques internacionales. Sin embargo, se podría dejar para más adelante la decisión de si estos dos grupos separados de normas deben incorporarse, como partes independientes, en una sola convención, o si deben ser objeto de dos convenciones”.⁷²

49. En la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) hubo acuerdo general en la preparación de dos instrumentos distintos; y la Resolución del *diecinueve de junio de 1981* dispuso en su número cuarto:

Decide que el Grupo de Trabajo prepare el proyecto de Convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales y las normas uniformes sobre cheques internacionales como textos separados y no en forma de texto consolidado;
Pide al Secretario General que, una vez que el Grupo de Trabajo examine los textos, los trasmita, junto con un comentario, a to-

⁷¹ *Anuario*, Vol. XII, 1981, Nueva York, *op. cit.*, N° 210, pp. 68.

⁷² *Anuario*, Vol. XII, 1981, Nueva York, *op. cit.*, N° 210, pp. 68.

dos los gobiernos y organizaciones internacionales interesadas para que formulen sus observaciones.⁷³

50. De acuerdo con las instrucciones recibidas, el Grupo de Trabajo continuó el estudio de la materia; y dio fin a las labores en su *Décima Primera Reunión (Nueva York, 3 a 14 de agosto de 1981)* cuando aprobó un *Proyecto de Convención sobre Cheques Internacionales*.⁷⁴

V

LAS MATERIAS NO REGULADAS POR LOS PROYECTOS DE CONVENCION

51. Durante su *Décimo Período de Sesiones (Viena, 5 a 16 de enero de 1981)*, con motivo del examen de las normas uniformes aplicables a los cheques internacionales preparadas por la Secretaría (A/CN.9/W.IV/WP.15), el Grupo de Trabajo resolvió abstenerse de regular en la Ley Uniforme y, por tanto, someter al derecho nacional, la solución de ciertas cuestiones, tales como la

⁷³ *Anuario*, Vol. XII, Nueva York, *op. cit.*, 1981, N°22, p. 6.

⁷⁴ *Yearbook*, Vol. XIII, 1983, *op. cit.*, N° 238-241, p. 71-72. Durante esta Décima Primera Reunión fueron sometidos al Grupo de Trabajo, a este respecto, los siguientes documentos: a) "Nota de Secretaría: reglas uniformes aplicables a los cheques internacionales: texto de artículos revisados por los asesores de la Secretaría y por el Grupo de Trabajo en sus novena y décima sesiones (A/CN.9/W G.IV/W P.21)" (pp. 72-77); b) "Nota de Secretaría: reglas uniformes aplicables a los cheques internacionales (A/CN.9/W G.IV/W P.23)"; Anexo: nota por el Observador de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado" (*op. cit.*, pp. 80-81); c) "Nota de Secretaría: Proyecto de Convención sobre cheques internacionales: proyecto de texto de los artículos 1-66 según fueron revisados por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/W G.IV/W P.24)" *op. cit.*, pp. 98-104); y d) "Nota de la Secretaría: Proyecto de Convención sobre cheques internacionales: Proyecto de texto de los artículos 67-85, A-F, alfa-omega, según fueron revisados por el Grupo de Redacción: correcciones hechas por el Grupo de Redacción al proyecto de los artículos 1-66 (A/CN.9/W G.IV/W P.25/ADD.1)" (*op. cit.*, pp. 105-109).

obligación del librado de no pagar un cheque al recibir la notificación de la muerte del librador; o cuando el librador ha sido declarado insolvente o incapacitado, o si la sociedad que lo hubiere girado estuviese en proceso de liquidación.

Ahora bien, en vista de la anterior decisión, el Observador de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (PELICHET) “se mostró dispuesto a preparar un breve estudio sobre los aspectos conflictivos de esta cuestión, que pudiese ayudar al Grupo de Trabajo a decidir si en el proyecto de Convención propuesto debía o no figurar una disposición sobre el derecho aplicable”.⁷⁵

52. De acuerdo con su ofrecimiento, el Observador de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (PELICHET) preparó un Memorandum, fechado el *dieciseis de junio de 1981*, donde fueron examinados los diversos aspectos de la cuestión relativa a la ley aplicable a los asuntos que no han sido objeto de regulación en un tratado que pretende consagrar reglas uniformes de carácter sustantivo; y la cual reviste particular importancia en relación a los dos Proyectos de Ley Uniforme en estudio por el Grupo de Trabajo, por cuanto no persiguen sustituir la legislación interna de los Estados Contratantes sino coexistir con ella, dejando a las partes la libertad de escoger las nuevas normas convencionales o el sistema anterior para regir sus relaciones recíprocas.⁷⁶

53. Según recordó el Observador de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (PELICHET), las Convenciones Internacionales de Derecho Material Uniforme suelen someter ciertas cuestiones a la “ley nacional”, bien sea ordenándolo expresamente o simplemente absteniéndose de regularlas; y en muchas ocasiones esa “ley nacional” es la legisla-

⁷⁵ *Anuario*, Tomo XII, 1981, *op. cit.*, N° 144, p. 62.

⁷⁶ “Nota de la Secretaría sobre las reglas uniformes aplicables a los cheques internacionales (A/CN.9/WG.IV/SP.23)” (*Yearbook*, Vol. XIII, 1982, *op. cit.* p. 80).

ción interna del Estado Parte de la Convención Unificadora, que es declarada aplicable por las normas de conflicto del *forum*.

La experiencia jurídica también enseña que, en otras oportunidades, la Convención determina su propia esfera de aplicación sin tomar en cuenta las normas de conflicto, como ocurre, por ejemplo, con el artículo primero, parágrafo (1), letra (a) de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 11 de abril de 1980).⁷⁷ Ahora bien, luego de un amplio debate sobre el asunto, en esa oportunidad se decidió someter la solución de los problemas no resueltos por la Convención a la ley declarada competente por las normas de Derecho Internacional Privado.⁷⁸

Al decir del Observador de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (PELICHET) la solución es completamente satisfactoria por cuanto cubre los dos casos en los cuales se aplicará la Convención unificadora, a saber:

- a) cuando debe observarse como consecuencia del funcionamiento de las normas de conflicto del *forum* en virtud de la referencia, expresa o implícita, hecha por la Convención a

⁷⁷ El artículo primero dispone: "1) La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes: a) cuando esos Estados sean Estados Contratantes; [...] (PARRA-ARANGUREN, Gonzalo: *Legislación Uniforme sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías*, en RFDUCAB, Caracas, 1985, Nº 35, Nº 71-77, pp. 69-73).

⁷⁸ En efecto, el ordinal segundo del artículo séptimo dispuso: "2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado". La discusión del precepto tuvo lugar en la Primera Comisión en horas de la tarde del jueves 13 de marzo de 1980; y el artículo distinguido en definitiva como séptimo fue aprobado por la Sexta Sesión Plenaria, el 8 de abril de 1980 (*Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 10 de marzo-11 de abril de 1980)*. *Documentos Oficiales*, Nueva York, 1981, pp. 275-278, 220).

la ley nacional, entendida como la legislación interna del referido país; y

- b) cuando la convención determina su propia esfera de vigencia y las materias no reguladas por ella deben regirse, no por la ley interna del Estado Parte, sino por la legislación declarada aplicable de acuerdo con las normas de derecho internacional privado del *forum*.

Por consiguiente, el Observador de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (PELICHET) propuso la inclusión de un nuevo artículo cuyo primer párrafo dispondría:

Las cuestiones relativas a materias regidas por esta Convención que no se encuentran expresamente resueltas en ella deben solucionarse de conformidad con la ley aplicable de acuerdo con las normas de derecho internacional privado.⁷⁹

54. Sin embargo, como lo advierte el Observador de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (PELICHET), la determinación de la ley aplicable a las lagunas convencionales no resuelve todas las dificultades, por cuanto queda todavía por resolver la cuestión acerca de cuáles normas de esa legislación declarada competente deben ser tomadas en cuenta para decidir la controversia. En efecto, puede ser necesario escoger entre sus reglas generales y sus normas especiales; y así ocurriría en caso de ratificarse los Proyectos de Ley Uniforme porque ninguno de ellos pretende sustituir la legislación in-

⁷⁹ Según puede observarse la sugerencia no es exactamente igual a la solución aceptada en el artículo séptimo de la Convención de Viena, pero el Observador de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (PELICHET) explicó que tiene justificación la remisión "a los principios generales sobre los cuales se fundamenta" en materia de compraventa internacional de mercaderías, porque es un tema donde la unificación se ha demostrado difícil, habida cuenta la gran diversidad legislativa y la existencia de diferentes costumbres y prácticas comerciales. Por el contrario, semejante señalamiento no se justifica respecto de las Letras de Cambio, Pagarés y Cheques, que es una materia extremadamente técnica y estructurada, aparte de la dificultad en determinar los principios a los cuales se hace referencia.

terna de la Estados Contratantes, la cual se mantendrá vigente, en forma paralela, con las normas convencionales.⁸⁰

Con el fin de ejemplificar esta dificultad, mencionó una controversia relativa al mandato, que se extingue por la muerte, incapacidad o quiebra del principal (emittente), de acuerdo con la legislación interna de algunos países, como ocurre en Francia (Art. 2003 del Código Civil) y en Suiza (Art. 405 del Código de Obligaciones); pero tanto Francia como Bélgica están vinculadas por la Convención Uniforme de Ginebra de 1930 sobre cheques que dispone lo contrario.⁸¹ Ahora bien, en el caso de que alguno de esos Estados ratifique el Proyecto de Ley Uniforme, si éste no resuelve el asunto es preciso acudir a las normas de conflicto del *forum*; y si, de acuerdo con ellas, es competente la Ley de Francia, Bélgica o Suiza, el tribunal debe todavía decidir si toma en cuenta las normas de derecho común (el Código Civil) o el derecho convencional, es decir, el Tratado de Ginebra.

Por tanto, según el Observador de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (PELICHET) es conveniente resolver este problema en el Proyecto de Ley Uniforme, pues de lo contrario se producirá una grave inseguridad jurídica ya que cada Estado Parte adoptará el criterio que considere más satisfactorio, con perjuicio de la pretendida armonía internacional de las soluciones;⁸² y a estos efectos sugirió adicionar el artículo propuesto con un segundo párrafo que dispusiera:

Si el Estado, cuya legislación es declarada aplicable de acuerdo con las normas de derecho internacional privado, además de sus normas generales tiene reglas que son especiales (a cheques, le-

⁸⁰ *Yearbook*, Vol. XIII, *op. cit.* p. 80.

⁸¹ *Yearbook*, Vol. XIII, *op. cit.* pp. 80-81.

⁸² *Yearbook*, Vol. XIII, *op. cit.* p. 81.

tras, pagarés) para la solución de las cuestiones referidas en el párrafo precedente, estas últimas normas se aplicarán con prioridad sobre las reglas generales.⁸³

55. El documento preparado por el Observador de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (PELICHET) fue objeto de examen por el Grupo de Trabajo durante su *Décimo Primer Período de Sesiones (Nueva York, 3 a 14 de agosto de 1981)*. De acuerdo con algunos de sus miembros, las reglas propuestas no eran necesarias; según otros podían ser aconsejables, a pesar de que se limitaban a consagrar soluciones indiscutibles; pero también fue advertida la necesidad de examinar con todo cuidado el artículo propuesto por cuanto no siempre es claro el significado que debe atribuirse a la falta de regulación de una materia en la Ley Uniforme. En efecto, el silencio puede tan sólo representar el deseo consciente de abstenerse de regular el asunto, pero también es posible que constituya un simple olvido o descuido; y en este último caso la solución consagrada por el artículo propuesto conduciría a un resultado poco satisfactorio, ya que impone al Tribunal la aplicación de sus normas de derecho internacional privado para determinar la ley competente, sin poder decidirla con fundamento en la analogía derivada de algún otro precepto de la Convención.

Una vez discutido el asunto, el Grupo de Trabajo consideró innecesaria la sugerencia hecha por el Observador de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (PELICHET); y el artículo propuesto fue rechazado.⁸⁴

⁸³ *Yearbook*, Vol. XIII, *op. cit.* p. 81. Por lo demás, si la escogencia se hace en favor de las normas generales de la ley declarada aplicable se destruye la uniformidad entre los Países vinculados por el Convenio de Ginebra.

⁸⁴ *Yearbook*, Vol. XIII, *op. cit.*, N° 230-233. pp. 70-71.

VI
*EL TRAMITE ULTERIOR DE LOS POYECTOS
DE CONVENCION*

56. En su *Décimo Quinto Período de Sesiones (Nueva York, 25 de julio al 6 de agosto de 1982)*, habida cuenta de que el Grupo de Trabajo había concluido con los dos Proyectos de Ley Uniforme,⁸⁵ y a pesar de advertirse un cierto retraso, tanto en la traducción como en los respectivos comentarios,⁸⁶ la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) decidió el *4 de agosto de 1982*:

Pide al Secretario General que comunique a todos los gobiernos y organizaciones internacionales interesados que pueden presentar sus observaciones acerca de dichos proyectos hasta el 30 de septiembre de 1983, y que dé algunas indicaciones acerca de la estructura y la forma de presentación más conveniente de tales observaciones;

Pide al Secretario General que prepare una compilación analítica y detallada de esas observaciones y que la distribuya con suficiente antelación al comienzo del 17.º período de sesiones de la Comisión que se celebrará en 1984;

Decide posponer para su décima séptima sesión su decisión sobre el curso futuro de acción a seguirse.⁸⁷

57. En cumplimiento de la anterior Resolución, la Secretaría General encomendó la preparación de los pertinentes comentarios sobre los dos Proyectos de Ley Uniforme a los Profesores *Aharon Barak* y *Wilhem Vis*, habida cuenta su activa participación en las deliberaciones que condujeron a la aprobación de los correspondientes artículos. Ahora bien, el nuevo do-

⁸⁵ La Comisión tuvo a su vista el texto de ambos Proyectos (A/CN.9/211 y A/CN.9/212) (*Yearbook*, Vol. XIII, 1982, *op. cit.*, pp. 109-122 y 186-197), con un comentario de los mismos (A/CN.9/213 y A/CN.9/214) (*Yearbook*, Vol. XIII, *op. cit.*, pp. 122-186, y 197-250) y una Nota de la Secretaría General sobre los posibles cursos de acción respecto a dichos proyectos (A/CN.9/223) (*Yearbook*, XIII, *op. cit.*, pp. 251-252).

⁸⁶ *Yearbook*, Vol. XIII, *op. cit.*, N° 46, p. 9.

⁸⁷ *Yearbook*, Vol. XIII, *op. cit.*, N° 50, p. 9.

cumento, de fecha *15 de marzo de 1982*,⁸⁸ nada agregó al tratar sobre su ámbito de aplicación, pues tan solo reprodujo las explicaciones hechas por la Secretaría General al Proyecto original sobre letras de cambio internacionales.⁸⁹

58. Una vez hecha la distribución de los Proyectos de Ley Uniforme, fueron recibidas diversas observaciones enviadas por los Gobiernos y organizaciones internacionales; y, en cumplimiento de su encargo, el Secretario General los agrupó en cuatro grandes categorías:

- A) Observaciones generales sobre los proyectos de convención relativas a la conveniencia de continuar los trabajos emprendidos; y a su eventual compatibilidad con el régimen consagrado por los Convenios de Ginebra de 1930 y 1931.⁹⁰
- B) Observaciones sobre las cuestiones controvertidas más importantes, a saber: 1) endosos falsificados; 2) el concepto de tenedor y tenedor protegido; 3) la responsabilidad del trasmittente mediante simple entrega; y 4) cheques cruzados y cheques pagaderos en cuenta.
- C) Observaciones sobre otras cuestiones discutidas en relación con el Proyecto referente a las letras de cambio y pagarés internacionales, dentro de las cuales presentan particular interés para este trabajo las relativas a los elementos internacionales y a los conflictos de leyes. Además, fueron objeto de comentarios los siguientes puntos: 1) definición de firma; 2) definición de moneda; 3) tipo de interés; 4) tipo de

⁸⁸ "Informe del Secretario General: Comentario del Proyecto de Convención sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales (A/CN.9/213)" (*Yearbook*, Vol. XIII, *op. cit.*, pp. 122-197); "Informe del Secretario General: Comentario del Proyecto de Convención sobre Cheques Internacionales (A/CN.9/214)" (*Yearbook*, Vol. XIII, *op. cit.*, pp. 197-50).

⁸⁹ *Yearbook*, Vol. XIII, *op. cit.*, pp. 125-128; pp. 199-201. Respecto de las primeras observaciones véase antes los números 14 a 21 de este trabajo.

⁹⁰ Véase al respecto el último capítulo de este trabajo.

interés y tipo de interés estipulado; 5) títulos pagaderos a plazos en fechas sucesivas; 6) pluralidad de libradores y tomadores; 7) letras libradas sobre el propio librador; 8) título incompleto; 9) efectos jurídicos de una acción o de una omisión tácitas; 10) exclusión de la responsabilidad del librador; 11) avalista del librado; 12) norma de interpección del aval; 13) aval y título incompleto; 14) quiebra del librado; 15) dispensa del protesto por falta de aceptación o pago; 16) derecho de un tercero; 17) tipo de interés reclamable; 18) título escrito; 19) invocación de la convención; 20) cláusulas de prohibición de nuevas transferencias; 21) estipulación del librador que prohíba la presentación para la aceptación; 22) presentación al pago ante una cámara de compensación; 23) entrega del título al efectuarse el pago; y 24) pago parcial.

- D) Observaciones sobre otras cuestiones discutidas en relación al Proyecto referente a los cheques internacionales: 1) cheques posfechados; 2) cheque librado por un banco sobre el propio banco; 3) transmisión después de la expiración del lapso de presentación; 4) revocación de la orden de pago; 5) fecha de admisión; 6) definición de banco; 7) suma determinada; 8) certificación, confirmación, etc. de un cheque y 9) plazo de presentación.⁹¹

⁹¹ "Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre la labor realizada en su 17.º período de sesiones (Nueva York, 25 de junio a 10 de julio de 1984)", en *Anuario*, Vol. XV, 1984. *op. cit.*, N° 15-82, pp. 5-14; "Proyecto de Convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales y proyecto de Convención sobre cheques internacionales: cuestiones controvertidas más importantes y otras cuestiones: Nota de la Secretaría (A/CN.9/249 y Add. 1)", en *Anuario*, Tomo XV, 1984, *op. cit.*, N° 5-9, pp. 112-117; N° 2-33, pp. 117-120. Durante sus deliberaciones la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) tuvo a la vista los siguientes documentos: 1) "Proyecto de Convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales y Proyecto de Convención sobre cheques internacionales: compilación analítica de observaciones formuladas por gobiernos y organizaciones internacionales: informe del Secretario General (A/CN.9/248)". Las observaciones habían sido formuladas por los siguientes países: República Federal de Ale-

59. Con el carácter de *Observaciones Generales*, varios Gobiernos manifestaron dudas sobre la conveniencia de continuar los trabajos emprendidos, con base en las razones siguientes: a) “la existencia de regímenes jurídicos diferentes no había planteado serios problemas con respecto a los títulos negociables utilizados para los pagos y las transacciones financieras internacionales, como se ponía de manifiesto, en lo escasa que era la jurisprudencia al respecto”; b) se temía que el establecimiento de un régimen para los títulos internacionales que fuera adicional al existente en los distintos Estados, crearía grandes complicaciones, y se dudaba que constituyera el procedimiento más apropiado para obtener la pretendida uniformidad legislativa; c) los proyectos de convención no protegían en forma suficiente la posición del tenedor del título y, por tanto, era dudoso que fomentaran la circulación de los títulos negociables; y d) se consideraba improbable que la convención recibiera amplio apoyo por los diversos Estados.⁹²

60. Por el contrario, la mayoría de los Gobiernos favorecieron la continuación de los trabajos, en particular los referentes al Proyecto sobre letras de cambio y pagarés internacionales, con fundamento en 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 financiar las operaciones relativas a las exportacio-

mania, Australia, Austria, Botswana, Canadá, Checoslovaquia, China, Chipre, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Hungría, Indonesia, Japón, México, Noruega, Países Bajos, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Democrática Alemana, Suecia, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Uruguay, Yugoslavia y Fondo Monetario Internacional (*Anuario*, Vol. XV, 1984, *op. cit.*, pp. 29-111); y 2) “Proyecto de Convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales y Proyecto de Convención sobre cheques internacionales: cuestiones controvertidas más importantes y otras cuestiones: nota de la Secretaría (A/CN.9/249 y Add. 1)”. En la preparación de dicho documento se tuvieron en cuenta las observaciones de los veinticuatro Países antes mencionados (Vol. XV, 1984, *op. cit.*, pp.111-121).

⁹² (*Anuario*, Vol. XV, 1984, *op. cit.*, N° 15, p. 6.

nes, 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 algunas disposiciones 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”.⁹³

61. La conveniencia de continuar los trabajos referentes al Proyecto de Ley Uniforme sobre Cheques Internacionales fue objeto de mayores reservas, aun por algunos Gobiernos (Estados Unidos de América y Noruega) que prestaron su apoyo al Proyecto de Convención sobre Letras de Cambio y Pagarés Internacionales; y de acuerdo con la Secretaría General las dudas expresadas podían resumirse de la manera siguiente:

a) es menor la utilización de los cheques en las operaciones internacionales, motivo por el cual “los esfuerzos futuros deberían centrarse más bien en el derecho relativo a los pagos internacionales hechos por transferencia electrónica de fondos”; b) “Sería mucho más difícil adaptar las prácticas bancarias y comerciales a una Convención sobre cheques internacionales como la que se ha redactado por la falta de normas específicas relativas al cobro, tales como las que contiene el artículo 4 del *Uniform Commercial Code* y la presencia de normas sobre cheques cruzados y cheques pagaderos en cuenta, figuras ambas desco-

⁹³ (Anuario, Vol. XV, 1984, *op. cit.*, N° 7, p. 6.

nocidas en los Estados Unidos”; y c) “El Proyecto no aprovecha debidamente la función especial que cumple el cheque como instrumento de pago y, en consecuencia, no puede considerarse como una base adecuada para nuevos trabajos sobre cheques internacionales”.⁹⁴

62. Los Gobiernos también formularon *Comentarios sobre determinados artículos*; y en los referentes al *Ambito de Aplicación* de los Proyectos de Ley Uniforme, *España* señaló la posibilidad de refundir el párrafo primero del artículo primero con el artículo segundo; y también hizo énfasis en el carácter voluntario de la Convención que, según su criterio, debería afirmarse en términos más categóricos sin pretender una definición omnicompreensiva de los títulos “internacionales”. Además propuso se precisara con mayor rigor “la forma en que deben indicarse los diversos lugares” exigidos por la letra (e) del párrafo segundo, a fin de aclarar si basta el señalamiento del Estado o si es necesaria, en su caso, la indicación de la ciudad, domicilio, calle y número,⁹⁵ menciones de gran importancia ante la diferencia hecha por el artículo cuarto entre tenedor protegido y tenedor no protegido.⁹⁶

⁹⁴ “Proyecto de Convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales y Proyecto de Convención sobre cheques internacionales: cuestiones controvertidas más importantes y otras cuestiones: nota de la Secretaría (A/CN.9/249 y Add. 1)”, en *Anuario*, Vol. XV, 1984, *op. cit.*, N° 11, p. 113).

⁹⁵ El párrafo segundo del artículo primero disponía: “2) Una letra de cambio internacional es un título escrito con el encabezamiento ‘letra de cambio internacional (Convención de . . .)’ que: [. . .] e) Señala que dos, por lo menos, de los lugares siguientes están ubicados en Estados diferentes: i) El lugar donde se libra la letra; ii) El lugar indicado junto a la firma del librador; iii) El lugar indicado junto al nombre del librado; iv) El lugar indicado junto al nombre del tomador; v) El lugar de pago”.

⁹⁶ De acuerdo con el artículo cuarto se entiende por “tenedor” a toda persona en posesión del título en los casos previstos el artículo 14, en principio el tomador o el beneficiario; y “tenedor protegido” es el tenedor de un instrumento que estaba completo cuando adquirió ese carácter, o si estaba incompleto cuando se cumplen los requisitos consagrados por el mismo artículo cuarto.

63. Por otra parte, en relación al párrafo cuarto del artículo primero y al artículo segundo, *España* destacó que “lleva a extremos excesivos el formalismo como criterio de determinación de la internacionalidad del título”, ya que permite “por la sola voluntad del librador, eludir la regulación de su ordenamiento nacional”. En tal virtud, sostuvo que debería indicarse “con mayor rigor cuáles son las consecuencias exactas de la falsa indicación de lugares y de la ausencia efectiva del carácter internacional del título”. Por lo demás, también advirtió que la fórmula utilizada plantea ciertos conflictos de leyes y, a todo evento, señaló la posibilidad de incorporar el artículo segundo al párrafo cuarto del artículo primero.⁹⁷

64. Con referencia a la letra (a) del párrafo segundo del artículo primero, *Canadá* destacó que tal vez “ambas Convenciones hagan mal en estipular que serán aplicables a aquellos títulos en cuyo texto se invoque, mediante el empleo de ciertos términos, la Convención”. Al efecto recordó: “Se sabe que la Convención será promulgada en chino y en ruso además de en español, francés e inglés”; y, por tanto, “pudiera pues ser difícil para algunas personas reconocer si un texto ha de regirse por esta Convención internacional si la frase clave está escrita en caracteres chinos o cirílicos”. En consecuencia, a su entender, “convendría pensar en algún símbolo o abreviatura fácil de reproducir y cuya adopción facilite el reconocimiento de los títulos que hayan de ser objeto de trato especial en virtud de estas dos Convenciones.”⁹⁸

65. El Gobierno de *Checoslovaquia* destacó la importancia de “saber si el librador de una letra (o el suscriptor de un pagaré) que utiliza las palabras ‘letra de cambio internacional’ o ‘pagaré

⁹⁷ “Proyecto de Convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales y proyecto de Convención sobre cheques internacionales: compilación analítica de observaciones formuladas por los Gobiernos y observaciones internacionales: informe del Secretario General (A/CN.9/248)” *Anuario*, Vol. XV, *op. cit.*, pp. 40, 42).

⁹⁸ *Anuario*, Vol. XV, *op. cit.*, p. 40.

internacional (Convención de . . .)', lo hace para indicar la ley aplicable escogida o para indicar la selección del régimen jurídico de la letra (el pagaré) propio de la Convención".⁹⁹ Por tanto, a estos fines, debería enmendarse la letra (a) del párrafo segundo para establecer "que la inclusión de esa expresión por el librador (suscriptor) constituye, además, una opción en favor del régimen jurídico de la Convención"; y, en algún otro lugar adecuado de la Convención, sería conveniente especificar que la inserción de dicha cláusula "someterá ese título al régimen de la Convención", siendo esa escogencia "vinculante para cualquier tenedor que lo adquiriera y para cualquier firmante ulterior del título". Además, propuso especificar que tales expresiones "podrán ser escritas en cualquier idioma (o en diversos idiomas), es decir, que se podrán escribir esas expresiones en su forma equivalente en cada idioma."¹⁰⁰

66. *China* se limitó a recomendar la enmienda de la letra (a) del párrafo segundo por la siguiente fórmula: "Contiene en su texto las palabras 'letra de cambio internacional (Convención . . .)' o 'letra de cambio' si los lugares indicados en la letra hacen ver que se trata de una letra de cambio internacional".¹⁰¹

67. Los *Estados Unidos de América* sugirió que la referida mención fuera "muy visible", para evitar su ocultamiento "entré una masa de caracteres impresos que dificultase su identificación"; pues de contrario podría suceder "que un título que, por estar sometido a esta Convención, hubiese de ser objeto de un tratamiento especial, no fuese reconocido por algún empleado de banco".¹⁰²

⁹⁹ Véase en la nota 73 el encabezamiento del segundo párrafo del artículo primero.

¹⁰⁰ *Anuario*, Vol. XV, *op. cit.*, pp. 40-41.

¹⁰¹ *Anuario*, Vol. XV, *op. cit.*, pp. 41, 42-43. De acuerdo con el inciso a), párrafo segundo, del artículo primero la letra de cambio internacional: "a) Contiene en su texto las palabras 'letra de cambio internacional (Convención de . . .)'".

¹⁰² *Anuario*, Vol. XV, *op. cit.*, p. 41.

68. En virtud del carácter optativo del régimen consagrado por los Proyectos, el *Japón* consideró indispensable que la letra de cambio o pagaré sometidos al mismo “puedan distinguirse fácilmente de otros títulos existentes, como pudieran ser la letra o el pagaré internacionales previstos en el Convenio de Ginebra”. A tal efecto, “la solución ideal sería obligar a las personas que opten por emitir un título sujeto a esa Convención a que utilicen una sola forma de letra o de pagaré universalmente admitida que podría figurar como anexo de la Convención”, o tal vez “limitar el número de idiomas en los que podría redactarse el texto de la letra o el pagaré”; y de estimarse poco prácticas tales sugerencias valdría la pena considerar que las menciones exigidas en el inciso (a) “se escriben, además de en el idioma original, en algún otro idioma especificado, que pudiera ser el inglés o los idiomas oficiales de las Naciones Unidas.”¹⁰³

69. Con referencia al inciso (e), párrafo segundo del artículo primero el *Japón* propuso que los lugares enumerados en dicho ordinal “se incluyan en distintos grupos y que se considere que el título es internacional sólo si al menos uno de los lugares que figura en un grupo y uno de los lugares que figura en otro están ubicados en Estados diferentes”. Por tanto, debería exigirse que se mencionen en el título los Estados donde se encuentran situados dichos lugares; y además sugirió que la mención del lugar de libramiento y del lugar del pago en el título “sea considerada como un requisito esencial del mismo”, por cuanto ambos tienen importancia no sólo para determinar la esfera de aplicación del Proyecto sino también para conocer la ley aplicable a cuestiones no comprendidas dentro de su ámbito de vigencia.¹⁰⁴

¹⁰³ *Anuario*, Vol. XV, *op. cit.*, p. 41.

¹⁰⁴ *Anuario*, Vol. XV, *op. cit.*, p. 42. Comentarios similares fueron hechos por el *Japón*, bajo el rubro *Otras cuestiones*, en el documento titulado: “Proyecto de Convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales y proyecto de Convención sobre cheques internacionales: cuestiones controvertidas más importantes y otras cuestiones: nota de la Secretaría” (*Anuario*, Vol. XV, *op. cit.*, N° 22, p. 115).

70. *Noruega* propuso exigir “que estas palabras se escribiesen en el texto del documento de forma destacada”; y consideró igualmente aconsejable requerir “que en el texto del documento figurase de forma bien visible un breve enunciado como *UNCITRAL Convention* u otro por el estilo”, o “establecer un formulario uniforme que figuraría como anexo de la Convención”.¹⁰⁵

71. En el *Décimo Sexto Período de Sesiones (Viena, 24 de mayo al 3 de junio, 1983)*, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) se abstuvo de decidir el foro donde serían discutidas las observaciones de los Gobiernos y de las organizaciones internacionales interesadas, si en el Grupo de Trabajo sobre Títulos Negociables Internacionales o en el seno de la propia Comisión; pero resolvió proceder, en su siguiente período de sesiones, a un examen detenido de las características fundamentales de ambos Proyectos de Convención, tomando en cuenta las observaciones hechas.¹⁰⁶

72. Durante su *Décimo Séptimo Período de Sesiones (Nueva York, 22 de junio a 10 de julio de 1984)* la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) se dedicó al examen de las observaciones a los Proyectos de Ley Uniforme hechas por los Gobiernos y Organizaciones Internacionales, según habían sido compiladas, en forma analítica, por el Secretario General.^{106,1}

73. Ahora bien, a sugerencia del Presidente (SZASZY), en la 286a. Sesión, celebrada en horas de la tarde del 25 de junio de 1984, se procedió a una deliberación general para luego proceder al debate de los puntos concretos; y en esa oportunidad fue-

¹⁰⁵ *Annuario*, Vol. XV, *op. cit.*, p. 41.

¹⁰⁶ *Annuario*, Vol. XV, *op. cit.*, N° 79-82, pp. 13-14.

^{106,1} Las Actas resumidas de las Sesiones 269a. a 299a., y de la Sesión 301a., celebradas del 25 de junio al 6 de julio de 1984 se encuentran publicadas en: *Annuario*, Vol. XV, *op. cit.*, pp. 359-399.

ron repetidas, por algunos Representantes, las dudas acerca de la conveniencia de continuar los trabajos respecto a la Ley Uniforme sobre Cheques Internacionales. En efecto, Japón (MAEDA) y Austria (DUCHEK) recordaron la importancia creciente de las transferencias electrónicas de fondos como medios sustitutos de los cheques para los pagos internacionales; el Representante de la República Federal de Alemania (ANKELE) hizo públicas sus reservas con respecto a la necesidad en la práctica de la proyectada convención, habida cuenta la existencia de otros instrumentos para perfeccionar las transacciones internacionales y las diferencias existentes entre los sistemas bancarios que obstaculizan obtener una solución aceptable para la mayoría; Suecia (MAGNUSSON) también destacó la pérdida de importancia de los cheques en el comercio internacional; el Delegado del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (GUEST) afirmó la existencia de “una evidente falta de entusiasmo en relación con el proyecto de convención sobre cheques internacionales”, “que se usan muy poco en el presente, se usarán aun menos en futuro”, motivo por el cual “sería mejor olvidarse de esa convención”; y Francia (ROEHRICH) opinó que debe abandonarse el respectivo Proyecto por cuanto “los cheques internacionales no ofrecen ninguna ventaja”.¹⁰⁷

74. El asunto continuó siendo debatido en la sesión del día siguiente, *26 de junio de 1984*, número 287, cuando el Representante de los Estados Unidos de América (FARNSWORTH) reiteró, en términos categóricos, “que su Delegación no apoya el proyecto de convención sobre cheques internacionales”;¹⁰⁸ y se volvió a discutir nuevamente en la sesión 291, celebrada en horas de la mañana del *28 de junio de 1984*, una vez concluidas las deliberaciones sobre las cuestiones controvertidas más importantes, según fueran compiladas en el Informe de la Secretaría General.

¹⁰⁷ *Anuario*, Vol. XV, *op. cit.*, pp. 359-362.

¹⁰⁸ *Anuario*, Vol. XV, *op. cit.*, N° 16, p. 364.

En esta última oportunidad, el Representante de la India (DIXIT), apoyado por Iraq (SAMI), no obstante reconocer la importancia de los trabajos efectuados con relación a los cheques internacionales, manifestó que “debería darse prioridad al proyecto sobre letras de cambio y pagarés”, por cuanto “el examen simultáneo de los dos proyectos daría lugar a ambigüedades y complicaría la labor de la Comisión”. Por tanto, fue sugerido concluir primero “el proyecto sobre letras de cambio, dado que se trata de un documento aparte y de mayor aplicación práctica y dejar el examen del proyecto de Convención sobre cheques internacionales (A/CN.9/212) para una fecha ulterior”.¹⁰⁹

El planteamiento hecho fue compartido por el Observador de Finlandia (SEVON), quien expresó abiertamente su escepticismo de “que puedan lograrse resultados concretos respecto del proyecto sobre cheques internacionales, aún más adelante”;¹¹⁰ y tuvo también el apoyo de los Representantes de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (KOZHEVNIKOV), Egipto (CHAFIK), Suecia (MAGNUSSON), México (BARRERA GRAF), Austria (DUCHEK) y los Estados Unidos de América (FARNSWORTH).¹¹¹

Acto continuo el Presidente (SZASZY) sugirió “que, a la luz de las opiniones expresadas, la Comisión se dedique a concluir el proyecto de Convención sobre letras de cambio y no tome decisión alguna acerca del proyecto sobre cheques internacionales hasta que se finalice la labor relativa a la primera Convención”; y así fue acordado.¹¹²

75. En consecuencia, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sólo exami-

¹⁰⁹ *Anuario*, Vol. XV, *op. cit.*, N° 5, p. 376.

¹¹⁰ *Anuario*, Vol. XV, *op. cit.*, N° 6, p. 376.

¹¹¹ *Anuario*, Vol. XV, *op. cit.*, N° 7-13, p. 376.

¹¹² *Anuario*, Vol. XV, *op. cit.*, N° 14, p. 376.

nó el Proyecto de Convención sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagares Internacionales durante su *Décimo Séptimo Período de Sesiones (Nueva York, 22 de junio a 10 de julio de 1984)*; y con relación al inciso e) del párrafo segundo del artículo primero fueron expresados diversos criterios:

Los Representantes de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (GUEST), Suecia (MAGNUSSON), Noruega (ROGNLIEN) y Australia (GRIFFITH) sostuvieron que “debía ampliarse el ámbito de aplicación del proyecto de convención a fin de que fuera aplicable a una letra de cambio con la sola condición de que la letra contuviera en su texto las palabras ‘letra de cambio internacional (Convención . . .)’; en consecuencia, debía suprimirse el inciso e) del párrafo segundo del artículo primero”.

Por el contrario, según otros Delegados “debía ser más reducido que el resultante del actual texto del inciso e) del párrafo segundo del artículo primero, a fin de que el proyecto de convención se aplicara solamente a las letras que tuvieran un claro carácter internacional”. Dentro de esta directriz, al decir del Representante de Japón (MAEDA) “el ámbito de aplicación podía reducirse, por ejemplo, clasificando los lugares indicados en el inciso e) del párrafo segundo del artículo primero en distintos grupos y considerando que un título sólo sería internacional si al menos uno de los lugares incluidos en un grupo y uno de los lugares incluidos en otro grupo estuvieran ubicados en Estados diferentes”.

Los contrapuestos criterios fueron examinados en las sesiones matutina y vespertina del *28 de junio de 1984*; y “la opinión predominante fue que el equilibrio logrado en el artículo primero respecto al ámbito de aplicación del proyecto de convención era satisfactorio y debía mantenerse”, aun cuando era aconsejable mejorar su redacción: así lo declaró el Presidente (SZASZY) luego de las intervenciones de los Representantes de Checoslovaquia (PISEK), Iraq (SAMI), Francia (ROEHRICH), India (DIXIT), Países Bajos (VIS), Unión de Repúblicas Socialistas Sovié-

ticas (KOZHEVNIKOV), Austria (DUCHEK), Sierra Leone (VINCENT), Egipto (CHAFIK) y República Federal de Alemania (ANKELE).¹¹³

76. Durante la discusión de los elementos internacionales necesarios para el sometimiento de la letra de cambio y el pagaré al régimen de la Ley Uniforme, la Delegación japonesa (MAEDA), apoyada por la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (KOZHEVNIKOV), sostuvo “que el proyecto de convención debía aplicarse solamente cuando una letra de cambio mostrara que el lugar en que se libró la letra y el lugar del pago estaban ubicados en Estados diferentes”; y que “la indicación de esos lugares en la letra era importante porque eran considerados factores esenciales para determinar el derecho aplicable a las cuestiones no abarcadas por el proyecto de Convención”. Sin embargo, fue decidido “que la indicación de esos lugares no debía ser una condición previa para la aplicación de la convención”.¹¹⁴

77. La Delegación española (OLIVENCIA) señaló como motivo de inquietud “que, si se amplía demasiado la esfera de aplicación de la Convención, su carácter facultativo podría servir de pretexto para los libradores que quisieran eludir las leyes nacionales y optar por acogerse a las reglamentaciones de la Convención a fin de dar a sus letras o pagarés un falso carácter internacional. En consecuencia, la Convención podría entrar en conflicto con leyes nacionales”.¹¹⁵ Este punto de vista fue compartido por Iraq (SAMI) y la India (DIXIT),¹¹⁶ pero el planteamiento no tuvo mayor progreso.¹¹⁷

¹¹³ *Annuario*, Vol. XV, *op. cit.*, N° 40, p. 9; pp. 375-378.

¹¹⁴ *Annuario*, Vol. XV, *op. cit.*, N° 41, p. 9; pp. 377-378.

¹¹⁵ *Annuario*, Vol. XV, *op. cit.*, N° 29, p. 377.

¹¹⁶ *Annuario*, Vol. XV, *op. cit.*, N° 30, p. 377; N° 34, pp. 378.

¹¹⁷ *Annuario*, Vol. XV, *op. cit.*, N° 41, p. 9.

78. El Representante de España (OLIVENCIA) también alegó:

La dificultad mayor proviene de que, en el inciso e) del párrafo 2) —y, de hecho, en todo el artículo 1— se confunden dos cuestiones que deberían distinguirse: la cuestión de los requisitos esenciales que deben cumplir una letra o pagaré para ser un título internacional válido y la cuestión de los elementos internacionales, que se desprenden del título propiamente tal. Por ejemplo, no todos los elementos internacionales enumerados en el inciso e) del párrafo 2) son esenciales para una letra o pagaré internacional; algunos, como los que figuran en los apartados ii) y iv), son facultativos. No obstante, según las disposiciones conexas del artículo 11, los títulos que carezcan de cualquier elemento relacionado con los requisitos enumerados en los párrafos 2) o 3) del artículo 1 se consideran títulos incompletos. También para los fines del artículo 11, es preciso hacer una distinción más clara entre los requisitos esenciales para la definición del carácter internacional y los elementos que lo integran".¹¹⁸

Este punto de vista fue compartido por México (BARRERA GRAF), y por Suiza (VOLKEN); pero el asunto se consideró una simple cuestión de redacción.¹¹⁹

79. Durante el debate fueron hechos otros señalamientos:

- a) España destacó la conveniencia de precisar con más detalles los lugares geográficos exigidos por el inciso e) del párrafo segundo; y
- b) Canadá propuso la inclusión de un símbolo o abreviatura que pueda reproducirse sin dificultades a fin de facilitar el reconocimiento de los títulos que requieran tratamiento especial de acuerdo con la Convención. Esta última sugerencia fue apoyada por México (BARRERA GRAF);¹²⁰ y se

¹¹⁸ *Anuario*, Vol. XV, *op. cit.*, N° 27, p. 377.

¹¹⁹ *Anuario*, Vol. XV, *op. cit.*, N° 42, p. 9.

¹²⁰ *Anuario*, Vol. XV, *op. cit.*, N° 31-32, p. 377-378.

planteó de nuevo en la sesión del 3 de julio de 1984 por los Delegados de Japón (MAEDA), Estados Unidos de América (SPANOGLE), Egipto (CHAFIK), Países Bajos (VIS) y Noruega (RONGLIEN). En esta oportunidad el Presidente (SZASZY) sugirió, con éxito, que se remitiera el problema al Grupo de Trabajo para que estudiara el modo de dejar en claro, cuando corresponda, que la intención del librador es emitir un título sujeto al régimen jurídico de la convención, sin que al mismo tiempo se limiten en forma excesiva las palabras que puedan usarse para invocar la convención.¹²¹

80. Una vez concluido el examen de las diversas observaciones formuladas por los Gobiernos y organizaciones internacionales se llegó a la conclusión de que el Proyecto debía ser mejorado, tarea a realizarse en el seno de la propia Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional;¹²² también hubo acuerdo en la necesidad de una revisión previa por un Grupo de Trabajo;¹²³ y, de igual modo, fue resuelto aplazar indefinidamente la continuación de los trabajos relativos a la Ley Uniforme sobre Cheques Internacionales.¹²⁴ Por tanto, en las sesiones del 5 y 6 de julio de 1984 fue decidido que:

- a) se continúe la labor con miras a mejorar el proyecto de convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales;

¹²¹ *Anuario*, Vol. XV, *op. cit.*, N° 26-33, p. 395-396.

¹²² *Anuario*, Vol. XV, *op. cit.*, N° 83, p. 14.

¹²³ *Anuario*, Vol. XV, *op. cit.*, N° 83-84, p. 14.

¹²⁴ El Secretario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), (BERGSTEN), se refirió a este aplazamiento al discutirse la posibilidad de preparar una convención para determinar la ley aplicable a los títulos negociables en la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado; y al intervenir en la Comisión Primera, en horas de la mañana del 11 de octubre de 1988, expresó su opinión de que los trabajos relativos a la Ley uniforme sobre cheques internacionales no serían continuados nunca (*Seizième Session - Commission I. Affaires Générales - Procès - Verbal nr. 2, nr. 26, p. 9*).

- b) la labor futura se encomiende al Grupo de Trabajo sobre Títulos Negociables Internacionales, cuya composición se amplía hasta quedar integrado por los siguientes miembros: Australia, Cuba, Checoslovaquia, Egipto, España, Estados Unidos de América, Francia, India, Japón, México, Nigeria, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Sierra Leone y Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas;
- c) el mandato del Grupo de Trabajo consistirá en revisar el proyecto de convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales, a la luz de las decisiones y el debate del actual período de sesiones, y también teniendo en cuenta las observaciones de los gobiernos y las organizaciones internacionales que figuran en los documentos A/CN.9/248 y A/CN.9/249 Add. 1, que no han sido examinados en el actual período de sesiones;
- d) se aplacen los trabajos relativos al proyecto de convención sobre cheques internacionales y que la Comisión adopte una decisión acerca de la futura labor referente a este proyecto de Convención, una vez terminados los trabajos relacionados con el proyecto de Convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales.¹²⁵

VII

LA APROBACION DE LA CONVENCION SOBRE LETRAS DE CAMBIO Y PAGARES INTERNACIONALES

81. De acuerdo con el mandato recibido, el Grupo de Trabajo, durante su *Décima Tercera Reunión (Nueva York, 7 al 18 de enero de 1985)* examinó las cuestiones controvertidas más importantes, así como otros asuntos afines;¹²⁶ y con vista de su Informe la

¹²⁵ *Anuario*, Vol. XV, *op. cit.*, N° 88, pp. 14-15.

¹²⁶ "Informe del Grupo de Trabajo sobre Títulos Negociables Internacionales acerca de la labor realizada en su 13o. período de sesiones (Nueva York, 7 a 18 de enero de 1985) (A/CN.9/261)", (*Anuario*, Vol. XVI, *op. cit.*, pp. 151-160).

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en su *Décimo Octavo Período de Sesiones (Nueva York, 7 al 18 de enero de 1985)*, resolvió:

[...] que, a la luz de los avances realizados para resolver las cuestiones controvertidas más importantes, a saber: los conceptos de tenedor y tenedor protegido, el efecto de los endosos falsificados y la responsabilidad del transmitente mediante simple entrega o por endoso, era razonable pedir al Grupo de Trabajo que completara el examen de las cuestiones controvertidas más importantes y, en la medida de lo posible, de las cuestiones restantes, con miras a preparar un proyecto a la Comisión en una forma adecuada para examinarlo en su *Décimo Noveno Período de Sesiones*.¹²⁷

82. El Grupo de Trabajo dio cumplimiento a la tarea en su *Décimo Cuarto Período de Sesiones (Viena, 9 a 20 de diciembre de 1985)*,¹²⁸ con vista de una nota de la Secretaría donde se exponían algunas consideraciones y sugerencias referentes a las cuestiones controvertidas más importantes.¹²⁹

83. Ahora bien, en relación al segundo párrafo del artículo primero y del artículo tercero, que establecen los “elementos internacionales” del título, fue sugerido que el lugar donde se libra la letra y el lugar de pago indicados en el instrumento deberían estar ubicados en distintos países para que le fuera aplicable el proyecto de Convención; pero se observó “que era una cuestión no de internacionalidad sino de validez del título” y, en última instancia, el Grupo de Trabajo no aceptó la propuesta por

¹²⁷ *Annuario*, Vol. XVI, *op. cit.*, N° 336, p. 43.

¹²⁸ “Informe del Grupo de Trabajo sobre títulos negociables internacionales acerca de la labor de su 14o. período de sesiones (Viena, 9 a 20 de diciembre de 1985) (A/CN.9/273)”, en *Annuario*, Vol. XVII, pp. 43-61.

¹²⁹ “Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre títulos negociables internacionales en su 14o. período de sesiones: proyecto de Convención sobre Letras de Cambio Internacionales: algunas consideraciones y sugerencias relativas a las cuestiones controvertidas más importantes: nota de la Secretaría (A/CN.9/W:G.IV/WP.30)”, en *Annuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, pp. 75-81.

cuanto “la Comisión ya había decidido que la indicación de esos lugares no fuese un requisito previo para la aplicación del proyecto de Convención”.¹³⁰

84. El Observador de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (PELICHET) propuso dividir el artículo primero en dos preceptos distintos, a fin de indicar en uno de ellos los elementos internacionales necesarios para que el proyecto de Convención fuese aplicable y en el otro las condiciones para la validez del título.¹³¹ No obstante, al discutirse la sugerencia en el seno del Grupo de Trabajo “se expresó el parecer de que el texto original era preferible puesto que todos los elementos actualmente enunciados en los párrafos 2) y 3) del artículo primero eran elementos esenciales para la validez del título, a tenor de la presente Convención”; y, por tanto, el Grupo de

¹³⁰ *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, N° 60, p. 50.

¹³¹ *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, N° 61, pp. 50-51. De acuerdo con la propuesta, los preceptos quedarían redactados así: *Artículo 1.*— 1) La presente Convención se aplicará a las letras de cambio internacionales en las que figuren las palabras “letra de cambio internacional (Convención de . . .)” y en las que aparezca que dos, por lo menos, de los lugares siguientes están ubicados en distintos Estados: a) El lugar donde se libra la letra; b) el Lugar indicado al lado del nombre del librador; c) El lugar indicado al lado del nombre del librado; d) El lugar indicado al lado del nombre del tomador; e) El lugar de pago. 2) La presente Convención se aplicará a los pagarés internacionales en los que figuren las palabras “pagaré internacional (Convención de . . .)” y en los que aparezca que dos, por lo menos, de los lugares siguientes están ubicados en distintos Estados: a) El lugar donde se suscribe el pagaré; b) El lugar indicado al lado de la firma del suscriptor; c) El lugar indicado al lado del nombre del tomador; d) El lugar de pago. 3) La prueba de que las declaraciones mencionadas en el presente artículo son incorrectas no afectará a la aplicación de la Convención”. B) *Artículo 1 bis.*— 1) La letra de cambio internacional es un título escrito que: a) Contiene un mandato incondicional por el que el librador ordena al librado que pague una suma determinada de dinero al tomador o a su orden; b) Es pagadero a la vista o a día fijo; c) Está fechado; d) Está firmado por el librador. 2) Un pagaré internacional es un título escrito que: a) Contiene una promesa incondicional por la que el suscriptor se obliga a pagar una suma determinada de dinero al tomador o a su orden; b) Es pagadero a la vista o a día fijo; c) Está fechado; d) Está firmado por el suscriptor.

Trabajo “decidió mantener el texto actual, pero señalar esta propuesta a la atención de la Comisión”.¹³²

85. Aun cuando se emitieron opiniones en sentido contrario, en el Grupo de Trabajo predominó el criterio “de que estaba suficientemente claro que, cuando un título se regía por la Convención, también se habían de regir por ella los derechos de todas las personas relativos a ese título, por lo que no era necesario modificar el texto a este respecto”.¹³³

86. En el Grupo de Trabajo hubo acuerdo general en el sentido de que la letra de cambio internacional o el pagaré internacional habían de ser instrumentos fáciles de reconocer. Al respecto fue señalado concretamente que algunos sistemas bancarios manejan grandes cantidades de efectos de comercio motivo por el cual se necesitaría algún procedimiento fácil para distinguir aquellos que pueden requerir un trato especial. Por otra parte, se advirtió “que el artículo 1 exigía que la mención de la internacionalidad figurase en el texto del título, lo cual ofrecía ciertas ventajas pero podía restar visibilidad a esa mención”.¹³⁴

87. Durante la discusión del asunto fueron hechas diversas sugerencias: a) que la mención de la internacionalidad se hiciese en lugar visible, tal como el encabezamiento del título; b) que esa mención se hiciese en un idioma muy difundido internacionalmente, como el inglés o el francés; c) que se utilizase algún signo distintivo; d) que el título adoptase una forma prescrita indicada en un anexo a la Convención; e) que el instrumento se imprimiera en un color distintivo, pero se observó que, “por razones técnicas, esta propuesta no sería fácil de aplicar en todos los países”.¹³⁵

¹³² *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, N° 62, p. 51.

¹³³ *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, N° 63, p. 51.

¹³⁴ *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, N° 65, p. 51.

¹³⁵ *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, N° 66, p. 51.

88. Concluido el debate, el Grupo de Trabajo decidió que la mención de la internacionalidad fuera hecha en el encabezamiento y en el texto del título. Por tanto, se convino en redactar el párrafo 2) en los términos siguientes: “Una letra de cambio internacional es un título escrito con el encabezamiento ‘letra de cambio internacional (Convención de . . .)’ que ”; y en mantener igual el resto del párrafo. También fue resuelto hacer la correspondiente modificación en el párrafo 3 relativo al pagaré internacional.¹³⁶

89. El Grupo de Trabajo también dispuso pedir a la Secretaría que presentara a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en su décimo noveno período de sesiones, modelos de letras de cambio y pagarés internacionales con la finalidad de ayudar a los usuarios a diseñar un instrumento que satisfaga los requisitos exigidos por el Proyecto; formularios destinados a ser incluidos como un Anexo a la Convención, aun cuando sin ser obligatoria su utilización.¹³⁷

90. Al examinarse el artículo segundo, fue destacado que “la Convención se aplicaría estuvieran o no situados en Estados contratantes los lugares indicados en una letra de cambio internacional o en un pagaré internacional, conforme a lo dispuesto en el apartado e) del párrafo 2); o en el apartado e) del párrafo 3) del artículo 1”.

Debido a este señalamiento, algunos de los miembros del Grupo de Trabajo afirmaron que el precepto creaba incertidum-

¹³⁶ *Annuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, N° 67, pp. 51-52.

¹³⁷ *Annuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, N° 66, p. 52. Efectivamente la Secretaría preparó los modelos en el documento titulado: “Proyecto de convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales: respuesta a las solicitudes del Grupo de Trabajo sobre títulos negociables internacionales: nota de la Secretaría (A/CN.9/285); y en esa misma oportunidad expuso su criterio sobre la “definición de moneda o dinero” y de los “intereses flotantes” (*Annuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, pp. 81-83).

bre, en especial respecto a las consecuencias en un Estado no contratante, por cuanto aceptaba la autonomía de las partes que no era reconocida por la mayoría de los sistemas de normas sobre conflictos de leyes en el contexto de los títulos negociables. En este sentido agregaron que la incertidumbre era mayor en el proyecto porque no se exigía vínculo alguno entre el título y un Estado contratante, motivo por el cual era posible, en virtud del párrafo 4 del artículo 1, que la Convención pudiera abarcar instrumentos que no eran verdaderamente internacionales. Por consiguiente, fue sugerido establecer como requisito indispensable la existencia de un determinado nexo entre el empleo del título y un Estado contratante; y, por ejemplo, limitar su esfera de vigencia a los casos en los cuales se librara una letra o se suscribiera un pagaré en un Estado contratante y el lugar de pago se encontrara en otro Estado contratante, o exigir que uno de esos dos lugares se encontrara en un Estado contratante".¹³⁸

No obstante, se recordaron los comentarios al respecto, hechos por la Secretaría al Proyecto de Convención en oportunidad anterior;¹³⁹ y, en particular, que esas inquietudes habían sido ya expuestas, sin éxito, en anteriores reuniones del Grupo de Trabajo y ante la propia Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) durante su *Décimo Séptimo Período de Sesiones (Nueva York, 22 de junio a 10 de julio de 1984)*. Por otra parte, hubo amplio acuerdo en que tales problemas, referentes a la esfera de aplicación del proyecto de Convención, debían examinarse por la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado cuando revisara, como se había previsto, el Convenio para la solución de ciertos conflictos de leyes sobre las letras de cambio y los pagarés (Ginebra, 1930)".¹⁴⁰ En consecuencia, se consideró inconveniente decidir sobre estas

¹³⁸ *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, N° 69, p. 52.

¹³⁹ La referencia es al Documento distinguido: A/CN.9/213.

¹⁴⁰ *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, N° 70, p. 52.

cuestiones, aun cuando fue admitido “que la Comisión tal vez deseara volver a examinarlas”.¹⁴¹

91. Una vez concluida la tarea encomendada al Grupo de Trabajo la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) examinó el “Proyecto de Ley Uniforme sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales” en su *Décimo Noveno Período de Sesiones (Nueva York, 23 de junio a 11 de julio de 1986)*.¹⁴²

92. En esa oportunidad, en la sesión del *23 de junio de 1986*, el Presidente Provisional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (FLEISCHHAUER) informó a los presentes que había sido necesario reducir en una semana el período de sesiones”, para hacer frente a la situación financiera sumamente grave de las Naciones Unidas, causada por la falta de pago de algunos Estados Miembros y por el retraso de otros; limitándose también en forma considerable la documentación publicada con anterioridad, durante y con posterioridad al período de sesiones”.¹⁴³

¹⁴¹ *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, N° 71, p. 52.

¹⁴² Durante el Décimo Noveno Período de Sesiones, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) tuvo a la vista un documento titulado: “Proyecto de Convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales: texto del proyecto de articulado revisado por la Comisión en su 17o. período de sesiones o por el Grupo de Trabajo sobre Títulos Negociables Internacionales en sus períodos de sesiones 13o. o 14o.: Nota de la Secretaría (A/CN.9/274)” (*Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, pp. 61-75). En el mismo volumen aparece reproducido el “Proyecto de Convención sobre Letras de cambio internacionales y Pagarés Internacionales (con las revisiones introducidas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en su 19o. período de sesiones, Nueva York, 23 de junio a 1 de julio 1986)”. (*Anuario*, Vol. XVII, pp. 313-325); y las Actas Resumidas, correspondientes a las sesiones 335 a 353, 355 y 356 (23 de junio de 1986 a 9 de julio de 1986), aparecen publicadas en las páginas 327-408 del mismo Anuario.

¹⁴³ Acta Número 335, en *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, N° 1, p. 327.

93. Ahora bien, el artículo primero fue comenzado a examinar en horas de la tarde del *veinticuatro de junio de 1986* (Acta 338); y en esa oportunidad algunos de los miembros calificaron de insatisfactorias sus disposiciones para determinar cuándo debía considerarse “internacional” un título, requisito indispensable por la aplicación del proyecto de Ley Uniforme.

En efecto, el Representante de Egipto (CHAFIK) hizo valer:

[. . .] el concepto de internacionalidad delineado en el proyecto de convención es a la vez demasiado amplio y demasiado estrecho. Es demasiado amplio porque se aplica a títulos que no deberían realmente caer dentro del ámbito del derecho internacional. Por ejemplo, si un comerciante residente en el Líbano libra, al pasar por Egipto, un título por una deuda en el Líbano, pagadera en el Líbano, ese título atraería la aplicación del proyecto de convención, aunque debería estar dentro del derecho interno. Al mismo tiempo, el proyecto de convención es demasiado estrecho, ya que tiene en cuenta solamente el lugar en que se libra el título y el lugar del pago. Sin embargo, hay otros elementos que podrían tenerse en cuenta. Por ejemplo, si un instrumento se libra en el Líbano, pagadero en el Líbano, pero es endosado en Egipto a un banco egipcio, ¿se consideraría que está regido por el derecho interno?”.¹⁴⁴

A este respecto se aclaró que las disposiciones del artículo 1 daban autonomía a las partes “para hacer aplicable la Convención en el momento de emitir el título, por ejemplo, especificando que al menos dos de los lugares mencionados en la letra e) del párrafo segundo se encuentran en Estados diferentes”.¹⁴⁵

94. En el curso del debate, el Representante del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (GUEST) se preguntó si no bastaría con utilizar las palabras “letra de cambio internacional” sólo en el encabezamiento del título; punto de vista compartido por Brasil (LAES). Sin embargo, el Presidente del Comi-

¹⁴⁴ *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, N° 7, p. 345.

¹⁴⁵ *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, p. 13; pp. 343-344, 345.

té Plenario (VIS) aclaró que la doble mención trata de evitar la alteración del instrumento mediante la inserción posterior de la frase en el encabezamiento del título.¹⁴⁶

95. El Delegado de la República Federal de Alemania (GATEN) reiteró “que debe quedar muy claro” que la letra de cambio es internacional, para la aplicación del proyecto de Ley Uniforme. Por tanto, y a pesar de reconocer la dificultad de preconizar el uso de un solo idioma en una Convención de las Naciones Unidas, consideraba recomendable redactar el encabezamiento en inglés, que es el idioma más utilizado en los círculos bancarios internacionales, para facilitar la tarea de los banqueros y otras personas que negocian letras de cambio internacionales.¹⁴⁷

Por su parte, el Representante de Egipto (CHAFIK) sostuvo que la propuesta formulada “daría lugar a un conflicto de idiomas”, y por ese motivo sugirió la utilización de “un color, por ejemplo, el color de la bandera de las Naciones Unidas, como medio de identificación”; pero el Presidente del Comité Plenario (VIS) declaró que no creía “la Comisión deba examinar la propuesta que ha hecho el Observador de la República Federal de Alemania, puesto que no es probable que reciba pleno apoyo”.¹⁴⁸

96. El Observador de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (PELICHET) recordó su anterior sugerencia de reformular el artículo primero “por la falta de lógica interna en la estructura actual del proyecto, en el que lamentablemente se combinan dos elementos totalmente independientes entre sí”. En efecto, el párrafo 2) se refiere a condiciones que atañen tanto a la aplicación del propio proyecto de Convención como a requisitos de validez del instrumento,

¹⁴⁶ *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, pp. 13, 344-345.

¹⁴⁷ *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, p. 13; N° 55, p. 344.

¹⁴⁸ *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, p. 13; N° 57-58, p. 34.

motivo por el cual es preciso establecer una separación entre ambas clases de regulaciones.¹⁴⁹

97. El Observador de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (PELICHET) hizo también las siguientes observaciones:

[...] toda la estructura del proyecto de Convención se basa en una autonomía de la voluntad que funciona a dos niveles. A nivel internacional se relaciona con conflictos de derecho, mientras que al segundo nivel, una persona que desee escribir un título con arreglo al proyecto de Convención podrá elegir un determinado sistema jurídico con arreglo al cual pueda volver a elegir entre un nuevo sistema y un sistema existente. Se entiende en general que el proyecto de Convención establecería un sistema opcional y no está destinado a sustituir a los sistemas nacionales existentes. En el artículo 1 del actual proyecto de Convención no está expresado claramente ese elemento de opción. Por esa razón propuso las siguientes palabras: "La presente Convención se aplicará a las letras de cambio internacionales cuando dichos títulos contengan las palabras "letra de cambio internacional". Ese texto establecería claramente el requisito previo para la aplicación de la futura convención".¹⁵⁰

La propuesta recibió apoyo de la República de Corea (KIM), Yugoslavia (VILUS), Brasil (LAES) y los Países Bajos (VIS).¹⁵¹ Sin embargo, los Representantes de Argentina (PIAGGI DE VANOSI), Australia (BURNS), Canadá (CRAWFORD), India (VENKATRAMIAH), Japón (MAEDA), México (ABASCAL), Nigeria (ADEBANJO), Uruguay (DELFINO CAZET), Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (KAZAROVA) y Estados

¹⁴⁹ *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, N° 58, p. 344.

¹⁵⁰ *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, N° 58, p. 344.

¹⁵¹ *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, p. 345. La Señora VILUS (Yugoslavia) señaló la conveniencia de distinguir en la letra e) del párrafo segundo los requisitos esenciales y los no esenciales para la validez de la letra de cambio internacional.

Unidos de América (SPAGNOLE) se manifestaron en favor del mantener el texto del Proyecto.¹⁵²

98. En el curso del debate también “se expresó la opinión de que no quedaba claro si el artículo 1 requería que en el título se indicara dónde estaban ubicados todos los lugares mencionados en los incisos e) de los párrafos 2) y 3) del artículo 1, y si indicar dónde estaban ubicados esos lugares era una condición esencial para la validez del título”. Sin embargo, fue señalado “que las disposiciones de los incisos e) de los párrafos 1) y 3) del artículo 1 tenían por objeto únicamente determinar cuándo un título era un título internacional al que se aplicaba el proyecto de Convención, y en ella se requería, como condición para esa aplicación, que en el título se indicara que dos de los lugares mencionados en él estaban ubicados en Estados diferentes”.

No obstante, se convino en aclarar el significado mediante una enmienda apropiada del comienzo de los incisos e) de los párrafos 2) y 3) del artículo 1, y se acordó referir la cuestión al Grupo de Redacción. Ahora bien, en la sesión matutina del 9 de julio de 1986 (Acta 335) el señor HERMANN (Subdivisión de Derecho Mercantil Internacional), transmitió la sugerencia del Grupo de Trabajo, en lo que respecta al inciso e) de los párrafos 2) y 3) del artículo primero, en el sentido de utilizar la siguiente frase sustitutiva: “e) Especifica por lo menos dos de los lugares siguientes e indica que los lugares así especificados están situados en Estados diferentes”; y así fue aprobado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).¹⁵³

99. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) entró a considerar el artícu-

¹⁵² *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, p. 345. El Representante de la India (VENKATRAMIAH) sostuvo que la división del artículo “podría crear problemas de interpretación en los tribunales y destruir la uniformidad que se quiere promover con el proyecto de convención”.

¹⁵³ *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, N° 76, pp. 13, 402.

lo segundo del Proyecto de Ley Uniforme en horas de la mañana del 25 de junio de 1986 (Acta 339); y de inmediato el Observador de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (PELICHET), además de advertir que su contenido se encuentra en conflicto tanto con la Convención de Ginebra (1930) como con los sistemas jurídicos de los países del *common law* (*Bills of Exchange Act* y *Uniform Commercial Code*),¹⁵⁴ hizo algunos señalamientos adicionales, recogidos en el Acta respectiva, en los términos siguientes:

Las dificultades planteadas en el artículo 2.º van más allá del problema del conflicto de leyes, hasta entrar en el problema de la territorialidad, porque el texto permite la negociación de los títulos por firmantes que no tienen ninguna vinculación con un Estado contratante. En el caso más absurdo, sería posible que un librador en un Estado no contratante librara una letra de cambio contra un librado en un Estado no contratante. El artículo 2 es una aberración jurídica y no puede funcionar. El Sr. Pelichet sugirió en el Grupo de Trabajo que, por lo menos dos de los lugares mencionados en el inciso e) del párrafo 2) del artículo 1 deberían estar situados en Estados contratantes, preferiblemente los lugares donde se libra y se paga el título, para que el título estuviera cubierto por la Convención.¹⁵⁵

100. En vista del anterior planteamiento el señor VIS (Presidente del Comité Plenario) le preguntó por qué le preocupaba tanto el lugar del pago; y al efecto dio como ejemplo “una situación en que el librador en Nigeria (Estado contratante), deseando invocar la Convención, libra la letra contra un librado en los Países Bajos (Estado no contratante), que como librado no tiene responsabilidad. No habría problema si el librado pagara la letra; el banco de El Cairo recurriría contra el librador en Nigeria (donde se aplicaría la Convención) o contra el tomador en Egipto”.¹⁵⁶

¹⁵⁴ Véase el Capítulo VIII, de este trabajo.

¹⁵⁵ *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, Acta 339a, N° 37, p. 346.

¹⁵⁶ *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, N° 40, p. 347.

101. A este respecto explicó el Observador de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (PELICHET) que, “aunque el lugar del pago es efectivamente el problema más frecuente, no es la única dificultad”; y que por tal motivo ha sugerido “que dos de los lugares mencionados en el inciso e) del párrafo 2 del artículo primero deberían estar situados en Estados contratantes”, por cuanto “si el artículo segundo se mantuviera en su forma actual podría haber una situación en que ninguno de los lugares afectados estuviera situado en un Estado contratante”.¹⁵⁷

102. La posición del Observador de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado fue apoyada “decididamente” por el Representante de Francia (VASSEUR). Al respecto hizo valer que “los bancos franceses están sumamente preocupados por el artículo 2, pues consideran que daría lugar a graves incertidumbres”; y agregó:

En la segunda situación descrita por el Presidente del Comité hay de hecho un problema respecto del librado, a saber, el problema de las excepciones disponibles. El lugar del pago es crucial porque se determina allí si un librado tiene derecho a negar el pago o está obligado a pagar. Por otra parte, el artículo 2 establece que la Convención es aplicable esté o no el lugar indicado en el título en un Estado contratante”.¹⁵⁸

104. Criterio similar fue sostenido por el Representante de los Estados Unidos de América (SPANOGLE) pero, sin embargo, manifestó:

[...] en una reunión de banqueros de los Estados Unidos a la que asistió se dijo que debería retenerse el texto del artículo 2 en su forma actual. Los banqueros no se mostraron especialmente preocupados por las incertidumbres en cuanto a la aplicación de la Convención en los casos que podrían o no plantearse ante los tribunales de Estados no contratantes. Lo que querían era tener

¹⁵⁷ *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, N° 41, p. 347.

¹⁵⁸ *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, N° 42, p. 347.

certidumbre en el manejo diario de los documentos en los propios bancos. Los bancos no querían verse obligados a controlar listas, que cambiarían constantemente, de las partes en una Convención, y en todo caso consideraban que las normas de conflicto de leyes eran amorfas”.¹⁵⁸

103. Este mismo punto de vista fue sostenido por el Observador de la Federación Bancaria Latinoamericana (MUÑOZ), quien consideró “que el debate actual con respecto al artículo 2 no es pertinente”; y sostuvo la redacción del precepto, por cuanto “en la práctica, los banqueros o los tenedores de títulos internacionales solamente están interesados en saber si la Convención es aplicable en los lugares donde actúan”.¹⁵⁹

104. A este respecto manifestó el Presidente del Comité Plenario (VIS) “que lo que pudieran desear los banqueros de los Estados Unidos no afectaría a los Países Bajos ni a ningún otro país de tradición romanista, que generalmente no reconocen la autonomía de las partes para negociar títulos”. Por tanto, “un financiero de los Países Bajos estaba cubierto por la ley de los Países Bajos y no podría colocarse bajo la Convención. Los Estados Unidos podrían preferir considerar que la responsabilidad de un librado de los Países Bajos era una responsabilidad con arreglo a la Convención, pero en realidad era una responsabilidad con arreglo a las leyes de los Países Bajos. La certidumbre que les satisface era así ilusoria”.¹⁶⁰

105. Dentro de la misma directriz, la señora PIAGGI de VANOSSI (Argentina) manifestó: “La Argentina no reconoce la autonomía de las partes. El artículo 2 en su forma actual crearía dificultades enormes en la aplicación de la Convención con respecto a los Estados no contratantes, y cree que debe modificarse”.¹⁶¹

¹⁵⁹ *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, N° 52, p. 348.

¹⁶⁰ *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, N° 45, p. 347.

¹⁶¹ *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, N° 46, p. 347.

106. Al decir del Representante de Austria (DUCHEK), “el artículo segundo en su forma actual parece implicar que las normas establecidas en el proyecto de convención son aplicables en todos los casos”; pero, a su entender, sólo se aplicará “sobre la base de la legislación nacional de los Estados contratantes, aunque en el texto no se indica cómo habría de aplicarse esa legislación nacional”. Por tanto, “esa omisión podría crear cierta incertidumbre jurídica, pero esa incertidumbre no sería mucho mayor que la que existe actualmente con arreglo a las normas establecidas en el Convenio de Ginebra sobre conflictos de Leyes”.¹⁶²

107. Por su parte el Delegado del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (GUEST) advirtió que la propuesta del Observador de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado “de que se exija que tanto en el lugar en que se libra el título como el lugar del pago estén situados en un Estado contratante no eliminaría todas las dificultades existentes, en especial en el caso de un título internacional en que participen varias partes”; y en defensa del proyecto agregó:

La especificación de uno de esos lugares como punto de vinculación en el artículo 2 podría acallar los temores de los que consideran que el artículo es demasiado “imperialista” e incierto. Sin embargo, la exigencia de que ambos lugares estén situados en Estados contratantes podría hacer vacilar a los Gobiernos que están considerando la posibilidad de ratificar la Convención en sus primeras etapas, cuando el número de Estados no contratantes sería mayor que el número de Estados contratantes”.¹⁶³

108. En el mismo sentido se pronunció el Representante de Italia (ANGELICI), por cuanto “a medida que se imponen más y más requisitos para las letras de cambio internacionales, se plantearán problemas de conflicto de leyes cada vez más difíciles”; y de igual modo destacó: “el objetivo del proyecto de convención

¹⁶² *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, p. 347.

¹⁶³ *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, Nº 48, p. 347.

es proporcionar una alternativa para las normas internas”. Por consiguiente, no comprende la “necesidad de una vinculación entre el uso de un título internacional y un Estado Contratante. Ese requisito podría llevar a un alto grado de incertidumbre e introducir a la vez la necesidad de verificar el estatuto con respecto a la Convención de todas las partes interesadas”.¹⁶⁴

109. Acto continuo el Presidente del Comité Plenario (VIS) advirtió “que el artículo segundo está dirigido a los Estados que han pasado a ser partes de la Convención” y, por consiguiente, “dado que para esos Estados la Convención se aplica en todos los casos, las leyes de esos Estados no se ocupan del efecto de la Convención en un Estado no Contratante”. Sin embargo, reconoció “que el artículo segundo no está redactado claramente, pero subraya que su objetivo es indicar que los Estados contratantes están obligados a aplicar las reglas contenidas en el proyecto de convención”.¹⁶⁵

110. La falta de claridad del artículo segundo fue reiterada por el Representante de Egipto (CHAFIK); y, para subsanarla, propuso la siguiente fórmula: “Cuando, de conformidad con las normas de conflicto de leyes, sea aplicable esta Convención, ella se aplicará estén o no situados...”.¹⁶⁶

111. El Observador de Bangladesh (OADER) también reconoció que “tal vez sean necesarios algunos cambios de redacción para hacer más claro ese significado”; pero en términos categóricos sostuvo que “el artículo segundo no está en conflicto con las disposiciones de ningún otro convenio”, y que “no ve tampoco la necesidad de buscar diferentes interpretaciones de las normas de conflicto de leyes”, por cuanto “no crea ninguna responsabilidad de terceros; confiere más bien un derecho”.¹⁶⁷

¹⁶⁴ *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, N° 50, p. 347.

¹⁶⁵ *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, N° 51, p. 347.

¹⁶⁶ *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, N° 53, p. 348.

¹⁶⁷ *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, N° 56, p. 348.

112. De inmediato, el Representante del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (GUEST) reiteró “que, de conformidad con su interpretación del artículo segundo, si se iniciaran procedimientos en conexión con un título internacional en el foro de un Estado que ha ratificado la Convención, se aplicará la Convención cualesquiera sean las normas de conflicto de leyes en vigor en ese Estado”; y agregó: “Si se interpreta el artículo en el sentido de que significa que las normas de conflicto de leyes del foro del Estado contratante rigen la aplicación de la Convención, entonces debe considerarse seriamente la redacción del artículo”.¹⁶⁸

113. La anterior inteligencia del precepto fue compartida por el Presidente del Comité Plenario (VIS), pues “no cree que el texto deba referirse a las normas de conflicto de leyes, pues esa no es la intención del artículo”. No obstante, “dado que parece haber cierta confusión con respecto al texto actual, sugiere que se lo remita al Grupo de Redacción para que éste vuelva a examinarlo”.¹⁶⁹

114. El anterior intercambio de criterios se encuentra resumido en el “Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre la labor realizada en su décimo noveno período de sesiones (Nueva York, 23 de junio a 11 de julio de 1986)”; y al respecto fue explicado:

Se plantean cuestiones acerca del significado y la efectividad del artículo 2 tal como estaba redactado actualmente. Según una opinión, el artículo 2 era equívoco, ya que implicaba que un tribunal en un Estado contratante estaría obligado en todos los casos a aplicar la Convención si un firmante había hecho que el título estuviera sujeto a la Convención, tanto si los lugares indicados en el título estaban ubicados en Estados contratantes como si no lo estaban. Se afirmó que había casos en que algunos

¹⁶⁸ *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, N° 57, p. 348.

¹⁶⁹ *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, N° 58, p. 348.

Estados, aunque fueran partes de la Convención, aplicarían con arreglo a sus normas sobre conflicto de leyes, su legislación nacional en lugar de la Convención. Por ejemplo, cuando un título fuera librado en un Estado no contratante, un tribunal del Estado contratante podría aplicar la legislación del Estado en que fue librado el título en lugar de la Convención.¹⁷⁰

115. En la sesión matutina del 9 de julio de 1986 el señor HERMANN (Subdivisión de Derecho Mercantil Internacional) presentó la fórmula propuesta por el Grupo de Redacción consistente en modificar el comienzo de la oración para que lea como sigue: "Los Estados Contratantes aplicarán la presente Convención estén o no..."¹⁷¹

De acuerdo con el Representante de los Países Bajos (VIS) la enmienda "restringe el ámbito de aplicación de la Convención"; y agregó: "Aunque sólo los Estados contratantes estarán obligados por la Convención, siempre se ha considerado que si, en el marco de sus propias normas de conflicto de leyes, los Estados no contratantes aplican las disposiciones de la convención, el artículo 2 se aplicará a esos Estados".¹⁷²

Por su parte, el Delegado de Austria (DUCHEK) consideró aceptable el texto enmendado, por cuanto "no impediría que un Estado no contratante aplicara el proyecto de convención si su derecho interno lo permite". En efecto, "la Convención está destinada sólo a los Estados contratantes, pero, cualquiera que sea la redacción relativa al ámbito de aplicación, no supone una limitación para los Estados no contratantes".¹⁷³

No obstante, el Delegado de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (LEBEDEV) sostuvo "que la nueva redacción

¹⁷⁰ *Anuario*, Vol. XVII, 1986, *op. cit.*, N° 87, p. 14.

¹⁷¹ *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, N° 27, p. 402.

¹⁷² *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, N° 28, p. 402.

¹⁷³ *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, N° 29, p. 402.

del artículo segundo no está en consonancia con la práctica habitual en las convenciones sobre derecho internacional privado y otras convenciones aprobadas hasta ahora por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), ni tampoco con las prácticas actuales”. En este sentido destacó que “el Estado contratante no tiene necesariamente una participación directa en la aplicación efectiva de la Convención, como sucede, por ejemplo, en el caso del arbitraje ante tribunales distintos de los tribunales estatales”; y, por tanto, consideró conveniente “que se mantenga la versión original, salvo una ligera modificación del texto inglés: *This Convention shall apply without regard to whether . . .*”.¹⁷⁴

La propuesta obtuvo el apoyo de la India (VENKATRAMIAH), Países Bajos (VIS), Finlandia (SEVON) y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (WOOLMAN); y en esos términos quedó aprobado el artículo segundo por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).¹⁷⁵

116. En su *Décimo Noveno Período de Sesiones (Nueva York, 23 de junio a 11 de julio de 1986)*, una vez concluida la revisión del Proyecto de Convención sobre letras de Cambio Internacionales y Pagares Internacionales, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) entró a considerar el procedimiento a seguir para su aprobación; y el Secretario General recordó la existencia de tres métodos:

- a) El primero consistía en que la Comisión recomendara a la Asamblea General que convocara una conferencia diplomática para que aprobara como convención el proyecto en la forma en que había sido aprobado en el período de sesiones en curso de la Comisión.
- b) El segundo consistía en que el Grupo de Trabajo sobre títulos negociables internacionales examinara el proyecto de Conven-

¹⁷⁴ *Anuario*, Vol. XVII, *op. cit.*, N° 30, pp. 402-403.

¹⁷⁵ *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, N° 31-32, p. 403.

ción en la forma en que había sido aprobado en el período de sesiones en curso de la Comisión antes del 20o. período de sesiones de ésta y que, posteriormente, la propia Comisión lo examinara y aprobara en ese período de sesiones. Luego la Comisión recomendaría a la Asamblea General que aprobara el proyecto de Convención sin proceder a un examen de los elementos de fondo del texto.

c) El tercer procedimiento posible consistía en que la Comisión examinara y aprobara en su vigésimo período de sesiones el proyecto de Convención en la forma en que había quedado en el período de sesiones en curso, sin que el Grupo de Trabajo lo examinara anteriormente, y que la Secretaría hiciera la labor preparatoria necesaria, incluida la preparación de los proyectos de Cláusulas Finales. La Comisión recomendaría luego a la Asamblea General que aprobase el proyecto de Convención sin examinar los elementos del fondo del texto”.¹⁷⁶

El asunto fue examinado durante las sesiones de los días siete, ocho y nueve de julio de 1986¹⁷⁷ cuando se produjo el indispensable intercambio de criterios acerca de las ventajas e inconvenientes de cada uno de los procedimientos sugeridos; y, por último, se logró acuerdo general sobre varios puntos: 1) “hacer todo lo posible para que el proyecto de Convención fuese objeto del mismo examen minucioso por parte de los Estados de que sería objeto si se convocase una conferencia diplomática”, en el

¹⁷⁶ *Anuario*, Vol. XVII, 1986, *op. cit.*, N° 213, p. 29. En la sesión vespertina del 9 de julio de 1986 (Acta 356), el Secretario (BERGSTEN) había resumido las tres posibilidades así: a) seguir el procedimiento ordinario y pedir a la Sexta Comisión que convoque una Conferencia Diplomática de tres semanas de duración; b) que la Comisión, en su vigésimo período de sesiones, reanude el examen del Proyecto de Convención, durante diez o quince días, luego de un período de sesiones del Grupo de Trabajo, a principios de enero de 1987, para considerar cualesquiera problemas pendientes de solución; c) que la Comisión examine el Proyecto de Convención en su vigésimo período de sesiones sin reunión previa del Grupo de Trabajo (*Anuario*, Vol. XVII, *op. cit.*, Acta 356, N° 1, p. 405).

¹⁷⁷ *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, p. 395-396 (Acta 352), 396-400 (Acta 353) y 405-407 (Acta 356).

caso de que ésta no pudiera tener lugar; ¹⁷⁸ 2) “de aprobarse el segundo y tercero de los procedimientos posibles, en ambos casos sería necesario transmitir a todos los Estados el texto, en la forma en que había sido aprobado en el período de sesiones en curso, para que hicieran llegar sus opiniones”; y, una vez recibidas, “la Comisión quedaría en condiciones de expresar a la Asamblea General, que, al dar forma definitiva al proyecto de Convención se habían tenido en cuenta las opiniones de todos los Estados”; ¹⁷⁹ y 3) de aprobarse el segundo o tercer procedimientos, “la Comisión debería examinar artículo por artículo el proyecto de Convención en su vigésimo período de sesiones”, con el compromiso de que “salvo en casos excepcionales no se reconsiderarán las decisiones tomadas anteriormente. De esa manera se emplazaría el examen artículo por artículo que tendría lugar en una conferencia diplomática”. ¹⁸⁰

Aun cuando las opiniones no se inclinaban abiertamente en favor de ninguna de las alternativas, el segundo procedimiento fue adoptado por cuanto el Presidente de la Comisión (KARTHA) consideró que contaba con más apoyo. ¹⁸¹ No obstante, el

¹⁷⁸ *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, N° 215, p. 30.

¹⁷⁹ *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, N° 216, p. 30.

¹⁸⁰ *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, N° 219, p. 30.

¹⁸¹ *Anuario*, Vol. XVII, *op. cit.*, N° 17, p. 406. En favor de convocar una Conferencia Diplomática se pronunciaron los representantes de Bangladesh (QUADER), Egipto (IBRAHIM), Francia (BERAUDO), República Democrática Alemana (BRANDT) y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (LEBEDEV). Austria (DUCHEK), Brasil (LEAES) y Yugoslavia (VILUS) afirmaron su preferencia por la celebración de una Conferencia Diplomática, pero en virtud de su costo aproximado de tres millones de dólares, por tres semanas de duración, según informes del Secretario (BERGSTEN), los dos primeros manifestaron apoyar el segundo procedimiento y la señora VILUS la tercera opción, la cual también contó con el respaldo de India (VENKATRAMIAH), Nigeria (ADEBANJO) y Sierra Leone (SMART). Por su parte, el Delegado de los Países Bajos (VIS) se manifestó contrario a la convocación de una Conferencia Diplomática y en favor del segundo o del tercer procedimiento; y el Observador por Suiza (DRUEY) expresó sus dudas acerca de si la Comisión estaba fa-

Representante de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (LEBEDEV) hizo público “su desencanto y preocupación por el método utilizado por la Comisión para llegar a una decisión” pues, según su criterio, “mejor hubiera sido informar a la Asamblea General que las opiniones en la Comisión están divididas y que se necesita más información antes de poder llegar a una decisión”.¹⁸²

117. En virtud del procedimiento adoptado para la aprobación del Proyecto de Ley Uniforme, fue resuelto aumentar el número de componentes del Grupo de Trabajo a fin de incluir a todos los Estados Miembros de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI); y solicitar a los Estados No Miembros el envío de Observadores para obtener el más amplio consenso posible. De esta manera se consideró podría cumplirse mejor la finalidad perseguida, consistente en “considerar las observaciones recibidas de los gobiernos acerca del proyecto de Convención (las cuales debían presentarse antes del 15 de noviembre de 1986) y formular recomendaciones a la Comisión en cuanto a la forma de superar las inquietudes que se expresaran en ellas”. Al mismo tiempo existiría la posibilidad de efectuar una revisión completa del Proyecto para establecer que no existían disposiciones contradictorias ni lagunas, y, caso de haberlas, para sugerir las modificaciones adecuadas.¹⁸³

118. También fue resuelto pedir a la Secretaría que presentase al Grupo de Trabajo el proyecto de cláusulas finales que serían incluidas en el proyecto de Convención;¹⁸⁴ y, por último, se

cultada para resolver que debe convocarse una Conferencia Diplomática (*Ibid*, Nº 5-17, pp. 405-406).

¹⁸² *Anuario*, Vol. XVII, *op. cit.*, Nº 17, p. 406.

¹⁸³ *Anuario*, Vol. XVII, *op. cit.*, Nº 222, p. 30.

¹⁸⁴ El asunto fue propuesto por el Representante de Italia (TREVES) en la sesión del 8 de julio de 1986 y tuvo el apoyo de los Países Bajos (VIS), Finlandia (SE-

decidió que, con vista del Informe del Grupo de Trabajo, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional revisaría el Proyecto, artículo por artículo, en su próximo período de sesiones, para remitirlo a la Asamblea General “con la recomendación de que ésta aprobara la Convención sin enmendar los elementos de fondo del texto”.¹⁸⁵

119. La Asamblea General de las Naciones Unidas, por Recomendación de la Mesa, decidió, en su tercera sesión plenaria, celebrada el *veinte de septiembre de 1986*, incluir en el programa de su cuadragésimo primer período de sesiones, y asignar a la Sexta Comisión, el tema titulado: “Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 19o. período de sesiones”.¹⁸⁶

En cumplimiento del encargo recibido y una vez hecho el correspondiente examen, la Sexta Comisión aprobó un documento que, con algunas modificaciones, constituyó la Resolución 41/77 adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el *tres de diciembre de 1986*, en su 95a. sesión plenaria. De acuerdo con sus términos, en primer lugar, fue expresado su reconocimiento por el Informe rendido y la felicitación a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional por los trabajos realizados y por haber adoptado sus decisiones por consenso. De inmediato se tomó nota de los progresos realizados durante el Décimo Noveno Período de Sesiones para destacar “la necesidad de reducir al mínimo el costo financiero de la aprobación de la Convención, sin que ello redunde en desmedro de su calidad o aceptabilidad internacio-

VON), Chile (EYZAGUIRRE), Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (MARTYNOV), España (OLIVENCIA) y Argentina (PIAGGI DE VANOSI) (*Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, pp. 397-400); con la advertencia de que los Países Bajos y Argentina hicieron énfasis en la conveniencia de incluir alguna disposición para regular las relaciones con la Convención de Ginebra.

¹⁸⁵ *Anuario*, Vol. XVII, *op. cit.*, N° 224, p. 31.

¹⁸⁶ *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, pp. 38-39.

nal.”. Acto continuo le pidió terminara la labor relativa al Proyecto de Convención en su Vigésimo Período de sesiones; y, por último, decidió “examinar en su cuadragésimo segundo período de sesiones el proyecto de Convención, con miras a su aprobación o a la adopción de otra decisión”.¹⁸⁷

120. En su *Décima Quinta Sesión (Nueva York, 12 al 27 de febrero de 1987)* el Grupo de Trabajo ampliado se dedicó a la tarea que le había sido encomendada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en su Décimo Noveno Período de Sesiones (Nueva York, 23 de junio a 11 de julio de 1986).¹⁸⁸ Sin embargo, en vista de las extensas e importantes discusiones sobre algunos puntos fundamentales del Proyecto, sólo pudo examinar los comentarios hechos por los Gobiernos y Organizaciones internacionales a los treinta primeros artículos;¹⁸⁹ pero consideró que las observaciones restantes podían ser analizadas en su próximo período de sesiones por la propia Comisión.¹⁹⁰

¹⁸⁷ *Anuario*, Tomo XVII, *op. cit.*, pp. 39-40.

¹⁸⁸ Venezuela asistió con carácter de Observador, representada por el doctor ROGER YEPEZ.

¹⁸⁹ El documento distinguido A/CN.9/WG.IV/WP.32 y Add. 1-10 contiene las observaciones formuladas por Noruega, Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, Canadá, Japón, Sierra Leone, España, Argentina, Francia, República Federal de Alemania, México, Bangladesh, Checoslovaquia, Italia, Países Bajos, Yugoslavia, Estados Unidos de la América del Norte, Brasil, Turquía, Uruguay, China, Irak, Mali, Egipto y Marruecos (*Yearbook*, Vol. XVIII, *op. cit.*, pp 66-99).

¹⁹⁰ “Informe del Grupo de Trabajo sobre títulos negociables internacionales acerca de la labor de la décima quinta sesión (Nueva York, 17-27 de febrero de 1987) (A/CN.9/288)”, acompañado de un Anexo, contentivo de los artículos revisados (*Yearbook*, Vol. XVIII, Nueva York, 1989, N° 7, p. 49). En esa oportunidad la Secretaría presentó al Grupo de Trabajo, además del documento contentivo de las Observaciones de los Gobiernos y Organizaciones Internacionales interesadas, un Proyecto de Cláusulas Finales, que tomó como modelo la Convención de las Naciones Unidas sobre Contrato para la Compraventa Internacional de Mercaderías (A/CN.9/XG.IV/WP.33) (*Anuario*, Vol. XVIII, *op. cit.*, pp.99-100).

121. Ahora bien, con motivo de los párrafos segundo y tercero del artículo primero se expresó la opinión que era innecesaria y repetitiva la frase “Letra de Cambio Internacional (Convención de . . .)” que se encontraba en la letra a); y que sería preferible una mención única en el primer párrafo del texto del instrumento. Sin embargo, la sugerencia no tuvo éxito, por cuanto se destacó que la repetición en el encabezamiento y dentro del propio texto debía permitir un reconocimiento más fácil de las letras de cambio internacionales por el personal de los institutos bancarios.¹⁹¹

122. Con motivo del párrafo cuarto del artículo primero se insitió en los problemas causados por su interpretación conjunta con los otros párrafos del mismo artículo; y fue recordado el extenso debate que tuvo lugar en el Décimo Séptimo Período de Sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), cuando se concluyó en la necesidad de su revisión para restringir la esfera de vigencia del Proyecto a los instrumentos propiamente internacionales.

De igual modo se examinó la propuesta interpretativa del mismo párrafo cuarto, formulada por el Consejo Permanente de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, que tuvo el apoyo de algunos Delegados por reducir la posibilidad de fraude a la ley. Sin embargo, otros la criticaron por cuanto impone a las partes la necesidad de investigar si las indicaciones contenidas en el título son o no correctas, y de no serlo les corresponde determinar si el instrumento conserva su carácter internacional en virtud de contactos con países no mencionados en el título. En forma conciliatoria se sugirió no aceptar prueba de la incorrección de los señalamientos contra el tenedor de buena fe, pero el Grupo de Trabajo decidió mantener el texto existente.¹⁹²

¹⁹¹ *Yearbook*, Vol. XVIII, *op. cit.*, N° 9, p. 48.

¹⁹² *Yearbook*, Vol. XVIII, *op. cit.*, N° 13, p. 49.

123. Una vez concluido el examen del artículo primero, *Francia* y los *Estados Unidos de América* propusieron su división en dos o tres preceptos, a fin de separar las condiciones necesarias para atribuir carácter internacional al instrumento de los requisitos formales de una letra de cambio o de un pagaré. El Grupo de Trabajo aceptó la propuesta;¹⁹³ y el texto de los artículos primero, primero *bis* y primero *ter* fue el siguiente:

Artículo primero.

- 1) La presente Convención se aplicará a una letra de cambio internacional cuando ésta contenga en su encabezamiento las palabras "Letra de cambio internacional (Convención de la CNUDMI)" y también contenga en su texto las palabras "Letra de cambio internacional (Convención de la CNUDMI)".
- 2) La presente Convención se aplicará a un pagaré internacional cuando éste contenga en su encabezamiento las palabras "Pagaré internacional (Convención de la CNUDMI)" y también contenga en su texto las palabras "Pagaré internacional (Convención de la CNUDMI)".
- 3) La presente Convención no se aplicará a los cheques.

Artículo primero bis.

- 1) La letra de cambio internacional es una letra de cambio que menciona al menos dos de los lugares siguientes e indica que los lugares así mencionados están situados en Estados diferentes:
 - a) el lugar donde se libra la letra;
 - b) el lugar indicado junto a la firma de librador;
 - c) el lugar indicado junto al nombre del librado;
 - d) el lugar indicado junto al nombre del tomador;
 - e) el lugar de pago.
- 2) El pagaré internacional es un pagaré que menciona al menos dos de los lugares siguientes e indica que los lugares así mencionados están situados en Estados diferentes:
 - a) el lugar donde se suscribe el pagaré;
 - b) el lugar indicado junto a la firma del suscriptor;
 - c) el lugar indicado junto al nombre del tomador;
 - d) el lugar del pago.

¹⁹³ *Yearbook, Vol. XVIII, op. cit., N° 15, p. 50.*

3) Prueba de que las menciones referidas en el párrafo (1) o (2) de este artículo son inexactas no afectará la aplicación de la presente Convención.

Artículo primero ter.

1) La letra de cambio es un título escrito que:

- a) contiene una orden incondicional del librador dirigida al librado de pagar una suma determinada de dinero al tomador o a su orden;
- b) es pagadero a la vista o a plazo fijo;
- c) tiene fecha;
- d) lleva la firma del librador.

2) El pagaré es un título escrito que:

- a) contiene una orden incondicional del librador dirigida al librado de pagar una suma determinada de dinero al tomador o a su orden;
- b) es pagadero a la vista o a plazo fijo;
- c) tiene fecha;
- d) lleva la firma del librador.

2) El pagaré es un título escrito que:

- a) contiene una promesa incondicional mediante la que el suscriptor se compromete a pagar una determinada suma de dinero al tomador o a su orden;
- b) es pagadero a la vista o a plazo fijo;
- c) tiene fecha;
- d) lleva la firma del suscriptor.¹⁹⁴

124. Con motivo del examen del artículo segundo fueron formuladas varias proposiciones para restringir el ámbito de aplicación del proyecto de Ley Uniforme, a saber: a) exigir que dos de los lugares indicados por el inciso (e) se encuentren en Estados contratantes; b) que el lugar de emisión y el lugar del pago se hallen en Estados contratantes; c) permitir esta última restricción por vía de reserva.¹⁹⁵

Durante el debate se alegó que los tribunales de los Estados Contratantes deberían aplicar la Convención a situaciones y ac-

¹⁹⁴ *Yearbook, Vol. XVIII, op. cit., p. 63.*

¹⁹⁵ *Yearbook, Vol. XVIII, op. cit., N° 16, p. 50.*

tos realizados en Estados no contratantes; que los tribunales de los Estados no contratantes podrían aplicar un régimen jurídico diferente; y que la amplitud del artículo segundo contrariaba reglas de derecho internacional privado, como las consagradas por la Convención de Ginebra (1930) y de Panamá (1975), motivo por el cual ninguno de los Estados Partes de dichos Convenios podría ratificar el Proyecto.¹⁹⁶

Sin embargo, el Grupo de Trabajo resolvió no adoptar ninguna de las sugerencias restrictivas por considerar que el artículo segundo se limitaba a expresar la filosofía que inspiraba el sistema consagrado por el Proyecto. En efecto, la introducción de cualquiera de las limitaciones propuestas restringiría indebidamente el uso y la utilidad del nuevo instrumento creado por la Convención con carácter facultativo ya que, de aceptarse, las normas convencionales sólo se aplicarían a títulos hechos y pagaderos en Estados Contratantes. Además, las restricciones propuestas ocasionaban una grave dificultad práctica al imponer la obligación de investigar si los Países indicados en el título eran o no Partes de la Convención. Todas las restricciones sugeridas se estimaron también contrarias al principio fundamental del derecho de los instrumentos negociables, a saber, que las partes deberían estar en capacidad de obtener certidumbre por las indicaciones contenidas en el propio título; y se afirmó más apropiado en este campo, donde un conjunto de derechos y obligaciones son creados por la circulación del instrumento, tener un sistema jurídico, originariamente escogido y expresado en el título, que lo siguiera a todas partes. Sin duda alguna, se reconoció la incertidumbre del sistema consagrado en el Proyecto desde el punto de vista de los Estados no contratantes, pero se aceptó igualmente que ninguna de las restricciones propuestas conduciría a una mayor seguridad.¹⁹⁷

¹⁹⁶ *Yearbook*, Vol. XVIII, *op. cit.*, N° 17, p. 50.

¹⁹⁷ *Yearbook*, Vol. XVIII, *op. cit.*, N° 18, p. 50.

125. Concluidas las deliberaciones y con vista de la opinión mayoritaria, el Grupo de Trabajo decidió mantener sin cambios el artículo segundo, sin permitir ninguna clase de reserva; pero también se dejó establecido que el posible conflicto con la Convención de Ginebra era un problema de los Estados Partes de dicha Convención.¹⁹⁸ Por tanto, el precepto fue aprobado en los términos siguientes:

La presente Convención se aplica con independencia de si los lugares indicados en una Letra de cambio internacional o en un Pagaré internacional, de acuerdo con el párrafo (1) o (2) del artículo segundo se encuentran situados en Estados contratantes.¹⁹⁹

126. Las Observaciones de los Gobiernos y de las Organizaciones interesadas fueron remitidos durante el lapso fijado; pero se continuaron recibiendo hasta el veintinueve de julio de 1987, no obstante la conclusión de la *Décima Quinta Reunión del Grupo de Trabajo* (Nueva York, 17 a 27 de febrero de 1987), en virtud de haberse resuelto que los documentos posteriores también serían considerados. En consecuencia, fueron recopiladas en forma analítica por la Secretaría General y sometidas al examen de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).²⁰⁰

127. Algunas Observaciones tuvieron carácter general y dentro de ellas cabe mencionar: *España* destacó la importancia de convocar una Conferencia Diplomática para la discusión final y definitiva formulación del texto de la Convención;²⁰¹ *Argentina* advirtió que “en su forma presente el Proyecto no está orienta-

¹⁹⁸ *Yearbook*, Vol. XVIII, *op. cit.*, N° 19, p. 50.

¹⁹⁹ *Yearbook*, Vol. XVIII, *op. cit.*, p. 64.

²⁰⁰ “Proyecto de Convención sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagares Internacionales: Observaciones de los Gobiernos y de las Organizaciones Internacionales: Nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.32 and Add. 1-10)” (*Yearbook*, Vol. XVIII, 1987, *op. cit.*, pp. 66-99).

²⁰¹ A/CN.9/WG.IV/WP.32 en: *Yearbook*, Vol. XVIII, *op. cit.*, p. 73.

do a remediar las diferencias existentes entre las legislaciones de los Estados Miembros”;²⁰² la *República Federal de Alemania* insistió en la falta de demostración de la necesidad o conveniencia, “en términos de requerimientos económicos o de consideraciones jurídicas, de la preparación de una Convención limitada a letras de cambio y pagarés en el comercio internacional”;²⁰³ *Checoslovaquia* reiteró el carácter paralelo de la Convención, que no pretende sustituir la legislación interna de los Estados contratantes, motivo por el cual las partes pueden escoger entre la Convención y la ley interna;²⁰⁴ *Brasil* sostuvo la conveniencia de convocar una Conferencia Diplomática para aprobar la convención, y también reiteró que, en su criterio, lo ideal sería la unificación legislativa para los títulos nacionales y los internacionales.²⁰⁵

128. Las Observaciones específicas más importantes, relativas al ámbito de aplicación del Proyecto de Ley Uniforme, fueron hechas por la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado; y en relación al artículo primero reiteró la posibilidad de interpretar su párrafo cuarto de dos maneras distintas, a saber:

A) Una interpretación literal conduciría a entender que un error cometido en las indicaciones en una letra de cambio o un pagaré internacionales, impuestas por el inciso e), párrafos 2) y 3) del artículo primero, no afectará la aplicación de la Convención, siempre que el instrumento conserve su carácter interna-

²⁰² A/CN.9/WG.IV/WP.32/Add. and Corr. 1 en: *Yearbook, Vol. XVIII, op. cit.*, p. 74.

²⁰³ A/CN.9/WG.IV/WP.32/Add. and Corr. 2 en: *Yearbook, Vol. XVIII, op. cit.*, p. 80. En sus Observaciones propuso incluir un nuevo artículo, similar al consagrado en la Convención de Ginebra (1930), según el cual la validez de las obligaciones o del ejercicio de los derechos derivados del instrumento no debía subordinarse al cumplimiento de las prescripciones de timbre fiscal.

²⁰⁴ A/CN.9/WG.IV/WP.32/Add. 3 en: *Yearbook, Vol. XVIII, op. cit.*, p. 81.

²⁰⁵ A/CN.9/WG.IV/WP.32/Add. 5 en: *Yearbook, Vol. XVIII, op. cit.*, p. 89.

cional, que es condición ésta exigida por el párrafo primero del mismo artículo. Ahora bien, en tal caso sería aconsejable clarificarla a través de la siguiente fórmula:

Prueba de que los señalamientos mencionados en el párrafo 2(e) o 3(e) de este artículo son incorrectos no afecta la aplicación de la convención, siempre que se mantenga el carácter internacional del instrumento negociable, según se encuentra definido en los párrafos precedentes de este artículo.²⁰⁶

B) La segunda posibilidad consiste en interpretar que el párrafo cuarto afecta el párrafo primero, y que, por tanto, se concede al librador la facultad de excluir arbitrariamente una letra de cambio o un pagaré de la aplicación del régimen de la ley nacional normalmente competente. De acuerdo con esta interpretación una letra de cambio “nacional” en todos sus elementos, es decir, vinculada con una única legislación, podría someterse al régimen de la Convención por la exclusiva voluntad del librador, aun cuando el Estado indicado en el título no sea parte de la Convención.

Ahora bien, este resultado sería contrario a la finalidad perseguida por el Proyecto de Ley Uniforme, consistente en establecer un régimen especial y opcional para las letras de cambios *internacionales*; y, además, crea un grave problema de Derecho internacional privado. En efecto, supóngase que se aprueba una Convención sobre Conflicto de Leyes que seleccione una ley única para regular el título, por ejemplo, la ley del lugar de pago; y que en una letra de cambio completamente nacional se indica en forma incorrecta a un Banco en Ginebra como lugar de pago. En semejante hipótesis, ¿qué hará el Juez de Francia o el de un tercer país? ¿Deberá aplicar la Convención aunque Francia y Suiza no son Estados contratantes?; y si la Convención no puede ser aplicada porque Francia y Suiza no son Partes, ¿deberá aplicar la ley suiza a una letra de cambio francesa, en virtud de lo que prescribe la norma de conflicto?

²⁰⁶ A/CN.9/WG.IV/WP.32 en: *Yearbook*, Vol. XVIII, *op. cit.*, p. 67.

El Consejo Permanente de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado consideró que, tal vez, estas dificultades no fueron discutidas suficientemente durante los trabajos preparatorios; y, por tanto, sugirió un nuevo examen del asunto que concluyera aceptando la interpretación literal que restringe el funcionamiento del párrafo cuarto del artículo primero del proyecto de Ley Uniforme.²⁰⁷

129. En relación al artículo segundo fueron recordados los esfuerzos del Observador de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado durante todos los trabajos preparatorios, para demostrar su carácter exorbitante, que puede conducir a situaciones impredecibles en la práctica y que constituye una fuente de dificultades en Derecho Internacional Privado. De igual modo se insistió en los argumentos expuestos para exigir que el lugar de emisión y el lugar de pago estuvieran situados en Estados Contratantes, con el señalamiento de que, a pesar de su fracaso, habían sido recibidos con simpatía en las reuniones del Grupo de Trabajo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

El Consejo Permanente de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado consideró innecesario reiterar en detalle todos sus planteamientos anteriores. Sin embargo, hizo nuevo énfasis en las dificultades que la redacción del artículo segundo producía a los Estados Partes de las Convenciones de Ginebra (1930) y de Panamá (1975);²⁰⁸ insistió en su "carácter exorbitante", que puede tener efecto negativo e impedir la ratificación del Proyecto; y destacó que la filosofía subyacente en el artículo segundo recordaba, en forma extraña, las ideas que inspiraron la Convención de La Haya de 1964 sobre la Compraventa Internacional de Bienes Muebles Corporales, porque en ambos casos se pretende aplicar las normas convencionales, con

²⁰⁷ A/CN.9/WG.IV/WP.32 en: *Yearbook*, Vol. XVIII, *op. cit.*, p. 67.

²⁰⁸ Véase el Capítulo VIII de este trabajo.

independencia del mandato de las normas de Derecho Internacional Privado.

Por tanto, fue sugerida la posibilidad de admitir una reserva que dispusiera:

Cualquier Estado puede, al momento de la firma, ratificación [...] etc., declarar que sus Tribunales aplicarán la Convención sólo si el lugar donde la letra de cambio o el pagaré es emitido y el lugar de pago del título ambos se encuentran situados en Estados Contratantes.

Seguidamente, fue destacado el carácter conciliatorio de la reserva propuesta porque permite abstenerse de aplicar la Convención a los Tribunales del Estado que la haya formulado; pero, al mismo tiempo, faculta a las partes del instrumento y a los bancos a asumir el riesgo de negociar o descontar el instrumento. Por supuesto, la reserva sólo funcionaría si la controversia derivada de la letra de cambio o el pagaré se plantea ante los Tribunales de un Estado que haya hecho uso de la reserva.²⁰⁹

130. El Gobierno de *Francia* afirmó categóricamente que, en su forma actual, el Proyecto le resultaba inaceptable; sostuvo la necesidad de hacerlo compatible con la Convención de Ginebra²¹⁰ y apoyó las observaciones formuladas por la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado.²¹¹

131. *Brasil* reiteró la conveniencia de que sean fácilmente reconocibles las palabras “letra de cambio internacional (Convención de . . .),” por cuanto a través de ellas se escoge el régi-

²⁰⁹ A/CN.9/WG.IV/WP.32/Add. 2 and Corr. 1, en: *Yearbook*, Vol. XVIII, *op. cit.*, p. 68.

²¹⁰ Este punto de vista fue expresamente compartido por Brasil (A/CN.9/WG.IV/WP.32/Add. 5, en *Yearbook*, Vol. XVIII, 1987, *op. cit.*, p. 90) y por la Cámara de Comercio Internacional (A/CN.9/WG.IV/WP.32/Add. 8, en *Yearbook*, Vol. XVIII, 1987, *op. cit.*, pp.96-97).

²¹¹ A/CN.9/WG.IV/WP.32/Add. 2 and Corr. 1, en: *Yearbook*, Vol. XVIII, *op. cit.*, p. 75.

men aplicable al instrumento, y es posible que la frase se encuentre enterrada en medio de una masa de términos impresos.²¹² Dentro de la misma directriz, *México* sugirió que fueran incluidas en el primer párrafo del instrumento.²¹³

132. En relación al artículo primero, *Irak* destacó que su inciso e) facilita la creación artificiosa de un instrumento internacional y la evasión del derecho nacional competente. En efecto, un comerciante iraquí puede expedir la letra de cambio en Francia y señalar al lado de su propio nombre (el girador) su dirección en Irak a los fines de su cobro. De esta manera, un título se convierte en “internacional” a pesar de que el lugar de pago es Irak y de que ambos, el librador y el beneficiario, se encuentran también en Irak. Por tanto, sugirió se agregara un requisito adicional, o sea, que la letra de cambio hubiera sido girada en orden a pagar una deuda nacida de una transacción comercial internacional.²¹⁴

133. Por último, *Brasil* advirtió que “obviamente” el artículo segundo ocasionará problemas cuando las controversias deban ser decididas en un Estado no contratante²¹⁵; señalamiento compartido por *Turquía*, que se limitó a reconocer que “puede crear complicaciones”²¹⁶.

134. En su *Vigésimo Período de Sesiones (Viena, 20 julio – 14 de agosto de 1987)*, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) examinó los artículos del 33 al 80 del Proyecto, con vista de las observaciones recibidas de los Estados y Organizaciones internacionales interesa-

²¹² A/CN.9/WG.IV/WP.32/Add. 5 en: *Yearbook*, Vol. XVIII, *op. cit.*, p. 90.

²¹³ A/CN.9/WG.IV/WP.32/Add. 2 and Corr. 1, en: *Yearbook*, Vol. XVIII, *op. cit.*, p. 81.

²¹⁴ A/CN.9/WG.IV/WP.32/Add. 7 en: *Yearbook*, Vol. XVIII, *op. cit.*, p. 95.

²¹⁵ A/CN.9/WG.IV/WP.32/Add. 5, en: *Yearbook*, Vol. XVIII, *op. cit.*, p. 90.

²¹⁶ A/CN.9/WG.IV/WP.32/Add. 5, en: *Yearbook*, Vol. XVIII, *op. cit.*, p. 92.

das²¹⁷; y dispuso remitir al Grupo de Redacción las cláusulas finales (Arts. 81 – 88), con el encargo de incorporar en el Proyecto las decisiones adoptadas respecto de los treinta primeros artículos tanto por la Comisión como por el Grupo de Trabajo.²¹⁸

135. Una vez concluida la labor del Grupo de Redacción, el texto revisado fue objeto de nuevo examen por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en el mismo Vigésimo Período de Sesiones.²¹⁹ En efecto, en la sesión vespertina del 7 de agosto de 1987 (Acta 381) se dio comienzo a la segunda lectura del Proyecto de Ley Uniforme (A/CN.9/XX/CRP.9); y sin objeciones de ninguna clase fueron aprobados los artículos primero, primero *bis* y primero *ter*.²²⁰ No obstante, el representante de Francia (BERAUDO) dejó constancia de que su silencio frente a la decisión adoptada no debía entenderse como tácito asentimiento, sino como una expresión de sus pocos deseos de reiterar críticas que ya había formulado con anterioridad.²²¹

136. Al examinarse el artículo segundo, el Presidente (PIAGGI DE VANOSI) recordó que, a pesar de no haber sufrido reforma alguna durante el Décimo Quinto Período de Sesiones del Grupo de Trabajo (Nueva York, 17 a 27 de febrero de

²¹⁷ *Yearbook*, Vol. XVIII, *op. cit.* Nº 17-231, pp. 6-27.

²¹⁸ *Yearbook*, Vol. XVIII, *op. cit.* Nº 15, pp. 5-6.

²¹⁹ *Yearbook*, Vol. XVIII, *op. cit.* Nº 232-299, pp. 27-32. El examen del Proyecto tuvo lugar entre los días 6 y 14 de agosto de 1987: un Extracto Resumido de las Actas correspondientes a las Sesiones 378, 379, 381, 382, 383, 384, 385 y 386 se encuentra reproducido en el mismo *Yearbook*, de las páginas 165 a 190.

²²⁰ *Yearbook*, Vol. XVIII, *op. cit.* Nº 172. "Proyecto de Convención sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales (según fuera adoptado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en su vigésimo período de sesiones, Viena, 20 de julio a 14 de agosto de 1987)", en *Yearbook*, Vol. XVIII, *op. cit.* Nº 140.

²²¹ *Yearbook*, Vol. XVIII, *op. cit.* Nº 4 p. 172.

1987), algunas Delegaciones habían insistido en la necesidad de efectuar ciertas clarificaciones.

Acto continuo el observador de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (PELICHET) recordó el fracaso de sus anteriores sugerencias tendientes a exigir que, por lo menos, dos de los lugares mencionados en el artículo primero *bis* (preferiblemente el lugar de pago y el lugar indicado al lado de la firma del librador) deberían estar ubicados en Estados Contratantes; y de la proposición conciliadora, de aprobarse el precepto sin cambios, dirigida a admitir la posibilidad de permitir una reserva para limitar la esfera de vigencia del Proyecto en este sentido y enfrentar su "carácter exorbitante", la cual sólo funcionaría cuando la controversia relativa a la letra de cambio o al pagaré se presentara en los tribunales de un Estado que la hubiere formulado.²²²

El Representante de Francia (BERAUDO) destacó que el artículo segundo era muy poco usual, porque no consagraba criterios específicos para delimitar el ámbito de aplicación del Proyecto de Ley Uniforme y que esa fórmula no era aceptable para su país. Por tanto, apoyó la propuesta de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado en el sentido de permitir una reserva en los términos indicados y la cual sólo afectaría a los Estados contratantes. No obstante, advirtió que la aceptación de dicha reserva no eliminaría los inconvenientes producidos por los artículos primero y segundo, tomados en su conjunto, cuyas repercusiones se dejarían sentir aun para Estados que desearan permanecer al margen del nuevo régimen, en lo que respecta a suscriptores, tomadores, garantes y libradores domiciliados en sus territorios; todo ello con resultados exorbitantes desde el punto de vista tanto del Derecho internacional privado como del Derecho internacional público.

El delegado de Francia (BERAUDO) también destacó que la reserva únicamente constituía un remedio parcial; aun cuando

²²² *Yearbook*, Vol. XVIII, *op. cit.* N° 6-7, p. 172.

admitió sus ventajas para los Estados partes de la Convención de Ginebra, que podrían continuar aplicando las normas convencionales a los instrumentos en los cuales el lugar de pago y el lugar de emisión se encontraran ubicados en sus territorios pero que no estuvieran vinculados por el Proyecto de Ley Uniforme. Por tanto, la posibilidad de formular la reserva era indispensable, a pesar de su carácter muy limitado, pues representaba el primer paso para reconciliar los dos sistemas antagónicos.²²³

La reserva propuesta recibió el apoyo de Austria (DUCHEK), Irak (SAMI), Chile (EYZAGUIRRE), Países Bajos (VIS), Egipto (CHAFIK), Venezuela (YEPEZ), República Federal de Alemania (GANTEN), España (LOJENDIO) y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (GUEST).²²⁴

El observador por Canadá (CRAWFORD) se opuso en forma terminante a la reserva y, luego de advertir que no eliminaría todos los posibles problemas de derecho internacional privado, se preguntó: "¿No debería también estipularse que todos los endosantes deben estar ubicados en Estados contratantes? ¿Qué criterios utilizarían los tribunales para determinar si las normas de la Convención son las aplicables y no los preceptos del derecho interno?".²²⁵

El representante de los Estados Unidos (SPANOGLE) sostuvo que la reserva originaría más problemas de los que pretendía resolver, y ni siquiera solucionaría las dificultades de los Estados Partes de la Convención de Ginebra. También

²²³ *Yearbook*, Vol. XVIII, *op. cit.* N° 8, p. 173.

²²⁴ *Yearbook*, Vol. XVIII, *op. cit.* N° 9-12, 17, pp. 172-173. No obstante, el Observador de la República Federal de Alemania (GANTEN) y el Delegado de España (LOJENDIO) destacaron que, en general, la posibilidad de reservas no debía ser favorecida; y el Delegado del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (GUEST) dejó constancia de que hubiera preferido mantener el texto del artículo segundo, por cuanto su voto sólo quería favorecer la ratificación del Proyecto por el mayor número de Estados.

²²⁵ *Yearbook*, Vol. XVIII, *op. cit.* N° 13, p. 173.

advirtió que la posibilidad de la reserva impondría a los tribunales de todas las jurisdicciones la necesidad de resolver cuestiones muy complicadas de Derecho Internacional Privado, derivadas de la propia Convención. Por ejemplo, supóngase que el Estado A ratifica la Convención sin reserva, el Estado B la ratifica con la reserva propuesta y el Estado C no la ratifica. Ahora bien, si se presenta ante los Tribunales del Estado A una controversia derivada de una letra de cambio librada en el Estado B y pagadera en el Estado C, la Convención no sería aplicable de acuerdo con las reglas del Estado C o del Estado B; y sería muy difícil explicar a los tribunales del Estado A que deberían olvidarse de la Convención, no obstante haber sido ratificada por su propio País.²²⁶

A este respecto el representante de los Países Bajos (VIS) negó que la reserva creara nuevas dificultades, pues, aun cuando fuera aceptada, la Convención no sería aplicable por los tribunales de un Estado no contratante para resolver las controversias derivadas de una letra de cambio librada en un Estado contratante; y recordó que la finalidad perseguida con la reserva no era resolver todos los problemas posibles de Derecho Internacional Privado sino restringir el ámbito de aplicación de la Convención.²²⁷

Antes de concluir las deliberaciones, el Observador de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (PELICHET) confirmó la interpretación hecha de su propuesta ya que, en su forma actual, el artículo segundo era muy amplio y difícil de manejar.²²⁸ De inmediato la presidente (PIAGGI DE VANOSI), ante la falta de objeciones, declaró que el artículo segundo era aceptado y también un precepto admitiendo la po-

²²⁶ *Yearbook*, Vol. XVIII, *op. cit.* N° 14, p. 173. De igual modo señaló que la retención del párrafo (3) del artículo primero *bis* en su forma actual constituiría una segunda fuente hipotética de conflicto.

²²⁷ *Yearbook*, Vol. XVIII, *op. cit.* N° 15, p. 173.

²²⁸ *Yearbook*, Vol. XVIII, *op. cit.* N° 16, p. 173.

sibilidad de la reserva propuesta, que se incluiría en las cláusulas finales del Proyecto de Convención.²²⁹

137. Por consiguiente fue incluido el artículo 89 que dispuso:

1) Todo Estado, en el momento de la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, podrá declarar que sus tribunales sólo aplicarán la Convención si el lugar indicado en el título donde se libra la letra o donde se suscribe el pagaré y el lugar del pago del título en él indicado se encuentran en Estados contratantes.

2) No se podrá hacer otras reservas.²³⁰

138. Una vez concluido el examen del Proyecto de Ley Uniforme, en horas de la tarde del *11 de agosto de 1987*, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) volvió a considerar el procedimiento más adecuado para adoptar el Proyecto de Convención.

Durante el debate, el representante de Francia (BERAU-DO) recomendó se utilizara como ley modelo el Proyecto de Cláusulas Finales, pero la propuesta fue objeto de enérgico rechazo por la República Federal de Alemania (WEISMANN), Austria (DUCHEK), Finlandia (SEVON), Canadá (TRAHAN) y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (AMANTCHIAN).

La idea de sugerir a la Asamblea General la convocación de una Conferencia Diplomática, para revisar y aprobar la Convención, fue apoyada por los representantes de Suecia (RENNY), Cuba (DE HOYOS GUTIERREZ), México (ABASCAL), Brasil

²²⁹ *Yearbook*, Vol. XVIII, *op. cit.* N° 18-20, p. 173; "Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre la labor realizada en su Vigésimo Período de Sesiones (Viena, 20 de julio a 14 de agosto de 1987)", *Ibid.*, N° 237-238, p. 29.

²³⁰ El precepto fue aprobado, sin comentarios de ninguna clase, en la Sesión 385a. celebrada en horas de la tarde del *11 de agosto de 1987* (*Yearbook*, Vol. XVIII, *op. cit.* N° 50, p. 188; "Informe . . .", *op. cit.*, N° 237-238, p. 27).

(PAES DE BARROS LEAES), Chile (EYZAGUIRRE), Nigeria (ABENDAJO), Kenya (HUNA), Italia (BONELL) y Egipto (CHAFIK).

Sin embargo, el deseo de mantener en un mínimo los costos financieros explica la propuesta de que la Asamblea General adoptara la Convención en su forma actual y la declarara abierta a su firma. En este sentido se alegó que el proyecto era excelente y contribuiría poderosamente a la unificación del derecho en materia de instrumentos negociables internacionales; y también fue destacado que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) había trabajado más de catorce años sobre la materia, durante los cuales se discutieron con toda amplitud los diversos problemas, hasta llegar, a fórmulas transaccionales de gran tecnicismo. Por tanto, era muy dudosa la posibilidad de que pudieran ser mejoradas en un examen ulterior: así lo advirtió el representante de Australia (GRIFFITH); y el punto de vista fue compartido por Japón (MAEDA), Sierra Leone (VINCENT), Venezuela (YEPEZ), China (LIU), Singapur (LIM), India (HEDGE), República Federal de Alemania (WEISSMANN) y Estados Unidos de América (PFUND).

No obstante, los delegados de Austria (DUCHEK), Finlandia (SEVON), Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (KHAN), Iraq (SAMI) y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (AMANTCHIAN) argumentaron que no correspondía a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) decidir sobre el procedimiento a seguir para la aprobación del proyecto; y el consenso, necesario para adoptar cualquier resolución, como había sido tradicional en ocasiones anteriores, no existía en el presente caso.²³¹ La va-

²³¹ *Yearbook*, Vol. XVIII, *op. cit.* N° 52-74, p. 188. El Representante de España (OLIVENCIA) propuso enviar el resultado de los trabajos a la Asamblea General, sin recomendación de ninguna clase.

lidez de estos señalamientos fue reconocida por los asistentes; y, por tanto, el 14 de agosto de 1987 (Acta 385) se decidió:

Someter a la Asamblea General el Proyecto de Convención sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales, según aparece en el Anexo I de este informe ²³²;

Recomendar que la Asamblea General considere el Proyecto de Convención en vista de su adopción o de tomar cualquier otra decisión al respecto. ²³³

Por último, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en su Vigésimo Período de Sesiones (Viena, 20 de julio a 14 de agosto de 1987), decidió expresar su gratitud al Grupo de Trabajo sobre Instrumentos Negociables por toda la colaboración prestada y dejar constancia de su reconocimiento a quienes sirvieron de presidentes del Grupo de Trabajo durante la preparación del Proyecto, los señores MOHSEN CHAFIK (Egipto), RENE ROBLOT (Francia), WILHELM VIS (Países Bajos) y de la propia Comisión, señores P.K. KARTHA (India) y ANA PIAGGI DE VANNOSI (Argentina). ²³⁴

139. El 7 de diciembre de 1987, durante su cuadragésimo período de sesiones, reconociendo la necesidad de que los gobiernos tuvieran tiempo suficiente para estudiar el "Proyecto de

²³² El Anexo I estaba constituido por el "Proyecto de Convención sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales", según fuera adoptado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en su vigésimo período de sesiones (Viena, 20 de julio-14 de agosto de 1987); y por una "Tabla Comparativa de los artículos del Proyecto de Convención" (*Yearbook*, Vol. XVIII, *op. cit.* pp. 149-162, 163).

²³³ *Yearbook*, Vol. XVIII, *op. cit.* pp. 33-34. Una vez aprobada la Resolución y sin pretender desvirtuar el consenso, FRANCIA dejó expresa constancia de las dificultades que, según su criterio, existían en muchos Estados para aceptar el Proyecto que había sido aprobado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

²³⁴ *Yearbook*, Vol. XVIII, *op. cit.* N° 303, p. 24.

Convención sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales”, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la *Resolución 42/153*; y, luego de expresar su reconocimiento a la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI):

2. Requirió del Secretario General llamar la atención de todos los Estados sobre el Proyecto de Convención para pedirles que sometieran antes del treinta de abril de 1988 las observaciones y propuestas que desearan hacer y circular esas observaciones y propuestas a todos los Estados miembros antes del 30 de junio de 1988;

3. Decidió considerar, en su cuadragésima tercera reunión, el Proyecto de Convención sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales, con el propósito de adoptarlo en esa sesión y crear, a este fin, dentro del marco de la Sexta Comisión, un Grupo de Trabajo que se reunirá por un período máximo de dos semanas al comienzo de la sesión, para considerar las observaciones y propuestas hechas por los Estados.²³⁵

140. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en su *Vigésimo Primer Período de Sesiones, (11 al 22 de abril de 1988)* tomó nota de la Resolución 42/153 de la Asamblea General; y al examinar ciertos de sus aspectos, relativos al procedimiento establecido por ella, algunos representantes expresaron preocupación por el lapso fijado, aun cuando señalaron que “sus Gobiernos procurarían presentar dichas observaciones a la brevedad posible, a fin de que la Secretaría pudiese traducirlas y distribuirlas antes del 30 de junio de 1988, como se disponía en la Resolución”. De igual modo hubo acuerdo general entre los asistentes en el sentido de que “los Gobiernos tendrían que saber pronto las fechas exactas en que el Grupo de Trabajo celebraría su período de sesiones para que pudieran adoptar las providencias necesarias”.

²³⁵ *Yearbook*, Vol. XVIII, *op. cit.* p. 43. El asunto había sido asignado a la Sexta Comisión en la Tercera Sesión Plenaria de la Asamblea General, que tuvo lugar el 18 de septiembre de 1987; y luego de su examen fue recomendado aprobar la Resolución que se adoptó en definitiva (*Yearbook*, Vol. XVIII, *op. cit.*, pp. 40-41).

Por otra parte, y aun cuando el asunto era de la exclusiva incumbencia de la Sexta Comisión, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) “manifestó que prefería que el Grupo de Trabajo se reuniera en el período comprendido entre el 26 de septiembre y el 7 de octubre de 1988”; y que se debía sugerir a la Asamblea General dar “forma definitiva al Proyecto en su próximo período de sesiones”, pero reconociéndose poco oportuno formular una recomendación de esa naturaleza, especialmente porque la Asamblea General se encontraba en antecedentes del asunto.²³⁶

141. En horas de la tarde del *23 de septiembre de 1988* fue recordado por el representante de Sudán (DENG) a la Sexta Comisión que, de acuerdo con lo resuelto por la Asamblea General, el primer tema de fondo a examinarse era el “Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional”; y que “la Secretaría tiene la intención de proponer el período comprendido entre el 26 de septiembre y el 7 de octubre de 1988 para convocar al Grupo de Trabajo”, motivo por el cual invitó a las delegaciones interesadas a comenzar consultas oficiosas sobre su creación.²³⁷

En su tercera sesión, celebrada en horas de la mañana del *27 de septiembre de 1988*, el Presidente de la Sexta Comisión (DENG) anunció la necesidad de establecer, con carácter prioritario, el Grupo de Trabajo, de composición ilimitada, que debería reunirse bajo la presidencia de JOSE MARIA ABASCAL ZAMORA (México)²³⁸; y en la sesión del día siguiente, *27 de septiembre de 1988*, comenzó el examen del tema 131, relativo al “Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil

²³⁶ “Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre la labor realizada en su 21o. período de sesiones (11 a 22 de abril de 1988)”, N° 15-17, pp. 507.

²³⁷ *Acta Resumida de la Segunda Sesión*, A/C.6/43/SR.2, p. 2.

²³⁸ *Acta Resumida de la Tercera Sesión*, A/C.6/43/SR.3, p. 2.

Internacional sobre la labor realizada en su vigésimo primer período de sesiones”.

Acto continuo, el Presidente de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (SMART), luego de hacer un recuento de los trabajos realizados se refirió al Proyecto de Convención sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagares Internacionales, para recordar “que representa el resultado de más de 16 años de labor, que todos los Estados han tenido oportunidad de contribuir a su elaboración con participación en los períodos de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y sus Grupos de Trabajo en calidad de miembros o de observadores, que el proyecto ha sido distribuido a todos los gobiernos para que formulen observaciones por lo menos en tres ocasiones”. Por consiguiente, concluyó:

Se trata de un texto equilibrado, integrado por 85 artículos de fondo que están relacionados entre sí y que representan las soluciones de avenencia a que se llegó tras un largo examen. Constituirá un valioso aporte al comercio internacional, ya que elimina las discrepancias e incertidumbres de orden jurídico que existen sobre los efectos utilizados para los pagos internacionales. Por ende, cabe esperar que el texto merezca la aprobación de la Sexta Comisión y que ésta recomiende a la Asamblea General que lo apruebe sin introducir ninguna modificación de fondo.²³⁹

Los anteriores conceptos fueron compartidos por la mayoría de los Delegados, aun cuando algunos destacaron los esfuerzos realizados dentro del Grupo de Trabajo para lograr compromisos más extensos: así lo hicieron público el 29 de septiembre de 1988 los representantes de Checoslovaquia (MIKULKA), República Democrática Alemana (HOPPE), Austria (HERNDL), República Federal de Alemania (SCHARIOTH), Chile (VOLOCHINSKY), Australia (GOODRICH) y China (TANG CHENG

²³⁹ *Acta Resumida de la Cuarta Sesión, A/C.6/43/SR.4, pp.7-8.*

YUAN)²⁴⁰; y los reiteraron al día siguiente, *30 de septiembre de 1988*, los delegados de Argentina (MARTINEZ GONDRA), Lesotho (MOSALA), Suecia (MANNHEIMER), Japón (HAYASI), Reino Unido Gran Bretaña e Irlanda del Norte (AUST), Yugoslavia (MAHNIC), Estados Unidos de América (ROSENSTOCK), Canadá (TETU), Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (BYKOV), India (GILL), República Socialista Soviética de Bielorusia (SOKOLOVSKY) y Chipre (DROUSHIOTIS).²⁴¹

142. El representante de México (JOSE MARIA ABASCAL ZAMORA), al rendir su informe en la Décima Sesión de la Sexta Comisión, celebrada el *7 de octubre de 1988*, manifestó:

que el grupo de trabajo ha logrado un acuerdo satisfactorio para todas las partes, tanto sobre las modificaciones propuestas como sobre las cuestiones que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sometió a la decisión de la Sexta Comisión. También se ha alcanzado un acuerdo sobre las referencias que deben figurar en los títulos internacionales y sobre la fecha en que la convención, en caso de aprobarse, se abriría a la firma de todos los Estados. Las modificaciones más importantes atañen al artículo 2, relativo al ámbito de aplicación de la convención, y al artículo 4, relativo al carácter internacional de la convención, que ha sido suprimido. También se ha modificado, por razones técnicas, la redacción de algunos artículos.²⁴²

²⁴⁰ *Acta Resumida de la Quinta Sesión, A/C.6/43/SR.5*, pp. 2-12. Los Delegados de Italia (TREVES) y de Kenya (KANDIE), en sus intervenciones, se refirieron a otros aspectos del Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI); y nada dijeron respecto al Proyecto de Convención sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales (*Ibid.*, N° 18-20, pp. 5-6, N° 29-35, pp. 7-9).

²⁴¹ *Acta Resumida de la Sexta Sesión, A/C.6/43/SR.6*, pp. 2-15. Los Representantes de Brasil (BATH) y Francia (DELON), en sus respectivas intervenciones, también guardaron silencio en relación al Proyecto de Convención sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales (*Ibid.*, N° 6-10, pp. 3-4, N° 16-20, p. 5).

²⁴² *Acta Resumida de la Décima Sesión, A/C.6/43/SR.10*, p. 9. El Grupo de Trabajo se reunió ocho veces entre los días 26 y 30 de septiembre de 1988, y como resultado de sus labores decidió recomendar que fuera aprobado el Proyecto admitido por la

143. Acto continuo el doctor OPERTTI BADAN (Uruguay), luego de referirse a las relaciones con la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas (1975), destacó que las soluciones consagradas por el Proyecto de Convención de las Naciones Unidas (CNUDMI) “resultan, en general aceptables para la Delegación del Uruguay”; aun cuando también hizo la siguiente advertencia: “Ciertas fórmulas son, justo es consignarlo, el claro producto de una transacción. El párrafo 3 del artículo 2, concretamente, provocará dificultades de interpretación que auspiciarán, incluso, la genérica invocación del orden público”; y también manifestó su preferencia por “una solución que se limitara a preservar de modo expreso los derechos del tenedor de buena fe, sin abordar temas como la validez del título o la autonomía irrestricta de las partes para asignar internacionalidad al instrumento”.²⁴³

144. El delegado de Bulgaria (TABACOV) hizo énfasis en la importancia de la Convención de las Naciones Unidas como instrumento de transacción entre los dos principales sistemas jurídicos existentes y manifestó la creencia de su país, “como la ma-

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en su vigésimo período de sesiones con las siguientes modificaciones: a) la supresión del artículo cuarto; y b) algunos otros cambios, relativos al título de la Convención y a los siguientes artículos: 1) primero, párrafos primero y segundo; 2) segundo, párrafos primero, segundo y tercero; 3) trigésimo primero, párrafo once, letra a); 4) quincuagésimo séptimo letras b) y c) del párrafo segundo; 5) septuagésimo séptimo, párrafo segundo, letra b), ordinal iii); y 6) octogésimo séptimo, párrafo primero (“Informe del Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre el Proyecto de Convención sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales”, A/C.6/43.L.2, pp. 1-4).

²⁴³ *Acta de la Décima Sesión de la Sexta Comisión*, A/C.6/43/SR.10, p. 11. El párrafo tercero del artículo segundo del Proyecto disponía como sigue: “3) En la presente Convención no se dispone respecto de la cuestión de las sanciones que puedan imponerse conforme al ordenamiento jurídico nacional en los casos en que en un título se haya hecho una declaración inexacta respecto de uno de los lugares mencionados en los párrafos 1) o 2) del presente artículo. Sin embargo, esas sanciones no afectarán la validez del título ni la aplicación de la presente Convención”.

yoría de los Estados, que toda nueva tentativa de revisión perjudicaría a la lógica interna del sistema elegido”. Sin embargo, admitió la posibilidad de dificultades prácticas en su aplicación, motivo por el cual hizo énfasis en la importancia del “comentario sobre la Convención, que podrá dar respuesta a las cuestiones que han quedado en suspenso debido a la concisión de las fórmulas adoptadas en la Convención misma”.²⁴⁴

145. El representante de Checoslovaquia (PISEK), no obstante ser su país Estado Parte de la Convención de Ginebra, recomendó la aprobación del Proyecto de Convención de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI); y también advirtió que, “habida cuenta de que las letras de cambio internacionales y los pagarés internacionales son utilizados para intercambios internacionales por hombres de negocios y banqueros experimentados, es evidente que los interesados comprenderán las disposiciones de la Convención y percibirán sin demora las ventajas que conlleva el régimen uniforme establecido”.²⁴⁵

146. La señora VOLOCHINSKY (Chile) declaró que su país “estudiará con el mayor interés las normas de la nueva convención sometida a aprobación y consultará con su sistema bancario”, examinando el alcance de la reserva prevista por el artículo 89; de inmediato se refirió al antagonismo del artículo segundo, en su forma original, con la Convención de Panamá (1975), aun cuando reconoció la importancia de los esfuerzos realizados para lograr una solución transaccional, sin olvidar la posibilidad de utilizar la reserva prevista por el artículo 89.²⁴⁶

147. Después del señalamiento de algunos errores materiales de transcripción, hecho por los representantes de Suecia

²⁴⁴ *Acta de la Décima Sesión de la Sexta Comisión, A/C.6/43/SR.10, pp. 11-12.*

²⁴⁵ *Acta de la Décima Sesión de la Sexta Comisión, A/C.6/43/SR.10, p. 12.*

²⁴⁶ *Acta de la Décima Sesión de la Sexta Comisión, A/C.6/43/SR.10, pp. 12-13.*

(LINDHOLM), Rumania (VOICU) y España (MARTINEZ GONDRA), el Presidente propuso que la Sexta Comisión tomara nota del informe del Grupo de Trabajo; y así quedó acordado ²⁴⁷

148. Seguidamente el representante de México (BERNAL) presentó a la Sexta Comisión el Proyecto de Resolución (A.C.6/43/L.3) “que abre a la firma la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales”; y, a sugerencia del proponente, fue aprobado sin someterlo a votación. ²⁴⁸

149. De esta manera concluyeron veinte años de dificultosos trabajos; y quedó aprobada la *Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales*, constante de noventa artículos, preparados en un solo original, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso, son igualmente auténticos, y los cuales fueron distribuidos en nueve capítulos de la manera siguiente:

I. Ambito de aplicación y forma del título (Arts. 1-3);

II. Interpretación. El Capítulo Segundo se encuentra compuesto de las siguientes Secciones: 1) Disposiciones Generales (Arts. 4-6); 2) Interpretación de los requisitos formales (Arts. 7-11); y 3) Modo de completar un título incompleto (Art. 12);

III. Transferencia (Arts. 13-26);

IV. Derechos y Obligaciones. El Capítulo Tercero se encuentra compuesto de las siguientes Secciones: 1) Derechos del tenedor y del tenedor protegido (Arts. 27-32); 2) Obligaciones de los firmantes: la Sección Segunda, a su vez, está dividida en varias Partes: A) Disposiciones Generales (Arts. 33-37); B) El librador

²⁴⁷ *Acta de la Décima Sesión de la Sexta Comisión*, A/C.6/43/SR.10, pp. 13-14.

²⁴⁸ *Acta de la Décima Sesión de la Sexta Comisión*, A/C.6/43/SR.10, p. 14. Antes de levantarse la sesión, los Delegados de Suecia (MANNHEIMER) y Austria (HERNDL) expresaron su complacencia por la satisfactoria conclusión de las tareas encomendadas, gracias a la aceptación de fórmulas transaccionales para conciliar las diferencias existentes.

(Art. 38); C) El suscriptor (Art. 39); D) El librador y el aceptante (Arts. 40–43); E) El endosante (Art. 44); F) El cedente por endoso o por mera tradición (Art. 45); G) El garante (Art. 46–48);

V. Presentación, Falta de Aceptación o de Pago y Regreso. El Capítulo Cuarto se encuentra compuesto de las siguientes secciones: 1) Presentación a la aceptación y desatención por falta de aceptación (Arts. 49–54); 2) Presentación al pago y desatención por falta de pago (Arts. 55–58); 3) Regreso (Art. 59); La Sección Tercera, a su vez, está dividida en dos partes: A) Protesto (Arts. 60–63); y B) Notificación de la desatención (Arts. 64–68); 4) Suma exigible (Arts. 69–71);

VI. Extinción de las Obligaciones. El Capítulo Sexto se encuentra compuesto de las siguientes Secciones: 1) Extinción mediante pago (Arts. 72–76); y 2) Extinción de las obligaciones de otros firmantes (Art. 77);

VII. Pérdida de Títulos (Arts. 78–83);

VIII. Prescripción (Art. 84); y

IX. Disposiciones finales (Arts. 85–90).²⁴⁹

150. Una vez concluido el examen del Proyecto, la Sexta Comisión rindió su correspondiente Informe (A/43/820); y la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su septuagésima sexta sesión plenaria, celebrada el 9 de diciembre de 1988, aprobó la Resolución A/RES/43/165, referente a la *Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales*, con base en las siguientes consideraciones:

Recordando su Resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966, por la que creó la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional con el mandato de promover la armonización y unificación progresiva del derecho mercantil internacional, para lo cual había de tener presentes los intereses de todos los pueblos, y particularmente los de los países en desarrollo, en el progreso amplio del comercio internacional,

²⁴⁹ A/C.6/43/L.3, 30 de septiembre de 1988.

Consciente de que la libre circulación de pagarés y letras de cambio facilita el comercio y las finanzas internacionales,

Convencida de que la aprobación de una Convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales facilitará el uso de esos instrumentos,

Tomando nota con satisfacción de la decisión adoptada por la Comisión de la Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en su 20º período de sesiones de transmitir el texto del proyecto de Convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales a la Asamblea General para su examen,

Recordando su Resolución 42/153 en la que pidió al Secretario General que señalara el proyecto de Convención a todos los Estados Miembros para que éstos presentaran las observaciones y propuestas que quisieran formular a su respecto y que distribuyera esas observaciones y propuestas a todos los Estados Miembros,

Recordando además que decidió examinar, en su cuadragésimo tercer período de sesiones, el proyecto de Convención con miras a aprobarlo y crear a esos efectos un Grupo de Trabajo a fin de examinar las observaciones y propuestas formuladas por los Estados,

Manifestando su satisfacción por las modificaciones del proyecto de Convención propuestas por el Grupo de Trabajo y expresando su reconocimiento por los esfuerzos del Grupo de Trabajo.

Por consiguiente, la Asamblea General resolvió:

1. *Expresa su reconocimiento* a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional por haber preparado el texto del Proyecto de Convención sobre las letras de cambio internacionales y pagarés internacionales;
2. *Aprueba* y abre a la firma o adhesión la Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales que figura en el anexo de la presente Resolución;
3. *Exhorta* a todos los gobiernos a que consideren la posibilidad de pasar a ser partes en la Convención.²⁵⁰

²⁵⁰ A/RES/43/165, pp. 1-2.

VIII
LOS EVENTUALES CONFLICTOS
CON LAS CONVENCIONES DE GINEBRA (1930)
Y DE PANAMA (1975)

151. Durante el *Cuarto Período de Sesiones (Nueva York, 2 al 12 de febrero de 1976)* del Grupo de Trabajo, con motivo del examen del artículo primero del Proyecto fue observado “que en virtud de los artículos 9 y 10 del Convenio de Ginebra de 1930 destinado a reglamentar ciertos conflictos de leyes en materia de letras de cambio y pagarés a la orden, los Estados que han ratificado ese Convenio podrían verse impedidos de ratificar un convenio sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales”. Sin embargo, también se advirtió que tendrían la posibilidad de “eliminar cualquier obstáculo sustancial durante la Conferencia de Plenipotenciarios que se convocase para aprobar un convenio sobre títulos negociables”; y que se “deberían adoptar medidas en el marco de la Organización encaminadas a introducir las modificaciones necesarias de ese convenio”. Acto continuo, el Observador de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (PELICHET) manifestó que su representada había incluido dentro del programa de trabajo futuro el tema relativo a la revisión de la Convención de Ginebra o la preparación de una nueva sobre conflictos de leyes.²⁵¹

En vista de los anteriores comentarios, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría, en consulta con otras organizaciones internacionales competentes, tales como la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, la preparación de un estudio de las cuestiones planteadas y de los procedimientos para resolverlas.²⁵²

²⁵¹ *Anuario*, Vol. VII, 1976, *op. cit.*, N° 64, pp. 168-169.

²⁵² *Anuario*, Vol. VII, 1976, *op. cit.*, N° 65, p. 169.

152. En su *Quinto Período de Sesiones (Nueva York, 18 al 29 de julio de 1977)*, el Grupo de Trabajo examinó de nuevo el artículo primero del Proyecto de Ley Uniforme sobre Letras de Cambio Internacionales y, con ese motivo, fue recordado que en el período de sesiones anterior se había señalado la eventual dificultad existente para los Estados partes de la Convención de Ginebra. En consecuencia, se sugirió “que tal vez la Conferencia de La Haya deseara dar prioridad al examen de la relación entre el Convenio de Ginebra de 1930 sobre conflictos de leyes y la Convención propuesta, e informar sobre sus conclusiones al Grupo de Trabajo en un período de sesiones futuro”. No obstante, “varios representantes manifestaron que si se vinculaba la solución del problema de la compatibilidad del proyecto de convención con los trabajos relativos a los conflictos de leyes se podrían atrasar los trabajos relativos al proyecto de convención o incluso habría que aplazarlos”.²⁵³

153. Las relaciones entre el Proyecto de Ley Uniforme y la Convención de Ginebra también fueron consideradas en las Observaciones hechas por el Gobierno de Finlandia, para atender el requerimiento formulado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) el 4 de agosto de 1982;²⁵⁴ y expresamente destacó que el artículo segundo no “ocasionaría dificultades si ha de ser el tribunal de un Estado contratante el que ha de entender de las controversias relativas a esa letra de cambio”, pero hizo también la siguiente advertencia:

Cabe suponer que un Estado que haya ratificado la nueva Convención no aplicaría el Convenio de 1930 a un documento designado como “letra de cambio internacional” aunque el nombre de ese documento corresponda también al nombre de “letra de cambio” prescrito por el Convenio de 1930. Cabría, sin embargo, preguntarse qué sucedería si esa controversia se plantease ante el

²⁵³ *Anuario*, Vol. IX, 1978, *op. cit.*, N° 15, p. 162.

²⁵⁴ Véase antes el número 56 de este trabajo.

Tribunal de un Estado no contratante que fuese parte en el Convenio de Ginebra de 1930. Un tal documento podría satisfacer los requisitos del Convenio de Ginebra al utilizar la mención "letra de cambio" aunque esa expresión llevase como aditamento la palabra "internacional". Si ese tribunal aplicara al documento el Convenio de Ginebra o la Legislación correspondiente alteraría algunos de los efectos jurídicos del título.²⁵⁵

154. Las observaciones hechas por los Gobiernos fueron examinadas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en su *Décimo Séptimo Período de Sesiones (Nueva York, 22 de junio a 10 de julio de 1984)*; ²⁵⁶ y en esa oportunidad también examinó las "cuestiones relativas a los conflictos de leyes".²⁵⁷

Ahora bien, con motivo de las "Observaciones Generales" a los Proyectos, el Representante de Egipto (CHAFIK) manifestó, en horas de la tarde del *25 de junio de 1984* (Acta 286), que "los esfuerzos en la esfera de los títulos negociables deben dirigirse a revisar" las Convenciones de Ginebra de 1930, "con miras a hacer que resulten más aceptables para los países que siguen el sistema angloamericano y que se adapten más a las necesidades actuales del comercio internacional".²⁵⁸

²⁵⁵ No obstante, agregó: "[...] se diría que esa alteración sería, en su conjunto, de poca monta" ("Proyecto de Convención sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales y Proyecto de Convención sobre Cheques Internacionales: compilación analítica de observaciones formuladas por los Gobiernos y Organizaciones Internacionales: Informe de Secretario General (A/CN.9/248)", *Anuario*, Vol. XV, 1984, *op. cit.*, p. 43).

²⁵⁶ Véase antes los números 72 a 79 de este trabajo.

²⁵⁷ Dichas cuestiones y las observaciones formuladas al respecto por los Gobiernos y las Organizaciones Internacionales no fueron incluidas en el documento A/CN.9/249, según se explica en nota a pie de página, en la parte pertinente del "Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre la labor realizada en su 17o. período de sesiones (Nueva York, 25 de junio a 10 de julio de 1984)", en *Anuario*, Tomo XV, 1984, *op. cit.*, p. 12.

²⁵⁸ *Anuario*, Vol. XV, 1984, *op. cit.*, N° 3, p. 359. No obstante, en la sesión del día siguiente manifestó que "dado que la Comisión decidió elaborar nuevos instrumen-

La sugerencia fue apoyada por el Japón (MAEDA)²⁵⁹; y por el Representante de la República Federal de Alemania (ANKELE), quien, además, advirtió que “el nuevo sistema jurídico propuesto en el proyecto puede tener una repercusión negativa en la armonización general de la legislación ya establecida mediante el sistema de Ginebra, y podría producir un conflicto de leyes”. Por otra parte, también señaló:

A pesar de sus deficiencias, el proyecto de convención sería aceptable si correspondiese a una importante necesidad práctica. Sin embargo, no sucede así dado que hasta el momento el sistema de Ginebra no ha dado origen a dificultades importantes en la marcha de las operaciones financieras. El proyecto es necesariamente una solución de transacción, con todas las desventajas que eso lleva consigo. Hay pocas posibilidades de que el nuevo sistema llegue a ser muy utilizado en la práctica internacional, porque, en comparación con el sistema de Ginebra, es muy complejo y poco claro y ofrece solamente una protección limitada para la circulación de las letras de cambio.²⁶⁰

La necesidad de revisar las Convenciones de Ginebra también fue puesta en duda por Finlandia (SEVON)²⁶¹ y Francia (ROEHRICH)²⁶². A este respecto, el Delegado de Suecia (MAGNUSON) sostuvo que, “dado que hasta ahora la coexistencia del sistema de Ginebra y el sistema de *common law* no ha planteado problemas, no resulta clara la necesidad de un sistema intermedio”; y que “será necesario modificar las leyes uniformes para que los Estados partes puedan abandonar ese sistema y elegir uno nuevo”, aún cuando “quizá haya llegado el momento de revisar y actualizar las leyes uniformes de Ginebra”²⁶³

tos y dedicó diez años a ello, no considera que ahora se pueda abandonar la tarea (*Ibid.*, N° 21, p.364).

²⁵⁹ *Anuario*, Vol. XV, 1984, *op. cit.*, N° 6, p. 359.

²⁶⁰ *Anuario*, Vol. XV, 1984, *op. cit.*, N° 11-13, p. 360.

²⁶¹ *Anuario*, Vol. XV, 1984, *op. cit.*, N° 28, p. 361.

²⁶² *Anuario*, Vol. XV, 1984, *op. cit.*, N° 37, p. 362.

²⁶³ *Anuario*, Vol. XV, 1984, *op. cit.*, N° 15, p. 360.

Acto continuo el Representante de Austria (DUCHEK) declaró “que los Estados partes en las leyes uniformes de Ginebra no podrán ratificar la convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales a no ser que se cambien las leyes uniformes”²⁶⁴; la República Democrática Alemana (WAGNER) subrayó que las leyes uniformes de Ginebra de 1930 y 1931 “contienen muchas reservas, sobre la base de las cuales han actuado varios Estados”²⁶⁵; y el Representante de India (DIXIT) advirtió “que los países en desarrollo no participaron en la elaboración de las anteriores leyes sobre letras de cambio internacionales”.²⁶⁶

155. Las “Observaciones Generales” a los Proyectos continuaron en horas de la mañana del 26 de junio de 1984 (Acta 287); y en esa oportunidad el Representante de Noruega (ROGNLIEN), entre otros, hizo los siguientes comentarios:

Los proyectos crean un problema para los países que ratificaron los Convenios de Ginebra de 1930 y 1931, dado que las leyes uniformes que figuran en esos instrumentos son vinculantes; en consecuencia, esos países no pueden declarar ante un tribunal que se han apartado de las leyes uniformes con respecto a un contrato. Será necesario introducir cambios en los Convenios de Ginebra para que los países que los ratificaron puedan ratificar incluso una nueva convención optativa. La mayoría de los Países del sistema de derecho romano preferirán seguramente seguir rigiéndose por los Convenios de Ginebra y no denunciarlos. Sin embargo, dado que también es necesario revisar los Convenios de Ginebra con respecto a otras cuestiones, cabe esperar que la Comisión pueda llevar a cabo tales revisiones²⁶⁷

156. Concluidas las exposiciones de carácter general, el Presidente (SZASZY) afirmó “que, al parecer, la mayoría de las

²⁶⁴ *Anuario*, Vol. XV, 1984, *op. cit.*, N° 18, pp. 360-361.

²⁶⁵ *Anuario*, Vol. XV, 1984, *op. cit.*, N° 20, p. 361.

²⁶⁶ *Anuario*, Vol. XV, 1984, *op. cit.*, N° 32, p. 362.

²⁶⁷ *Anuario*, Vol. XV, 1984, *op. cit.*, N° 11, pp. 363-364.

delegaciones siguen apoyando la idea de unificar el derecho mercantil internacional, y considera que los proyectos de convención constituyen un medio adecuado para alcanzar ese objetivo". No obstante, reconoció que parecen "estar a favor de aprobar normas opcionales y muestran preocupación sobre el modo en que se apliquen las Leyes Uniformes de Ginebra en los círculos comerciales. En el futuro, tal vez la Comisión desee ver de qué modo podrían hacerse compatibles los proyectos de convención con el sistema existente en Ginebra para que también los países que han ratificado los Convenios de Ginebra puedan utilizar los nuevos sistemas".²⁶⁸

157. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) discutió la letra (e), párrafo segundo, del artículo primero del Proyecto en horas de la mañana del 28 de junio de 1984 (Acta 292)²⁶⁹; y en la sesión matutina del 3 de julio de 1984 (Acta 297) fue considerado de nuevo el párrafo segundo del artículo primero. *

De inmediato el Observador de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (PELICHET), propuso "que se limite el alcance del artículo primero mediante la estipulación de que las letras de cambio sólo se podrán librar en países que sean partes contratantes";²⁷⁰ y también advirtió la posibilidad de conflictos de leyes, a cuyo efecto hizo los siguientes comentarios:

²⁶⁸ *Anuario*, Vol. XV, 1984, *op. cit.*, N° 23-24, pp. 364-365.

²⁶⁹ Véase antes los números 75 a 79 de este trabajo. Al concluir el debate, el Presidente (SZASZY) advirtió que "algunas Delegaciones desean reducir el alcance del artículo primero, otras pretenden ampliarlo, pero la mayoría parecen preferir la estructura actual, aunque podría mejorarse algo la redacción" (*Anuario*, Vol. XV, 1984, *op. cit.*, N° 2, pp. 378-379).

²⁷⁰ La restricción del ámbito de vigencia del precepto había sido discutida en las sesiones matutina y vespertina del 25 de junio de 1984 (Véase antes los números 75 a 77 de este trabajo).

En los países adscritos al sistema de Ginebra, la autonomía de los firmantes es imposible y, por lo tanto, el proyecto de convención debería enmendarse para tener en cuenta esa circunstancia. La autonomía de los firmantes es una espada de doble filo. Tanto el librador como los firmantes posteriores pueden tener autonomía. Dentro de un sistema de este tipo, los firmantes podrían elegir un régimen jurídico de un País que no sea Estado Parte, lo que podría dar lugar a serias dificultades en ciertas esferas como el arbitraje. Tal como está redactado actualmente, el artículo 1 permite librar una letra de cambio en un Estado que no es parte en la futura convención. La estipulación de que las letras de cambio sólo se podrán librar en países que sean partes contratantes no solucionará todos los problemas, pero limitará el número de dificultades que puedan surgir. En general, los problemas jurídicos se plantearán en el país del librado o del lugar de pago. Teniendo en cuenta el vínculo entre los sistemas jurídicos de tradición anglosajona y el Convenio de Ginebra, el régimen jurídico del país del librado o del lugar de pago será el que con mayor propiedad determine el sistema dentro del cual se libere la letra de cambio. A juicio del orador, el texto actual del artículo 1 haría fracasar toda la convención.²⁷¹

158. El Representante de Austria (DUCHEK), aun cuando se opuso a restringir el ámbito de vigencia de la Convención, compartió el criterio “de que se debe hacer algo para que los Estados Partes en el Convenio de Ginebra, que no prevé autonomía en la elección del régimen jurídico, puedan actuar en el marco del proyecto de convención”; y al respecto sostuvo: “Habrá que elaborar un instrumento subsidiario de modo que ambas convenciones puedan coexistir”. Sin embargo, también compartió “la opinión de que se deben introducir cambios al respecto en el sistema de Ginebra”; aún cuando consideró “dudoso que sea necesario elaborar normas que regulen los conflictos de leyes originados en la autonomía de los firmantes”.²⁷²

²⁷¹ *Anuario*, Vol. XV, 1984, *op. cit.*, N° 5, p. 394.

²⁷² *Anuario*, Vol. XV, 1984, *op. cit.*, N° 7, p. 394.

Acto continuo, el Delegado de Noruega (ROGNLIEN) advirtió:

Si el ámbito de aplicación de la futura convención no se limita en lo que respecta a los conflictos de leyes, la aplicación de la convención variará según los diferentes Estados y sistemas jurídicos. Si se suscita una controversia en un Estado que no es parte en la convención, la aplicación de la convención dependerá de las normas sobre conflicto de leyes vigentes en ese país. El problema no puede solucionarse limitando el ámbito de aplicación de la convención a los Estados que sean partes contratantes. La autonomía de los firmantes es de gran importancia en la esfera de las letras de cambio.²⁷³

De seguida, el Representante de Finlandia (SEVON) manifestó estar de acuerdo en permitir al librador la escogencia del sistema jurídico aplicable a la letra de cambio internacional. Sin embargo, reconoció “que la determinación del librador puede tener efectos diferentes según el país en el que circule su título”, por cuanto es posible que en un Estado no Contratante la solución en este último puede ser distinta de la consagrada por la Convención; pero este resultado no se modifica, como se pretende, limitando su ámbito de aplicación. Por otra parte, también advirtió que “el sistema de Ginebra no prevé el mismo grado de autonomía, motivo por el cual “deberá enmendarse para que los Estados Partes en él se adhieran a la convención de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional(CNUDMI).²⁷⁴

Las ideas expuestas por el Observador de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (PELICHET) fueron apoyadas por el Representante de Irak (SAMI), quien sostuvo “que la convención debe especificar el régimen jurídico que ha de aplicarse para solucionar los conflictos de leyes con respecto a los títulos negociables”; y además agregó:

²⁷³ *Anuario*, Vol. XV, 1984, *op. cit.*, N° 9, p. 394.

²⁷⁴ *Anuario*, Vol. XV, 1984, *op. cit.*, N° 12-13, p. 394.

Puesto que un librador no podrá librar un título negociable sino dentro de un Estado parte en la convención, se pregunta cómo aplicarse la convención cuando la letra sea pagadera en un Estado que no sea parte en la convención internacional establecida por la Comisión de Derecho Internacional. Así, en caso de conflicto, el tribunal podrá recurrir a la ley interna para resolver el conflicto de leyes. Es importante también determinar en qué forma los Estados no partes en la convención podrán aceptar los títulos negociables librados con arreglo a la convención ²⁷⁵

La posibilidad de un conflicto entre convenciones vigentes sobre letras de cambio y pagarés fue igualmente reconocida por el Delegado de la República Democrática Alemana (BRANDT); pero afirmó que “la Comisión debería completar primero la redacción del texto de la convención y examinar el problema del conflicto en una etapa ulterior”. ²⁷⁶

Al decir del Observador de los Países Bajos (VIS) las cuestiones planteadas no deberían discutirse en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que no es el “foro adecuado”, sino en la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado; ²⁷⁷ punto de vista compartido por el Delegado francés (ROEHRICH), quien también sostuvo que no se debe limitar el ámbito de aplicación del proyecto de convención, aun cuando puedan surgir problemas si la controversia se plantea ante los Tribunales de un Estado no contratante. Sin embargo, agregó: “esos posibles problemas no son materia de estudio por la Comisión. ²⁷⁸

Por su parte, el Delegado de China (SHU XIANLI) estimó preferible limitar la convención y exigir que los lugares especificados en el apartado e) del párrafo segundo del artículo prime-

²⁷⁵ *Anuario*, Vol. XV, 1984, *op. cit.*, N° 15, pp. 394-395.

²⁷⁶ *Anuario*, Vol. XV, 1984, *op. cit.*, N° 16, p. 395.

²⁷⁷ *Anuario*, Vol. XV, 1984, *op. cit.*, N° 18, p. 395.

²⁷⁸ *Anuario*, Vol. XV, 1984, *op. cit.*, N° 19-20, p. 395.

ro se encuentren situados en Estados Contratantes. Además agregó:

si el tenedor de un título pudiese decidir el régimen jurídico de la transacción, se suscitarían problemas cuando el librador que no pertenezca a un Estado parte se niegue a aceptar la obligación. Por otra parte, si el librador es de un Estado parte, deberá regirse por las normas de la convención en caso de conflicto de leyes.²⁷⁹

De inmediato, el representante de España (OLIVENCIA) se pronunció a favor del carácter optativo de la Convención y sostuvo que su ámbito de aplicación debía ser lo más amplio posible. No obstante, reconoció la posibilidad de problemas de conflicto de leyes y declaró estar de acuerdo con los comentarios hechos por el Observador de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, pero sostuvo que la Comisión de la Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) no es el foro adecuado para discutirlos. Por último hizo la siguiente observación:

hay todavía tiempo suficiente para que un grupo de trabajo de la Comisión estudie con mayor detalle los problemas intrínsecamente relacionados con el texto del proyecto de convención. Al mismo tiempo, la Conferencia de La Haya podría elaborar un documento para que la Comisión lo examine en el que se expongan los problemas jurídicos que surgirían si se aprobase el texto actual.²⁸⁰

159 Una vez concluidas las exposiciones de los Delegados, el Presidente (SZASZY) sugirió "que la Comisión adopte el concepto de una esfera de aplicación amplia de la convención y se disponga a abordar los problemas de conflicto de leyes que conlleva ese enfoque. Es evidente que la Comisión no puede examinar detalladamente esos problemas en la actualidad y, como lo han propuesto varias delegaciones, ellos deberían probablemente examinarse en un foro más adecuado. Además, se plantea

²⁷⁹ *Anuario*, Vol. XV, 1984, *op. cit.*, N° 21, p. 395.

²⁸⁰ *Anuario*, Vol. XV, 1984, *op. cit.*, N° 24, p. 395.

otro problema por el hecho de que el sistema propuesto por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que es de carácter optativo, no puede ser utilizado por los Estados partes en el Convenio de Ginebra y, en consecuencia, será necesario enmendar el Convenio a fin de que esos Estados puedan participar en el nuevo sistema”.²⁸¹

160. En el “Informe de la labor realizada durante su décimo séptimo período de sesiones (Nueva York, 25 de junio a 10 de julio de 1984) (A/39/17)”, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) se refirió al examen realizado sobre las “cuestiones relativas a los conflictos de leyes”; y, en primer término, fue advertido que, según algunos, los artículos 1 y 2, en su redacción actual, no resolvían los posibles problemas de conflictos de leyes.

El “Informe” explica al respecto que:

con arreglo al artículo primero, la convención se aplicaba a las letras de cambio internacionales definidas en él, que en el momento en que fueran extendidas contuvieran en su texto la palabra “letra de cambio internacional (Convención de . . .)” insertadas por el librador. La idea básica de la convención era que el título se regiría entonces por las normas de la convención y que el librador y otras personas distintas de él quedarían obligadas por las disposiciones de la convención por el hecho de haber firmado o haber tomado el título. Si bien una de las condiciones para la aplicación de la convención era que al menos dos de los lugares indicados en el inciso (e) del párrafo (2) del artículo primero estuvieran ubicados en Estados diferentes, no se exigía que esos Estados fueran Estados contratantes (artículo segundo).²⁸²

Por tanto, en el “Informe” se mencionaron las siguientes dificultades: a) era posible que una acción relativa a un título se interpusiera ante un Estado no contratante, que no estaría obligado a aplicar la convención; b) aunque el librador hubiera

²⁸¹ *Anuario*, Vol. XV, 1984, *op. cit.*, N° 25, p. 395.

²⁸² *Anuario*, Vol. XV, 1984, *op. cit.*, N° 67, p. 12.

escogido someter el título a las disposiciones de la convención, muchos sistemas jurídicos no reconocían el principio de la autonomía de la voluntad en el contexto de los títulos negociables y, por tanto, no permitirían que una persona determinara la ley competente para regir sus derechos y obligaciones derivadas de los mismos; y c) 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 y podría haber renuencia en los círculos mercantiles para utilizar un título sometido al Proyecto. No obstante, “se sugirió que la incertidumbre en cuanto a la aplicación de la convención podría reducirse si se introdujeran algunas otras condiciones previas a su aplicación (por ejemplo, que el país del librado fuera un Estado contratante, o que el lugar del pago estuviera ubicado en un Estado contratante), ya que la mayoría de las controversias se litigarían probablemente en el país del librado o del lugar del pago”.²⁸³

En el “Informe” también se relata que la sugerencia de introducir nuevas condiciones previas para el funcionamiento de la convención fue objeto de crítica, por cuanto conduciría a reducir su ámbito de aplicación; y si bien se reconocían las posibles dificultades causadas por el Proyecto en el caso de controversias a ser decididas en Estados no contratantes, fue también advertido que ese problema era inevitable en cualquier proceso de adopción de normas uniformes hasta que la convención tuviera una aceptación generalizada. Igualmente se convino que debía considerarse la propuesta según la cual “la aplicabilidad de las normas de la convención a personas distintas del librador en virtud de haber firmado o tomado el instrumento se aclara mediante la inclusión de una disposición al respecto en el artículo primero”.²⁸⁴

²⁸³ *Anuario*, Vol. XV, 1984, *op. cit.*, N° 68, p. 12.

²⁸⁴ *Anuario*, Vol. XV, 1984, *op. cit.*, N° 69, p. 12.

Por último, en el "Informe" fue mencionado que la Conferencia de La Haya había aplazado la labor relativa a la revisión de los Convenios de Ginebra sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio y pagarés (1930) hasta que terminara sus labores la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI); y se destacó la existencia de "amplio acuerdo en que los problemas mencionados con respecto a la aplicabilidad de la convención propuesta debían ser examinados por la Conferencia de La Haya durante esa revisión, en cooperación con la Comisión".²⁸⁵

161. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) volvió a considerar el proyecto de Convención sobre Letras de Cambio y Pagarés Internacionales en su *Décimo Noveno Período de Sesiones (Nueva York, 23 de junio a 11 de julio de 1986)*; y en horas de la tarde del 25 de junio de 1986 (Acta 339) el Representante de Brasil (LEAES) preguntó "si se ha hecho un estudio para determinar si los países que han ratificado los convenios de Ginebra de 1930 y 1931 pueden ratificar el proyecto de convención propuesto sin violar sus obligaciones con arreglo a los convenios anteriores, y cual ha sido la conclusión".²⁸⁶

En esa misma oportunidad el Observador de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (PELICHET), entre otras observaciones, destacó que la proyectada Ley Uniforme "estaría en conflicto con el convenio de Ginebra para la solución de ciertos conflictos de leyes en relación con las letras de cambio y los pagarés, así como con los sistemas de conflicto de leyes de los países del *common law*, o con instrumentos tales como la *Bills of Exchange Act* o el *Uniform Commercial Code*, ninguno de los cuales reconoce la autonomía de las partes".

²⁸⁵ *Anuario*, Vol. XV, 1984, *op. cit.*, N° 70, p. 13.

²⁸⁶ *Anuario*, Vol. XVII, 1986, *op. cit.*, N° 3, pp. 344-345.

De inmediato agregó:

La Conferencia de la Haya, que espera con interés la terminación de la labor de la Comisión sobre el proyecto de convención, ha decidido considerar si el Convenio de Ginebra sobre conflicto de leyes deberá revisarse a fin de incluir todas las operaciones relacionadas con títulos negociables bajo una sola ley y de permitir a la vez la autonomía de las partes. Su propia opinión es que esa revisión es necesaria para permitir el pleno funcionamiento del proyecto de convención de la Comisión. ²⁸⁷

El criterio antes expuesto fue compartido por el Representante de Austria (DUCHEK), para quien “el artículo segundo coloca el proyecto de convención en conflicto con los Convenios de Ginebra”; y al respecto explicó:

Según el Convenio sobre conflicto de leyes, la ley aplicable en el caso de un título nacional es la del país en que se ha firmado. Si no se modifican los Convenios de Ginebra, el proyecto de convención no podría derogar su efecto para los Estados que son parte en ellos. ²⁸⁸

Seguidamente, el Observador de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (PELICHET) advirtió:

... si el artículo segundo del proyecto de convención contradice los Convenios de Ginebra sobre conflicto de leyes y la Ley Uniforme sobre letras de cambio y pagarés, los Estados que han ratificado estos últimos instrumentos no podrían ratificar el proyecto de convención. ²⁸⁹

Durante el debate fueron hechos algunos otros comentarios: el Observador de Bangladesh (OADER) sostuvo que, en su opinión, “el artículo segundo no está en conflicto con las dispo-

²⁸⁷ *Anuario*, Vol. XVII, 1986, *op. cit.*, N° 36, p. 346.

²⁸⁸ *Anuario*, Vol. XVII, 1986, *op. cit.*, N° 54, p. 348.

²⁸⁹ *Anuario*, Vol. XVII, 1986, *op. cit.*, N° 55, pp. 348.

siciones de ningún otro convenio”;²⁹⁰ según el Delegado de Canadá (CRAWFORD) “cualquier Estado que ratifica el proyecto de convención asume la responsabilidad de ajustar sus leyes internas a las disposiciones de la Convención”, pero “se pregunta si los Estados partes en los Convenios de Ginebra podrían hacer esto o si sería necesaria para ello una revisión de los Convenios de Ginebra”;²⁹¹ y de acuerdo con el Presidente del Comité Plenario (VIS) “esa cuestión sólo podrá ser resuelta por los Estados partes en los Convenios de Ginebra”.²⁹²

162. En horas de la mañana del 8 de julio de 1986 (Acta 335), con motivo del examen acerca del procedimiento a seguir para la adopción del Proyecto de Convención y en vista de las dificultades existentes para convocar una Conferencia Diplomática, el Representante de Italia (TREVES) advirtió:

La redacción de las cláusulas finales habría sido la tarea más delicada de la conferencia de plenipotenciarios. En la actualidad se requiere un foro diferente que disponga tanto de la necesaria autoridad política como de la competencia técnica para aprobar esas cláusulas. Opina que ese foro es la Comisión, y no el Grupo de Trabajo, la Sexta Comisión o el plenario de la Asamblea General. La Secretaría debería redactar un conjunto de cláusulas finales a fin de que la Comisión las examinara en su período de sesiones de 1987 y el texto definitivo se debería remitir a la Sexta Comisión.²⁹³

²⁹⁰ *Anuario*, Vol. XVII, 1986, *op. cit.*, N° 56, p. 348.

²⁹¹ *Anuario*, Vol. XVII, 1986, *op. cit.*, N° 59, p. 348.

²⁹² *Anuario*, Vol. XVII, 1986, *op. cit.*, N° 60, p. 348.

²⁹³ *Anuario*, Vol. XVII, 1986, *op. cit.*, N° 8, p. 397. Conforme a su criterio, dentro de esas cláusulas finales deberían figurar disposiciones relativas a la entrada en vigor de la Convención y los requisitos en materia de ratificación y adhesión; la denuncia de la Convención; la cuestión de si se permitirán las reservas y con respecto a qué disposiciones; y la relación entre la Convención y otras convenciones. Las dos últimas cuestiones son las más difíciles.

A este respecto agregó el Representante de los Países Bajos (VIS):

Es evidente que algunas disposiciones del proyecto de Convención podrían entrar en conflicto con las disposiciones de la Ley Uniforme de Ginebra. Por consiguiente, es necesario que las Partes Contratantes en el Convenio de Ginebra determinen de que forma se podría hacer frente a esa situación. La decisión que adopten tendría que reflejarse en una de las cláusulas finales del proyecto de Convención.²⁹⁴

De igual modo el Observador por Finlandia (SEVON) manifestó que “los Estados Partes en el Convenio de Ginebra deberían reunirse a fin de definir su posición en lo que respecta a la relación entre ambos instrumentos” (295); la Representante de Argentina (PIAGGI de VANOSI), consideró que “la Secretaría deberá recabar la opinión de los países que pertenecen al sistema de Ginebra con respecto a la posibilidad de que surjan conflictos entre el proyecto de Convención y la Ley Uniforme de Ginebra.”²⁹⁶

163 Al concluir las deliberaciones, el Delegado de India (KARTHA), en su carácter de Presidente, declaró la existencia de un acuerdo entre los asistentes en el sentido de que, antes del Vigésimo Período de Sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), “la Secretaría preparara, con el asesoramiento de expertos si procede, la necesaria documentación relativa al proyecto de Convención, así como proyectos de cláusulas finales”²⁹⁷

Por consiguiente, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) pidió a la Secre-

²⁹⁴ *Anuario*, Vol. XVII, 1986, *op. cit.*, N° 14, p. 397.

²⁹⁵ *Anuario*, Vol. XVII, 1986, *op. cit.*, N° 17, p. 398.

²⁹⁶ *Anuario*, Vol. XVII, 1986, *op. cit.*, N° 23, p. 398.

²⁹⁷ *Anuario*, Vol. XVII, 1986, *op. cit.*, N° 52, p. 400.

taría que presentase al Grupo de Trabajo en su próxima reunión (enero de 1987) el proyecto de Cláusulas Finales que serían incluidas en el Proyecto de Convención; y al respecto sugirió:

Una de esas cláusulas podía consignar los resultados de las consultas entre Estados que fuesen parte en el Convenio de Ginebra de 1930 por el que se establecía una ley uniforme referente a las letras de cambio y pagarés a la orden y el Convenio de Ginebra de 1930 destinado a reglamentar ciertos conflictos de leyes en materia de letras de cambio y pagarés a la orden en lo tocante a los procedimientos que aplicarían esos Estados al hacerse parte de la nueva Convención. Las consultas, que habían comenzado oficiosamente con ocasión del período de sesiones en curso de la Comisión, apuntaban a examinar y superar el posible conflicto que habría entre los dos Convenios de Ginebra de 1930 y el proyecto de Convención.²⁹⁸

164. Los Estados Parte de la Convención de Ginebra (1930) tuvieron plena conciencia de que les correspondía resolver el problema y se propusieron considerarlo en conversaciones informales a celebrarse con ocasión del Décimo Noveno Período de Sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (Nueva York, 23 de junio a 11 de julio de 1986). Así lo informó el Observador por la República Federal de Alemania (GANTEN), al concluir la sesión vespertina del *30 de junio de 1986* (Acta 346), cuando hizo saber:

que durante la semana en curso se celebrará una reunión oficiosa de los Estados Partes en el Convenio de Ginebra estableciendo una Ley uniforme referente a las letras de cambio y pagarés a la orden y en el Convenio de Ginebra de 1930 destinado a reglamentar ciertos conflictos de leyes en materia de letras de cambio y pagarés a la orden, con otros Estados interesados, a fin de examinar problemas que podrían plantearse en caso de aprobarse el proyecto de convención. En dicha reunión participarán las siguientes delegaciones: Austria, Bélgica, Brasil, Dinamarca, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Japón, Luxemburgo, Mó-

²⁹⁸ *Anuario*, Vol. XVII, 1986, *op. cit.*, N° 223, p. 31.

naco, Noruega, los Países Bajos, Polonia, Portugal, la República Democrática Alemana, Suecia, Suiza y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, así como también la República Federal Alemana.²⁹⁹

En vista de la manifestación anterior, el Secretario de la Comisión (BERGSTEN), se refirió “a la cuestión del vínculo entre los convenios de Ginebra y el proyecto de Convención”, para comentar que “si los Estados partes en el Convenio de Ginebra desearan pasar a ser Partes en el proyecto de Convención, tendrían que adoptar las providencias necesarias”. No obstante, agregó: “Luego de examinar el asunto, acaso lleguen a la conclusión de que en realidad no existe incompatibilidad entre ambos textos”.³⁰⁰

165. La Secretaría General preparó un proyecto de Cláusulas Finales, inspirado en las correspondientes disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980); y expresamente advirtió que algunos preceptos o partes de los mismos habían sido colocados entre paréntesis para llamar la atención del Grupo de Trabajo a fin de que les prestara especial atención.³⁰¹ Dentro de ellos se encontraba el artículo 82 que prescribía:

Esta Convención prevalece sobre cualquier otro instrumento internacional que haya sido o pueda ser celebrado en el futuro y que contenga preceptos sobre materias reguladas por esta Convención, inclusive las cuestiones de Derecho Internacional Privado.

La Secretaría también explicó, en una Nota estampada al pie del Documento, distinguida con el número 2, que el artícu-

²⁹⁹ *Anuario*, Vol. XVII, 1986, *op. cit.*, N° 37, p. 377.

³⁰⁰ *Anuario*, Vol. XVII, 1986, *op. cit.*, N° 38, p. 377.

³⁰¹ “Proyecto de Convención sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagares Internacionales : Proyecto de Cláusulas Finales : Nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.33)”, en *Yearbook*, Vol. XVIII, 1987, *op. cit.*, pp. 99-100.

lo 82 del Proyecto de Cláusulas Finales había sido incluido como un recordatorio de la sugerencia de la Comisión, en el sentido de que una de las cláusulas finales reflejara los resultados de las consultas referentes a los procedimientos a ser seguidos, para convertirse en Partes de la Convención, por los Estados que fueren parte de la Convención de Ginebra de 1930 contentiva de Reglas Uniformes sobre Letra de Cambio y Pagarés y de la Convención de Ginebra de 1930 para la solución de algunos Conflictos de Leyes en conexión con Letras de Cambio y Pagarés. Dichas conversaciones, según la Secretaría, comenzaron durante el Décimo Noveno Período de Sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y debían continuar de manera formal inmediatamente antes o después de la Décima Quinta Sesión del Grupo de Trabajo.³⁰²

166. El Grupo de Trabajo no tuvo tiempo para discutir el Proyecto de Cláusulas Finales en su Décima Quinta Reunión (Nueva York, 17 a 27 de febrero de 1987); pero la tarea fue realizada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) durante su *Vigésimo Período de Sesiones (Viena, 20 de julio a 14 de agosto de 1987)*.

En efecto, en la sesión del 6 de agosto de 1987 (Acta N° 378) el Secretario de la Comisión (BERGSTEN) advirtió que el artículo 82 era uno de los que podrían requerir un análisis particular; y de inmediato hizo uso de la palabra el Observador de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (PELICHET) para informar que no fueron exitosas las consultas entre los Estados Partes de los Convenios de Ginebra, y que se había rechazado una propuesta de efectuar consultas posteriores.

De inmediato reiteró que la redacción del artículo 82, al disponer la aplicación preferente del Proyecto sobre los otros Convenios Internacionales, representaba un serio obstáculo para los

³⁰² *Yearbook, Vol. XVIII, 1987, op. cit., p. 100.*

Estados Partes de las Convenciones de Ginebra; y aun cuando teóricamente la dificultad podría resolverse a través de su denuncia, esta solución no se compadecía con la naturaleza misma de la Ley Uniforme, que debía tener carácter opcional o facultativo y funcionar en forma paralela con el sistema vigente en cada Estado Contratante. Igualmente advirtió que, a la luz del derecho de los Tratados, también sería difícil, como se había mencionado, que los Estados Partes denunciaran las Convenciones de Ginebra y, al mismo tiempo, mantuvieran sus normas como derecho interno.³⁰³

Acto continuo el Observador por Finlandia (SEVON) reconoció la existencia del conflicto entre ambos Tratados que, en su criterio, sólo podría resolverse de una de las tres maneras siguientes: a) la denuncia de las Convenciones de Ginebra cuando los Estados Partes de las mismas ratificaran el Proyecto, procedimiento que no produciría buenos resultados prácticos; b) la reforma del artículo primero del Proyecto para consagrar una fórmula sustitutiva de la frase “letra de cambio internacional”, a fin de impedir la aplicación de las Convenciones de Ginebra, a los instrumentos regulados por la nueva Ley Uniforme, pero de esta manera se crearían graves problemas lingüísticos; c) la aprobación por los Estados Partes de Ginebra de un Protocolo para aceptar que no se aplicaría a las letras de cambio y pagarés contemplados por el Proyecto. Sin embargo, esta alternativa se encontraba fuera de la competencia de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)³⁰⁴

El planteamiento hecho por Finlandia fue compartido por el Observador de la República Federal de Alemania (GANTEN): a su entender, no era real sino discutible la denuncia de las Convenciones de Ginebra, ya que estas podrían mantener su vigencia para las letras de cambio internacionales no cubiertas por el

³⁰³ *Yearbook*, Vol. XVIII, 1987, *op. cit.* N° 5-6, p. 165.

³⁰⁴ *Yearbook*, Vol. XVIII, 1987, *op. cit.* N° 7, pp. 165-166.

Proyecto de Ley Uniforme. La segunda solución propuesta también resultaba muy difícil de aplicar en la práctica, tanto por el tiempo necesario para hacer compatible el Proyecto con las Convenciones de Ginebra como porque los cambios requeridos serían de tanta importancia que modificarían la propia naturaleza del Proyecto y no le permitirían alcanzar las finalidades perseguidas con su preparación. La tercera solución, aun cuando era la mejor en teoría, presentaba algunos problemas prácticos, debido a que ningún Estado Parte tenía facultades para convocar una Conferencia con el objeto de revisar las Convenciones de Ginebra y, además, por cuanto se requeriría que todos los Estados Partes ratificaran el Protocolo Adicional, lo cual podía ser difícil en la práctica ³⁰⁵

De acuerdo con el Representante de los Países Bajos (VIS) el texto del artículo 82 era inaceptable; y la preparación de un Protocolo Adicional era indispensable para armonizar el Proyecto con la Convención de Ginebra, que no aceptaba la autonomía de la voluntad como tampoco la aceptaban los Países Bajos en materia de instrumentos negociables. Por consiguiente, la exclusión de su responsabilidad por el suscriptor de un pagaré, permitida por el Proyecto, podría ser aceptada por un tribunal holandés, en el mejor de los casos, en las relaciones con su contraparte pero no frente a terceras personas. En consecuencia, de acuerdo con su propia legislación los Países Bajos no podían aceptar la selección de las normas convencionales como régimen legal aplicable a una letra de cambio o un pagaré internacional; y, la exclusión de responsabilidad del librador tampoco era admitida por la Convención de Ginebra, que los países Bajos debían respetar frente a los demás Estados Partes.

El Representante de los Países Bajos (VIS) se pronunció igualmente por suprimir la frase "incluyendo las cuestiones de derecho internacional privado", porque si la Convención de Ginebra continuaba vigente en su país, como era muy posible,

³⁰⁵ *Yearbook*, Vol. XVIII, 1987, *op. cit.* N° 9-11, p. 166.

existiría un manifiesto conflicto con el Proyecto, a menos que éste fuera aceptado como único instrumento aplicable por todos los Estados Partes. Por tanto, resultaba imprescindible un acuerdo entre ellos para establecer una excepción a la Convención de Ginebra que permitiera excluir de su esfera de vigencia las letras de cambio y pagarés internacionales regulados por el Proyecto de Ley Uniforme.³⁰⁶

Aun cuando su País no era Estado Parte de ninguna de las dos Convenciones de Ginebra, el Representante del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (GUEST) calificó de “extravagante” y se pronunció por la supresión del artículo 82.³⁰⁷

De acuerdo con el Representante del Japón (MAEDA) la incompatibilidad entre ambas Convenciones podía ser resuelta dando preferencia a la última, en los términos prescritos por el párrafo cuarto del artículo 30 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y al efecto ejemplificó:

Si los Estados A y B son partes tanto de la Convención de la CNUDMI como de las de Ginebra; C es parte sólo de la Convención de la CNUDMI, y D únicamente de las Convenciones de Ginebra. En ese caso, entre los Estados A y B, la Convención de la CNUDMI se aplicará preferentemente y las Convenciones de Ginebra sólo mientras sus prescripciones fueran compatibles con las de la Convención de la CNUDMI; entre el Estado A y el Estado C sólo aplicaría la Convención de la CNUDMI; y entre los Estados A y D sólo se aplicarán las Convenciones de Ginebra.³⁰⁸

El Delegado de Austria (DUCHEK) expresó dudas acerca de la conveniencia de esta solución ya que, en su criterio, “no sería posible separar la aplicación de dos clases de reglas en la forma sugerida”: si el librador y el aceptante están en países que ratificaron la Convención de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), sus relaciones recíprocas se regularán por ella; pero si el endosatario o el tomador se encuentran en un Estado No Contratante de la

³⁰⁶ *Yearbook*, Vol. XVIII, 1987, *op. cit.* N° 13-14, p. 166.

Convención de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) pero Parte de la Convención de Ginebra, ésta última se aplicará respecto de él. Ahora bien, esa dualidad de soluciones es poco satisfactoria y resulta aconsejable encontrar una solución común a todos los obligados.

De igual modo advirtió que el conflicto entre ambas Convenciones sólo era posible en el caso de que la autonomía de la voluntad, aceptada en el Proyecto, no fuera permitida por el sistema sancionado en la Convención de Ginebra; pero de ocurrir semejante hipótesis el artículo 82 era impotente para resolver el problema, que debía ser solucionado por los Estados Partes de la Convención de Ginebra. Por tanto, se pronunció por suprimirlo.³⁰⁹

El Representante francés (BERAUDO) afirmó que el artículo 82 debía consagrar la solución opuesta a la establecida en el Proyecto, por cuanto resultaba “sorprendente” pretender no sólo la derogación de todas las convenciones anteriores sobre la misma materia sino también impedir la celebración de nuevas. Además, en los términos propuestos, afectaría la vigencia tanto de la Convención de Ginebra (1930) como de la Convención de Panamá (1975) pues impediría a los Estados Partes de las mismas aplicar sus normas en las relaciones recíprocas; y también constituiría obstáculo para una futura directiva sobre instrumentos negociables en el seno de la Comunidad Económica Europea. Además hizo el señalamiento de que la Convención de Ginebra sobre Conflicto de Leyes, en algunos casos se aplicaba a Estados no contratantes, o a obligados cambiarios no domiciliados en un Estado contratante; y descartó la sugerencia hecha por el Japón por cuanto era de difícil manejo por los jueces, a

³⁰⁷ *Yearbook*, Vol. XVIII, 1987, *op. cit.* N° 16, p. 166.

³⁰⁸ *Yearbook*, Vol. XVIII, 1987, *op. cit.* N° 18-19, p. 166.

³⁰⁹ *Yearbook*, Vol. XVIII, 1987, *op. cit.* N° 18-22, p. 166-167.

quienes debía ofrecerse una norma clara, redactada en términos sencillos y precisos.³¹⁰

En vista de las anteriores exposiciones, el Secretario de la Comisión (BERGSTEN) explicó que la causa del conflicto entre el Proyecto y la Convención de Ginebra no era el artículo 82 sino el artículo primero del Proyecto, que disponía su aplicación a las letras de cambio y pagarés internacionales que contuvieran en su encabezamiento y en el texto las palabras: "Letra de Cambio (Pagaré) Internacional (Convención de . . .)". De igual modo señaló la existencia de otro potencial conflicto entre ambas Convenciones, porque la idea fundamental del Proyecto consistía en someter el instrumento a un sistema jurídico único sin tomar en cuenta su posterior circulación en un Estado No Contratante, mientras que la Convención de Ginebra aceptaba la posibilidad de regular por leyes distintas las diversas obligaciones cambiarias, y, por tanto, permitía someter las obligaciones del librador a una ley y declarar aplicable otra para regular, por ejemplo, las relaciones entre endosante y endosatario.

En virtud de las anteriores consideraciones, el Secretario de la Comisión (BERGSTEN) concluyó que la incompatibilidad existente no era consecuencia del artículo 82 sino del sistema sancionado en el Proyecto y de la filosofía misma que lo inspiraba, motivo por el cual la solución del problema correspondía únicamente a los Estados Partes de las Convenciones de Ginebra.³¹¹

167. En horas de la tarde del 6 de agosto de 1987 (acta 379), continuó la consideración del asunto. El Representante de Cuba (DE HOYOS GUTIERREZ) manifestó su acuerdo con el artículo 82, en cuanto dispone la preferente aplicación del Proyecto sobre las Convenciones anteriores relativas a la misma

³¹⁰ *Yearbook*, Vol. XVIII, 1987, *op. cit.* N° 23-29, p. 167.

³¹¹ *Yearbook*, Vol. XVIII, 1987, *op. cit.* N° 29-37, p. 167-168.

materia, porque, a su entender, los Estados Partes de las Convenciones de Ginebra no estaban obligados a denunciarlas sino a reconocer la primacía de la Convención de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI); pero consideró más discutible la prohibición, consagrada en el mismo precepto, de celebrar futuros Tratados, porque constituiría una fuente posible de conflictos.³¹²

De seguida el Delegado de Chile (CRUZ FABRES) destacó la poca aceptación del artículo 82 entre los miembros de la Comisión y las eventuales dificultades que causaba a los Estados Partes de las Convenciones de Ginebra que pretendieran ratificar el Proyecto;³¹³ y el Representante de México (ABASCAL) también apoyó la supresión del precepto porque la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) no era el foro adecuado para resolver los problemas originados por el artículo 82, los cuales que debían discutirse en reuniones futuras entre los Estados Partes de las Convenciones de Ginebra y de Panamá, respectivamente.³¹⁴

La eliminación del artículo fue igualmente apoyada por el Delegado de los Estados Unidos de América (SPANOGLE) porque, en su criterio, los posibles conflictos causados por el Proyecto no podían resolverse ni en el propio Proyecto ni por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). No obstante, en virtud de las grandes sumas invertidas en los trabajos preparatorios, manifestó su esperanza en el sentido de que los Estados Partes de las Convenciones de Ginebra examinaran el problema en el futuro más próximo, sin esperar la entrada en vigencia del Proyecto.³¹⁵

³¹² *Yearbook*, Vol. XVIII, 1987, *op. cit.* Nº 2, p. 168.

³¹³ *Yearbook*, Vol. XVIII, 1987, *op. cit.* Nº 3, p. 168.

³¹⁴ *Yearbook*, Vol. XVIII, 1987, *op. cit.* Nº 4, p. 168.

³¹⁵ *Yearbook*, Vol. XVIII, 1987, *op. cit.* Nº 5, p. 168.

El Delegado de Egipto (CHAFIK) también se pronunció en favor de la supresión del artículo 82; pero, de mantenerlo, sostuvo que debía ser modificado para permitir el respeto tanto de las convenciones regionales ya existentes como de las futuras;³¹⁶ y, en última instancia, el Observador por Venezuela (YEPEZ) sostuvo que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) no era el foro adecuado para discutir las cláusulas finales de una convención internacional, que envolvían asuntos de naturaleza política, a ser resueltos, según su criterio, por la Asamblea General o por una Conferencia Diplomática. No obstante, si se continuaban considerando las cláusulas finales, en su criterio era imprescindible mantener la solución del artículo 82, pues el Proyecto, "sin duda alguna" debía aplicarse con preferencia a los convenciones regionales existentes o futuras.³¹⁷

168. Acto continuo, la Presidente (PIAGGI de VANOSI) declaró la existencia de una clara mayoría por suprimir el artículo 82 y propuso se tomara la correspondiente decisión, como efectivamente se hizo.³¹⁸

169. Los diversos criterios expuestos con motivo del examen del artículo 82 del Proyecto fueron resumidos en el *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) durante el Vigésimo Período de Sesiones (Nueva York, 20 de julio a 14 de agosto de 1987)*; y al respecto se explica que el conflicto entre la Convención de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y las Convenciones de Ginebra y de Panamá se produce porque éstas últimas determinan la ley aplicable a las diversas cuestiones relacionadas con los títulos de crédito y pagarés tomando como factor de conexión el lugar donde fue asumida la obli-

³¹⁶ *Yearbook*, Vol. XVIII, 1987, *op. cit.* N° 6, p. 168.

³¹⁷ *Yearbook*, Vol. XVIII, 1987, *op. cit.* N° 7, pp. 168-169.

³¹⁸ *Yearbook*, Vol. XVIII, 1987, *op. cit.* N° 8-9, p. 169.

gación (p.e. el lugar donde el instrumento fue emitido o debe ser pagado). Por el contrario la Convención de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en su artículo 2, dispone que las normas convencionales se aplicarán aún cuando ninguno de los lugares indicados en el instrumento se encuentre situado en un Estado contratante. Por consiguiente, si se presenta un problema respecto a un instrumento librado conforme a la Convención de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), las Convenciones de Ginebra y de Panamá pueden requerir que se aplique la ley de un Estado que no sea parte de la Convención de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (p.e. un Estado que haya adoptado la Convención Uniforme de Ginebra), y cuya legislación no permita excluir su aplicación. Sin embargo, de acuerdo con la Convención de la CNUDMI las reglas de la Convención regularían el asunto.³¹⁹

Acto continuo el "Informe" se refirió al debate ocurrido en el seno de la Comisión para informar que había sido propuesto suprimir el artículo 82 por no resolver adecuadamente el problema del conflicto potencial entre las referidas convenciones; y también se alegó que los Estados partes de las convenciones de Ginebra y de Panamá no podrían ratificar la Convención de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) si se mantenía el artículo 82, que consagraba su aplicación preferente. De igual modo fue destacado que la Convención de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sólo pretendía constituir un sistema paralelo utilizable opcionalmente por los interesados, sin desplazar a las Convenciones de Ginebra y de Panamá; y, por tanto, los países vinculados por ellas deberían poder aplicarlas en sus recíprocas relaciones. Por último, se comentó que había sido calificada como "extravagante" la

³¹⁹ *Yearbook*, Vol. XVIII, 1987, *op. cit.* N° 219, p. 25.

pretensión de asignar preferencia a la Convención de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre todas las Convenciones a celebrarse el futuro.³²⁰

De inmediato agregó el “Informe” que la aplicación del artículo 30 (4) de la Convención de Viena había sido considerada insatisfactoria en el caso de tratados de derecho privado, que regulan los derechos derivados de efectos de comercio internacionales, ya que éstos envuelven a menudo muchas partes de distintos países y la solución de la Convención de Viena conduciría a regular por diferentes legislaciones las varias relaciones jurídicas surgidas entre ellas. Además, los comerciantes y los jueces tendrían grandes dificultades para determinar la ley aplicable a cada una de las obligaciones representadas en el efecto de comercio.³²¹

Por último, en el “Informe” se refiere:

Durante el debate se mencionaron varios procedimientos para resolver el conflicto potencial entre las Convenciones de Ginebra y Panamá con el Proyecto de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). La denuncia de las convenciones de Ginebra se consideró una solución poco realista. La reforma de la Convención de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) tampoco se estimó satisfactoria porque implicaría cambios sustanciales. En términos generales fue reconocido que el problema sólo podría ser resuelto por acuerdo entre las partes de las Convenciones de Ginebra y de Panamá a fin de que dichas Convenciones no se apliquen a los instrumentos sometidos a la Convención de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).³²²

³²⁰ *Yearbook*, Vol. XVIII, 1987, *op. cit.* N° 220, p. 26.

³²¹ *Yearbook*, Vol. XVIII, 1987, *op. cit.* N° 221, p. 26.

³²² *Yearbook*, Vol. XVIII, 1987, *op. cit.* N° 22, p. 26.

170. Las dificultades causadas por el eventual conflicto existente entre las Convenciones de Ginebra y de Panamá con la Convención de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) fueron objeto de específico señalamiento ante la Sexta Comisión de la Asamblea General, con motivo de la última revisión del Proyecto.³³³

En efecto, *el 7 de octubre de 1988* el Representante de México (ABASCAL ZAMORA), en su carácter de Presidente presentó el informe de las actividades cumplidas por el Grupo de Trabajo; y de inmediato el Delegado por el Uruguay (OPERTTI BADAN) recordó que su país y otros trece Estados latinoamericanos son Parte de la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas, suscrita en Panamá en 1975, donde sólo se escoge la legislación competente a través del lugar donde se asume la respectiva obligación, sin someter el título a una ley única. Por el contrario el Proyecto de Convención de Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) se limita a consagrar normas materiales o directas para unificar la legislación aplicable; y su ámbito de vigencia depende del carácter internacional de la letra de cambio y del pagaré, que es determinado mediante una especial valoración de los lugares de emisión y de pago.

Ahora bien, agregó el Representante del Uruguay (OPERTTI BADAN), si alguno de dichos catorce Estados latinoamericanos ratifica la Convención de las Naciones Unidas, ésta deberá aplicarse cuando la ley competente para regular la respectiva obligación cambiaria sea la de uno cualquiera de ellos; pero corresponderá a la Convención de Panamá señalar la legislación aplicable a los títulos de crédito en las relaciones entre los Estados Parte a la misma, con independencia de si han ratificado o no la Convención de las Naciones Unidas. Por tanto, “de esta manera podría establecerse una relación armoniosa entre dos convenciones internacionales, una de derecho regional de con-

³³³ Véanse antes los números 141 a 148 de este trabajo.

flicto de leyes, y otra, universal, de derecho material uniforme”³³⁴; y, en última instancia, agregó que “el hecho de haberse mantenido la fórmula original del artículo 89 (ahora 88), que regula las reservas, permitirá a los Estados, incluidos los del sistema interamericano, incorporarse más fácilmente al nuevo régimen”.³³⁵

171. En esa misma oportunidad el asunto fue también mencionado por la señora VOLOCHINSKY (Chile), quien recordó que su País “no estaba de acuerdo con la disposición del artículo 2 del Proyecto, que determina el ámbito de aplicación de la convención, porque otorgaba autonomía a los firmantes de los documentos de crédito para hacer aplicable la convención en cualquier Estado, fuese o no Estado Parte en ella”; solución ésta reiterada en el artículo 4, que no era compatible con la establecida por la Convención Interamericana de Panamá, de 1975.

No obstante, hizo referencia a los esfuerzos realizados en el Grupo de Trabajo para destacar que después de varios días de examen del problema “en pequeños subgrupos se logró una solución transaccional que, si bien no es plenamente satisfactoria para la delegación de Chile, tiene al menos el mérito de establecer que uno de los lugares a que se hace referencia, el lugar donde se gire la letra o el lugar del pago, debe estar situado en un Estado contratante”; y, por consiguiente concluyó: “En cierto sentido, esta disposición impide que el instrumento pueda aplicarse o producir efectos en cualquier Estado no contratante y establece al menos un punto de conexión vinculado a un Estado

³³⁴ *Acta de la Décima Sesión de la Sexta Comisión, (A/C.6/43/SR.10), p. 10.*

³³⁵ *Acta de la Décima Sesión de la Sexta Comisión, (A/C.6/43/SR.10), p. 11.* De acuerdo con el artículo 88: “1) Todo Estado, en el momento de la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, podrá declarar que sus tribunales sólo aplicarán la Convención si el lugar indicado en el título donde se libra la letra o donde se suscribe el pagaré y el lugar del pago del título en él indicado se encuentran en Estados Contratantes. 2) No se podrá hacer otras reservas”.

contratante”; todo ello sin olvidar la posibilidad de la reserva prevista por el artículo 88.³³⁶

172. Durante las intervenciones ante la Sexta Comisión, ninguno de los Delegados hizo referencia a la eventual incompatibilidad de la Convención de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) con la Convención de Ginebra: el asunto se consideró suficientemente examinado y resuelto en el sentido de estimar necesario un acuerdo entre los Estados Parte, a negociarse en un foro más apropiado, como la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado.

IX

LAS PROYECCIONES SOBRE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

173. Con motivo del inicio de los trabajos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) dirigidos a la preparación de una Ley Uniforme sobre la letra de cambio internacional la Delegación de los Estados Unidos propuso incluir el tema relativo a “los títulos negociables” en Programa de Trabajos futuros; y así lo dispuso la Décima Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado en el “Acta Final”, suscrita el 26 de octubre de 1968³³⁷

³³⁶ *Acta de la Décima Sesión de la Sexta Comisión*, (A/C.6/43/SR.10), p. 12-13. De igual modo recordó que Chile había propuesto en el Grupo de Trabajo, sin éxito, sustituir el artículo segundo del Proyecto por el texto siguiente: “Ambito de Aplicación: i) Una letra de cambio es internacional si los lugares efectivos de giro y de pago indicados en ella están situados en Estados contratantes diferentes. ii) Un pagaré es internacional si los lugares efectivos de suscripción y de pago indicados en él están situados en Estados contratantes diferentes”. También hizo referencia al fracaso de la fórmula conciliatoria, propuesta por España, con apoyo de Chile.

³³⁷ *Acte Final*, Parte C, letra g).

174. La posibilidad de utilizar normas sobre conflicto de leyes, como las establecidas en las Convenciones de Ginebra de 1930 y 1931, fue una de las alternativas consideradas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) durante su *Segundo Período de Sesiones (Ginebra, 3 a 31 de marzo de 1969)* para resolver los problemas que pudieran surgir en virtud de la coexistencia del sistema de Ginebra con el angloamericano; y en esa oportunidad el Observador de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado informó que un tema titulado: "La ley aplicable a los instrumentos negociables" había sido inscrito el año anterior en el futuro programa de trabajos, pero sin darle prioridad. Sin embargo, agregó que si la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) decidía "que un convenio relativo a los conflictos de leyes podría contribuir a resolver los conflictos existentes, la Conferencia estaría dispuesta a preparar un proyecto de convenio de este tipo"³³⁸

175. El asunto fue considerado de nuevo por la Décima Primera Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado; y en *21 de octubre de 1972* se resolvió mantenerlo en el programa de trabajos futuros, pero como uno de los temas a ser examinados en segundo lugar.²³⁹

176. La "*Comisión Especial sobre Asuntos Diversos*", reunida en La Haya del *19 al 23 de enero de 1976*, examinó nuevamente la materia. En esa oportunidad la mayoría de los asistentes destacó la importancia del tema y la conveniencia de su retención dentro de los trabajos futuros, a fin de examinarlo cuando así lo aconsejara el progreso del proyecto elaborado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). No obstante, algunos expertos de habla francesa sugirieron, y así fue aceptado, sustituir por "efecto de comer-

³³⁸ *Anuario*, Vol. I, 1968-1970, nr. 68, p. 169. (Véase antes el número 6 de este trabajo).

³³⁹ *Acte Final*, Parte C, letra b).

cio” el término “títulos negociables”, debido a la amplitud mucho más extensa de este último en comparación con la materia que pretendía considerar la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado.³⁴⁰

177. Con vista de los criterios expuestos durante el debate de la Comisión Especial, en *septiembre de 1976* fue preparado por el Consejo Permanente el *Documento Preliminar N.º 1* bajo el título: *Nota sobre la Ley Aplicable a los Efectos de Comercio*; y, en él se indicaron las razones que justificaban iniciar el estudio de los problemas de relativos a los conflictos de leyes en materia de efectos de comercio, a saber:

a) La Convención de Ginebra no resuelve todos los problemas de Derecho internacional privado que pueden surgir con motivo de la circulación de los efectos de comercio, tales como el consentimiento, la causa, la fuerza mayor. Además es una Convención aplicable sólo entre los Estados Parte; y tampoco ha logrado unificar las normas de conflicto pues no ha sido ratificada por muchos países, en especial, por los del *common law*.³⁴¹

b) la Convención de Ginebra parte del principio de la pluralidad de leyes aplicables, motivo por el cual las obligaciones del aceptante se rigen por la ley del lugar de pago y la ley del país en el territorio del cual han sido estampadas determina los deberes y derechos de los otros signatarios. Aun cuando ha sido objeto de crítica por gran parte de la doctrina, la solución se justificaba en 1930 porque entonces la letra de cambio tenía la función de un instrumento de pago: el título facilitaba las transacciones comerciales internacionales y a través de los endosos en países distintos permitía la realización de muchos pagos³⁴²

³⁴⁰ “*Conclusions de la Commission spéciale sur les matières diverses*”, en *Actes et Documents de la Trezième session*, Vol. I, *Matières diverses*, La Haya, 1978, pp. 89-91.

³⁴¹ *Actes et Documents de la Trezième session*, Vol. I, *Matières diverses*, *op. cit.*, p. 132.

³⁴² *Actes et Documents de la Trezième session*, Vol. I, *Matières diverses*, *op. cit.*, p. 132.

Ahora bien, en la época actual la situación ha cambiado por cuanto los efectos de comercio se han convertido en instrumentos de crédito y han perdido su cualidad de instrumentos de pago, debido al desarrollo de otros medios más rápidos como las transferencias bancarias telefónicas o por télex. Por consiguiente, hoy en día es muy raro que las letras de cambio presenten más de un endoso, el cual suele hacerse a favor del Banco encargado de su cobro; y este cambio de utilización podría justificar la adopción del principio de la unidad de conexiones, consistente en someter a una ley única todas las obligaciones derivadas del título, bien sea la legislación competente para regular la operación inicial entre el librador y tomador, o la ley del lugar del pago indicado en el instrumento. Esta solución unitaria atiende mejor las exigencias de la vida comercial, por cuanto es más simple, al someter a una sola ley todas las obligaciones representadas en el mismo instrumento; y también se justifica desde el punto de vista teórico porque jurídicamente todas las obligaciones nacidas de un título se conectan a una misma deuda, que debe ser cancelada por el aceptante de la letra o el emitente del pagaré, o, en su defecto, por cualquiera de los otros signatarios del instrumento.³⁴³

c) El nuevo examen del asunto es igualmente aconsejable debido a los trabajos en curso en el seno de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). En efecto, el Proyecto en estudio consagra una concepción unitaria de la ley aplicable y se fundamenta en el principio de la autonomía de la voluntad, ya que, gracias a la inclusión de una frase en el encabezamiento y en el texto del título, las normas convencionales son aplicables para regular los derechos y las obligaciones asumidas por todos los firmantes, con independencia del lugar donde fueron concluidos los diversos contratos referentes a la letra de cambio, del lugar de rechazo del pago, del lugar donde el protesto se levantó o ha debido levantar.

³⁴³ *Actes et Documents de la Trezième session, Vol. I, Matières diverses, op. cit., p. 133.*

tarse. Este sistema no parece haber causado problemas a los países del *common law*, pero, ciertamente, constituye un grave obstáculo para los Estados Partes de la Convención de Ginebra de 1930, que consagra una solución pluralista y somete cada obligación a una ley específicamente determinada, sin permitir que pueda ser descartada por la voluntad contraria de los firmantes del instrumento.³⁴⁴

Por tanto, parece existir una incompatibilidad total entre la filosofía de la Ley Uniforme proyectada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y el sistema consagrado por la Convención de Ginebra; y si se desea que la nueva Convención tenga alguna posibilidad de funcionar entre los principales países industrializados, resulta aconsejable un nuevo estudio del problema para establecer un sistema menos rígido del adoptado en Ginebra y admitir mayor importancia a la autonomía de la voluntad.³⁴⁵

178. En horas de la tarde del 12 de octubre de 1976, después de un breve resumen de su contenido, hecho por el Primer Secretario del Consejo Permanente (PELICHET), el *Documento Pre-*

³⁴⁴ *Actes et Documents de la Trezième session*, Vol. I, *Matières diverses*, *op. cit.*, p. 133.

³⁴⁵ *Actes et Documents de la Trezième session*, Vol. I, *Matières diverses*, La Haya 1978, p. 133-134. El *Documento Preliminar I* aborda de seguida algunos *Problemas Técnicos* que deben ser resueltos si se decide revisar la Convención de Ginebra. En efecto, conforme a su artículo 18 la solicitud de revisión debe dirigirse por un Estado Parte a la Secretaría General de la Sociedad de las Naciones, organismo inexistente en la actualidad; siendo de advertir que la Organización de las Naciones Unidas no es jurídicamente su sucesor. En consecuencia, parece posible que los trabajos de revisión se efectúen en el seno de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, pero en este caso, por razones de cortesía diplomática, sería necesario invitar a aquellos Estados Parte de la Convención de Ginebra de 1930, aun cuando no lo sean de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, a saber: Hungría, Mónaco, Polonia y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). Además, como la materia interesa al comercio internacional y tiene una repercusión mundial debería efectuarse una apertura universal de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, con inevitables repercusiones de orden económico que es necesario analizar cuidadosamente (*Ibid.*, *op. cit.*, p. 131)

liminar I fue examinado por la Cuarta Comisión de la Décima Tercera Sesión de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado; y, la sugerencia de incluir el tema de la ley aplicable a los efectos de comercio dentro de los trabajos futuros encontró el respaldo de Australia (HERMES), Bélgica (JENNARD), Dinamarca (DUE), Estados Unidos de América (KEARNEY), Francia (BATIFFOL), Suecia (KNUTSSON) y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (ANTON)³⁴⁶. Por tanto, el Delegado de Suiza (CAVIN), en su carácter de Presidente de la Cuarta Comisión, dejó constancia de la falta de oposición a la propuesta; pero destacó la discrepancia de pareceres sobre la manera más adecuada de proceder, habida cuenta la vigencia de la Convención de Ginebra y la necesidad de tomar en consideración el desarrollo de los trabajos en curso en el seno de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (CNUDMI)³⁴⁷

179. Con vista de tales antecedentes, en 23 de octubre de 1976, la Décima Tercera Sesión de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado decidió requerir a la Comisión de Estado de los Países Bajos el estudio de la posibilidad de “tomar en consideración la preparación de una Convención sobre la ley aplicable a los efectos de comercio, como tema destinado a figurar en el orden del día de una próxima Conferencia,

³⁴⁶ El Representante de Luxemburgo (HUSS) preguntó sobre la necesidad de preparar una Convención en vista de que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) pretende la unificación de la legislación sustantiva referente a los efectos de comercio; pero el Primer Secretario del Consejo Permanente (PELICHT) le advirtió que la Convención en vías de preparación no pretende sustituir la ley interna de los Estados Miembros sino consagrar un sistema paralelo, y por ese motivo deben resolverse los problemas de Derecho Internacional Privado sobre la materia.

³⁴⁷ *Actes et Documentos de la Trezième Session*, Vol. I, *Matières diverses*, “Procès Verbal N° 3”, Nos. 33-46, pp. 164-165. La “Comisión Especial sobre Asuntos Diversos”, reunida entre el 19 al 23 de enero de 1976, se limitó a requerir del Consejo Permanente la preparación de varios documentos para ser considerados en la Décima Tercera Sesión, dentro de los cuales se incluyó uno sobre la ley aplicable a los efectos de Comercio (“*Conclusions de la Commission spéciale sur les matières diverses*” (Ibid., p. 90).

debiendo adaptarse los estudios preliminares al desarrollo de los trabajos en curso en otras organizaciones, especialmente en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)".³⁴⁸

180. Con vista de lo anterior la decisión, el Consejo Permanente elaboró en *noviembre de 1979* el *Documento Preliminar N° 3* con el título: *Nota sobre la preparación de una Convención sobre la ley aplicable a los efectos de comercio*, en el cual informó acerca del progreso de los trabajos realizados en el seno de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI); y, a pesar de estimar que no concluirían antes de 1984, fue destacada la propuesta de algunos de sus miembros tendiente a regular también los problemas de Derecho Internacional Privado, aun cuando sin éxito debido a la opinión contraria de la gran mayoría. Por tanto, era aconsejable disponer el inicio, lo más rápido posible, de los estudios dirigidos a elaborar una Convención sobre Conflicto de Leyes en materia de letras de cambio internacionales, y comunicar esta decisión a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

181. El *Documento Preliminar N° 3*, además de referirse a las dificultades de orden técnico, destacó especialmente el impacto de semejante decisión en la organización práctica de los trabajos y en la política general de la Conferencia de La Haya, independientemente de que se pretenda preparar una nueva Convención o tan sólo revisar las Convenciones de Ginebra. No obstante, se reiteró la posibilidad jurídica de efectuar la tarea en el seno de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, en vista de que la Organización de las Naciones Unidas no era jurídicamente sucesor de la Sociedad de las Naciones, según

³⁴⁸ "Acte Final", Sección C, letra b). *Actes et Documents de la Trezième session*, Vol. I, *Matières diverses, op. cit.*, . p. 36.

fue confirmado por el Director General de su División Jurídica, en carta de 28 de noviembre de 1979.³⁴⁹

182. El *Documento Preliminar N° 3* fue examinado por la *Comisión Especial sobre asuntos Diversos* en febrero de 1980; y después del necesario intercambio de criterios se decidió mantener el tema de la ley aplicable a los efectos de comercio como tercer punto en la lista de los trabajos futuros. No obstante, durante el debate fue advertido que los problemas de derecho internacional privado no se presentan con mucha frecuencia en la práctica, pero también se reconoció el poco éxito de las Convenciones de Ginebra, especialmente su fracaso para servir de puente entre los países de derecho civil y los del *common law*. De igual modo fue destacado que los Estados en vías de desarrollo, por no haber participado en las negociaciones de Ginebra, no se adherirán a dichas Convenciones; y que su revisión también se impone por las dificultades surgidas como consecuencia del Proyecto de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)³⁵⁰

183. El asunto fue considerado de nuevo por la *Cuarta Comisión de la Décima Cuarta Sesión de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado*, en horas de la mañana del 17 de octubre de 1980 (Acta N° 4), con asistencia de Brasil, Hungría, Mónaco y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, a pesar de no ser Estados Miembros, pero en su carácter de Partes de la Convención de Ginebra sobre conflictos de leyes.

Durante el debate intervinieron los Delegados de Austria (DUCHEK), la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas (KHAMANEV), Dinamarca (MELCHIOR), el Reino Unido de

³⁴⁹ *Actes et Documents de la Quatorzième session*, Vol. I, *Matières diverses*, La Haya, 1982, pp. 86-93. La referida carta fue acompañada como *Addendum* al "Documento Preliminar No. 4".

³⁵⁰ "*Rapport sur les résultats de la Commission spéciale sur les matières diverses*", en *Actes et Documents de la Quatorzième session*, Vol. I, *Matières diverses. op. cit.* pp. 189-190.

Gran Bretaña e Irlanda del Norte (DIAMOND) y los Países Bajos (VAN BOESCHOTEN). El Presidente de la Cuarta Comisión consultó también a los demás asistentes y dejó constancia del acuerdo de todas las Delegaciones en inscribir el tema dentro de los trabajos futuros y en autorizar al Secretario General para tomar todas las iniciativas necesarias de acuerdo con las circunstancias ³⁵¹

184. Con vista de tales antecedentes, en 25 de octubre de 1980 la *Décima Cuarta Sesión de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado* decidió “tomar en consideración la preparación de una convención sobre la ley aplicable a los efectos de comercio, como tema destinado a figurar en el orden del día de una sesión futura; y de igual modo fue resuelto encomendar al Secretario General que informara a los Estados Miembros la proposición que había sido formulada con el objeto: 1) de iniciar trabajos a nivel inter-gubernamental, cuando el tiempo fuera apropiado, con participación de los Estados No Miembros que sean Partes de las Convenciones de Ginebra con vista del progreso de los trabajos realizados por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI); y 2) de resolver sobre la participación de los Estados No Miembros a los trabajos de la Conferencia cuando la materia en estudio así lo requiriera, como es el caso del derecho del comercio internacional. ³⁵²

185. Tres años más tarde, en diciembre de 1983, fue preparado el *Documento Preliminar J* con el título: *Nota sobre la preparación de una Convención sobre la ley aplicable a los efectos de comercio*. En esta

³⁵¹ *Actes et Documents de la Quatorzième session*, Vol. I, *Matières diverses*. *op. cit.* pp. 229-230.

³⁵² “*Acte Final*”, Parte E, Número 2, letras a) y b), en *Actes et Documents de la Quatorzième session*, Vol. I, *Matières diverses*, *op. cit.* p. 64. En relación a la apertura de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado: PARRA-ARANGUREN, Gonzalo: “La Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, Caracas, Años 1986-1987, volumen 37, pp. 279-298.

oportunidad, el Consejo Permanente informó respecto al progreso de los trabajos y sostuvo que era prematura cualquier decisión, habida cuenta que el Proyecto de Convención sobre Letras de Cambio y Pagarés Internacionales sólo sería examinado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en su próximo período de Sesiones.³⁵³

186. Con vista del *Documento Preliminar J* la *Comisión Especial sobre los Asuntos Generales y Política de la Conferencia*, al reunirse en enero de 1984 se abstuvo de decidir; y resolvió esperar el resultado de los trabajos a realizarse en el Décimo Séptimo Período de Sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), a celebrarse en el mismo año de 1984.³⁵⁴

187. Una vez concluido el Décimo Séptimo Período de Sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) el Consejo Permanente elaboró el *Anexo 12* al punto número V del documento contentivo de las “Conclusiones de la Comisión Especial de enero de 1984”, bajo el título: *Nota sobre la ley aplicable a los efectos de comercio*; y luego de calificar como un “abandono” la decisión de suspender los trabajos sobre el cheque internacional, se refirió a las críticas de algunos asistentes al Proyecto sobre Letra de Cambio y Pagaré Internacionales, en particular, las relativas a los endosos falsificados, al concepto de tomador protegido, a las normas sobre pagos sucesivos y a la exclusión de responsabilidad del librador. De igual modo recordó la extensa discusión sobre el ámbito de su vigencia y respeto a los problemas originados por los conflictos de leyes, para concluir que, en su criterio, el Proyecto no podría convertirse en Convención antes de 1989 o 1990. •

³⁵³ *Actes et Documents de la Quinzième Session*, Vol. I, *Matières Diverses*, La Haya, 1986, pp. 131-132.

³⁵⁴ “*Conclusions de la Commission spéciale de janvier 1984*”, Documento Preliminar No. 1, de abril de 1984, en *Actes et Documents de la Quinzième Session*, Vol. I, *Matières diverses*, *op. cit.* pp. 147.

Acto continuo el Consejo Permanente insistió en la concepción unitaria consagrada en el Proyecto y en la importancia reconocida al principio de la autonomía voluntad, que permite la aplicación de las normas convencionales a todos los obligados cambiarios si el librador estampa la frase prevista por el artículo primero en el encabezamiento y en el texto del título. Por tanto, el nuevo sistema se encontraba en franco antagonismo con la Convención de Ginebra, que admite la pluralidad de las conexiones y somete cada obligación cambiaria a una legislación distinta, sin permitir a las partes descartar la ley competente; y esta incompatibilidad sólo podría superarse mediante la revisión de la Convención de Ginebra para establecer un sistema menos rígido, que permitiera una mayor influencia a la autonomía de la voluntad de las partes en la escogencia de la ley aplicable a las obligaciones representadas en el efecto de comercio.³⁵⁵

Sin embargo, el Consejo Permanente también se refirió a la existencia de ciertas dudas sobre la utilidad de iniciar los trabajos en la materia, debido a las pocas dificultades que se han presentado en la práctica con relación a los conflictos de leyes relativos a los efectos de comercio, según lo comprueba la falta de jurisprudencia importante respecto a la Convención de Ginebra; y tampoco han surgido problemas mayores cuando los efectos de comercio han circulado entre los Estados Parte de la Convención de Ginebra y los Estados No Parte. Por tanto, a pesar de sus indiscutibles imperfecciones, no parece imponerse una revisión de la Convención de Ginebra.³⁵⁶

De acuerdo con el Consejo Permanente, la única justificación para emprender estudios sobre la materia se encuentra en el Proyecto de la Comisión de las Naciones Unidas para el Dere-

³⁵⁵ Los anteriores argumentos ya habían sido expuestos en el *Documento Preliminar No. 1* de septiembre de 1976, sometido a consideración de la Décima Tercera Sesión de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (1976) (Véase antes el número 175 de este trabajo).

³⁵⁶ *Actes et Documents de la Quinzième Session*, Vol. I, *Matières diverses*, *op. cit.*, pp. 178-179.

cho Mercantil Internacional (CNUDMI). Sin embargo, a su entender, existe gran escepticismo en la mayoría de las Delegaciones acerca del éxito de la futura Convención y no parece haber alguna Delegación que crea en la ratificación por el número de Estados exigidos para su entrada en vigencia. Además, el carácter opcional de la Convención constituye un serio obstáculo para su aceptación en la práctica, por cuanto los comerciantes y banqueros, en vez de escoger un sistema nuevo, híbrido y de aplicación difícil, preferirán utilizar el derecho interno de su país, que conocen bien y no les ha originado mayores dificultades.

En vista de una perspectiva tan poco alentadora, parecería tener poca utilidad una Convención sobre conflicto de leyes en materia de letras de cambio y pagaré. De igual modo es necesario preguntarse con seriedad si la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado debe emprender una tarea que no solamente requiere esfuerzos intelectuales considerables sobre un tema delicado y técnicamente difícil, sino también gastos muy elevados, por la necesidad de realizar una apertura universal como había sido hecha respecto a la compraventa internacional de mercaderías.

Por tanto, el Consejo Permanente se pronunció por esperar hasta la Décima Sexta Sesión de la Conferencia para tener una idea más clara del asunto y tomar entonces la decisión correspondiente, luego de evaluar todas las implicaciones y perspectivas. Por supuesto, el inicio de los estudios sería recomendable si el Grupo de Trabajo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) llega a resultados aceptables para todos los países; pero no se justificaría la intervención de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado si el compromiso es muy difícil de realizar y la Asamblea General o la Sexta Comisión deciden el abandono del proyecto ³⁵⁷

³⁵⁷ *Actes et Documents de la Quinzième Session, Vol. I, Matières diverses, op. cit., pp. 179.*

188. En horas de la tarde del 16 de octubre de 1984, la *Primera Comisión de la Décima Quinta Sesión de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado* consideró el tema relativo a la ley aplicable a los efectos de comercio; y el Primer Secretario del Consejo Permanente (PELICHET) reprodujo las consideraciones expuestas en el Anexo 12 a las "conclusiones de la Comisión Especial reunida en enero de 1984" para concluir sugiriendo se mantuviera el tema dentro del orden del día, aun cuando a la espera del resultado de los trabajos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

Durante el debate, los Representantes de Australia (BENNET), Argentina (BOGGIANO) y los Estados Unidos de América (PFUND) consideraron exagerado el pronóstico pesimista del Consejo Permanente sobre los progresos del Proyecto; pero Suecia (HÖKBORG), con el apoyo de Suiza (VOLKEN), propuso eliminar el tema de la lista de trabajos futuros. De inmediato el Observador por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (SONO) hizo uso de la palabra, no sólo para rechazar el pesimismo del Primer Secretario sino también para insistir en la importancia de los problemas de conflicto de leyes en materia de letra de cambio y pagaré. De igual modo destacó las calificaciones de la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado, como el foro más adecuado para resolver la eventual incompatibilidad de la nueva Convención con la Convención de Ginebra; y advirtió que la eliminación del tema del programa de trabajos futuros representaría un mensaje muy negativo de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, con muy delicadas consecuencias.

Acto continuo fue sometida a voto la propuesta de supresión, habiendo resultado rechazada; y se aprobó mantener el tema a la expectativa (en el *freezer*), como lo sugirió el Primer Secretario del Consejo Permanente (PELICHET) ³⁵⁸

³⁵⁸ *Actes et Documents de la Quinzième Session*, Vol. I, *Matières diverses*, *op. cit.*, 198-199.

189. Con vista de tales antecedentes, la *Décima Quinta Sesión de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado*, en 20 de octubre de 1984 decidió “mantener en el orden del día de los trabajos futuros de la Conferencia la elaboración de una convención sobre la ley aplicable a los efectos de comercio, teniendo en cuenta, especialmente, el avance de los trabajos emprendidos en el seno de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)”.³⁵⁹

190. Tres años más tarde, en el mes de *noviembre de 1987*, el Secretario General Adjunto (PELICHET) preparó el *Documento Preliminar N° 1*, bajo el título: *Nota sobre la ley aplicable a los efectos de comercio*, para ser considerado por la “Comisión Especial sobre los Asuntos Generales y la Política de la Conferencia”.

El *Documento Preliminar N° 1* comienza con una relación, tanto de los antecedentes del asunto en la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado como del progreso de los trabajos en el seno de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que concluyeron en la aprobación del Proyecto durante su Vigésimo Período de Sesiones (Viena, 20 de julio a 14 de agosto de 1987). De igual modo se recordaron las varias alternativas posibles para culminar en su aceptación,⁴⁴⁴ con el señalamiento de que las dificultades económicas probablemente conducirían a aceptar el Proyecto como Convención en la Sexta Comisión de la Asamblea General, sin ser discutido en una Conferencia Diplomática. No obstante, se destacó la incertidumbre sobre su futuro, por cuanto, de utilizarse semejante método para su aprobación, resultaría que más de la mitad de los Estados no habrían intervenido en sus negociaciones preparatorias y, por tanto, no era fácil esperar la ratificación de la Convención.³⁶⁰

³⁵⁹ “Acte Final”, Parte B, número 4, en *Actes et Documents de la Quinzième Session*, Vol. I, *Matières diverses*, op. cit., p. 33.

³⁶⁰ *Note sur la Loi Applicable aux Effets de Commerce*, “Document préliminaire No. 1” de novembre 1987 à l’intention de la Commission spéciale de janvier 1988 sur les affaires générales et la politique de la Conférence”, pp. 5-7.

De acuerdo con las estimaciones del Secretario General Adjunto no parece posible que el texto de la Convención, después de tantos años de trabajo, sea modificado durante este último trámite, porque representaba el resultado de los compromisos logrados después de largas discusiones; predicción particularmente cierta, en su criterio, respecto a los artículos referentes a la esfera de vigencia y a las condiciones para la implementación de la Convención, que tienen tanta importancia para la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado. Por consiguiente, sostuvo la urgencia de examinar con todo cuidado la utilidad de iniciar trabajos dirigidos a preparar una Convención sobre conflicto de leyes y la justificación del inmenso esfuerzo intelectual y financiero necesario para su preparación. A este respecto reiteró la poca importancia práctica de la materia, comprobada por la falta casi absoluta de decisiones sobre problemas de derecho internacional privado en materia de letra de cambio y pagaré; y que la única razón para emprender los estudios se encontraría en el nuevo instrumento creado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).³⁶¹

Acto continuo el *Documento Preliminar N° 1* reiteró que la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI) nunca quiso crear un sistema jurídico que sustituyera el derecho interno del Estado Contratante, pues tan sólo pretendió ofrecer un régimen paralelo para permitir a las partes efectuar una escogencia y utilizar el más conveniente a sus intereses. El Secretario General Adjunto agregó: "Este sistema paralelo, alternativo, es suficientemente original para causar problemas por sí mismo".

Por otra parte, la naturaleza facultativa de aplicación del Proyecto, basada en la selección hecha por el librador, necesi-

³⁶¹ *Note sur la Loi Applicable aux Effets de Commerce, "Document préliminaire No. 1" de novembre 1987 à l'intention de la Commission spéciale de janvier 1988 sur les affaires générales et la politique de la Conférence*", pp. 7-9.

riamente significa admitir el principio de la autonomía de la voluntad. En efecto, corresponde a quien emite el efecto de comercio decidir si lo somete a las normas convencionales y, en caso afirmativo debe inscribir en el encabezamiento y en el texto del instrumento, la mención prevista por el artículo segundo. De esta manera, el título queda totalmente sometido a un sistema jurídico único, con independencia del país donde pueda circular; y las demás partes en la relación cambiaria (endosantes, aceptantes, avalistas), por el simple hecho de estampar su firma sobre el instrumento, se someten a la selección hecha por el librador.³⁶²

Ahora bien, la mención "Letra de Cambio Internacional (Convención de...)" es la "frase mágica" que determina la es-cogencia de las normas convencionales; pero como la Convención sólo pretende aplicarse a los títulos *internacionales*, fue necesario definir cuando un efecto de comercio es "internacional". Esta determinación fue hecha por el artículo primero *bis*, que exige la indicación en el instrumento y la ubicación en Estados distintos, de dos de los siguientes lugares: a) lugar de emisión; b) lugar indicado junto a la firma del librador; c) lugar indicado junto al nombre del aceptante; d) lugar indicado junto al nombre del tomador; y e) lugar de pago. Sin embargo, el párrafo tercero del mismo artículo primero agregó que la prueba de la inexactitud de tales señalamientos "no afecta en nada la aplicación de la presente Convención"; y, por tanto, destacó el Secretario General Adjunto (PELICHET), el carácter internacional del título depende únicamente de los lugares que aparecen mencionados en el título, sin tomar en cuenta su ubicación real. En consecuencia, resulta posible convertir una situación absolutamente "nacional" en "internacional", con la simple inclusión de la frase "mágica" y la indicación de dos de los lugares exigidos en

³⁶² *Note sur la Loi Applicable aux Effets de Commerce, "Document préliminaire No. 1" de novembre 1987 à l'intention de la Commission spéciale de janvier 1988 sur les affaires générales et la politique de la Conférence*", pp. 9-11.

Estados diferentes, aunque la mención no corresponda con la realidad.

De acuerdo con el Secretario General Adjunto (PELICHET), este sistema, que permite convertir *ad libitum* una situación "nacional" en "internacional", aparece complementado por el artículo segundo del Proyecto, conforme al cual "la presente convención es aplicable sin tomar en cuenta si los lugares indicados en la letra de cambio internacional o en el pagaré internacional [...] se encuentran ubicados en Estados contratantes"; y al respecto recuerda el fracaso de todos los esfuerzos dirigidos a restringir ese carácter "exorbitante" mediante la exigencia de que dichos lugares se encuentren en Estados *Contractantes*, para vincular así al Proyecto con los sistemas de derecho nacional y evitar posibles situaciones aberrantes. No obstante, reconoció el éxito parcial obtenido con la aprobación del artículo 84 *bis*, que permite formular una reserva en el sentido de la rechazada modificación.³⁶³

De inmediato el Secretario General Adjunto (PELICHET) ejemplifica su crítica y menciona la posibilidad de la ratificación de la Convención por diez Estados latinoamericanos, número mínimo para su entrada en vigencia. Por tanto, desde ese momento, en virtud de los artículos primero y segundo, podrá ser librada una letra de cambio en París sobre Frankfurt sometiéndola al régimen de la Convención, a pesar de que ni Francia ni la República Federal de Alemania sean Estados Parte de la misma. Según su criterio, la situación así creada es completamente anormal, aun cuando no representa algo imprevisto, antes al contrario fue conocida por quienes votaron en favor de los textos aprobados; y la crítica de los opositores fue contestada con la simple afirmación de que las normas convencionales no serían aplicadas por los Estados No Contratantes. Sin embargo, "no se

³⁶³ *Note sur la Loi Applicable aux Effets de Commerce, "Document préliminaire No. 1" de novembre 1987 à l'intention de la Commission spéciale de janvier 1988 sur les affaires générales et la politique de la Conférence*", pp. 12-13.

preguntaron qué pasaría realmente en un caso tal”, y este aspecto es de gran importancia si se desea la efectiva negociabilidad del efecto de comercio creado por la nueva Convención.

Por las consideraciones anteriores, de acuerdo con el criterio del Secretario General Adjunto (PELICHET), el sistema consagrado en el Proyecto no es viable y requiere de una regla complementaria que autorice su funcionamiento. Por tanto, es necesario preparar una Convención sobre conflicto de leyes, que constituya la “llave” para abrir la puerta, y permitir determinar la ley *específica* para regir las diversas obligaciones cambiarias. De esta manera será posible establecer los casos de aplicación de la actuación de la Convención de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), aun en las situaciones anormales a las cuales pueden conducir sus artículos primero y segundo, como las del ejemplo antes propuesto.

Ahora bien, la Convención sobre conflicto de leyes necesariamente debería reconocer la autonomía de la voluntad, como criterio principal para seleccionar una ley única que regule todas las obligaciones derivadas del efecto de comercio. Sin embargo, se trata de una autonomía diferente a la establecida en otras convenciones de derecho internacional privado, por cuanto se permitiría escoger, no una legislación nacional sino una ley no estatal o supraestatal, a saber, la Convención de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)³⁶⁴.

En consecuencia, al decir del Secretario General Adjunto (PELICHET), no es posible adoptar una reglamentación conflictual normal, de carácter general, que se aplique tanto a la situación creada por la Convención de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) co-

³⁶⁴ *Note sur la Loi Applicable aux Effets de Commerce, “Document préliminaire No. 1” de novembre 1987 à l’intention de la Commission spéciale de janvier 1988 sur les affaires générales et la politique de la Conférence*”, pp. 13.-14.

mo a las relaciones cambiarias normales, nacionales. Por tanto, la Convención a prepararse por la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado debería tratar, en un capítulo separado, la cuestión específica de la aplicación de la Convención preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), y reconocer al librador la facultad de declararla aplicable a todos los obligados cambiarios. Este método no ofrece dificultades técnicas; pero puede ser objeto de rechazo por algunos Estados, que no estén dispuestos a reconocer una libertad tan singular al librador de un efecto de comercio.³⁶⁵

191. El *Documento Preliminar N° 1* dedicó su segundo Capítulo al examen de la conveniencia de revisar la Convención de Ginebra de 1930, a pesar de no haber causado problemas prácticos de importancia, con la finalidad de atender a la crítica de la doctrina mayoritaria, que había objetado la admisión del *depeçage* y la posible aplicación de leyes distintas a las diversas relaciones cambiarias de un mismo instrumento.

A ese respecto, de acuerdo con el Secretario General Adjunto (PELICHET) las tendencias contemporáneas imponen orientar la revisión hacia el reconocimiento de la autonomía de la voluntad, para permitir al librador escoger la ley aplicable a todas las obligaciones derivadas de la letra de cambio; selección que es aceptada necesariamente por todos los firmantes posteriores por el sólo hecho de estampar su firma en el título. Sin embargo, la facultad no sería tan amplia como la consagrada en la Convención de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), por encontrarse restringida a la escogencia de una Legislación nacional, a ser indicada en el propio título.

³⁶⁵ *Note sur la Loi Applicable aux Effets de Commerce, "Document préliminaire No. 1" de novembre 1987 à l'intention de la Commission spéciale de janvier 1988 sur les affaires générales et la politique de la Conférence*", p. 14.

En forma subsidiaria, la Convención sobre Conflicto de Leyes debería disponer la aplicación de una ley determinada en forma objetiva; y, ante la falta de razones válidas que justifiquen su escogencia, deben ser excluidas las leyes del endosante, del avalista, del portador o del lugar de pago, no obstante coincidir generalmente esta última con la ley del aceptante. De esta manera, la selección queda reducida a la ley del librador o a la del aceptante.

En favor de la ley del librador es posible argumentar que sin su intervención no hubiera podido nacer ninguna de las otras obligaciones; y, en especial, que el librador es el primer obligado, contra quien se dirigirán todas las acciones si el librado no acepta o si los demás firmantes no pagan oportunamente. Por el contrario, la ley del aceptante satisface la necesidad de protegerlo y es en el domicilio del aceptante donde corresponde ejercitar las diversas acciones relativas al efecto de comercio (aceptación, protesto por falta de aceptación o por falta de pago, etc.). Además, debe suponerse conocida por todos los suscriptores del título por cuanto el nombre y dirección del aceptante aparecen en el propio instrumento; y satisface mejor el interés de los bancos, quienes verán aplicada su propia ley debido a que en la práctica actúan como aceptantes en muchos casos. Sin embargo, a pesar de estas ventajas, la aplicación de la ley del aceptante no se justifica cuando la acción cambiaria se intenta contra el librador (principalmente en los casos de falta de aceptación).³⁶⁶

En el último capítulo del *Documento Preliminar N° 1*, el Secretario General Adjunto (PELICHET) analiza la cuestión acerca de si la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado debe comenzar de inmediato los trabajos dirigidos a

³⁶⁶ En última instancia, el Secretario General Adjunto (PELICHET) advirtió que las mismas observaciones eran válidas respecto de la Convención de Panamá (1975), por haberse limitado a reproducir el sistema de la Convención de Ginebra (1930) ("*Note sur la Loi Applicable aux Effets de Commerce*", "*Document préliminaire No. 1*" de novembre 1987 à l'intention de la Commission spéciale de janvier 1988 sur les affaires générales et la politique de la Conférence", p. 14-21.

preparar una Convención para resolver los conflictos de leyes en materia de efectos de comercio. A este respecto sostuvo que la respuesta debería ser negativa si la Sexta Comisión o la Asamblea General deciden enterrar el proyecto elaborado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI); pero de lo contrario existen dos alternativas: a) iniciar de inmediato los trabajos para resolver las dificultades existentes y permitir la ratificación de la Convención de las Naciones Unidas por los Estados Partes de las convenciones de Ginebra y de Panamá; o b) esperar el resultado de la Convención de las Naciones Unidas a fin de establecer si es recibida favorablemente por los Estados y en especial por los comerciantes y banqueros, para abstenerse de comenzar los trabajos en el caso de que no entre en vigencia por falta de ratificaciones necesarias.³⁶⁷

192. La *Comisión Especial sobre los Asuntos Generales y la Política de la Conferencia* examinó el *Documento Preliminar N° 1* en horas de la tarde del 19 de enero de 1988 (Acta N° 3); y de inmediato el Secretario General Adjunto reiteró que la necesidad de adoptar una decisión dependía de los progresos del Proyecto de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

De inmediato, el representante de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (BERGSTEN) hizo saber que, a menos de ocurrir algo inesperado, el proyecto debería estar abierto a la firma en octubre de 1988; y también reconoció que algunos Estados habían expresa-

³⁶⁷ *Note sur la Loi Applicable aux Effets de Commerce, "Document préliminaire No. 1" de novembre 1987 à l'intention de la Commission spéciale de janvier 1988 sur les affaires générales et la politique de la Conférence*, p. 22-23. El "Documento Preliminar No. 1" dedica su última parte a examinar la conveniencia de una apertura de la Conferencia a nivel mundial, debido a sus implicaciones financieras y políticas, si decide emprender la tarea de preparar la Convención sobre Conflictos de Leyes en Materia de Efectos de Comercio (*Ibid.*, pp. 22-23).

do dudas acerca del éxito del nuevo instrumento debido a sus conflictos potenciales con las convenciones de Ginebra (1930) y Panamá (1975), pero hizo énfasis en la opinión contraria de otros expertos, para quienes no existía la alegada incompatibilidad.

Durante el debate algunos intervinientes expresaron profundas dudas acerca de la necesidad de intervención de la Conferencia en esta materia; y al respecto destacaron: a) las normas de conflicto de las Convenciones de Ginebra y de Panamá no impiden la escogencia por las partes del sistema creado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), porque constituye una regulación que es suficiente por sí misma; b) es discutible y discutida la tesis de que dichas Convenciones prohíben la autonomía de la voluntad, como se suele afirmar.

Con vista de los diversos criterios expuestos, el Presidente de la Comisión (GONZALEZ CAMPOS) determinó que la mayor parte de los delegados favorecía retener el tema en la lista de los trabajos futuros; pero que consideraban conveniente esperar hasta el otoño para tomar la decisión definitiva, con vista del Proyecto que aprobara la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).³⁶⁸

193. La cuestión relativa a la posibilidad de preparar una convención sobre la ley aplicable a los efectos de comercio fue examinada en horas de la mañana del 11 de octubre de 1988 (Acta Nº 2) por la *Comisión Primera de la Décima Sexta Sesión de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado*; y, en esa oportunidad, el Secretario General Adjunto (PELICHET) informó que los trabajos de revisión del Proyecto de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

³⁶⁸ *Conclusions de la Commission spéciale de Janvier 1988 sur les Affaires Générales et la Politique de la Conférence, établies par le Bureau Permanent*, "Document Préliminaire No. 14", abril de 1988, pp. 14-15.

(CNUDMI) habían sido prácticamente terminados por la Sexta Comisión de la Asamblea General, motivo por el cual el texto sería adoptado en un futuro muy próximo por la Organización de las Naciones Unidas.

De igual modo hizo especial señalamiento de las modificaciones sufridas por el artículo segundo, que, en su forma definitiva, restringió la esfera de vigencia de la Convención para aplicarla sólo cuando algunos de los lugares indicados en el título se encuentran ubicados en Estados contratantes. No obstante, reconocer que esta reforma facilitaba los vínculos con una futura Convención de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, también reiteró el antagonismo existente con la Convención de Ginebra, que no acepta el principio de la autonomía de la voluntad; y, por tanto, sostuvo que era conveniente el comienzo de los estudios dirigidos a preparar una Convención sobre la ley aplicable a los efectos de comercio.³⁶⁹

194. Acto continuo intervino el Secretario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (BERGSTEN), para referirse a la decisión adoptada por la Sexta Comisión General de las Naciones Unidas cuatro días antes y destacar que la aceptación de la Convención debería ocurrir para fines de 1988, por tratarse de una simple formalidad.

De seguida hizo varios señalamientos:

En primer lugar advirtió que la definición tradicional de la letra de cambio y del pagaré había sufrido algunas modificaciones en el Proyecto de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) por cuanto era posible emitir el instrumento en unidades de cuenta y, además, se permitía que devengara interés y, en particular, interés variable

³⁶⁹ *Commission I. Procès Verbal No. 2, N° 2, p. 1.* El Informe del Grupo de Trabajo constituido por la Sexta Comisión, con las modificaciones hechas, fue circulado como "Documento Preliminar No. 19".

En segundo término hizo énfasis, en la facultad concedida al librador para disponer la aplicación de las normas convencionales a todas las obligaciones representadas en el documento, mediante la inclusión, en el encabezamiento y en el texto del título, de la frase prevista por la misma Convención; con la advertencia de que si utilizaba un lenguaje distinto la selección hecha no era eficaz.³⁷⁰

En relación a la reforma del artículo segundo, destacada por el Secretario General Adjunto (PELICHET), sostuvo que posiblemente carecería de trascendencia práctica, no obstante, su importancia teórica; y que la nueva formulación del párrafo tercero del mismo precepto había satisfecho las angustias causadas por el posible fraude a la ley, producto de la mentalidad de los *civil lawyers, who were unused to the idea of creative drafting often used in common law countries*.

De igual modo insistió en la obligatoriedad de la Convención, una vez dispuesta por el emitente del efecto de comercio, con independencia de los lugares por donde circulara el título, aun cuando, por supuesto, nada garantizaba su aplicación por un Estado No Contratante; y en que la reforma del artículo segundo disminuía el problema de su incompatibilidad con las Convenciones de Ginebra y de Panamá. No obstante, a este respecto, también hizo referencia a las palabras del representante del Uruguay (OPERTTI BADAN) ante la Sexta Comisión cuando sostuvo la posible ratificación de la Convención de las Naciones Unidas por los Estados Parte de la Convención de Panamá, en virtud de no existir conflicto entre ambas.³⁷¹

³⁷⁰ *Commission I. Procès Verbal No. 2, N° 3, p. 2.*

³⁷¹ *Commission I. Procès Verbal No. 2, N° 3, p. 3.* Igualmente informó que el Representante de Uruguay (OPPERTI), quien presidiría la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-IV), a celebrarse en julio de 1989, había informado a la Sexta Comisión el futuro examen, en esa oportunidad, de las relaciones entre la Convención de las Naciones Unidas y la Convención de Panamá para solucionar las dificultades existentes (*Commission I. Procès*

Por último, el Secretario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sostuvo la necesidad de resolver los problemas de Derecho Internacional Privado surgidos en virtud de la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas; y la conveniencia de discutir la totalidad de los problemas planteados por la letra de cambio y el pagaré, a fin de efectuar una revisión completa de la Convención de Ginebra en un organismo tan calificado como la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado.³⁷²

193. Durante el debate intervinieron los representantes de Japón (HARA), Suiza (VOLKEN), Grecia (VOULGARIS), Australia (EDWARDS), Francia (ROEHRICH), Italia (DAVI), Austria (DUCHEK), Argentina (BOGGIANO), Finlandia (SEVON), Irlanda (KEANE), Portugal (MOURA RAMOS), Suecia (HÖKBORG), Dinamarca (RÖNNE), España (BORRAS RODRIGUEZ), Israel (GOLDWATER) y Bélgica (SCHOKKEERT): la mayoría se inclinó por mantener el tema dentro de la lista de trabajos futuros; pero algunos le asignaron carácter prioritario mientras que otros consideraron no debía examinarse con prioridad. Un punto de vista más conservador fue sometido por quienes hicieron énfasis en la necesidad de conocer previamente los problemas planteados por la coexistencia del nuevo instrumento internacional sobre los efectos de comercio con las Convenciones de Ginebra y de Panamá. Concluido el examen del asunto, fue dispuesto pedir al Secretario General un estudio de las posibilidades existentes.

Verbal No. 2, N° 17, p. 7). Sin embargo, esta expectativa no se realizó y el asunto no fue considerado por la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (PARRA-ARANGUREN, Gonzalo: "The Fourth Inter-American Specialized Conference on Private International Law (CIDIP-IV, Montevideo, 9-15 July, 1989)" en *Netherlands International Law Review*, Vol. XXXVI, 1989, pp. 69-285; "La Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-IV, Montevideo, 9-15 de julio, 1989)", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas*.

³⁷² *Commission I. Procès Verbal No. 2, N° 3, p. 4; N° 17, p. 8.*

196. Como consecuencia de las proposiciones y sugerencias anteriores, la *Décima Sexta Sesión de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado*, en 20 de octubre de 1988, decidió “incluir con prioridad en el orden del día de los trabajos futuros de la Conferencia, la preparación de una Convención sobre la Ley Aplicable a los efectos de comercio y encarga al Consejo Permanente la preparación de un informe que examine la revisión de las Convenciones de Ginebra de 1930 y de 1931 destinadas a regir algunos conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y cheques, por una parte; y, por la otra, los problemas específicos que pueda originar la Convención de las Naciones Unidas sobre las letras de cambio internacionales y los pagarés internacionales”.

TEXTO DE LA
CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS
SOBRE LETRAS DE CAMBIO
INTERNACIONALES Y PAGARES INTERNACIONALES

Capítulo 1

AMBITO DE APLICACION Y FORMA DEL TITULO

Artículo 1

1. La presente Convención se aplicará a una letra de cambio internacional cuando ésta contenga en su encabezamiento las palabras “Letra de cambio internacional (Convención de la CNUDMI)” y también contenga en su texto las palabras “Letra de cambio internacional (Convención de la CNUDMI)”.

2. La presente Convención se aplicará a un pagaré internacional cuando éste contenga en su encabezamiento las palabras “Pagaré internacional (Convención de la CNUDMI)” y también contenga en su texto las palabras “Pagaré internacional (Convención de la CNUDMI)”.

3. La presente Convención no se aplicará a los cheques.

Artículo 2

1. La letra de cambio internacional es una letra de cambio que menciona al menos dos de los lugares siguientes e indica que dos de los lugares así mencionados están en Estados diferentes:

- a. El lugar donde se libra la letra;
- b. El lugar indicado junto a la firma del librador.
- c. El lugar indicado junto al nombre del librado;
- d. El lugar indicado junto al nombre del tomador;
- e. El lugar de pago,

siempre que en la letra se mencione el lugar donde se libra la letra o el lugar del pago y que ese lugar esté situado en un Estado Contratante.

2. El pagaré internacional es un pagaré que menciona al menos dos de los lugares siguientes e indica que dos de los lugares así mencionados están situados en Estados Diferentes:

- a. El lugar donde se suscribe el pagaré;
- b. El lugar indicado junto a la firma del suscriptor;
- c. El lugar indicado junto al nombre del tomador;
- d. El lugar del pago,

siempre que en el pagaré se mencione el lugar del pago y que ese lugar esté situado en un Estado Contratante.

3. En la presente Convención no se trata la cuestión de las sanciones que puedan imponerse conforme al ordenamiento jurídico nacional en los casos en que en un título se haya hecho una declaración inexacta o falsa respecto de uno de los lugares mencionados en los párrafos 1 ó 2 del presente artículo. Sin embargo, esas sanciones no afectarán a la validez del título ni a la aplicación de la presente Convención.

Artículo 3

1. La letra de cambio es un título escrito que:
 - a. contiene una orden incondicional del librador dirigida al librado de pagar una suma determinada de dinero al tomador o a su orden;

- b. es pagadero a la vista o a plazo fijo;
- c. tiene fecha;
- d. lleva la firma del librador;

2.El pagaré es un título escrito que:

- a. contiene una orden incondicional del librador dirigida al librado de pagar una suma determinada de dinero al tomador o a su orden;
- b. es pagadero a la vista o a plazo fijo;
- c. tiene fecha;
- d. lleva la firma del suscriptor.

Capítulo II *INTERPRETACION*

Sección 1 *Disposiciones generales*

Artículo 4

En la interpretación de la presente Convención, se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en las operaciones internacionales.

Artículo 5

En la presente Convención:

- a. el término “letra” designa una letra de cambio internacional sujeta a la presente Convención;
- b. el término “pagaré” designa un pagaré internacional sujeto a la presente Convención;
- c. el término “título” designa una letra o un pagaré;

- d. el término “librado” designa a una persona contra la cual se libra una letra y que no la ha aceptado;
- e. el término “tomador” designa a la persona en cuyo favor el librador ordena que se efectúe el pago o a la cual el suscriptor promete pagar;
- f. el término “tenedor” designa a una persona que está en posesión de un título de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15;
- g. el término “tenedor protegido” designa a un tenedor que reúne los requisitos establecidos en el artículo 29;
- h. el término “garante” designa a una persona que asume una obligación de garantía conforme al artículo 46, ya se rija por el inciso b) (“garantizada”) o por el inciso c) (“avalada”) del párrafo 4) del artículo 47;
- i. el término “firmante” designa a la persona que ha firmado un título en calidad de librador, suscriptor, aceptante, endosante o garante;
- j. el término “vencimiento” designa el día en que el título es pagadero conforme a los párrafos 4), 5), 6) y 7) del artículo 9;
- k. el término “firma” designa la firma manuscrita, su facsímil o una autenticación equivalente efectuada por otros medios; el término “firma falsificada” comprende también una firma estampada mediante el uso ilícito de cualquiera de esos medios;
 - 1) el término “moneda” también comprende una unidad monetaria de cuenta establecida por una institución intergubernamental o mediante acuerdo entre dos o más Estados. La presente Convención será aplicable sin perjuicio de las normas de la institución intergubernamental o de las cláusulas del acuerdo.

Artículo 6

A los fines de la presente Convención, se considerará que una persona tiene conocimiento de un hecho si tiene efectivamente conocimiento de ese hecho o no hubiera podido desconocer su existencia.

Sección 2

*Interpretación de los requisitos formales**Artículo 7*

El importe pagadero por un título se considerará como una suma determinada, aún cuando el título establezca el pago:

- a. con intereses;
- b. en plazos sucesivos;
- c. en plazos sucesivos, con una estipulación en el título de que, en caso de no pagarse cualquiera de las cuotas, será exigible la totalidad del saldo no pagado;
- d. con arreglo al tipo de cambio indicado en el título o al que se haya de determinar tal como se establezca en el título; o
- e. en moneda distinta de aquella en la que el importe esté expresado en el título.

Artículo 8

1) En caso de discrepancia entre el importe expresado en letras y el expresado en cifras, la suma pagadera por el título será la expresada en letras.

2) Si el importe está expresado más de una vez en letras y hay discrepancia, el importe pagadero será el menor. Se aplicará la misma regla si el importe está expresado más de una vez sólo en cifras y hay discrepancia.

3) Si el importe está expresado en una moneda que tenga denominación idéntica a la de por lo menos otro Estado distinto del Estado en que haya de efectuarse el pago, como se indica en el título, y la moneda especificada no se identifica como la de Estado alguno, se considerará que esa moneda es la del Estado en el cual ha de efectuarse el pago.

4) Si un título indica que el importe devengará intereses sin especificar la fecha en que comenzarán a correr, los intereses correrán a partir de la fecha del título.

5) La estipulación de que el importe ha de devengar intereses, inserta en un título, se tendrá por no escrita a menos que se indique el tipo de interés que ha de pagarse.

6) El tipo de interés que ha de pagarse podrá ser fijo o variable. Para que un tipo de interés variable sea admisible a estos efectos, tendrá que variar en relación con uno o más tipos de referencia de conformidad con cláusulas estipuladas en el título, y cada uno de esos tipos deberá estar publicado o ser de otra manera de conocimiento público y no podrá estar sujeto directa ni indirectamente a determinación unilateral por parte de una persona cuyo nombre aparezca en el título en el momento en que se libra la letra o se suscribe el pagaré, a menos que la persona se mencione solamente en las disposiciones sobre determinación de tipos de referencia.

7) Si el tipo de interés pagadero ha de ser variable, podrá estipularse expresamente en el título que no será más alto ni más bajo que uno especificado, o que las variaciones podrán limitarse de cualquier otra forma.

8) Si un tipo de interés variable no cumpliera los requisitos previstos en el párrafo 6) del presente artículo o si por cualquier motivo no fuese posible determinar su valor numérico respecto de algún período, el tipo de interés pagadero durante ese período se calculará con arreglo a lo previsto en el párrafo 2) del artículo 70.

Artículo 9

- 1) El título se considerará pagadero a la vista:
 - a. si indica que es pagadero a la vista, a requerimiento o contra presentación .o si contiene alguna expresión equivalente; o
 - b. si no indica la fecha del pago.
- 2) Cuando un título pagadero en una fecha determinada sea aceptado, endosado o garantizado después de su vencimiento será pagadero a la vista respecto del aceptante, el endosante o el garante.
- 3) El título se considerará pagadero a plazo fijo si indica que es pagadero:
 - a. en una fecha determinada o a un cierto plazo desde una fecha determinada o a un cierto plazo desde la fecha del título; o
 - b. a un cierto plazo vista; o
 - c. en plazos sucesivos; o
 - d. en plazos sucesivos, con la estipulación en el título de que, en caso de no pagarse cualquiera de las cuotas, será exigible la totalidad del saldo no pagado.
- 4) El día del pago del título pagadero a un cierto plazo a partir de la fecha se determinará con referencia a la fecha del título.
- 5) El día de pago de una letra pagadera a plazo vista se determinará por la fecha de su aceptación o, si la letra es desatendida por falta de aceptación, por la fecha del protesto o, cuando el protesto se dispensa, por la fecha de la falta de aceptación.
- 6) El día del pago de un título pagadero a la vista será aquél en que se presente para su pago.

7) El día del pago de un pagaré pagadero a plazo vista se determinará por la fecha del visado suscrito por el firmante en el pagaré o, si éste denegara su visado, por la fecha de la presentación.

8) Si un título se libra o se expide pagadero a uno o más meses después de determinada fecha, o después de la fecha del título o a plazo vista, el título será pagadero en la fecha correspondiente del mes en que deba hacerse el pago. Si no existe una fecha correspondiente, el título será pagadero el último día de ese mes.

Artículo 10

1) La letra podrá librarse:

- a. por dos o más libradores;
- b. pagadera a dos o más tomadores.

2) El pagaré podrá suscribirse:

- a. por dos o más suscriptores;
- b. pagadero a dos o más tomadores.

3) Si el título es pagadero a dos o más tomadores alternativamente, podrá pagarse a cualquiera de ellos, y cualquiera de ellos que se halle en posesión del título podrá ejercer los derechos del tenedor. En los demás casos, el título será pagadero a todos ellos y los derechos del tenedor sólo podrán ser ejercidos por todos ellos.

Artículo 11

La letra podrá librarse por el librador:

- a. contra sí mismo;
- b. pagadera a su propia orden.

Sección 3

Modo de completar un título incompleto

Artículo 12

1) El título incompleto que reúna los requisitos establecidos en el párrafo 1) del artículo 1 y lleve la firma del librador o la aceptación del librado, o reúna los requisitos establecidos en el párrafo 2) del artículo 1 y en el inciso d) del párrafo 2) del artículo 3, pero que carezca de otros elementos propios de uno o más de los requisitos establecidos en los artículos 2 y 3, podrá completarse, y el título así completado surtirá efectos como letra o como pagaré.

2) Si tal título es completado sin poder suficiente o de manera distinta de la estipulada en el poder conferido:

- a. el firmante, que haya firmado el título antes de haberse completado éste, podrá invocar esa falta de poder suficiente como excepción contra el tenedor que hubiese tenido conocimiento de tal falta de poder en el momento de pasar a ser tenedor;
- b. el firmante, que haya firmado el título después de haberse completado éste, será responsable según lo dispuesto en el título así completado.

Capítulo III

TRANSFERENCIA

Artículo 13

Se transferirá un título:

- a. mediante endoso y entrega del título por el endosante al endosatario; o
- b. mediante la mera tradición del título, si el último endoso es en blanco.

Artículo 14

- 1) El endoso deberá escribirse en el título o en un suplemento añadido a él (*allonge*). Deberá estar firmado.
- 2) Un endoso podrá ser:
 - a. en blanco, es decir, mediante una firma solamente o mediante una firma acompañada de una declaración en el sentido de que el título es pagadero a cualquier persona en cuya posesión esté;
 - b. nominativo, es decir, mediante la firma acompañada del nombre de la persona a quien es pagadero el título.
- 3) La sola firma de persona distinta del librado constituirá endoso sólo si se ha puesto en el reverso del título.

Artículo 15

- 1) Se entenderá por tenedor:
 - a. al tomador que esté en posesión del título; o
 - b. a la persona que esté en posesión de un título que se le haya endosado, o cuyo último endoso sea en blanco, y en el que figure una serie ininterrumpida de endosos, aunque uno sea falso o haya sido firmado por un mandatario sin poder suficiente.
- 2) Si un endoso en blanco va seguido de otro endoso, la persona que haya firmado este último se considerará endosatario en virtud del endoso en blanco.
- 3) Una persona no perderá el carácter de tenedor aún cuando esa persona o algún tenedor anterior haya obtenido el título en circunstancias, inclusive incapacidad o fraude, violencia o error de cualquier tipo, que darían lugar a una reclamación sobre el título o a una excepción a las obligaciones resultantes del mismo.

Artículo 16

El tenedor de un título cuyo último endoso sea en blanco podrá:

- a. endosarlo nuevamente mediante un endoso en blanco o un endoso nominativo; o
- b. convertir el endoso en blanco en un endoso nominativo indicando en él que el título es pagadero a su nombre o al de otra persona determinada; o
- c. transferir el título de conformidad con el inciso b) del artículo 13.

Artículo 17

1) Si el librador o el suscriptor ha insertado en el título palabras tales como “no negociable”, no “transmitible”, “no a la orden”, “páguese a (X) solamente”, u otra expresión equivalente, el título no podrá volver a transferirse salvo a efectos de cobro, y cualquier endoso posterior, incluso si no contiene palabras que autoricen al endosatario a cobrar el título, se considerará un endoso para el cobro.

2) Cuando un endoso contenga las palabras “no negociable”, “no transmisible”, “no a la orden”, “páguese a (X) solamente”, u otra expresión equivalente, el título no podrá volver a transferirse salvo a efectos de cobro, y cualquier endoso posterior, incluso si no contiene palabras que autoricen al endosatario a cobrar el título, se considerará un endoso para el cobro.

Artículo 18

1) El endoso deberá ser incondicional.

2) El endoso condicional transferirá el título independientemente de que se cumpla la condición. La condición no surtirá efecto respecto de los firmantes y adquirentes que sean posteriores al endosatario.

Artículo 19

El endoso relativo a una parte del importe exigible en virtud del título no surtirá efectos de endoso.

Artículo 20

Cuando haya dos o más endosos, se presumirá que se pusieron en el orden en que aparecen en el título, salvo prueba en contrario.

Artículo 21

1) Cuando en el endoso figuren las palabras “para cobro”, “para depósito”, “valor al cobro”, “por poder”, “páguese a cualquier banco” u otra expresión equivalente, que autoricen al endosatario a cobrar el título, el endosatario será un tenedor que:

- a. podrá ejercer todos los derechos que resulten del título;
- b. podrá endosar el título sólo a efectos de cobro;
- c. estará sujeto únicamente a las acciones y excepciones que puedan hacerse valer contra el endosante.

2) El endosante para el cobro no será responsable por el título ante ningún tenedor posterior.

Artículo 22

1) Cuando en el endoso figuren las palabras “valor en garantía”, “valor en prenda”, u otra expresión equivalente que denote una prenda, el endosatario será un tenedor que:

- a. podrá ejercer todos los derechos que resulten del título;
- b. podrá endosar el título sólo a efectos del cobro;
- c. estará sujeto únicamente a las acciones y excepciones especificadas en los artículos 28 ó 30.

2) Si este endosatario endosa para el cobro, no será responsable por el título ante ningún tenedor posterior.

Artículo 23

El tenedor de un título podrá transferirlo a un firmante anterior o al librado de conformidad con el artículo 13; no obstante, cuando el adquirente haya sido anteriormente tenedor del título, no se requerirá endoso y podrá cancelarse todo endoso que le impida adquirir el carácter de tenedor.

Artículo 24

El título podrá ser transferido de conformidad con el artículo 13 después de su vencimiento, excepto por el librado, el aceptante o el suscriptor.

Artículo 25

1) Cuando un endoso sea falso, la persona cuyo endoso se haya falsificado, o cualquiera de los firmantes que haya firmado el título antes de la falsificación, tendrá derecho a recibir indemnización por los daños que haya sufrido como consecuencia de la falsificación:

- a. del falsificador;
- b. de la persona a quien el falsificador haya transferido directamente el título;
- c. del firmante o del librado que haya pagado el título al falsificador directamente o por conducto de uno o más endosarios para el cobro.

2) Sin embargo, el endosatario para el cobro no será responsable en virtud del párrafo 1) del presente artículo si no tiene conocimiento de la falsificación:

- a. en el momento en que pague a su mandante o le comunique que ha recibido el pago, o
- b. en el momento en que reciba el pago, si esto sucede después,

a menos que su falta de conocimiento se deba a que no haya actuado de buena fe o con diligencia razonable.

3) Además, el firmante o el librado que pague un título no será responsable en virtud del párrafo 1) del presente artículo si, en el momento en que pague el título, no tiene conocimiento de la falsificación a menos que su falta de conocimiento se deba a que no haya actuado de buena fe o con diligencia razonable.

4) Salvo en lo que respecta al falsificador, la indemnización prevista en el párrafo 1 del presente artículo no excederá de la suma a que se refieren los artículos 70 ó 71.

Artículo 26

1) Cuando un título sea endosado por un mandatario sin poder o sin poder suficiente para obligar a su mandante, el mandante, o cualquier firmante del título antes de ese endoso, tendrá derecho a recibir indemnización por los daños que haya sufrido como consecuencia del endoso:

- a. del mandatario;
- b. de la persona a quien el mandatario haya transferido directamente el título;
- c. del firmante o del librado que haya pagado el título al mandatario directamente o por conducto de uno o más endosatarios para el cobro.

2) Sin embargo, el endosatario para el cobro no será responsable en virtud del párrafo 1) del presente artículo si no tiene conocimiento de que el endoso no obliga al mandante:

- a. en el momento en que pague a su mandante o le comunique que ha recibido el pago, o
- b. en el momento en que reciba el pago, si esto sucede después,

a menos que su falta de conocimiento se deba a que no haya actuado de buena fe o con diligencia razonable.

3) Además, el firmante o el librado que pague un título no será responsable en virtud del párrafo 1) del presente artículo si, en el momento en que pague el título, no tiene conocimiento de que el endoso no obliga al mandante, a menos que su falta de conocimiento se deba a que no haya actuado de buena fe o con diligencia razonable.

4) Salvo en lo que respecta al mandatario, la indemnización prevista en el párrafo 1) del presente artículo no excederá de la suma a que se refieren los artículos 70 ó 71.

Capítulo IV *DERECHOS Y OBLIGACIONES*

Sección 1 *Derechos del tenedor y del tenedor protegido*

Artículo 27

1) El tenedor de un título tendrá todos los derechos que se le confieren en virtud de la presente Convención respecto de cualquiera de los firmantes del título.

2) El tenedor podrá transferir el título de conformidad con el artículo 13.

Artículo 28

1) El firmante de un título podrá oponer a un tenedor que no sea tenedor protegido:

- a. cualquier excepción que pueda oponerse a un tenedor protegido de conformidad con lo establecido en párrafo 1) del artículo 30;
- b. cualquier excepción basada en el negocio subyacente entre él mismo y el librador o entre él mismo y la persona a quien transfiera el título, pero sólo cuando el tenedor haya adquirido el título con conocimiento de dicha

excepción o cuando lo haya obtenido mediante fraude o hurto o haya participado en algún momento en un fraude o hurto relacionado con dicho título;

- c. cualquier excepción derivada de las circunstancias en que esa persona pasó a ser firmante, sólo cuando el tenedor haya adquirido el título con conocimiento de dicha excepción o cuando lo haya obtenido mediante fraude o hurto o haya participado en algún momento en un fraude o hurto relacionado con dicho título;
- d. cualquier excepción que se pueda oponer a una acción derivada de un contrato entre él y el tenedor;
- e. cualquier otra excepción oponible conforme a la presente Convención.

2) Los derechos sobre el título de un tenedor que no sea tenedor protegido podrán ser objeto de cualquier acción válida sobre el título de cualquier persona, sólo si el tenedor adquirió el título con conocimiento de dicha acción o cuando lo haya obtenido mediante fraude o hurto o haya participado en algún momento en un fraude o hurto relacionado con dicho título.

3) El tenedor que haya adquirido un título después de la expiración del plazo para su presentación al pago estará sujeto a cualquier reclamación sobre el título o cualquier excepción a las obligaciones resultantes del mismo a que hubiera estado sujeto quien se lo transfirió.

4) El firmante no podrá oponer como excepción contra un tenedor que no sea tenedor protegido el hecho de que un tercero pueda ejercer una acción sobre el título a menos que:

- a. el tercero haya ejercido una reclamación válida sobre el título; o
- b. el tenedor haya adquirido el título mediante hurto, haya falsificado la firma del tomador o de un endosatario, o haya participado en el hurto o falsificación.

Artículo 29

El término “tenedor protegido” designa al tenedor de un título que estaba completo cuando lo recibió o que, de ser un título incompleto en la forma descrita en el párrafo 1) del artículo 12 fue completado de conformidad con las facultades conferidas, a condición de que, en el momento en que pasó a ser tenedor:

- a. no hubiera tenido conocimiento de ninguna excepción a las obligaciones resultantes del título mencionado en los incisos a), b), c), y e) del párrafo 1) del artículo 28;
- b. no hubiera tenido conocimiento de ninguna reclamación válida sobre el título por cualquier persona;
- c. no hubiera tenido conocimiento del hecho de que el título había sido desatendido por falta de aceptación o de pago;
- d. no hubiera expirado el plazo previsto en el artículo 55 para la presentación de ese título para el pago; y
- e. no hubiera obtenido el título mediante fraude o hurto o no hubiera participado en un fraude o hurto relacionado con dicho título.

Artículo 30

1) Un firmante sólo podrá oponer a un tenedor protegido las siguientes excepciones:

- a. las basadas en el párrafo 1) del artículo 33, el artículo 34, el párrafo 1 del artículo 35, el párrafo 3) del artículo 36, el párrafo 1) de los artículos 53, 57 y 63 y el artículo 84 de la presente Convención;
- b. las basadas en el negocio subyacente entre el firmante y ese tenedor o derivadas de un acto fraudulento realiza-

do por ese tenedor para obtener la firma de esa persona en el título;

- c. las basadas en su incapacidad para obligarse en virtud del título o en el hecho de que firmó sin tener conocimiento de que su firma lo convertía en firmante del título, a condición de que su falta de conocimiento no se debiera a negligencia de su parte y de que su firma se hubiera obtenido de modo fraudulento.

2) Los derechos del tenedor protegido sobre el título no podrán ser objeto de ninguna reclamación sobre el título por parte de persona alguna, con la excepción de una reclamación válida derivada del negocio subyacente entre el tenedor y la persona que efectúe la reclamación.

Artículo 31

1) La transferencia del título por un tenedor protegido conferirá a cualquier tenedor posterior los derechos que tenía el tenedor protegido sobre el título y los resultantes del mismo.

- 2) Esos derechos no pasarán al tenedor posterior si éste:
 - a. participó en una operación que dé lugar a una reclamación sobre el título o a una excepción a las obligaciones resultantes del mismo;
 - b. ha sido antes tenedor, pero no tenedor protegido.

Artículo 32

Salvo prueba en contrario, se presumirá que todo tenedor es tenedor protegido.

Sección 2
Obligaciones de los firmantes

A. Disposiciones generales

Artículo 33

1) Salvo lo dispuesto en los artículos 34 y 36, nadie quedará obligado por un título a menos que lo firme.

2) La persona que firme un título con nombre distinto del propio quedará obligada como si lo hubiese firmado con su propio nombre.

Artículo 34

Una firma falsificada en un título no impondrá obligación alguna a la persona cuya firma se falsificó. No obstante, si ella ha consentido en obligarse por la firma falsificada o ha dado a entender que dicha firma es suya, quedará obligada como firmante del título.

Artículo 35

1) Si un título es objeto de alteraciones sustanciales:

- a. el firmante que lo firme después de la alteración sustancial quedará obligado en los términos del texto alterado;
- b. el firmante que lo firme antes de la alteración quedará obligado en los términos del texto original. Sin embargo, si un firmante efectúa, autoriza o permite una alteración sustancial, quedará obligado en los términos del texto alterado.

2) Salvo prueba en contrario, se presumirá que la firma se ha estampado en el título después de efectuada la alteración sustancial.

3) Se considerará sustancial la alteración que modifique en cualquier sentido el compromiso escrito de cualquier firmante contenido en el título.

Artículo 36

1) El título podrá ser firmado por un mandatario.

2) La firma de un mandatario estampada por él en un título con poder de su mandante y con indicación en el título de que firma en calidad de mandatario en nombre de ese mandante designado, o la firma de un mandante estampada en título por un mandatario con poder del mandante, obliga al mandante y no al mandatario.

3) La firma estampada en un título por una persona en calidad de mandatario pero sin poder para firmar o excediéndose de su poder, o por un mandatario con poder para firmar pero que no indica en el título que firma en calidad de representante por una persona designada, o que indica en el título que firma en calidad de representante pero sin nombrar a la persona que representa, obliga a la persona que ha firmado y no a la persona a quien pretende representar.

4) La cuestión de si una persona ha estampado una firma en el título en calidad de mandatario sólo podrá determinarse con referencia a lo que aparezca en el propio título.

5) La persona que de conformidad con el párrafo 3) del presente artículo queda obligada por el título, y que lo paga, tiene los mismos derechos que hubiese tenido la persona por quien pretendía actuar si ésta lo hubiera pagado.

La orden de pago contenida en la letra de cambio no constituye por sí misma una cesión al tomador de la provisión de fondos que el librador ha hecho al librado.

B. El librador

Artículo 38

1) El librador, en caso de desatención de la letra por falta de aceptación o de pago y una vez efectuado el protesto debido, se compromete a pagar la letra al tenedor, o a cualquier endosante, o a cualquier garante del endosante, que reembolse la letra.

2) El librador podrá excluir o limitar su propia responsabilidad por la aceptación o por el pago mediante una estipulación expresa en la letra. Esa estipulación surtirá efecto solamente respecto del librador. La estipulación que excluya o limite la responsabilidad respecto del pago sólo surtirá efecto si hay otro firmante que sea o que llegue a ser responsable de la letra.

C. El suscriptor

Artículo 39

1) El suscriptor se compromete a pagar el pagaré de conformidad con lo estipulado en él al tenedor o a cualquier firmante que reembolse el pagaré.

2) El suscriptor no podrá excluir o limitar su propia responsabilidad mediante una estipulación en el pagaré. Esa estipulación no surtirá efecto.

D. El librado y el aceptante

Artículo 40

1) El librado no quedará obligado por la letra hasta que la acepte.

2) El aceptante se compromete a pagar la letra de conformidad con lo estipulado en su aceptación al tenedor o a cualquier firmante que reembolse la letra.

Artículo 41

- 1) La aceptación constará en la letra y podrá efectuarse:
 - a. mediante la firma del librado acompañada de la palabra “aceptada” u otra expresión equivalente; o
 - b. mediante la simple firma del librado.
- 2) La aceptación podrá hacerse en el anverso o en el reverso de la letra.

Artículo 42

- 1) La letra incompleta que reúna los requisitos que figuran en el párrafo 1) del artículo 1 podrá ser aceptada por el librado antes de haber sido firmada por el librador o mientras que esté incompleta por cualquier otra razón.
- 2) La letra podrá ser aceptada antes, en el momento o después de su vencimiento, o después de haber sido desatendida por falta de aceptación o de pago.
- 3) Cuando una letra pagadera a plazo vista, o que deba presentarse para la aceptación antes de una fecha especificada, sea aceptada, el aceptante deberá indicar la fecha de su aceptación; si el aceptante no hace esa indicación, el librador o el tenedor podrán insertar la fecha de aceptación.
- 4) Cuando una letra pagadera a plazo vista sea desatendida por falta de aceptación y posteriormente el librado la acepte, el tenedor tendrá derecho a que la aceptación lleve la fecha en que la letra fue desatendida.

Artículo 43

- 1) La aceptación deberá ser pura y simple. Se considerará que una aceptación no es pura y simple si es condicional o modifica los términos de la letra.
- 2) Si el librado estipula en la letra que su aceptación no es pura y simple:

- a. quedará no obstante obligado con arreglo a los términos de su aceptación;
- b. La letra estará desatendida por falta de aceptación.

3) Una aceptación relativa a sólo una parte de la suma pagadera no es una aceptación pura y simple. Si el tenedor admite esa aceptación, la letra será desatendida por falta de aceptación solamente respecto de la parte restante.

4) Una aceptación que indique que el pago deberá efectuarse en un domicilio determinado o por un mandatario determinado es una aceptación pura y simple siempre que:

- a. no se modifique el lugar en que deba efectuarse el pago;
- b. la letra no se haya librado para ser pagada por otro mandatario.

E. El endosante

Artículo 44

1) El endosante se compromete para el caso de que el título sea desatendido por falta de aceptación o de pago, y una vez efectuado el protesto debido, a pagar el título al tenedor o a cualquier endosante posterior o al garante de éste que reembolse el título.

2) El endosante podrá eximirse de responsabilidad o limitar su responsabilidad mediante estipulación expresa en el título. Esta estipulación sólo surtirá efecto respecto de ese endosante.

F. El cedente por endoso o por mera tradición

Artículo 45

1) Salvo estipulación en contrario, la persona que transfiere un título por endoso y tradición o por mera tradición declara al tenedor a quien transfiere el título que:

- a. el título no tiene ninguna firma falsificada o no autorizada;
- b. el título no ha sido objeto de una alteración sustancial;
- c. en el momento de la transferencia, no tiene conocimiento de hecho alguno que pueda comprometer el derecho del adquirente al cobro del título frente al aceptante de una letra o, en caso de una letra no aceptada, frente al librador, o frente al suscriptor de un pagaré.

2) El transferente incurrirá en la responsabilidad establecida en el párrafo 1) del presente artículo sólo en caso de que el adquirente tomara el título sin conocer el hecho que da motivo a dicha responsabilidad.

3) En aquellos casos en que el transferente sea responsable de acuerdo con el párrafo 1) del presente artículo, el adquirente podrá reclamar, incluso antes del vencimiento, la suma pagada por él al transmitente, con los intereses calculados de acuerdo con el artículo 70, y contra devolución del título.

G. El garante

Artículo 46

1) El pago de un título, independientemente de que haya sido o no aceptado, podrá ser garantizado por la totalidad o por una parte de su importe respecto de cualquier firmante o del librado. Cualquier persona, aunque sea ya firmante, podrá otorgar una garantía.

2) La garantía deberá anotarse en el título o en un suplemento añadido al mismo (*allonge*).

3) La garantía se expresará mediante las palabras: “garantizada”, “avalada”, “bueno por aval”, u otra expresión equivalente, acompañada por la firma del garante. A los fines de la presente Convención la expresión “anteriores endosos garantizados” u otra equivalente no constituye una garantía.

4) La garantía podrá otorgarse mediante la sola firma en el anverso del título. La sola firma en el anverso del título de una persona distinta de un suscriptor, el librador o el librado, constituye una garantía.

5) El garante podrá indicar la persona por la que sale garante. A falta de esa indicación, la persona por la que sale garante de una persona será el aceptante o el librado, en el caso de la letra, o el suscriptor en el caso del pagaré.

6) El garante no podrá eludir su responsabilidad aduciendo que había firmado el título antes de haberlo hecho la persona por la que salió garante, o cuando el título estaba incompleto.

Artículo 47

1) La responsabilidad del garante por el título es de la misma naturaleza que la del firmante por el que sale garante.

2) Si la persona por la que sale garante es el librado, el garante se compromete:

- a. a pagar la letra al vencimiento al tenedor o a cualquier firmante que reembolse la letra;
- b. cuando la letra es pagadera a fecha fija, en caso de desatención por falta de aceptación y previo el necesario protesto, a pagarla al tenedor o a cualquier firmante que reembolse la letra.

3) En relación con las excepciones personales propias, el garante sólo podrá oponer:

- a. a un tenedor que no sea tenedor protegido, aquellas excepciones que pueda oponer conforme a los párrafos 1), 3) y 4) del artículo 28;
- b. a un tenedor protegido, aquellas excepciones que pueda oponer conforme al párrafo 1) del artículo 30.

4) En relación con las excepciones que pueda oponer la persona por la que salga garante:

- a. el garante sólo podrá oponer a un tenedor que no sea tenedor protegido aquellas excepciones que la persona por la que salga garante pueda oponer a ese tenedor conforme a los párrafos 1), 3) y 4) del artículo 28;
- b. el garante que otorgue su garantía mediante las palabras “garantizada”, “pago garantizado”, o “cobro garantizado”, u otra expresión equivalente, sólo podrá oponer a un tenedor protegido aquellas excepciones que la persona por la que salga garante pueda oponer a un tenedor protegido en virtud del párrafo 1) del artículo 30;
- c. el garante que exprese su garantía mediante las palabras “avalada” o “bueno por aval” sólo podrá oponer a un tenedor protegido:
 - i) la excepción, conforme al inciso b) del párrafo 1) del artículo 30, de que el tenedor protegido obtuvo la firma en el título de la persona a quien avala por un acto fraudulento;
 - ii) la excepción, conforme a los artículos 53 ó 57, de que el título no fue presentado para la aceptación o pago;
 - iii) la excepción, conforme al artículo 63, de que el título no fue debidamente protestado por falta de aceptación o de pago;
 - iv) la excepción, conforme al artículo 84, de que ya no puede ejercerse la acción contra la persona a quien avala.
- d. el garante que no sea un banco u otra institución financiera y otorgue su garantía mediante la sola firma, sólo podrá oponer a un tenedor protegido las excepciones a

que se hace referencia en el inciso b) del presente párrafo;

- e. el garante que sea un banco u otra institución financiera y otorgue su garantía mediante la sola firma sólo podrá oponer a un tenedor protegido las excepciones a que se hace referencia en el inciso c) del presente párrafo.

Artículo 48

1) El garante que pague el título de conformidad con el artículo 72 liberará al firmante por el que salga garante de sus obligaciones derivadas del título hasta el monto de la suma pagada.

2) El garante que pague el título podrá recuperar la suma pagada con intereses del firmante por el que salga garante y el de los firmantes que sean responsables por el título frente a ese firmante.

Capítulo V

PRESENTACION, FALTA DE ACEPTACION O DE PAGO Y REGRESO

Sección 1

Presentación a la aceptación y desatención por falta de aceptación

Artículo 49

- 1) La letra podrá ser presentada a la aceptación.
- 2) La letra deberá ser presentada a la aceptación:
 - a. cuando el librador haya estipulado en la letra que ésta deberá ser presentada a la aceptación;
 - b. cuando la letra sea pagadera a cierto plazo vista;

- c. cuando la letra sea pagadera en un lugar distinto del de la residencia o del establecimiento del librado, salvo que sea pagadera a la vista.

Artículo 50

1) El librador podrá estipular en la letra que no se deberá presentar ésta a la aceptación antes de determinada fecha o antes de que ocurra un acontecimiento determinado. Excepto en el caso de la letra que haya de ser presentada a la aceptación con arreglo a los incisos b) y c) del párrafo 2) del artículo 49, el librador podrá estipular que la letra no deberá ser presentada a la aceptación.

2) Si se presenta a la aceptación una letra que contenga una estipulación permitida en el párrafo 1) del presente artículo, y esa letra no es aceptada, no por ello se considerará desatendida.

3) Si el librado acepta una letra a pesar de haber una estipulación según la cual la letra no deba ser presentada a la aceptación, la aceptación surtirá efecto.

Artículo 51

Una letra ha sido debidamente presentada a la aceptación si se ha presentado de conformidad con las siguientes reglas:

- a. el tenedor deberá presentar la letra al librado en día hábil y a una hora razonable;
- b. la presentación a la aceptación podrá hacerse a una persona o autoridad distinta del librado, si esa persona o autoridad está facultada para aceptar la letra con arreglo a la ley aplicable;
- c. si se libra una letra pagadera a fecha fija, la presentación a la aceptación deberá hacerse antes de o en esa fecha;

- d. una letra librada pagadera a la vista o a cierto plazo vista deberá ser presentada a la aceptación dentro del plazo de un año de su fecha;
- e. una letra en la que el librador haya fijado una fecha o un plazo para su presentación a la aceptación deberá ser presentada en la fecha fijada o dentro del plazo fijado.

Artículo 52

1) La presentación necesaria u opcional de la letra a la aceptación quedará dispensada cuando:

- a. el librado haya fallecido o haya dejado de tener la libre administración de sus bienes por causa de insolvencia, sea una persona ficticia o no tenga capacidad para obligarse por el título como aceptante; o
- b. el librado sea una sociedad, asociación u otra persona jurídica que haya dejado de existir.

2) La presentación necesaria de la letra a la aceptación quedará dispensada cuando:

- a. la letra sea pagadera a fecha fija y la presentación a la aceptación no se pueda hacer antes de esa fecha o en ella misma debido a circunstancias ajenas a la voluntad del tenedor y que éste no pudo evitar ni superar, o
- b. la letra sea pagadera a un cierto plazo vista y la presentación a la aceptación no se pueda hacer dentro del plazo de un año de su fecha debido a circunstancias ajenas a la voluntad del tenedor y que éste no pudo evitar ni superar.

3) A reserva de lo dispuesto en los párrafos 1) y 2) de este artículo, la demora en efectuar la presentación necesaria de la letra a la aceptación quedará excusada, pero sin que quede dispensada la presentación a la aceptación, cuando la letra se haya librado con la estipulación de que deberá ser presentada a la

aceptación dentro de un plazo determinado y la demora en la presentación a la aceptación se deba a circunstancias ajenas a la voluntad del tenedor y que éste no pudo evitar ni superar. Cuando cese la causa de la demora, deberá hacerse la presentación con diligencia razonable.

Artículo 53

1) Si una letra que ha de presentarse a la aceptación no se presenta debidamente, el librador, los endosantes y sus garantes no quedarán obligados por ella.

2) La falta de presentación de una letra a la aceptación no liberará al garante del librado de su obligación fundada en la letra.

Artículo 54

1) Se considerará que una letra ha sido desatendida por falta de aceptación:

- a. cuando el librado, efectuada la debida presentación, se niegue expresamente a aceptar la letra o cuando, actuando con razonable diligencia, no pueda obtenerse la aceptación, o cuando el tenedor no pueda obtener la aceptación a que tiene derecho con arreglo a la presente Convención;
- b. cuando se dispense la presentación a la aceptación con arreglo a lo dispuesto en el artículo 52, a no ser que la letra sea de hecho aceptada.

2) a. si la letra es desatendida por falta de aceptación en virtud de lo dispuesto en el inciso a) del párrafo 1 del presente artículo, el tenedor podrá ejercer, con arreglo a lo previsto en el artículo 59, una acción de regreso inmediata contra el librador, los endosantes y sus garantes;

- b. si la letra es desatendida por falta de aceptación en virtud de lo dispuesto en el inciso b) del párrafo 1) del presente artículo, el tenedor podrá ejercer una acción de regreso inmediata contra el librador, los endosantes y sus garantes;
 - c. si la letra es desatendida por falta de aceptación en virtud de lo dispuesto en el párrafo 1) del presente artículo, el tenedor podrá reclamar el pago al garante del librado, previo el necesario protesto.
- 3) Si se presenta a la aceptación una letra pagadera a la vista, pero la aceptación es denegada, no se considerará desatendida por falta de aceptación.

Sección 2

Presentación al pago y desatención por falta de pago

Artículo 55

Un título ha sido debidamente presentado al pago si se ha presentado de conformidad con las siguientes reglas:

- a. el tenedor deberá presentar el título al librado, al aceptante o al suscriptor en día hábil y a una hora razonable;
- b. un pagaré firmado por dos o más suscriptores se podrá presentar a cualquiera de ellos, salvo que el pagaré se indique claramente otra cosa;
- c. si el librado, el aceptante o el suscriptor han fallecido, la presentación deberá hacerse a las personas que, con arreglo a la ley aplicable, sean sus causahabientes o estén facultadas para administrar su patrimonio;
- d. la presentación al pago podrá hacerse a una persona o autoridad distinta del librado, el aceptante o el suscrip-

- tor si esa persona o autoridad está facultada, con arreglo a la ley aplicable, para pagar el título;
- e. todo título que no sea pagadero a la vista deberá ser presentado al pago en el día de su vencimiento o en uno de los dos días hábiles siguientes;
 - f. todo título que sea pagadero a la vista deberá ser presentado al pago dentro del plazo de un año de su fecha;
 - g. el título deberá presentarse al pago:
 - i) en el lugar del pago indicado en él; o
 - ii) si no se ha fijado un lugar del pago, en el domicilio del librado, del aceptante o del suscriptor indicado en el título; o
 - iii) si no se ha fijado un lugar del pago y no se ha indicado el domicilio del librado, del aceptante o del suscriptor, en el establecimiento principal o la residencia habitual del librado, del aceptante o del suscriptor;
 - h. el título que se presente ante una cámara de compensación estará debidamente presentado al pago si las leyes del lugar donde esté radicada la cámara de compensación o las normas o costumbres de dicha cámara de compensación así lo establecen.

Artículo 56

1) Será excusable la demora en efectuar la presentación al pago cuando se deba a circunstancias ajenas a la voluntad del tenedor y que éste no pudo evitar ni superar. Cuando cese la causa de la demora, la presentación deberá efectuarse con diligencia razonable.

2) La obligación de presentar el título al pago quedará dispensada:

- a. cuando el librador, un endosante o un garante haya renunciado expresamente a la presentación; esa renuncia:
 - i) si ha sido incluida en el título por el librador, perjudica a todos los firmantes subsiguientes y beneficia a cualquier tenedor;
 - ii) si ha sido incluida en el título por una parte distinta del librador, perjudica sólo a esa parte pero beneficia a cualquier tenedor;
 - iii) si se ha hecho fuera del título, perjudica sólo a la parte que la hizo y beneficia únicamente al tenedor en cuyo favor se hizo;
- b. cuando el título no sea pagadero a la vista y la causa de la demora en efectuar la presentación mencionada en el párrafo 1) del presente artículo siga existiendo pasados 30 días después del día de su vencimiento;
- c. cuando el título sea pagadero a la vista y la causa de la demora en efectuar la presentación mencionada en el párrafo 1) del presente artículo siga existiendo pasados 30 días después de la expiración del plazo para efectuar la presentación para el pago;
- d. cuando el librado, el suscriptor o el aceptante haya dejado de tener la libre administración de sus bienes por causa de su insolvencia, sea una persona ficticia o una persona que no tenga capacidad para hacer el pago, o cuando el librado, el suscriptor o el aceptante sea una sociedad, asociación u otra persona jurídica que haya dejado de existir;
- e. cuando no haya ningún lugar en el que el título deba ser presentado con arreglo al inciso g) del artículo 55.

3) La obligación de presentar un título para el pago quedará dispensada también, en lo que respecta a la letra, cuando ésta haya sido protestada por falta de aceptación.

Artículo 57

1) Cuando el título no haya sido presentado debidamente al pago, el librador, los endosantes y sus garantes no quedarán obligados por él.

2) La falta de presentación de un título al pago no liberará al aceptante, al suscriptor y a sus garantes ni al garante del librado de las obligaciones correspondientes.

Artículo 58

1) Se considerará que un título ha sido desatendido por falta de pago:

- a. cuando, efectuada la presentación debida, se deniegue el pago o cuando el tenedor no pueda obtener el pago a que tiene derecho con arreglo a la presente Convención;
- b. cuando se dispense la presentación para el pago de conformidad con el párrafo 2) del artículo 56 y el título no sea pagado al vencimiento.

2) Si la letra es desatendida por falta de pago, el tenedor podrá ejercer, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 59, una acción de regreso contra el librador, los endosantes y sus garantes.

3) Si el pagaré es desatendido por falta de pago, el tenedor podrá ejercer, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 59, una acción de regreso contra los endosantes y sus garantes.

Sección 3

Regreso

Artículo 59

Si un título es desatendido por falta de aceptación o de pago, el tenedor sólo podrá ejercer su acción de regreso una vez que el título haya sido debidamente protestado por falta de aceptación o de pago, según lo dispuesto en los artículos 60 a 62.

A. Protesto

Artículo 60

1) El protesto es una constatación de la desatención hecha en el lugar en el que se desatendió el título y firmada y fechada por persona autorizada para estos efectos por la ley del lugar. El protesto debe especificar:

- a. la persona a cuyo requerimiento se proteste el título;
- b. el lugar del protesto; y
- c. la petición hecha y la respuesta dada, si la hubo, o el hecho de que no pudo localizarse al librado o al aceptante o al suscriptor.

2) El protesto podrá hacerse constar:

- a. en el título o en un suplemento añadido a éste (*al-longe*); o
- b. en un documento separado, en cuyo caso deberá precisar claramente cuál es el título desatendido.

3) A menos que en el título se estipule la obligatoriedad del protesto, éste podrá reemplazarse por una declaración escrita en el título y firmada y fechada por el librado, el aceptante o el suscriptor, o, en el caso de un título en que figure un domicilio con una persona designada para el pago, por la persona designada; en esa declaración se deberá señalar que se deniega la aceptación o el pago.

4) La declaración hecha de conformidad con el párrafo 3) será un protesto a efectos de la presente Convención.

Artículo 61

El protesto de un título por falta de aceptación o de pago deberá hacerse en el día en que el título es desatendido o en uno de los cuatro días hábiles siguientes.

Artículo 62

1) Será excusable la demora en protestar un título por falta de aceptación o de pago cuando aquella se deba a circunstancias ajenas a la voluntad del tenedor y que éste no pudo evitar ni superar. Cuando cese la causa de la demora, deberá efectuarse el protesto con diligencia razonable.

2) El protesto por falta de aceptación o de pago se dispensa:

- a. cuando el librador, un endosante o un garante haya renunciado expresamente al protesto; esa renuncia:
 - i) si ha sido incluida en el título por el librador, perjudicará a todos los firmantes subsiguientes y beneficiará a cualquier tenedor;
 - ii) si ha sido incluida en el título por un firmante que no sea el librador, perjudicará sólo a ese firmante pero beneficiará a cualquier tenedor;
 - iii) si se ha hecho fuera del título, perjudicará sólo al firmante que la hizo y beneficiará únicamente al tenedor en cuyo favor se hizo;
- b. si la causa de la demora en levantar el protesto, mencionada en el párrafo 1) del presente artículo, persiste pasados 30 días después de la fecha de la desatención;
- c. en lo que respecta al librador de una letra, si el librador y el librado o el aceptante son la misma persona;

- d. si se dispensa la presentación del título a la aceptación o al pago de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 o en el párrafo 2) del artículo 56.

Artículo 63

1) Cuando el título que haya de protestarse por falta de aceptación o de pago no sea debidamente protestado, el librador, los endosantes y sus garantes no quedarán obligados por él.

2) La falta de protesto de un título no liberará al aceptante, al suscriptor y a sus garantes ni al garante del librado de las obligaciones correspondientes.

B. Notificación de la desatención

Artículo 64

1) Cuando el título sea desatendido por falta de aceptación o de pago, el tenedor deberá notificar la desatención:

- a. al librador y al último endosante, y
- b. a todos los demás endosantes y garantes cuyas direcciones pueda averiguar el tenedor sobre la base de la información contenida en el título.

2) El endosante o el garante que sea notificado deberá a su vez notificar la falta de aceptación o pago al último firmante que le preceda y que esté obligado por el título.

3) La notificación de la desatención opera en beneficio de todos los firmantes que tengan una acción de regreso basada en el título frente al firmante notificado.

Artículo 65

1) La notificación de que el título ha sido desatendido podrá efectuarse en cualquier forma y mediante cualesquiera términos que identifiquen el título y declaren que no ha sido desatendido. La simple devolución del título desatendido bastará

para hacer la notificación, siempre que se acompañe de una declaración que indique que no ha sido atendido.

2) La notificación de que el título ha sido desatendido se considerará debidamente efectuada si se comunica o se envía al firmante que ha de ser notificado, por medios adecuados a las circunstancias independientemente de que dicho firmante la reciba o no.

3) La carga de la prueba de que la notificación ha sido debidamente efectuada recaerá sobre la persona que deba notificar.

Artículo 66

La notificación de que el título ha sido desatendido deberá efectuarse dentro de los dos días hábiles siguientes:

- a. al día de protesto o, cuando se dispensa el protesto, al día de la falta de aceptación o de pago; o
- b. al día en que se reciba la notificación de que el título ha sido desatendido.

Artículo 67

1) Será excusable la demora en notificar la desatención cuando se deba a circunstancias ajenas a la voluntad de la persona que debe notificar y que ésta no pudo evitar ni superar. Cuando cese la causa de la demora, deberá efectuarse la notificación con diligencia razonable.

- 2) La notificación de la desatención quedará dispensada:
- a. cuando, actuando con diligencia razonable, esa notificación no pueda efectuarse;
 - b. cuando el librador, un endosante o un garante haya renunciado expresamente a ella; esa renuncia:
 - i) si ha sido incluida en el título por el librador, perjudicará a todos los firmantes posteriores y beneficiará a cualquier tenedor;

- ii) si ha sido incluida en el título por un firmante que no sea el librador, perjudicará sólo a ese firmante pero beneficiará a cualquier tenedor;
 - iii) si se ha hecho fuera del título, perjudicará sólo al firmante que la hizo y beneficiará únicamente al tenedor en cuyo favor se hizo;
- c. en lo que respecta al librador de una letra, si el librador y el librado o el aceptante son la misma persona.

Artículo 68

Quando la persona que deba notificar la desatención omita efectuar la notificación a un firmante que tenga derecho a recibirla, responderá por los daños que éste pueda sufrir como consecuencia de dicha omisión, sin que dichos daños puedan exceder de la suma a que se hace referencia en los artículos 70 ó 71.

Sección 4 *Suma exigible*

Artículo 69

1) El tenedor podrá ejercer los derechos que le otorga el título contra cualquiera de los firmantes obligados por el mismo, contra varios de ellos o contra todos ellos, y no estará obligado a respetar el orden por el que los firmantes se hayan obligado. Cualquier firmante que reembolse el título podrá ejercer sus derechos de la misma manera contra los firmantes obligados ante él.

2) La acción intentada contra un firmante no impedirá proceder contra cualquier otro firmante, sea o no posterior al firmante contra quien originalmente se procedió.

Artículo 70

1) El tenedor podrá reclamar de cualquier firmante obligado:

- a. al vencimiento: el importe del título con intereses, si se han estipulado;
 - b. después del vencimiento:
 - i) el importe del título con los intereses devengados, si se han estipulado, hasta la fecha de vencimiento;
 - ii) si se han estipulado intereses para después del vencimiento, los intereses al tipo estipulado, o en ausencia de tal estipulación, los intereses al tipo especificado en el párrafo 2) del presente artículo, calculados a partir de la fecha de presentación y sobre la suma expresada en el apartado i) del inciso b) del presente párrafo;
 - iii) todos los gastos del protesto y de las notificaciones que haya hecho;
 - c. antes del vencimiento:
 - i) el importe del título con los intereses devengados hasta la fecha del pago, si se han estipulado intereses; o, si no se han estipulado intereses, el importe previo descuento por el período comprendido entre la fecha de pago y la fecha de vencimiento, calculado de conformidad con el párrafo 4) del presente artículo;
 - ii) todos los gastos del protesto y de las notificaciones que haya hecho.
- 2) El tipo de interés será el que debería pagarse en caso de juicio iniciado en el territorio del Estado en que fuera pagadero el título.
- 3) Ninguna de las disposiciones del párrafo 2) del presente artículo impedirá que un tribunal disponga el pago de daños y perjuicios o una indemnización por la pérdida suplementaria que cause al tenedor la mora en el pago.

4) El descuento se hará según el tipo oficial (tipo de descuento) u otro tipo apropiado semejante que esté vigente en la fecha en que se ejerza la acción de regreso en el lugar en que el tenedor tenga su establecimiento principal, o de no tenerlo, su residencia habitual; si no tiene ese tipo, el tipo de descuento será el que resulte razonable en ese caso.

Artículo 71

El firmante que pague un título y quede con ello liberado en todo o en parte de sus obligaciones derivadas del título, podrá reclamar a los firmantes obligados ante él:

- a. la suma total que haya pagado;
- b. los intereses devengados por esa suma al tipo especificado en el párrafo 2) del artículo 70, calculados a partir del día en que haya hecho el pago;
- c. todos los gastos ocasionados por las notificaciones que haya hecho.

Capítulo VI *EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES*

Sección 1 *Extinción mediante pago*

Artículo 72

1) El firmante quedará liberado de sus obligaciones en virtud del título cuando pague al tenedor, o a un firmante posterior que haya pagado el título y esté en posesión de él, la suma debida de conformidad con los artículos 70 ó 71:

- a. en la fecha de vencimiento o con posterioridad a ella; o
- b. antes de la fecha de vencimiento, cuando el título haya sido desatendido por falta de aceptación.

2) El pago efectuado antes del vencimiento en circunstancias distintas a las previstas en el inciso b) del párrafo 1) del presente artículo no libera de sus obligaciones resultantes del título al firmante que lo efectúa, salvo en relación con la persona a quien se hizo el pago.

3) El firmante no quedará liberado de sus obligaciones si pagó a un tenedor que no sea un tenedor protegido, o un firmante que haya reembolsado la letra, y sabe en el momento del pago que el tenedor o ese firmante ha adquirido el título mediante hurto o ha falsificado la firma del tomador o de un endosatario, o ha participado en el hurto o la falsificación.

- 4) a. salvo estipulación en contrario, la persona que reciba el pago de un título deberá entregar:
- i) al librado que efectúe el pago, el título;
 - ii) a cualquier otra persona que efectúe dicho pago el título, una cuenta con constancia del pago y los protestos;
- b. en caso de un título pagadero en vencimientos sucesivos, el librado o un firmante que efectúe un pago que no sea el correspondiente al último vencimiento podrá exigir que se mencione dicho pago en el título o en un suplemento añadido a éste (*allonge*) y que se le extienda el correspondiente recibo;
- c. si un título pagadero a plazos en fechas sucesivas es desatendido por falta de aceptación o de pago en cualquiera de sus vencimientos y, en el momento de la desatención, un firmante efectúa el pago, el tenedor que recibe el pago deberá entregar a ese firmante una copia certificada del título y todos los protestos necesarios autenticados para que el firmante pueda ejercer sus derechos resultantes del título;
- d. la persona a quien se exija el pago podrá negarse a pagar si quien exige el pago no le entrega el título. La re-

tención del pago en estas circunstancias no constituirá desatención por falta de pago en el sentido de lo dispuesto en el artículo 58;

- e. si el pago se efectúa, pero la persona que paga, distinta del librado, no obtiene el título, dicha persona quedará liberada de sus obligaciones, pero esa liberación no podrá oponerse contra un tenedor protegido a quien se haya transferido el título posteriormente.

Artículo 73

- 1) El tenedor no estará obligado a aceptar un pago parcial.
- 2) Si el tenedor a quien se ofrece el pago parcial no lo acepta, se considerará que ha habido desatención por falta de pago del título.
- 3) Si el tenedor acepta un pago parcial del librado, del garante del librado, del aceptante o del suscriptor:
 - a. el garante del librado, el aceptante o el suscriptor quedará liberado de sus obligaciones resultantes del título hasta el monto de la suma pagada; y
 - b. se considerará que ha habido desatención por falta de pago del título por la suma que ha quedado por pagar.
- 4) Si el tenedor acepta un pago parcial de un firmante del título distinto del aceptante, el suscriptor o el garante del librado:
 - a. el firmante que haga el pago quedará liberado de sus obligaciones resultantes del título hasta el monto de la suma pagada; y
 - b. el tenedor deberá entregar a ese firmante una copia certificada del título y los protestos necesarios autenticados para que el firmante pueda ejercer sus derechos resultantes del título.

5) El librado o el firmante que haga un pago parcial podrá pedir que se indique en el título que efectuó dicho pago y que se le extienda el recibo correspondiente.

6) Si se paga el saldo, la persona que lo reciba y que esté en posesión del título deberá entregar a quien efectúe el pago el título con constancia del pago y todos los protestos autenticados.

Artículo 74

1) El tenedor podrá negarse a recibir el pago en un lugar distinto de aquel en el que el título se haya presentado al pago de conformidad con el artículo 55.

2) En tal caso, si el pago no se efectúa en el lugar en que se presentó el título al pago de conformidad con el artículo 55, se considerará que el título ha sido desatendido por falta de pago.

Artículo 75

1) El título deberá pagarse en la moneda en que esté expresado el importe pagadero.

2) Cuando el importe de un título esté expresado en una unidad monetaria de cuenta en el sentido del párrafo 1) del artículo 5 y la unidad sea transferible entre la persona que hace el pago y la que lo recibe, el pago se hará, a menos que el título especifique una moneda de pago, mediante transferencia de unidades monetarias de cuenta. Si la unidad monetaria de cuenta no fuere transferible entre esas personas, el pago se hará en la moneda especificada en el título o, de no haber especificación, en la moneda del lugar del pago.

3) El librado o el suscriptor podrán indicar en el título que éste deberá pagarse en una moneda determinada distinta de aquella en que esté expresado su importe. En ese caso:

a. el título deberá pagarse en la moneda así determinada;

- b. la suma exigible se calculará según el tipo de cambio indicado en el título. A falta de tal indicación, la suma exigible se calculará según el tipo de cambio para efectos a la vista (o, de no haberlo, según el tipo de cambio apropiado establecido) en la fecha del vencimiento;
 - i) vigente en el lugar en que deba presentarse el título para su pago con arreglo al inciso g) del artículo 55, si la moneda determinada es la de ese lugar (moneda local); o
 - ii) si la moneda determinada no es la de ese lugar, según los usos del lugar en que deba presentarse el título para su pago con arreglo al inciso g) del artículo 55;
 - c. cuando el título sea desatendido por falta de aceptación, la suma exigible se calculará:
 - i) si se indica el tipo de cambio en el título, según ese tipo;
 - ii) si en el título no se indica ningún tipo de cambio, a elección del tenedor, según el tipo vigente el día de la desatención o el día en que se efectúe el pago;
 - d. cuando el título sea desatendido por falta de pago, la suma pagadera se calculará:
 - i) si se indica el tipo de cambio en el título, según ese tipo;
 - ii) si en el título no se indica ningún tipo de cambio, a elección del tenedor, según el tipo de cambio vigente el día de vencimiento o el día en que se efectúe el pago.
- 4) Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá que un tribunal conceda una indemnización por la pérdida causada al tenedor por fluctuaciones de los tipos de cambio si esta pérdida es causada por la desatención por falta de aceptación o de pago.

5) El tipo de cambio vigente en fecha determinada será el tipo de cambio vigente, a elección del tenedor, en el lugar en el que el título deba presentarse al pago con arreglo al inciso g) del artículo 55 o en el lugar en el que se efectúe el pago.

Artículo 76

1) Ninguna de las disposiciones de la presente Convención impedirá a los Estados contratantes aplicar los reglamentos sobre control de cambios vigentes en sus territorios, y sus disposiciones relativas a la protección de su moneda, incluidos los reglamentos aplicables en virtud de acuerdos internacionales en los que sean partes.

2) a. si, en aplicación del párrafo 1) del presente artículo, un título librado en una moneda distinta a la del lugar de pago debe pagarse en moneda local, la suma exigible se calculará según el tipo de cambio para efectos a la vista (o, cuando no exista ese tipo de cambio, según el tipo de cambio corriente establecido) vigente en la fecha de la presentación en el lugar de que deba presentarse el título para su pago con arreglo al inciso g) del artículo 55;

b.

i) cuando el título sea desatendido por falta de aceptación, la suma exigible se calculará, a elección del tenedor, según el tipo de cambio vigente en la fecha de la desatención o en la fecha en que se efectúe el pago;

ii) cuando el título sea desatendido por falta de pago, la suma exigible se calculará a elección del tenedor, según el tipo de cambio vigente en la fecha de la presentación o en la fecha en que se efectúe el pago;

iii) los párrafos 4) y 5) del artículo 75 serán aplicables cuando proceda.

Sección 2

Extinción de las obligaciones de otros firmantes

Artículo 77

1) Cuando un firmante quede liberado en todo o en parte de sus obligaciones resultantes del título, todos los firmantes que tengan contra él un derecho resultante del título quedarán también liberados en la misma medida.

2) El pago total o parcial efectuado por el librado al tenedor o a cualquier firmante que reembolse la letra liberará de sus obligaciones a todos los firmantes en la misma medida, excepto en el caso de que el librado pague a un tenedor que no sea un tenedor protegido, o a un firmante que haya reembolsado la letra, y sepa en el momento del pago que el tenedor o ese firmante ha adquirido el título mediante hurto o ha falsificado la firma del tomador o de un endosatario, o ha participado en el hurto o la falsificación.

Capítulo VII

PERDIDA DE TITULOS

Artículo 78

1) Cuando se pierda un título, por destrucción, hurto, o cualquier otra causa, la persona que lo perdió tendrá, con sujeción a las disposiciones del párrafo 2) de este artículo, el mismo derecho al pago que si hubiera estado en posesión del título. El firmante a quien se reclame el pago no podrá oponer como excepción a las obligaciones resultantes del título el hecho de que la persona que reclama el pago no se halle en posesión del título.

2) a. la persona que reclame el pago de un título perdido deberá señalar por escrito al firmante a quien se dirija:

- i) los elementos del título perdido correspondientes a los requisitos establecidos en los párrafos 1) ó 2) de los artículos 1, 2 y 3; para estos efectos la persona que reclame el pago del título perdido podrá presentar a ese firmante una copia de dicho título;
 - ii) los hechos que demuestren que, si estuviera en posesión del título, tendría derecho a recibir el pago del firmante a quien se reclama el pago;
 - iii) las circunstancias que impidan la presentación del título;
- b. el firmante a quien se reclame el pago de un título perdido podrá pedir al reclamante garantía de que será indemnizado por cualquier pérdida que pueda sufrir como consecuencia del pago posterior del título perdido;
 - c. el tipo de garantía y sus condiciones se determinarán mediante acuerdo entre el reclamante y el firmante de que se reclame el pago. En defecto de tal acuerdo, el tribunal podrá decidir si esa garantía es necesaria y, en caso afirmativo, determinará el tipo de garantía y sus condiciones;
 - d. cuando no pueda ofrecerse garantía, el tribunal podrá ordenar al firmante a quien se reclame el pago que deposite el importe del título perdido, junto con los intereses y gastos que puedan exigirse en virtud de los artículos 70 ó 71, en poder del tribunal o de cualquier otra autoridad o institución competente, y podrá determinar la duración del depósito. Dicho depósito se considerará como pago a la persona que ha reclamado el pago.

Artículo 79

1) El firmante que haya pagado un título perdido y a quien posteriormente otra persona le presente el pago dicho título deberá notificar tal presentación a la persona a quien pagó.

2) Dicha notificación se efectuará el mismo día de la presentación del título o en uno de los dos días hábiles siguientes y se hará constar en ella el nombre de la persona que presentó el título, la fecha y el lugar de presentación.

3) Si no realiza la notificación, el firmante que haya pagado el título perdido será responsable de los daños que su omisión pueda ocasionar a la persona a quien pagó el título sin que el importe total de los daños pueda exceder el importe a que se hace referencia en los artículos 70 ó 71.

4) Será excusable la demora en efectuar la notificación cuando dicha demora se deba a circunstancias ajenas a la voluntad de la persona que ha pagado el título perdido y que ésta no pudo evitar ni superar. Cuando cese la causa de la demora, la notificación deberá realizarse con diligencia razonable.

5) La obligación de efectuar la notificación quedará dispensada cuando la causa de la demora persista después de 30 días contados a partir del último día en que hubiera debido realizarse.

Artículo 80

1) El firmante que haya pagado un título perdido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 y a quien posteriormente se le pida que pague el título y lo pague efectivamente o que, como consecuencia de la pérdida del título, pierda entonces su derecho a resacirse de cualquier firmante obligado ante él, tendrá derecho:

- a. si se dio una garantía, a hacerla efectiva; o

- b. si se depositó una suma en poder de un tribunal u otra autoridad o institución competente, a reclamar la suma depositada.

2) La persona que haya dado una garantía de conformidad con lo dispuesto en el inciso b) del párrafo 2) del artículo 78 tendrá derecho a que se levante la garantía cuando el firmante en cuyo beneficio se dio ya no corra el riesgo de sufrir pérdidas debido al hecho de que se ha perdido el título.

Artículo 81

A los efectos de levantar protesto por falta de pago, la persona que reclame el pago de un título perdido podrá utilizar un documento que reúna los requisitos establecidos en el inciso a) del párrafo 2) del artículo 78.

Artículo 82

La persona que reciba el pago de un título perdido de conformidad con el artículo 78 deberá entregar al firmante que lo pague el escrito extendido con arreglo al inciso a) del párrafo.2) del artículo 78 cancelado por ella, así como los protestos que hubiese y una cuenta con constancia del pago.

Artículo 83

1) El firmante que pague un título perdido de conformidad con el artículo 78 tendrá los mismos derechos que le habrían correspondido si hubiera estado en posesión del título.

2) Ese firmante podrá ejercer sus derechos solamente si se halla en posesión del escrito con constancia del pago mencionado en el artículo 82.

Capítulo VIII *PRESCRIPCION*

Artículo 84

1) La acción derivada de un título no podrá ejercerse después de transcurridos cuatro años:

- a. contra el suscriptor, o su garante, de un pagaré pagadero a requerimiento o a su garante, desde la fecha del pagaré;
- b. contra el aceptante o el firmante de un título pagadero en una fecha determinada, o sus garantes, desde la fecha del vencimiento;
- c. contra el garante del librado de una letra pagadera en una fecha determinada, desde la fecha del vencimiento o, si la letra es desatendida por falta de aceptación, desde la fecha del protesto o, cuando se dispensa el protesto, desde la fecha de la desatención;
- d. contra el aceptante de una letra pagadera a requerimiento o a su garante, desde la fecha en que fue aceptada, o si esa fecha no se indica, desde la fecha del título;
- e. contra el garante del librado de una letra pagadera a requerimiento, desde la fecha en que firmó o, si esa fecha no se indica, desde la fecha de la letra;
- f. contra el librador o un endosante o el garante de ambos, desde la fecha del protesto por falta de aceptación o de pago o bien, cuando el protesto se dispensa, desde la fecha de la desatención.

2) El firmante que pague el título de conformidad con el artículo 70 ó 71 podrá ejercer su acción contra un firmante que le esté obligado en el plazo de un año desde la fecha en que pagó el título.

Capítulo IX
DISPOSICIONES FINALES

Artículo 85

El Secretario General de las Naciones Unidas queda designado depositario de la presente Convención.

Artículo 86

1) La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados en la Sede de las Naciones Unidas, Nueva York, hasta el 30 de junio de 1990.

2) La presente Convención estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados signatarios.

3) La presente Convención estará abierta a la adhesión de todos los Estados que no sean Estados signatarios desde la fecha en que quede abierta a la firma.

4) Los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación y adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 87

1) Todo Estado Contratante integrado por dos o más unidades territoriales en las que, con arreglo a su constitución, sean aplicables distintos sistemas jurídicos en relación con las materias objeto de la presente Convención podrá declarar en el momento de la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión que la presente Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o sólo a una o varias de ellas y podrá modificar en cualquier momento su declaración mediante otra declaración.

2) Esas declaraciones serán notificadas al depositario y en ellas se hará constar expresamente a qué unidades territoriales se aplica la Convención.

3) Si el Estado Contratante no hace ninguna declaración conforme al párrafo 1) de este artículo, la Convención se aplicará a todas las unidades territoriales de ese Estado.

Artículo 88

1) Todo Estado, en el momento de la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, podrá declarar que sus tribunales sólo aplicarán la Convención si el lugar indicado en el título donde se libra la letra o donde se suscribe el pagaré y el lugar del pago del título en él indicado se encuentran en Estados Contratantes.

2) No se podrá hacer otras reservas.

Artículo 89

1) La presente Convención entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de doce meses contados desde la fecha en que haya sido depositado el décimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

2) Cuando un Estado ratifique, acepte o apruebe la presente Convención, o se adhiera a ella, después de haber sido depositado el décimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, la Convención entrará en vigor respecto de ese Estado el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de doce meses contados desde la fecha en que haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

Artículo 90

1) Todo Estado Contratante podrá denunciar la presente Convención mediante notificación formal hecha por escrito al depositario.

2) La denuncia surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de seis meses contados desde la fecha en que la notificación haya sido recibida por el depositario.

Cuando en la notificación se establezca un plazo más largo para que la denuncia surta efecto, la denuncia surtirá efecto a la expiración de ese plazo, contado desde la fecha en que la notificación haya sido recibida por el depositario. La Convención continuará aplicándose a los títulos librados o suscritos antes de la fecha en que surta efecto la denuncia.

HECHA en ..., el día ... de ... de mil novecientos ochenta y siete, en un sólo original, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos.

EN TESTIMONIO DE LO CUAL, los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos Gobiernos, han firmado la presente Convención.

DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO

EL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL Y
LA PROHIBICION DE LA TORTURA
(EN EL DERECHO INTERNACIONAL)

Dr. Héctor Faúndez Ledesma

Fiel a su compromiso y a su voluntad democrática, el Estado venezolano ha ratificado numerosos tratados internacionales en el ámbito de los derechos humanos. Recientemente, Venezuela ha suscrito dos convenciones contra la tortura: la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes,¹ y la Convención Interamericana para la Prevención y Castigo de la Tortura,² las cuales han sido sometidas al Congreso de la República a fin de que éste, en uso de sus atribuciones constitucionales, dicte la correspondiente ley aprobatoria, previo a su ratificación. Nuestra intención es examinar el sentido y alcance de estas convenciones, y la naturaleza de las obligaciones que asumiría Venezuela en el evento de ratificarlas.

Hoy como ayer, el derecho a la integridad personal del individuo, también conocido como la prohibición de la tortura, es un derecho humano de fundamental importancia. Como tendremos ocasión de apreciar, se trata de un derecho que va más allá de la simple protección de la integridad física y que implica algo más que la mera prohibición de la tortura.

Si bien hoy en día la tortura es repudiada por la comunidad civilizada, y ampliamente rechazada por la opinión pública, con-

¹ Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984, suscrita por Venezuela el 15 de febrero de 1985, y aún no ratificada..

² Suscrita en Cartagena de Indias el 9 de diciembre de 1985 por la Asamblea General de la OEA, y aún no ratificada por Venezuela.

siderando su práctica como inmoral e internacionalmente ilícita, no debe olvidarse que, a pesar de esto, ella ha sido extensamente utilizada a través de la historia y que, aún hoy en día, constituye el instrumento predilecto de regímenes caracterizados por la intolerancia y que responden brutalmente a las demandas —justas o injustas— de los miembros del cuerpo social. Sin embargo, sería incorrecto asumir que el uso de la tortura —y otros medios represivos igualmente injustificables y detestables— es patrimonio exclusivo de la edad media, la inquisición, o las dictaduras; lamentablemente, regímenes democráticos —o supuestamente democráticos— también recurren a ella, aunque en menor escala y, probablemente, de manera ocasional y no como política de gobierno. Es precisamente por ello que esta práctica absurda, no obstante encontrar sus raíces en los períodos más oscuros de la historia, ha sido calificada como “una de las plagas más indignantes del mundo actual”,³ y como la “vergüenza de nuestro tiempo”.⁴

Los juicios de Dios, las tristemente célebres prácticas de la inquisición, las cacerías de brujas, los métodos del nazi-fascismo, etc., son prueba elocuente de la facilidad con que el ser humano puede estar dispuesto a hacer sufrir a sus semejantes y a rebajarse a los niveles más insospechados de barbarie. Muchos de los instrumentos de tortura utilizados en estos infaustos y ominosos períodos de la historia hoy forman parte de museos y son exhibidos con horror y vergüenza; pero, lamentablemente, el hombre no ha cesado de inventar nuevas técnicas y nuevos métodos para producir dolor y sufrimiento en forma prolongada. La ignorancia, el fanatismo, y la intolerancia de nuestros tiempos se ha so-

³ Pierre Mendés France, ex Primer Ministro de Francia, *Cómo hacer eficaz la Convención Internacional contra la Tortura*, Comisión Internacional de Juristas, Ginebra, Suiza, 1980, p. 38.

⁴ Eric Martin, ex Rector de la Universidad de Ginebra, ex Presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja, *Como hacer eficaz la Convención Internacional contra la tortura*, Comisión Internacional de Juristas, Ginebra, Suiza, 1980, p. 14.

fisticado y tecnificado, pero aún no han renunciado al uso de la tortura.

El Art. 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos expresa que “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”, disposición que transcribe casi textualmente el Art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos, eliminando solamente la referencia a penas o tratos *crueles*. En el caso del Pacto de Derechos Civiles y Políticos,⁵ este expresa, en su Art. 7, exactamente la misma regla, agregando sin embargo que, “en particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”. Por otra parte, la Convención Americana de Derechos Humanos⁶ contiene, en su Art. 5, una reglamentación más extensa y detallada de este derecho, que identifica como el derecho a la integridad personal, señalando: 1) que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, y 2) que nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, y que toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.⁷

*Carácter fundamental y absoluto de derecho
a la integridad personal*

Parece oportuno destacar aquí el carácter absoluto que reviste este derecho, en primer lugar en cuanto se refiere a la re-

⁵ El Pacto de Derechos Civiles y Políticos entró en vigor el 23 de marzo de 1976 y ya ha sido ratificado por Venezuela, el 10 de mayo de 1978.

⁶ La Convención Americana de Derechos Humanos ha sido ratificada por Venezuela con fecha 9 de agosto de 1977.

⁷ Otros párrafos del mismo artículo, en cuanto se refieren al carácter personal de las sanciones penales —“la pena no puede trascender de la persona del delincuente”—, y a las condiciones de la detención o prisión, parecen no estar directamente vinculados con este derecho; en todo caso, no debe olvidarse que, con mucha frecuencia, la detención o prisión es la antesala de la tortura.

probación moral y jurídica de todo acto que atente en contra de la integridad o dignidad del ser humano, y en segundo lugar en cuanto es uno de los pocos derechos que no admite ser suspendido ni aún en el evento de circunstancias extraordinarias (como las previstas en los Arts. 4 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, 15 de la Convención Europea de Derechos Humanos, y 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos). En este sentido, tanto la Declaración contra la tortura⁸ como la Convención contra la tortura⁹ son enfáticos en expresar que en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales, tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna, o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura. Del mismo modo, la Convención Interamericana para la Prevención y Castigo de la Tortura señala que la existencia de circunstancias como el estado de guerra, la amenaza de guerra, estado de sitio o emergencia, alteraciones del orden público, suspensión de las garantías constitucionales, u otra emergencia pública o desastre, no podrán ser invocadas o admitidas como justificación del delito de tortura; incluso, ni la peligrosidad del detenido o prisionero ni la falta de seguridad de la prisión o penitenciaría justificarán la tortura.¹⁰

En particular, este último aspecto ha sido destacado por el Art. 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949, que conforman la base esencial del llamado Derecho Humanitario, y que establece que, en caso de conflicto armado sin carácter internacional que surja en el territorio de una de las partes contratantes, cada una de las partes contendientes tendrán la obligación de aplicar —por lo menos— las disposiciones siguientes:

⁸ Resolución 3452, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1975.

⁹ Cf. nota (1), *supra*.

¹⁰ Cf. Art. 5 de la Convención Interamericana para la prevención y castigo de la tortura.

Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en toda circunstancia, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la raza, el color, la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

A tal efecto, están y quedan prohibidos, en cualquier tiempo y lugar, respecto a las personas arriba mencionadas:

- a) los atentados a la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios; [. . .]
- b) Los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes [. . .]

La regla previamente transcrita se encuentra reforzada por el Art. 50 del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña, y por el Art. 51 del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, que consideran infracciones graves a estos convenios “[. . .] la tortura o tratos inhumanos, incluso las experiencias biológicas, el causar de propósito grandes sufrimientos o realizar atentados graves a la integridad física o a la salud [. . .]”

Además, el Art. 13 del Convenio de Ginebra sobre el trato a los prisioneros de guerra establece que:

[. . .] los prisioneros de guerra deberán ser tratados en todas circunstancias humanamente. [. . .] no podrá someterse a ningún prisionero de guerra a mutilaciones físicas o a experiencias médicas o científicas de cualquier naturaleza, que no estén justificadas por el tratamiento médico del cautivo interesado y que no se apliquen en bien suyo. Los prisioneros de guerra deberán igualmente ser protegidos en todo tiempo, especialmente contra cualquier acto de violencia o intimidación, contra insultos y contra la curiosidad pública.

A lo anterior, el Art. 14 del mismo convenio agrega que “los prisioneros de guerra tienen derecho en todas circunstancias al respeto de su persona y de su dignidad.”

En el mismo sentido, el Convenio de Ginebra sobre la protección de personas civiles en tiempo de guerra, en sus Arts. 31 y 32, dispone que “no podrá ejercerse coacción alguna de orden físico o moral sobre las personas protegidas, en especial para obtener de ellas o de terceros informaciones de cualquier tipo”, y que se prohíbe “cualquier medida capaz de causar sufrimiento físico”, prohibición que abarca “la tortura, las penas corporales, las mutilaciones y los experimentos médicos o científicos no exigidos por el tratamiento facultativo de una persona protegida, sino también cualquier otra crueldad practicada por agentes civiles o militares”.

En fin, los Arts. 89 del Convenio sobre el trato a los prisioneros de guerra y 119 del Convenio sobre la protección de personas civiles en tiempo de guerra también enfatizan el carácter fundamental y absoluto de la prohibición de la tortura —aun en la circunstancias extraordinarias de un conflicto armado internacional—, disponiendo que los castigos o penas disciplinarias “no podrán ser, en ningún caso, inhumanos, brutales o peligrosos para la salud” de las personas protegidas por dichos convenios.

Siempre en el ámbito del Derecho Humanitario, los Arts. 11, 51 N° 2, 75 y 85 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, y los Arts. 4 y 13 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a los conflictos armados sin carácter internacional, incorporan normas igualmente diseñadas para proteger la integridad física y mental, así como la dignidad de las personas protegidas por los referidos instrumentos internacionales.

El que la tortura (en su sentido más amplio) se encuentre proscrita incluso en el evento de circunstancias extraordinarias,

y el que los acuerdos internacionales previamente referidos la prohíban aun en caso de guerra, permite sostener que estamos en presencia de un derecho de fundamental importancia, el cual no puede ser avasallado bajo ningún pretexto.

Concepto de tortura

En ninguno de los textos previamente citados se ha incluido una definición de lo que constituye tortura y que, en consecuencia, se encuentra prohibido. Normalmente la tortura ha sido identificada con la utilización de recursos que ocasionan dolor o sufrimiento físico, limitando así tanto los medios aptos para ocasionarla como el resultado que la caracteriza. Aun así, es probable que ella pueda ser fácilmente identificada en ciertas situaciones extremas que implican el asalto grave a la integridad física de un ser humano (tales como mutilaciones, aplicaciones de corriente eléctrica, quemaduras deliberadas con cigarrillos, golpes en la planta de los pies, etc.); sin embargo, en algunos casos límites (como el esposar a un detenido, obligarlo a apoyar las manos contra la pared, o internarlo en una celda húmeda y escasamente iluminada) no se puede señalar que tales actos constituyan —en sí mismos— prácticas de tortura, y será necesario estudiar algunos aspectos conexos (como su duración, su motivación, su necesidad, los efectos —físicos o psicológicos— que tales actos puedan producir, etc.) antes de establecer si ellos son efectivamente constitutivos de tortura. En estos casos, como en otros, la necesidad de contar con una definición precisa de tortura adquiere una importancia vital.

Esta dificultad ha venido a ser parcialmente superada con la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.¹¹ El Art. 1.º de esta declaración expresa que

[. . .] se entenderá por tortura todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos

¹¹ Cf. nota (8), *supra*.

o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras”.

Según esta misma disposición,

[...] no se considerarán tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida que estén en consonancia con las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.

De manera muy semejante, el Art. 1.º de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes,¹² indica que “se entenderá por tortura todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”; asimismo, de modo semejante a lo expresado en la Declaración de 1975, esta disposición expresa que no se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de *sanciones* legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

En los instrumentos regionales, la Convención Europea para la Prevención de la Tortura y los Tratamientos o Penas Inhumanos o Degradantes, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 26 de junio de 1987, no contiene una definición de tortura, aunque sí efectivos mecanismos para combatirla. Por el contrario la Convención Interamericana para la Pre-

¹² Cf. nota (1), *supra*

vención y Castigo de la Tortura ¹³ señala, en su Art. 2, que —para los efectos de esta Convención—, se entenderá por tortura todo acto por el cual se inflija a una persona, intencionalmente, dolor o sufrimiento físico o mental, para fines de una investigación criminal, como un medio de intimidar, como castigo personal, como medida preventiva, como sanción penal, o con cualquier otro propósito; asimismo, según esta disposición, también se entenderá por tortura el uso sobre una persona de métodos diseñados para destruir la personalidad de la víctima, o para disminuir sus capacidades físicas y mentales, incluso si ellos no causan dolor físico o angustia mental. De manera similar al concepto ofrecido por la Convención de la ONU contra la tortura, este concepto no incluye el dolor o sufrimiento que es la consecuencia de medidas lícitas, o que es inherente a ellas, siempre que las mismas no impliquen la realización de actos o el uso de métodos referidos en la misma definición del Art. 2.

La defensa de la *dignidad* del ser humano, además de la protección de su integridad física y mental es, sin duda, un elemento central en el concepto de tortura, y así se desprende del Art. 2 de la Declaración contra la tortura, ¹⁴ al expresar que todo acto de tortura u otro trato o pena cruel, inhumano o degradante, constituye una ofensa a la dignidad humana. Asimismo, y en la medida que la privación de libertad de una persona se presta especialmente para atentar en contra de su integridad física o mental, o de su dignidad, la prohibición de la tortura debe entenderse complementada por el Art. 10 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, cuyo párrafo 1 expresa que “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”, disposición que ha sido reiterada por el párrafo 2 del Art. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Este aspecto, la protección de la *dignidad inherente al ser humano*, no debe perderse de vista en cuanto elemento esencial de la noción de tortura.

¹³ Cf. nota (2), *supra*

¹⁴ Cf. nota (8), *supra*

Elementos de la tortura

Si tomamos como punto de referencia la definición de tortura que nos proporciona la Convención de Naciones Unidas contra la tortura¹⁵, podemos observar la presencia de los siguientes elementos: a) los efectos o consecuencias que se procura evitar, b) la naturaleza activa o pasiva de la conducta; c) la intencionalidad y motivación de la conducta; y d) la condición de funcionario público del sujeto activo.

a) Los efectos o consecuencias

Sin duda que lo más importante en la definición de la tortura tiene que ver con los efectos o consecuencias que se desea evitar. De acuerdo con la Convención, lo que constituye tortura es todo acto que cause dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales. Aquí hay dos aspectos importantes que deben destacarse: en primer lugar, la intensidad o gravedad del dolor o sufrimiento; en segundo lugar, la naturaleza, física o mental, de tales dolores o sufrimientos.

En cuanto al primer elemento —la gravedad del sufrimiento o dolor—, éste tiene el efecto de excluir como tortura a aquellos actos que no ocasionen un dolor o sufrimiento lo suficientemente severo e intenso que pueda ser calificado como *grave*. En cierto sentido, este aspecto ha sido enfatizado, como veremos más adelante, por la definición proporcionada por la Declaración contra la tortura¹⁶ al expresar en el párrafo 2 de su Art. 1 que la tortura constituye una forma *agravada* de trato o pena cruel, inhumano o degradante. Este fue uno de los puntos de mayor interés en el caso *Ireland v. United Kingdom*, en el cual la Comisión Europea estimó, por unanimidad, que la aplicación por parte de las autoridades del Reino Unido, durante los interrogatorios, de ciertos procedimientos coactivos (que implicaban tener al preso encapuchado, hacerle permanecer de pie con-

¹⁵ Cf. nota (1), *supra*

¹⁶ Cf. nota (8), *supra*

tra la pared durante largos períodos de tiempo, someterlo a ruidos permanentes, impedirle dormir, y privarle de comer y beber) era constitutiva de tortura,¹⁷ mientras que la Corte (por una mayoría de 13 a 14) discrepó de esta conclusión y sostuvo que tales procedimientos “no ocasionaron sufrimientos de la especial intensidad y crueldad que implica el término tortura entendido como tal”.¹⁸ En este sentido, se puede apreciar que, si bien el dolor o sufrimiento constituye un hecho objetivo, la apreciación de la gravedad del mismo es esencialmente subjetiva, especialmente en algunas situaciones fronterizas.

En cuanto al segundo elemento —relativo al tipo de dolor o sufrimiento—, la definición que comentamos tiene la virtud de incluir, de manera explícita, tanto actos que ocasionen un dolor físico (aplicación de corriente eléctrica, privación de sueño, asfixia, etc.), o sufrimiento mental inducido o provocado (amenaza de ejecución, confinamiento solitario, presenciar la tortura física de un familiar o amigo, etc.), o ambos (abuso sexual, por ejemplo).

En definitiva, éste siempre será el elemento clave para definir si estamos en presencia de tortura. Pero, aun cuando para la víctima el dolor o sufrimiento sea una circunstancia objetiva, este resultado será consecuencia no solamente del medio empleado —adecuado para ese fin— sino que también de circunstancias personales, que podrían incluir la constitución física, la salud, o el carácter de la víctima. Porque un mismo hecho, no obstante el propósito con que éste se realice y el medio que se emplee, no siempre producirá el mismo resultado en personas diferentes. Para unos el umbral del dolor o sufrimiento grave se puede alcanzar en una etapa muy temprana, requiriéndose, en cambio,

¹⁷ *Ireland v. United Kingdom*, (5310/71 y 5451/72), *Decisions and Reports* 1/10/1972, vol. 15, pp. 77-259. *Rapport de la Commission*, de 25 de enero de 1976, *Yearbook*, vol. 19, 1976, pp. 513-949.

¹⁸ *Ireland v. United Kingdom*, sentencia del 18 de enero de 1978, serie A, *European Human Rights Reports* 2, p. 25.

una intensidad mucho mayor para que ese mismo acto pueda afectar severamente a otros. Ciertos hechos que pueden causar dolor o sufrimiento grave a unos (el estar en una celda bajo constante iluminación) pueden ser motivo de alivio para otros (que temen a la oscuridad); asimismo, hechos que ordinariamente nos causan lesiones y dolores graves (como el caminar sobre cristales rotos) para otros pueden constituir una simple diversión (un *fakir*, por ejemplo). En consecuencia, si bien ésta es una circunstancia objetiva, su presencia debe apreciarse y determinarse en cada caso en particular, teniendo en cuenta todos los elementos y circunstancias que lo configuran.

b) *La naturaleza activa o pasiva de la conducta*

En cuanto a la conducta misma que se intenta proscribir, la Convención se refiere a *todo acto* que reúna los demás elementos. No se especifica una conducta particular, pues el resultado que se procura evitar puede lograrse por muchos medios; ya sea mediante una acción (colgar a una persona por sus extremidades, golpearla, arrancarle las uñas, etc.), o mediante una omisión (abstenerse de alimentar al prisionero, o no curar sus heridas, por ejemplo). Lo que se prohíbe es cualquier acto que pueda generar el resultado lesivo a que nos hemos referido precedentemente. En la actualidad, dada la presencia de modernos métodos de tortura, facilitados por el desarrollo científico y tecnológico, y de técnicas sofisticadas de tortura (especialmente psicológica) utilizadas por algunos regímenes, este aspecto adquiere una importancia crucial.

Como se podrá apreciar, la naturaleza de la conducta constitutiva de tortura está íntimamente ligada a los medios que se empleen para practicarla. En este sentido, es evidente que hay unos medios más aptos e idóneos que otros para causar dolor o sufrimiento; la Convención contra la Tortura no se detiene a analizarlos y se ocupa, simplemente, del resultado que su uso pueda producir en la víctima. En este punto, la Convención Interamericana para la Prevención y Castigo de la Tortura parece

apartarse radicalmente de la convención de Naciones Unidas al indicar, en la definición que proporciona en su Art. 2, que también se entenderá por tortura el uso sobre una persona de métodos diseñados para destruir la personalidad de la víctima, o para disminuir sus capacidades físicas y mentales, "incluso si ellos no causan dolor físico o angustia mental". A diferencia de la Convención de Naciones Unidas, tal definición estaría poniendo el énfasis en la naturaleza del medio empleado más que en el resultado que éste pueda generar.

En el caso de Irlanda contra el Reino Unido, en una opinión separada, el juez Evrigenis sostuvo que:

[...] la tortura puede ser practicada —y en realidad es practicada— usando técnicas sutiles desarrolladas en laboratorios multidisciplinarios que claman ser científicos. Por medio de nuevas formas de sufrimiento, que tienen poco en común con el dolor físico causado por la tortura convencional, persigue causar, aunque sea temporalmente, la desintegración de la personalidad de un individuo, destrozando su equilibrio mental y psicológico, y romper su voluntad.¹⁹

En el continente americano, una forma peculiar de torturar la ha constituido, en las últimas décadas, la costumbre de detener y hacer *desaparecer* a los opositores políticos. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la negativa sistemática —por los gobiernos— de la detención de individuos que han sido efectivamente detenidos, por la policía o por autoridades militares, constituye "una verdadera forma de tortura para los familiares y amigos de la víctima, por la incertidumbre que ellos experimentan en cuanto al destino de la víctima, y porque se sienten impotentes para brindarles ayuda legal, moral y material".²⁰

¹⁹ *Ireland v. U.K.*, 2 EHRR 25.

²⁰ Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1977, p. 26.

c) *La intencionalidad y la motivación de la conducta.*

La convención requiere que el acto que se califica como tortura y que ocasiona el resultado lesivo se realice *intencionalmente*. Ello implica una determinada actitud psicológica de parte del sujeto activo; la conciencia de que lo que se está haciendo puede causar un dolor o sufrimiento grave. Dicha intención ha sido enfatizada por el párrafo 2 del Art. 1 de la Declaración contra la Tortura,²¹ al expresar que ésta constituye una forma *deliberada* de trato o pena cruel, inhumano o degradante. Este elemento psicológico (equivalente al dolo en el campo del Derecho Penal), excluye, por lo tanto, los actos que, por mero accidente, o por imprudencia o impericia, puedan ocasionar tal dolor o sufrimiento.

En segundo lugar, de acuerdo con la Convención, la conducta constitutiva de tortura puede realizarse con el fin de obtener de la víctima o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación. En consecuencia, los propósitos perseguidos son básicamente cuatro: I) obtener algún tipo de información (comprendiendo, incluso, una posible confesión o la denuncia de cómplices); II) castigar a la persona por un acto que haya cometido (o se crea que ha cometido), sin que tal castigo constituya una sanción penal, y aun cuando el acto cometido o que se sospecha que la víctima ha cometido no sea constitutivo de delito; III) intimidar a esa persona o a otras; y IV) cualquier otra motivación, basada en cualquier tipo de discriminación.

En su informe contra la tortura,²² Amnistía Internacional refiriéndose a la definición ofrecida por la Declaración contra la

²¹ Cf. nota (8), *supra*

²² *Tortura: informe de Amnistía Internacional*, Madrid, 1984, 232 pp.

Tortura,²³ y que en este aspecto no difiere de la Convención, le critica a ésta el que la misma no incluya las *sanciones legales*, señalando que esto “ofrece a los gobiernos una vía de justificación que puede tener repercusiones graves, y que sólo en parte se limita haciendo referencia a las Reglas Mínimas (para el Tratamiento de los Reclusos)”.²⁴ En opinión de quien escribe estas líneas, tal temor parece injustificado si se considera que las *penas* son *sanciones legales* y que, según el párrafo 2 del Art. 1 de la Declaración, la tortura constituye una forma agravada de *penas* crueles, inhumanas o degradantes; por consiguiente, si reúnen las características previamente referidas, ellas pueden ser constitutivas de tortura (o de otra práctica igualmente reprobada en el evento de que, dados sus efectos, tales penas no lleguen a constituir tortura).

La Convención Interamericana para la Prevención y Castigo de la Tortura,²⁵ al referirse a los posibles motivos, se refiere a propósitos de investigación criminal, como castigo personal, como medida preventiva (explicación que nos parece sorprendente y difícil de comprender), como sanción penal, o con cualquier otro propósito. Tal lista enunciando los fines que puede perseguir la tortura —excepto en cuanto se refiere expresamente a las sanciones penales— no parece diferir radicalmente de los motivos señalados previamente por la Convención.

Ni en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, ni en la Convención Europea de Derechos Humanos, ni en la Convención Americana de Derechos Humanos, se hace referencia a ningún motivo o propósito particular que deba perseguir el torturador. Aunque debe observarse que tampoco estos instrumentos ofrecen una definición de tortura, como sí lo hace la Convención de Naciones Unidas, o la Convención Interamericana contra la Tortura.

²³ Cf. nota (8), *supra*.

²⁴ Op. cit., p. 14.

²⁵ Ver nota (8), *supra*.

En realidad, es difícil asumir que, en este aspecto, la Convención contra la Tortura haya dado un paso adelante. En primer término, la motivación psicológica del torturador no siempre es fácil de establecer, mucho menos cuando la misma es realizada por un ente colectivo, cuyos integrantes pueden tener motivaciones diferentes. En segundo lugar, no es aventurado señalar que, con mucha frecuencia, el torturador será un ser moral y mentalmente desquiciado, que se deleita con el sufrimiento ajeno, y que en consecuencia no persigue ninguno de los fines específicamente señalados por la Convención, sino uno distinto: la satisfacción de sus instintos sádicos y anormales.²⁶

Es probable que, a nivel oficial, los fines que persiga el Estado con la aplicación de la tortura sean una combinación de varios de los ya indicados, y muy especialmente obtener información, castigar, e intimidar. Los motivos que conducen a la aplicación de la tortura no pueden atribuirse a una causa singular; ellos pueden encontrar su origen ya sea en el deseo de venganza, el temor, inclinaciones sádicas, un sentido de inferioridad, o una política calculada para el logro de determinados fines. En fin, las posibles motivaciones o propósitos del torturador en ningún caso constituirían una justificación de la tortura, ni servirían para aliviar o atenuar el dolor de la víctima.

En definitiva, estimamos que lo importante es el resultado final, el dolor o sufrimiento grave experimentado por la víctima,

²⁶ Como expresa Daniel P. Mannix, "la relación entre la tortura y el sadismo (el placer sexual derivado de infligir dolor) ha sido reconocida casi desde los tiempos más remotos. Esto fue especialmente notorio en la antigua Roma, cuando las luchas de los gladiadores degeneraron en un espectáculo puramente sádico, únicamente encaminado a satisfacer las pasiones sexuales pervertidas de la multitud. Bernard Shaw reconoció este hecho en su *Androcles y el León*, en donde el oficial romano intenta disuadir a la joven muchacha cristiana de morir como martir diciéndole: 'Mañana los hombres en esa audiencia serán los voluptuosos más viles; hombres en quienes la única pasión que excita una mujer hermosa es la lujuria de verla torturada y chillando mientras desgarran sus extremidades'. Los mismos romanos comprendieron esta interrelación entre el sexo y la crueldad". *The history of torture*, Dell Books, N.J., segunda edición, 1983, pp. 91 y s.

independientemente de cual pueda haber sido la motivación del autor del acto; aunque sí es indispensable que tal dolor o sufrimiento haya sido causado *intencionalmente*.

Por otra parte, y desde un punto de vista no humanitario sino que puramente pragmático, debe observarse que la eficacia de la tortura también ha sido criticada en cuanto apta para lograr algunos de los objetivos previamente reseñados. En *La Enciclopedia*, Chevalier de Jacourt señala que la tortura no cumple la finalidad a la que está destinada y que “es una invención segura para perder a un inocente de complexión débil y delicada y salvar a un culpable que nació robusto. [...] El tormento que se hace sufrir en la tortura es seguro, pero el crimen del hombre que lo sufre no lo es; ese desdichado se preocupa mucho menos de declarar lo que sea que de librarse de lo que siente”.²⁷ A juicio de Chevalier de Jacourt, la tortura “es un medio lleno de incertidumbre y de peligro; ¿qué no se diría, qué no se haría para huir a tan espantosos dolores?”.²⁸ Según este mismo autor,

[...] en todas las épocas se han encontrado hombres inocentes a quienes la tortura hizo confesar crímenes de los que no eran culpables. La intensidad del dolor o la flaqueza de la persona hace confesar al inocente lo que no ha cometido, y la obstinación de los culpables que se encuentran fuertes y más seguros en sus crímenes les hace negarlo todo”.²⁹

Pero si la tortura es inútil para obtener una confesión del verdadero culpable, ella tampoco es adecuada para lograr otro tipo de información. En este sentido, Chevalier de Jacourt observa que,

[...] lejos de ser útil para descubrir a los verdaderos cómplices de un crimen, podría a veces perjudicar ese proyecto. Cuando Guillermo Laud, obispo de Londres, amenazó a Felton, que ha-

²⁷ La enciclopedia (selección), Ediciones Guadarrama, Madrid, 1974, p. 254.

²⁸ *Ibid.*, p. 255.

²⁹ *Id.*

bía asesinado al duque de Buckingham, con hacerle aplicar la tortura si no denunciaba a sus cómplices, éste le replicó:

Milord, ignoro lo que me harán decir los tormentos de la tortura, pero es posible que os nombre como el primero de mis cómplices, o a algún otro miembro del Consejo del rey; por eso haríais bien en ahorrarme tormentos inútiles.³⁰

d) *La condición de funcionario público del sujeto activo.*

Tanto la Declaración contra la Tortura de 1975 como la Convención de 1984 insisten en que la tortura sólo puede ser ejecutada "por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su aquiescencia."³¹ Tal referencia no figura en ninguno de los otros instrumentos que hemos señalado, aun cuando el Art. 3 de la Convención Interamericana contra la Tortura lo incluye indirectamente al señalar que serán responsables del delito de tortura el funcionario público o empleado que, actuando en esa capacidad, ordena, instiga o induce al uso de la tortura, o que directamente la comete, o que no la evita pudiendo hacerlo, o la persona que a instigación de ese funcionario público o empleado, ordena, instiga, o induce al uso de la tortura, la comete directamente, o es un cómplice de la misma.

En realidad, la referencia a la condición de funcionario público del agente de la tortura parece ser innecesaria pues, tratándose de derechos humanos, la única persona que puede infringirlos es quien se encuentre investido de una función estatal, y siempre que actúe en el ejercicio de la misma. En consecuencia, ésta parece ser una referencia que estaría implícita en la violación de todo derecho humano, y cuya mención en la Convención contra la Tortura sólo se justificaría por tratarse de un ins-

³⁰ *Ibid.*, pp. 256 y s.

³¹ Art. 1 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Cf. nota (1), *supra*.

trumento normativo especial, diseñado específicamente para erradicar la tortura y proteger la integridad personal del ser humano.

Sin embargo, este requisito puede ser especialmente importante para destacar la responsabilidad del Estado en aquellos casos en que el funcionario público no actúe en cuanto tal, no actúe dentro del ámbito de sus funciones propias, o no cuente con el aval del Estado, aunque pueda actuar al amparo de una función oficial y valiéndose del poder que deriva de la misma. No obstante, el Art. 11 de la Declaración contra la tortura parece comprometer la responsabilidad del Estado en todo caso en que se demuestre que la tortura ha sido cometida por un funcionario público o a instigación suya, disponiendo la consiguiente *reparación e indemnización*.

En el caso *Griego*, la Comisión Europea de Derechos Humanos dio por establecida la existencia de la tortura como una "práctica administrativa" tomando en consideración dos criterios: la reiteración o repetición de los actos denunciados, y la tolerancia oficial de los mismos. Aunque, a juicio de la Comisión, la noción de práctica administrativa, implicando reconocimiento oficial y aceptación de esa conducta, es claramente más seria que actos aislados de tal conducta por funcionarios individuales.³²

Las otras prácticas reprobadas:

Los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

En todos los instrumentos internacionales que hemos venido comentando, además de la tortura, se incluye la prohibición de otros actos, tales como tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (excepto en la convención europea, que excluye las penas o tratos *crueles*). De manera que, en definitiva, las reglas

³² *Collection of Decisions*, Vol. 12, p. 237.

que comentamos prohíben conductas diferentes: i) la tortura, ii) los tratos crueles, iii) los tratos inhumanos. iv) los tratos degradantes, v) las penas crueles, vi) las penas inhumanas, y vii) las penas degradantes.

La referencia que se hace, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, a la prohibición de experimentos médicos y científicos sin el libre consentimiento del afectado, no debe entenderse como una categoría distinta a las anteriores, sino como un caso que, según circunstancias particulares, podrá constituir una forma especial de tortura o alguna de las otras prácticas reprobadas. Su propósito es reiterar la condena de las experimentaciones médicas y la vivisección practicada en los campos de concentración nazis, en el curso de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, debe observarse que este tipo de actos ya había sido objeto de un tratamiento especial en las convenciones de Ginebra de 1949, que consideran como una infracción grave el someter a los heridos y enfermos de las fuerzas en campaña³³ y a los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar³⁴ a experiencias biológicas. Asimismo, se prohíbe someter a los prisioneros de guerra “a experiencias médicas o científicas, de cualquier naturaleza, que no estén justificadas por el tratamiento médico del cautivo interesado y que no se apliquen en bien suyo”,³⁵ y se prohíbe, igualmente, “los experimentos médicos o científicos no exigidos por el tratamiento facultativo de una persona protegida”.³⁶

³³ Art. 50 del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña.

³⁴ Art. 51 del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar.

³⁵ Art. 13 del Convenio de Ginebra sobre el trato a los prisioneros de guerra.

³⁶ Art. 32 del Convenio de Ginebra sobre la protección de personas civiles en tiempo de guerra.

Desde un punto de vista práctico, esta diferenciación entre distintas categorías de conductas reprobadas parece irrelevante, puesto que, en todos estos casos, se trata de prácticas absolutamente prohibidas, sometidas exáctamente al mismo régimen jurídico, y sin que ninguna circunstancia justifique la aplicación excepcional de cualquiera de ellas. En principio, esta distinción parece ofrecer sólo una diferencia conceptual. Pero, a diferencia de la tortura, las otras prácticas reprobadas carecen de una definición jurídica precisa, lo que ha permitido que algunas de ellas se encuentren en una zona de incertidumbre y de penumbra en cuanto a sus exactas dimensiones.

Sin duda que todas las categorías de conducta previamente referidas tienen la particularidad de ocasionar dolor o sufrimiento, aunque éste no sea necesariamente grave. En consecuencia —y aunque ello revista interés puramente académico—, es indispensable establecer algún criterio que nos permita distinguir la tortura de los otros tratos o penas reprobadas y prohibidas. Desafortunadamente, a diferencia de lo que ocurre con la tortura, respecto de la cual se ha formulado una definición más o menos precisa, en ninguno de los textos comentados se ha incluido una noción de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

Como primer elemento para establecer una distinción, debe señalarse que, según el párrafo 2 del Art. 1 de la Declaración de Naciones Unidas contra la tortura, “la tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante”; tal comentario parece diseñado para extender la protección de la integridad física y mental del individuo a todo abuso que pueda dirigirse en su contra, aun cuando el mismo no sea constitutivo de tortura. En este sentido, el Art. 5 del Código de Conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley,³⁷ expresa que “el término *tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* no ha sido definido por la Asamblea General (de Na-

³⁷ Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979.

ciones Unidas), pero deberá interpretarse que extiende la protección más amplia posible contra todo abuso, sea físico o mental".³⁸

En todo caso, es evidente que la noción de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, sugiere la existencia de un límite inferior que tales actos deben traspasar antes de que puedan efectivamente ser calificados como *crueles, inhumanos, o degradantes*. A juicio de la Corte Europea de Derechos Humanos, para que un mal trato pueda quedar comprendido dentro del ámbito de la regla que prohíbe los tratos inhumanos o degradantes (o, lo que probablemente se podría agregar, *crueles*), éste "debe revestir un mínimo de gravedad. La apreciación de este mínimo es esencialmente relativa; ella depende del conjunto de circunstancias del caso, notablemente de la duración del tratamiento y de sus efectos físicos y mentales, así como también, en ocasiones, del sexo, la edad, el estado de salud de la víctima, etc."³⁹

En consecuencia, la distinción entre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, parece ser, esencialmente, una cuestión de intensidad, la cual será objeto de una apreciación relativa en cada caso particular.⁴⁰ La apreciación relativa de esa intensidad o dolor debe interpretarse, en opinión de la Corte Europea, en forma dinámica, a la luz de las condiciones del momento, que podrían rechazar prácticas anteriormente toleradas y aceptadas.⁴¹

³⁸ Letra c) del comentario al Art. 5.

³⁹ *Ireland v. United Kingdom, judgement*, 18 de enero de 1978, Serie A, No. 25, p. 162.

⁴⁰ Cf. en este sentido, la opinión de Frédéric Sudre, en *la notion de "peines et traitements inhumains ou dégradants" dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour Européennes des droits de l'homme*, *Revue Générale de Droit International Public*, octubre-diciembre de 1984, No. 4, pp. 842 y ss., quien parece apreciar la existencia de dos elementos distintos en el criterio de la Corte, siendo uno el de la intensidad y otro el de la apreciación relativa.

⁴¹ Cf. caso *Marx, Judgement*, 13 de junio de 1979, *Annuaire*, 1979, vol. 22, pp. 410 y ss.

De las diversas prácticas reprobadas por los instrumentos internacionales que comentamos, es evidente que la más grave es la tortura —que se ha convertido en la vergüenza de nuestro siglo—; los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ocasionarían un dolor menos grave o intenso, aunque no por eso menos repudiable y condenable. Además, del concepto de tortura que nos proporciona la Declaración y la Convención se desprende que no sólo no serían tortura, sino que serían legítimos, los dolores o sufrimientos resultantes de, inherentes a, o incidentales a la privación legítima de libertad o a la aplicación de sanciones legítimas.

Pero si bien es posible establecer una jerarquía —en función de la intensidad del dolor o sufrimiento— entre la tortura, por una parte, y otros tratos o penas crueles, inhumanos, o degradantes, por la otra (criterio que también es aplicable a la distinción entre penas o tratos crueles y penas o tratos inhumanos), la diferencia entre penas o tratos crueles o inhumanos y penas o tratos degradantes es primordialmente conceptual más que cualitativa.⁴²

En el marco de la Convención Europea de Derechos Humanos (que como se recordará excluye las penas o tratos *crueles*), la Comisión Europea de Derechos Humanos ha señalado la relación que existe entre estas distintas nociones, indicando que “es claro que debe existir un tratamiento al cual se aplican todas estas descripciones, porque toda tortura constituye tratamiento

⁴² Cf., en este sentido, la opinión en contrario de Frédéric Sudre, *La notion de "peines et traitements inhumains ou dégradants" dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour Européennes des droits de l'homme*, en *Revue Générale de Droit International Public*, *october-décembre 1984*, N° 4, pp. 825 y ss. En respaldo de su tesis, Sudre cita la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso Tyrer, en el cual la Corte sostuvo que el castigo corporal judicial (latigazos), aplicado en la isla de Man, no constituía ni una tortura ni una pena inhumana en el sentido del Art. 3 de la Convención, porque el sufrimiento provocado no alcanzaba el nivel requerido por estas nociones y que, en consecuencia, lo único que procedía examinar era el concepto de pena degradante. *Op. cit.*, p. 838.

inhumano y degradante, y todo tratamiento inhumano es también degradante”, agregando que “la palabra *tortura* es frecuentemente usada para describir un tratamiento inhumano que tiene un propósito [. . .] y es generalmente una forma agravada de tratamiento inhumano”.⁴³

Posteriormente, en el *caso de Irlanda en contra del Reino Unido*, al declarar admisible esta petición, y teniendo en cuenta las técnicas utilizadas para interrogar detenidos en Irlanda del Norte (a quienes se les cubría la cabeza con una capucha, obligándolos a permanecer de pie y apoyados contra la pared por largos períodos), la Comisión estimó que las personas en custodia habían estado sometidas a tortura y tratamiento inhumano y degradante;⁴⁴ en este caso, la Corte Europea de Derechos Humanos compartió la opinión de la Comisión en cuanto a que tal tratamiento era inhumano y degradante, pero discrepó en cuanto a que ello constituyera tortura, expresando que ésta implica “un tratamiento inhumano deliberado, que causa un sufrimiento muy serio y muy cruel”.⁴⁵

Las nociones de trato o pena cruel, o inhumana, son esencialmente relativas; una pena —o un trato— que en ciertas circunstancias resulta adecuada puede no serlo en otras. Por ejemplo, una pena severa —que puede ser apropiada o proporcionada para la sanción de un delito grave— puede ser cruel o inhumana en el caso de un delito menor; asimismo, un tratamiento ordinariamente aceptable y permitido podría llegar a ser cruel o inhumano en el caso de una persona anciana, enferma, o físicamente disminuida. Por el contrario, el concepto de trato o pena *degradante* parece ser más rígido, en cuanto lo que resulta ultrajante o humillante en un caso lo será en toda circunstancia.

⁴³ *Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece*, 3321-3/67; 3344/67, *Yearbook*, Vol. 12, p. 186.

⁴⁴ *Collection of Decisions*, Vol. 41, pp. 85-87.

⁴⁵ *Ireland v. U.K.*, 2 EHRR 25.

Al distinguir entre las penas y los tratos, debe observarse que las primeras son la consecuencia de la comisión de un delito; ellas se encuentran expresamente previstas por el ordenamiento jurídico penal, y son dispuestas —en cada caso particular— por uno o más funcionarios del poder judicial, actuando como jueces. Los tratos en cambio, pueden ser aplicados por cualquier funcionario (no necesariamente miembro del poder judicial), no implican necesariamente la comisión de un delito, y puede que estén o no contemplados en el ordenamiento jurídico, pudiendo ser una medida discrecional del funcionario que la aplica. Sin embargo, lo que constituye un *trato* cruel, inhumano, o degradante, no puede ser legitimado mediante el simple recurso de convertirlo en sanción penal por la comisión de algún delito; a la inversa, los “tratos” legítimos o permitidos no pueden ir más allá de lo que está permitido como pena.

a) *Las penas crueles.* Según Paúl Sieghart, “una pena era originalmente considerada cruel si involucraba tortura o una muerte lenta”.⁴⁶ Para este mismo autor, “un castigo que no está de acuerdo con la dignidad del hombre es cruel [. . .] Una pena es cruel si no hace ninguna contribución apreciable a objetivos aceptables y, en consecuencia, no es más que la imposición de dolor y sufrimiento en forma innecesaria y desprovista de todo propósito”.⁴⁷ En su opinión, “una pena es cruel cuando es impuesta de acuerdo con procedimientos que crean un riesgo substancial de que pueda ser aplicada de una manera arbitraria y caprichosa”.⁴⁸

La repugnancia por penas crueles, excesivas o desproporcionadas, no es nueva. Las ideas de Cesar Beccaria,⁴⁹ en el cam-

⁴⁶ *The International Law of Human Rights*, p. 165.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 166.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 166.

⁴⁹ Cf., *De los delitos y de las penas*, Editorial Temis, segunda edición, Bogotá, 1989.

po de la reforma penal, son suficientemente conocidas. En el ámbito legislativo, puede mencionarse la Declaración de Derechos de Inglaterra, de 1688, disponiendo que “no pueden imponerse penas crueles o inusuales”, regla que sería retomada más tarde por la Octava Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, aprobada en 1791, por señalar sólo algunos ejemplos.

Es precisamente esta última disposición la que ha permitido plantear, ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, la posibilidad de que ciertas formas específicas de aplicación de la pena de muerte (como la muerte por ahorcamiento, la electrocución, la cámara de gas, el fusilamiento, etc.) sean inconstitucionales en cuanto son crueles. Tal discusión, además de ofrecernos algunos ejemplos específicos de penas crueles (a los que la propia Corte Suprema de los Estados Unidos ha agregado los casos en que la pena de muerte se impone como pena *obligatoria* y como única pena posible), también sugiere la posibilidad de determinar que la propia pena de muerte (independientemente de la forma como se aplique) es *inherentemente* cruel, argumento que, si bien es plausible, el mismo no resulta apropiado ni en el contexto de la Constitución de los Estados Unidos (porque ella expresamente permite la aplicación de la pena de muerte), ni en el contexto de los instrumentos internacionales que nos ocupan y que, aun cuando prohíben las penas crueles, también permiten (con ciertas limitaciones) la aplicación de la pena de muerte, según se desprende de la reglamentación del derecho a la vida, lo cual descarta el que ésta pueda ser considerada *inherentemente cruel*.

De acuerdo con la regla 31 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos,⁵⁰ “las penas corporales, encierro en celda oscura, así como toda sanción cruel, inhumana o degra-

⁵⁰ Adoptado por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobado por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663 C (XXIV), de 31 de julio de 1957, 7 2076 (LXII), de 13 de mayo de 1977.

dante quedarán completamente prohibidas como sanciones disciplinarias". Sin embargo, no es fácil deducir de aquí si las penas corporales y el encierro en celda oscura son consideradas penas crueles, o inhumanas, o simplemente degradantes (o una combinación de todo lo anterior).

A título meramente ilustrativo, puede citarse como ejemplo de pena cruel la pena de amputación de una mano, que aplican algunos países islámicos, y que es, sin lugar a dudas, cruel. En el caso *Robinson v. California*, la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que el confinamiento solitario constituía, también, una pena cruel.⁵¹ Asimismo, otro ejemplo de pena cruel lo podría constituir la privación de la nacionalidad de un ciudadano, como medida punitiva que procura romper el vínculo que une al ciudadano con el Estado.

Pareciera existir una conexión muy estrecha entre las penas crueles y las penas inhumanas. En realidad, a juicio de A. H. Robertson, el hecho de que la Convención Europea de Derechos Humanos no proscriba las *penas crueles* carece de importancia y significación pues ellas estarían igualmente cubiertas por las *penas inhumanas*,⁵² percibiendo ambas categorías como sinónimos.

b) *Los tratos crueles*. A diferencia de las *penas crueles*, no ha habido un desarrollo doctrinario y jurisprudencial paralelo que se ocupe de los *tratos crueles*. El que ellos no se encuentren contemplados en la Convención Europea de Derechos Humanos ha impedido, además, que tal noción pudiera ser examinada por alguno de sus órganos. En el caso de los órganos de la Convención Americana de Derechos Humanos, o del Comité de Derechos Humanos creado por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, éstos tampoco han proporcionado, hasta la fecha, una indicación o criterio que permita definir los *tratos crueles*, cuyos contornos se encuentran en una zona de incertidumbre.

⁵¹ 370, US 660, p. 673.

⁵² *Human Rights in Europe*, p. 38.

Probablemente, de las consideraciones previamente expuestas — en cuanto se refiere a la tortura y a las penas crueles — se podría concluir que un tratamiento cruel sería aquel que no está de acuerdo con la dignidad de todo ser humano que, — sin ningún propósito útil— causa un dolor o sufrimiento que, por su limitada intensidad, no se puede calificar de tortura, y sin que tal tratamiento constituya una pena incidental a la comisión de un delito.

c) *Las penas inhumanas*. En cuanto a las penas inhumanas, no hay un desarrollo doctrinal y jurisprudencial lo suficientemente rico como para deducir una noción clara y precisa de las mismas. En el caso *Tyrer*, la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo, casi al pasar, que antes de que una pena pueda ser calificada como *inhumana* el sufrimiento que ella ocasiona debe alcanzar cierto nivel, concluyendo que la pena de azotes —en la forma aplicada en la isla de Man— no constituía una *pena inhumana*.⁵³

Sin embargo, a título de ejemplo, puede señalarse que el Comité Europeo sobre Problemas Penales ha estimado que la prisión perpetua, sin esperanza de liberación, puede considerarse como una pena inhumana.⁵⁴

d) *Los tratos inhumanos*. Los tratos inhumanos adolecen de la misma imprecisión y ambigüedad que las penas inhumanas. En el caso *Griego*, la Comisión Europea de Derechos Humanos sostuvo que la noción de *trato inhumano* comprende, por lo menos, los tratos que deliberadamente causan severo sufrimiento mental o físico, que en la situación particular resulta injustificable.⁵⁵ Esta opinión de la Comisión sería complementada posterior-

⁵³ *Tyrer v. United Kingdom*, 5856/72.

⁵⁴ *General Report on the Treatment of Long-Term Prisoners*, preparado por el Sub-Comité XXV del Comité Europeo sobre Problemas Penales, citado por Paul Seig-hart, *op. cit.*, p. 169.

⁵⁵ 3312-3/67, 3344/67, Informe de la Comisión, *Yearbook*, Vol. 12.

mente, en su informe en el caso *Ireland v. United Kingdom*,⁵⁶ expresando que no hay ninguna justificación para infligir un tratamiento inhumano. Sin embargo, si bien la opinión de la Comisión puede ser orientadora en cuanto a la correcta interpretación de la noción de *tratos inhumanos*, no debe olvidarse que la Convención Europea de Derechos Humanos no contempla el concepto de *tratos crueles*, el cual podría estar subsumido en el concepto de *trato inhumano* que nos ofrece la Comisión y que, por ende, no sería plenamente aplicable en el marco del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, de la Convención Americana de Derechos Humanos, o de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.⁵⁷

Como ejemplo de *trato inhumano* se puede mencionar ciertas prácticas empleadas en el interrogatorio de personas detenidas y que traspasan las fronteras del mero interrogatorio para coaccionar física o síquicamente a la persona afectada.⁵⁸ Asimismo, en algunos casos la Comisión Europea ha sostenido que la deportación o extradición de un individuo puede constituir *tratamiento inhumano* si lo expone a torturas, o a penas o tratamientos crueles, inhumanos, o degradantes, en el territorio del Estado al que se le envía. Al respecto, el caso *Amekrane v. United Kingdom* es especialmente ilustrativo, aun cuando el informe de la Comisión no consigna la opinión de ésta por haberse llegado a un arreglo amigable entre las partes; en este caso, un teniente coronel de la fuerza aérea marroquí —Amekrane—, tras un intento fallido de asesinato del rey Hassan II de Marruecos, solicitó asilo en Gibraltar, donde al día siguiente fue entregado a las autoridades

⁵⁶ Cf., nota (17), *supra*.

⁵⁷ Cf., en este sentido, la opinión de Arthur Henry Robertson, que al referirse a la circunstancia de que la expresión *cruel* no se menciona en la Convención Europea, señala que ello carece de importancia pues la misma estaría cubierta por el sentido de la expresión *inhumano*. *Human Rights in Europe*, p. 38.

⁵⁸ Cf., en ese sentido, el informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso de *Ireland v. United Kingdom*, previamente citado.

marroquíes, quienes lo ejecutaron casi inmediatamente, el 13 de enero de 1973.⁵⁹ En este sentido, puede observarse que el Art. 3 de la Convención contra la tortura dispone que “ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura” y que, a los efectos de determinar si existen esas razones, “las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos”

Más recientemente, en el caso *Soering*, la Corte Europea de Derechos Humanos estimó que el *fenómeno del pabellón de la muerte*—esto es, la angustia y el sufrimiento experimentado por una persona condenada a muerte antes de su ejecución, y cuando entre ambos acontecimientos transcurre un lapso prolongado de tiempo— constituía un tratamiento inhumano, en atención a la angustia mental que le ocasiona a la persona el anticipar la violencia física que se le va a infligir.⁶⁰ En este caso, la Corte sostuvo, igualmente, que el extraditar a una persona a un Estado en donde corría el riesgo cierto de ser condenada a muerte y de verse expuesta al *fenómeno del pabellón de la muerte* constituía, también, un tratamiento inhumano.

La prolongación de la detención (prisión), en cumplimiento de una pena privativa de la libertad, también ha sido cuestionada como *trato inhumano*, en el caso *Kötalla v. The Netherlands*. En este caso, un criminal de guerra sostuvo que, dado su delicado estado de salud, la prolongación de la detención constituía un *trato inhumano*; aunque esta petición fue rechazada por la Comisión, la misma aceptó que “una pena de prisión regularmente aplicada puede plantear problemas bajo el ángulo del artículo 3 (de la

⁵⁹ Cf., el informe de la Comisión de 19 de junio de 1974.

⁶⁰ *Soering case*, 1/1989/161/217, Strasbourg, 7 de julio de 1989, p. 30.

Convención Europea, relativo a la prohibición de la tortura y otros tratos o penas inhumanos o degradantes), por la manera como ella se ejecuta o por su duración".⁶¹ Probablemente, entre los hechos y circunstancias que habría que analizar para saber si la duración de la detención o prisión constituye un trato inhumano figurarían la porción de la pena que aún falta por cumplir, la edad de la persona afectada, sus condiciones físicas, su estado de salud, la necesidad de contar con tratamiento médico externo, y las posibilidades de atención médica que le pueda ofrecer la prisión. El tema también ha sido objeto de consideración en el caso de la detención preventiva; en efecto, en el caso *Bonnechaux e. Suisse*, la Comisión Europea admitió que "un largo período de detención preventiva impuesto a un acusado anciano y enfermo puede, en ciertas circunstancias, infringir el artículo 3" de la Convención Europea de Derechos Humanos.⁶²

En fin, en la práctica de la Comisión Europea de Derechos Humanos, el confinamiento solitario también ha sido calificado, en ciertas circunstancias, como trato inhumano.⁶³

e) *Las penas degradantes*. Estas son aquellas que, además de castigar al individuo, están diseñadas para ultrajarlo y humillarlo, ya sea ante terceros o ante sí mismo; sin embargo, considerando que toda sanción penal acarrea un cierto ingrediente de humillación, debe convenirse en que se trata de una humillación deliberada y buscada y que, además, traspassa los límites inherentes de ultraje y degradación que están implícitos en toda pena. A juicio de la Corte Europea de Derechos Humanos, la valoración

⁶¹ 7994/77, *J. J. Kötalla v. The Netherlands*, DR 6/5/1978, *Decisions and Reports*, Vol. 14, p. 238.

⁶² Cf., Req. 8224/78, *Rapport Commission*, 5/12/1979, *Conseil de l'Europe*, Strasbourg, 1980.

⁶³ Cf., *De Courcy v. United Kingdom*, 2749/66, *Collection of Decisions*, Vol. 24, p. 93; *Wemhoff v. Federal Republic of Germany*, 3448/67, *Collection of Decisions*, Vol. 30, p. 56; *Kröcher and Möller v. Switzerland*, 8463/78, decisión de la Comisión de 9 de julio de 1981.

de la pena como degradante es, de acuerdo con la naturaleza de las cosas, relativa; ella depende de todas las circunstancias del caso y, en particular, de la naturaleza de la pena en sí, del contexto en que ésta se aplica, y de la forma y método de su ejecución.⁶⁴

En la determinación del carácter degradante de una pena, la publicidad y difusión que se otorgue a la misma, ya sea en cuanto a la decisión judicial o a su aplicación, es un elemento de singular importancia, aunque no decisivo pues, como ya se ha indicado, basta con que la sanción resulte humillante y degradante para el propio individuo.

Según los tribunales federales de la República Federal Alemana, una pena que es desproporcionada a la ofensa, que es exorbitantemente perjudicial para los derechos del individuo, es degradante.⁶⁵

En el caso *Tyrer*, en relación a la pena de azotes aplicada a los menores de edad, la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que “la naturaleza misma de este castigo corporal judicial es que involucra a un ser humano aplicando violencia física sobre otro ser humano. Además, está institucionalizado por el Derecho, ordenado por las autoridades judiciales del Estado, y llevado a cabo por las autoridades policiales del Estado. En consecuencia, aunque el recurrente no haya sufrido ningún efecto físico severo o duradero, su castigo —en el que él fue tratado como un objeto en poder de las autoridades— constituye un asalto sobre lo que es el principal objeto de protección (del Art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos), como es la dignidad e integridad física de la persona”.⁶⁶

⁶⁴ *Tyrer v. United Kingdom, Report*, 14 de diciembre de 1976.

⁶⁵ Cf., *Paul Sieghart, op. cit.*, p. 171.

⁶⁶ *Tyrer v. United Kingdom, Report*, 14 de diciembre de 1976.

Sin embargo, la Corte tuvo muy buen cuidado de deslindar las penas degradantes de aquellas que no revisten tal carácter; admitiendo que toda sanción penal conlleva ordinariamente un elemento de humillación, sería absurdo asumir que ese hecho, por sí solo, la convierte en degradante. En opinión de la Corte, "para que una pena sea degradante e infrinja el artículo 3 (de la Convención Europea de Derechos Humanos), la humillación o el envilecimiento que la acompañan deben situarse en un nivel particular".⁶⁷

f) *Los tratos degradantes*. En el caso *Griego*, la Comisión Europea de Derechos Humanos expresó que "el trato o la pena aplicada a un individuo puede decirse que es degradante si lo humilla groseramente ante otros o lo obliga a actuar en contra de su voluntad o su consciencia".⁶⁸

Hasta la fecha, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha aceptado examinar peticiones que denuncian tratos degradantes cuando las prácticas que se objetan implican castigos corporales, alguna forma de discriminación, o descrédito social.

En nuestro medio, el innecesario despliegue policial para escoltar a un detenido ante las autoridades judiciales, el someterlo en contra de su voluntad a las cámaras y al interrogatorio de periodistas, el mantenerlo esposado en forma innecesaria, o el exponerlo al público en forma despectiva y humillante *antes* de que se le condene, constituyen formas de trato degradante reprobadas por los instrumentos internacionales que comentamos.

Los mecanismos para la sanción y erradicación de la tortura

De acuerdo con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, al igual que con la Convención Americana de Derechos Humanos

⁶⁷ *Ibid.*, parágrafo 30.

⁶⁸ *Caso Griego, Yearbook*, Vol. 12, p. 186.

y con la Convención Europea de Derechos Humanos, la obligación esencial que asumen los Estados Partes consiste, simplemente, en no aplicar la tortura. También se puede concluir que está implícita la obligación de indemnizar a las víctimas de la misma y, probablemente, el deber de sancionar al funcionario que lo haya aplicado. Sin embargo, en ninguno de estos tres instrumentos se han contemplado mecanismos eficaces para sancionar y erradicar la práctica de la tortura. Esa es la diferencia esencial que existe entre estos tres convenios internacionales, por una parte, y la Convención de Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes⁶⁹, la Convención Europea para la prevención de la tortura y los tratos o penas inhumanos o degradantes,⁷⁰ y la Convención Interamericana para la Prevención y Sanción de la Tortura,⁷¹ por la otra.

En efecto, el objetivo primordial que persiguen tanto la Convención de Naciones Unidas como las dos convenciones regionales contra la tortura (al igual que la Declaración de 1975), es diseñar mecanismos y procedimientos que eliminen el incentivo para recurrir a ella y que la sancionen.

Desde un punto de vista orgánico, o estructural, tanto la Convención de Naciones Unidas como la Convención Europea contra la tortura han creado un comité encargado de supervisar el acatamiento por los Estados de obligaciones asumidas en dichos tratados.⁷² Tal instancia no existe en la Convención interamericana aunque algunas funciones (muy limitadas y no compa-

⁶⁹ Cf. nota (1), *supra*.

⁷⁰ Convención Europea para la prevención de la tortura y otros tratos o penas inhumanos o degradantes, aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 26 de junio de 1987.

⁷¹ Cf. nota (2), *supra*.

⁷² Cf., Arts. 17 y ss. de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura, y Arts. 1 y ss. de la Convención Europea contra la Tortura.

rables a las del Comité contra la tortura de la Convención de Naciones Unidas o de la Convención Europea), han sido encomendadas a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.⁷³ Sin embargo, mientras el Comité contra la tortura creado por la Convención de Naciones Unidas tiene atribuciones de naturaleza cuasi-judicial (pudiendo recibir quejas o denuncias individuales o estatales),⁷⁴ el Comité contra la tortura creado por la Convención Europea (no obstante sus amplias atribuciones para realizar investigaciones *in loco*) tiene un carácter más diplomático o político.⁷⁵

En las tres convenciones contra la tortura, y aunque en distinto grado, los Estados partes asumen la obligación de tomar medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole para impedir los actos de tortura en el territorio bajo su jurisdicción.⁷⁶

Entre las medidas a adoptar, la Convención de Naciones Unidas contempla el sancionar como delito, de acuerdo a la legislación interna, y teniendo en cuenta su gravedad, cualquier acto de tortura o de participación en la misma.⁷⁷ Asimismo, todo Estado parte se compromete a prohibir (aunque no necesariamente a sancionar como delito), en cualquier territorio bajo

⁷³ Cf. el Art. 17 de la Convención Interamericana para la Prevención y Castigo de la Tortura. Nota (2), *supra*.

⁷⁴ Cf., en particular, los Arts. 20, 21 y 22 de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura.

⁷⁵ Cf., en particular, los Arts. 7 y ss. de la Convención Europea contra la Tortura. Nota (70), *supra*.

⁷⁶ Cf., Art. 2 de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura, Art. 10 de la Convención Europea contra la Tortura, y Arts. 1 y 6 de la Convención Interamericana contra la Tortura.

⁷⁷ Art. 4 de la Convención de Naciones Unidas. Véase, también, el Art. 1 de la Convención Interamericana contra la Tortura.

su jurisdicción, otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y que no lleguen a constituir tortura.⁷⁸

En cuanto a la jurisdicción sobre este delito, se establecen reglas muy amplias, que hacen casi imposible el que una persona responsable de actos de tortura pueda escapar a la acción de la justicia. En efecto, de acuerdo con el Art. 5 de la Convención de Naciones Unidas, además de las situaciones ya contempladas por la legislación nacional, todo Estado Parte deberá tomar medidas para establecer su jurisdicción sobre el delito de tortura en los siguientes casos: a) cuando el delito se cometa en un territorio bajo su jurisdicción, o a bordo de una aeronave o un buque registrado en ese Estado; b) cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado; c) cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considera apropiado; y d) cuando el presunto delincuente se encuentre en un territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición. Es interesante acotar que, en 1980, un tribunal federal de los Estados Unidos (antes de la aprobación de los instrumentos que comentamos, y que, en todo caso, no han sido ratificados por los Estados Unidos), sostuvo que la tortura es un crimen contra el Derecho Internacional y que los tribunales de los Estados Unidos tenían jurisdicción para conocer del caso (en una acción civil intentada en contra de un ex Inspector General de la Policía de Asunción, Paraguay), independientemente del lugar en que tal violación hubiera ocurrido.⁷⁹

Como complemento de lo anterior, se dispone que la tortura se considerará incluida entre los delitos que dan lugar a extradición⁸⁰ y que todo Estado parte en cuyo territorio se encuentre

⁷⁸ Art. 16 de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura. Véase, igualmente, el último párrafo del Art. 6 de la Convención Interamericana contra la Tortura.

⁷⁹ *Filartiga v. Peña*, F2d 3911, 3926 (2 Circuit, 30 de junio de 1980).

⁸⁰ Art. 8 de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura, y Arts. 11 y 13 Convención Interamericana contra la Tortura.

una persona que se supone ha cometido un acto de tortura, si tras examinar la información de que disponga considera que las circunstancias lo justifican, procederá a la detención de dicha persona o tomará las medidas que estime necesarias para asegurar su comparecencia al correspondiente proceso penal o de extradición; en este último caso, las autoridades del Estado deberán notificar inmediatamente a las autoridades de los Estados que tengan jurisdicción para conocer del delito tanto de la detención del presunto delincuente como del resultado de la investigación preliminar.⁸¹ Además, los Estados partes asumen la obligación de prestarse todo el auxilio posible en lo que respecta a cualquier procedimiento penal relativo al delito de tortura.⁸²

Entre otras medidas específicas que se señala para la prevención de la tortura, los Estados partes se comprometen a incluir una educación e información completas sobre la prohibición de la tortura en la formación profesional del personal encargado de la aplicación de la ley, sea este civil o militar, del personal médico, de los funcionarios públicos, y otras personas que puedan participar en la custodia, el interrogatorio, o el tratamiento de cualquier persona sometida a cualquier forma de arresto, detención o prisión.⁸³ Asimismo, todo Estado deberá examinar, en forma permanente y sistemática, las normas e instrucciones, métodos y prácticas de interrogatorio, así como las disposiciones para la custodia y el tratamiento de las personas sometidas a cualquier forma de arresto, detención o prisión, en cualquier territorio bajo su jurisdicción, a fin de evitar todo caso de tortura.⁸⁴

⁸¹ Art. 6 de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura.

⁸² Art. 9 de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura.

⁸³ Art. 10 de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura, y 7 de la Convención Interamericana contra la Tortura.

⁸⁴ Art. 11 de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura.

En caso de que haya motivos razonables para creer que dentro de la jurisdicción de un Estado Parte se ha cometido un acto de tortura, éstos se comprometen a que sus autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial,⁸⁵ permitiendo a la persona que alegue haber sido sometida a tortura presentar la queja pertinente, y tomando las medidas para asegurar que tanto quien presente la queja como los testigos estén protegidos contra malos tratos e intimidación como consecuencia de la queja o del testimonio prestado.⁸⁶

En el evento que se determine que una persona a sido sometida a torturas, todo Estado Parte se compromete a que su legislación le garantice a la víctima la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de la tortura, la indemnización corresponderá a las personas que la tuvieran a su cargo. En todo caso, nada de lo anterior menoscabará el derecho de la víctima o de otra persona a la indemnización que pueda corresponderle de acuerdo con la legislación nacional.⁸⁷

Por último, se establece que todo Estado Parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido obtenida como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura y como prueba de que se ha formulado la declaración.⁸⁸

⁸⁵ Art. 12 de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y 8 de la Convención Interamericana contra la Tortura.

⁸⁶ Art. 13 de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura, y 8 de la Convención Interamericana contra la Tortura.

⁸⁷ Art. 14 de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura, y Art. 9 de la Convención Interamericana contra la Tortura.

⁸⁸ Art. 15 de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y Art. 10 de la Convención Interamericana contra la Tortura.

Tanto la competencia del Comité contra la tortura (el de la Convención de Naciones Unidas o el de la Convención Europea), como su composición y estructura, así como las reglas de procedimiento que dicho Comité debe observar (en uno u otro caso), serán objeto de un comentario posterior.

DERECHO DE PROPIEDAD INDUSTRIAL

LA OPOSICION AL REGISTRO
MARCARIO EN LA LEY VENEZOLANA

Manuel Vallina Grisanti

Indice

I	<i>Introducción</i>	287
II	<i>¿Quién puede oponerse al registro de una marca?</i>	288
III	<i>Diferencias entre objetar y oponerse a la solicitud de registro de marca</i>	291
IV	<i>¿Quién es titular de un mejor derecho en materia marcaria?</i>	292
V	<i>Tipo de oposiciones</i>	294
VI	<i>Recursos que otorga la legislación venezolana</i>	310
VII	<i>Cuándo se adquiere el derecho a una marca en el sistema venezolano</i>	313
VIII	<i>Naturaleza jurídica de la oposición</i>	315

I

INTRODUCCION

Si alguna vez ha tenido que oponerse a la solicitud de registro de una marca en Venezuela cuya propiedad corresponde a su empresa o a alguno de sus clientes; bien sea por estar registrada en su país de origen aunque no es Venezuela, o porque ésta se parezca gráfica o fonéticamente a otra previamente solicitada o registrada por usted, o su parecido sea tal que podría crear confusión en el público consumidor venezolano, pudiendo traer como consecuencia, en caso de otorgarse el registro solicitado una gran pérdida económica y/o moral para su empresa o cliente, creemos necesario informarle acerca de las acciones legales que otorga nuestra legislación a fin de proteger sus derechos. Y si por el contrario, nunca se ha visto en la necesidad de actuar en defensa de los legítimos intereses de su empresa o de su cliente, lo consideramos hasta cierto punto afortunado.

No obstante, en cualquier caso el presente trabajo titulado: *La oposición a la solicitud del registro de una marca comercial en la legislación venezolana*, le dará una visión de la Doctrina Administrativa sustentada por el Registro de la Propiedad Industrial, al igual que de la Jurisprudencia de La Corte Suprema de Justicia [de ahora en adelante denominada la Corte] en estos últimos años en materia marcaria.

II

¿QUIEN PUEDE OPONERSE AL REGISTRO DE UNA MARCA?

La ley venezolana en materia de propiedad industrial, señala la acciones y los recursos necesarios a fin de garantizar el uso, goce y disfrute del derecho que posee cualquier persona al obtener el registro de una marca otorgado por el Estado venezolano, que aun cuando se llama de propiedad, no reúne plenamente los atributos de ésta, pues el mismo se refiere a un derecho de menos extensión y entidad, siendo un derecho cuya protección se halla garantizada por una acción contra la competencia desleal y en modo alguno, por las reglas individualistas de la propiedad.¹ Y por qué no decirlo, aun cuando nunca se haya solicitado y obtenido su registro en Venezuela.²

A tal efecto es importante señalar que la Ley de Propiedad Industrial [de ahora en adelante denominada La Ley] no diferencia entre las personas que pueden ejercer estas acciones y recursos. En efecto, pueden ser intentados por cualquier persona natural o jurídica; nacional o extranjera.

Cualquiera que considere que se han violado disposiciones expresas de La Ley o que, con la marca solicitada, se están que-

¹ AMERICAN CHICLE COMPANY C/ MINISTERIO DE FOMENTO. CSJ. SPA. Fecha de la Sent. 21-04-1965. *Gaceta Forense* N° 48. Vol. Unico. Página 92.

BODEGAS BILBAINAS S.A. C/MINISTERIO DE FOMENTO. CSJ. SPA. Fecha de la Sent.: 08-03-83, *Gaceta Forense* N° 119. Vol. I. 1er. Trimestre 1983, Tercera Etapa. Páginas 308 a 314. [Se solicitó la nulidad de la Resolución 2.760 del 15-03-74, emanada del Ministerio de Fomento que autorizó el registro de la marca "BRILLANTE" en clase (49), no obstante haberse presentado una oposición, la cual fue declarada con lugar por el Registrador por estar la marca "BRILLANTE" previamente registrada en clase (47)].

² COMPAÑIA ANONIMA VENEZOLANA DE INDUSTRIAS MILITARES (CAVIM) C/ CARLOS JOSE GALINDO. CSJ. Sala de Casación Civil. Fecha de la Sent.: 18-12-86. [El oponente logró demostrar su "Mejor Derecho" por prioridad de uso de la denominación comercial "CAVIM", Clase (50)].

brantando sus propios derechos o los de terceras personas a quienes éste representa, puede oponerse al registro de cualquier marca solicitada. Es así como la vía de la oposición queda abierta a cualquier persona.³

Más aún, por ser la materia de propiedad industrial de “orden público”, la interposición de una oposición hecha por un oponente sobre el cual recaiga la falta de la cualidad, se deberá considerar según el actual criterio administrativo como válida, ya que la misma no obstará para que el escrito presentado se tenga como una objeción.⁴

De presentarse este supuesto se entiende que el Registrador no entrará a discutir la legitimidad del oponente, ya que el escrito de oposición presentado, va a surtir siempre los efectos de una objeción, capaz de alertar a la administración sobre la posible violación legal en la cual haya incurrido la solicitud de registro, ya que, como lo señalé, estamos en presencia de una materia de orden público.⁵

Pero esto, lógicamente, cuando la oposición se formula por no reunir la marca solicitada los requisitos de forma, objetivos de registrabilidad previstos en La Ley. Ya que cuando la oposición se formula por considerarse el opositor con “Mejor Derecho” que el solicitante, creemos que se requerirá que tal opositor hubiese hecho previamente uso de la marca.⁶

³ LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL. Publicada en la *Gaceta Oficial* N° 25.227 del 10-12-56. Artículo 77.

IMPORTACIONES PRODUCCIONES ENOLOGICAS C.A. C/ MINISTERIO DE FOMENTO. CSJ. SPA. Fecha de la Sent. 22-10-73. *Gaceta Forense* N° 82. IV Trimestre 1983. Vol. Unico. Tercera Etapa. Páginas 251 a' 259.

⁴ *BOLETIN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL* N° 338. 30-06-88. Resolución N° 1.466, 27-11-87. Página 146.

⁵ *BOLETIN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL* No. 339. 29-07-88. Resolución N° 1.467. 27-11-87. Página 164.

⁶ Ver Nota N° 2. Página 9.

La Ley establece que todas las gestiones relativas a registros de marcas deben ser hechas por los propios interesados o por intermedio de agentes de la propiedad industrial debidamente autorizados. ⁷ No obstante la Ley de Abogados en su artículo sexto, señala que toda especie de escrituras que versen sobre cualquier derecho deberán ser redactadas por un abogado en ejercicio. ¿Cómo armoniza entonces la administración estos dos criterios? La duda es aclarada por la reiterada doctrina administrativa la cual señala que no se requiere ser titular de un registro, agente de la propiedad industrial o abogado a fin de interponer una objeción u oposición. ⁸ No obstante la mayoría de las oposiciones que se presentan ante el Registro de la Propiedad Industrial, son presentadas por abogados o agentes de la propiedad industrial, los cuales actúan en representación de un tercero.

En estos casos, es necesario el otorgamiento de un poder al abogado para oponerse al registro de la marca solicitada. El cual debe estar debidamente notariado y legalizado ante el Consulado de Venezuela en caso de tratarse de personas extranjeras naturales o jurídicas, cumpliendo de igual forma con todos los requisitos del Protocolo de Washington en lo que respecta a países signatarios a fin de evitar futuros inconvenientes.

No obstante en *MAXELL ELECTRIC INDUSTRIAL CO. LTD. C/ MINISTERIO DE FOMENTO*, ⁹ al intentar el solicitante una excepción dilatoria ante el juez de primera instancia, ya que la oposición había sido formulada sin que el opositor presentara poder de la sociedad cuya representación dijo ejercer, La Corte sostuvo que este argumento no podía ser expuesto ante el

⁷ Ver Nota N° 3. Artículo 51.

⁸ *Boletín de la Propiedad industrial* N° 114. 13-12-66. Resolución N° 1.134. 09-05-66. Páginas 604 a 607.

⁹ CSJ. Sala de Casación Civil Mercantil y del Trabajo. Fecha de la Sent.: 14-02-67. *Gaceta Forense* N° 55. I Trimestre 1967. Vol. Unico. Segunda Etapa. Páginas 271 a 276 [Oposición contra la solicitud de registro de la marca "La Reina"].

Juez de Primera Instancia, sino ante el Registrador o el Ministro, ya que las funciones del Juez estaban limitadas por La Ley a la decisión de la cuestión de fondo, es decir, al "Mejor Derecho a la concesión de la marca". Este criterio es nuevamente acogido en *C.A. VENEZOLANA DE TABACO C/ MINISTERIO DE FOMENTO*,¹⁰ en donde se dejó establecido que el opositor debe hacer todas las defensas pertinentes en las instancias administrativas, ya que de lo contrario no podría plantearlas después ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Más aún la Corte ha establecido que la presentación del instrumento de poder por el representante de la firma opositora antes de que el expediente hubiera sido enviado por el funcionario administrativo al Juez de Primera Instancia, constituye una ratificación en forma legal que cubre cualquier vicio eventual derivado de la no presentación anterior.¹¹ De esta forma observamos cierta la amplitud otorgada en materia de oposiciones.

III

DIFERENCIAS ENTRE OBJETAR Y OponERSE A LA SOLICITUD DE REGISTRO DE UNA MARCA

En *AMERICAN CYNAMID COMPANY C/ MINISTERIO DE FOMENTO*¹² la Corte explicó que la oposición administrativa se fundamente entre otras razones, en el principio que el oponente titular de la marca parecida gráfica o fonéticamente a la solicitada puede oponerse al registro de esta última por no cons-

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. SPA. Fecha de la Sent.: 22-05-80. *Gaceta Forense* N° 108. Vol. II. II Trimestre 1980. Tercera Etapa. Páginas 586 a 600.

¹¹ Ver Nota N° 9. Página 273.

¹² CSP. SPA. Fecha de la Sent.: 07-12-82. *Gaceta Forense* N° 118. Vol. I. IV Trimestre 1982. Páginas 420 a 432. [El recurrente se opuso al registro de la marca "CI-RIOM" por el parecido con la marca "CYTROLANE" previamente registrada. Y de igual forma objetó la solicitud por la prelación existente con la solicitud de registro de la marca "CYTHION" presentada por AMERICAN CYANAMID].

tituir ésta un signo distintivo especial o novedoso o en virtud de la confusión gráfica o fonética capaz de producirse con la que ya se tiene registrada o previamente solicitada.

El oponente por lo tanto se hace parte en el proceso administrativo, debiendo el Registro oír al solicitante mediante la contestación de la oposición. La oposición entonces va a dar lugar al procedimiento de fondo regulado en la Ley.

La objeción, por el contrario, es un señalamiento que puede hacer cualquier persona, en cualquier tiempo dentro del proceso de tramitación administrativa, alertando al Registrador que el signo solicitado como marca, no se ajusta a los requerimientos legales que debe reunir el signo distintivo para ser considerado como tal. Aquí por el contrario el objetante no se hace en ningún momento parte en el proceso administrativo.¹³

IV

¿QUIEN ES TITULAR DE UN MEJOR DERECHO EN MATERIA MARCARIA?

Es común la interpretación de la expresión “Mejor Derecho” contenida en La Ley como una referencia a “la prioridad en el uso de una marca”. No obstante no hemos podido encontrar ninguna norma que establezca expresamente que por “Mejor Derecho” deba entenderse exclusivamente “prioridad de uso”; por lo cual consideramos conveniente no limitar dicha expresión al solo caso de Prioridad en el uso de una marca no registrada, ya que el “Mejor Derecho” se podrá invocar, sea porque se tiene prioridad de uso, es decir, cuando el opositor para distinguir sus productos hace uso de una marca sin tenerla registrada, siendo ésta igual o parecida a aquélla cuyo registro se está

¹³ Ver Nota N° 12, Página 424.

solicitando, o sea porque se ha obtenido el registro anterior de la marca ¹⁴ o por cualquier otro motivo.

No obstante cabe destacar que el uso previo de una marca que se encuentre comprendida dentro de las prohibiciones del Artículo 33, Ordinales 11 y 12 no puede llegar a constituir el "Mejor Derecho" a que se refiere el Artículo 77 Ordinal Segundo de La Ley, no siendo capaz por lo tanto el opositor de fundamentar la oposición prevista en dicho artículo. ¹⁵

Se pudiera pensar que el Legislador tuvo más presente el supuesto de la marca registrada como base al "Mejor Derecho" por estar así establecido en La Ley. No obstante, la amplitud de las fórmulas empleadas en éstas, permiten incluir también aquellas personas que usan marcas sin registrarlas. ¹⁶

Se podrá ejercer de igual forma el derecho de oponerse a la concesión de registro de una marca comercial sobre la base del parecido de ésta con otra precedente solicitada, aun cuando no registrada y ello debido a que ésta disfruta del derecho de prelación. ¹⁷ La Ley, en ningún momento hace referencia a marcas registradas, por lo que debe entenderse que la prelación no es sólo con las marcas registradas, sino también con las solicitadas. Por lo tanto el Registro de la Propiedad Industrial debe mantener una rigurosa prelación, ya que es ésta la que determina la presunta prioridad en la adquisición del derecho. ¹⁸

¹⁴ BAZAR NORGE C.A. C/ MINISTERIO DE FOMENTO. CSJ. SPA. Fecha de la Sent.: 19-07-83. *Gaceta Forense* N° 121. III Trimestre 1973. Páginas 158 a 165. [Se declaró sin lugar el recurso interpuesto por el solicitante de la marca "BAZAR NORGE" en clase (50) por la existencia del registro previo de la marca "NORGE"].

¹⁵ PASTEURIZADORA DE JUGOS C.A. C/ R-N, INC. CSJ. Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo. Fecha de la Sent.: 26-06-1973. Vol. Unico. II Trimestre 1973. Páginas 492 a 497.

¹⁶ Ver Nota N° 2. Página 16.

¹⁷ Ver Nota N° 12. Página 431.

¹⁸ Ver Nota N° 17.

V
TIPO DE OPOSICIONES

Oposición de orden público:

Puede ser intentada por cualquier persona. Pudiendo a su vez, el Registrador negar de oficio la concesión del registro marcario,¹⁹ bien sea por la existencia de un parecido con otra marca constituida por palabras genéricas o por atribuirle al producto cualidades que no tiene. Las causales vienen dadas por los ordinales 1 al 10 del artículo 33 y el ordinal 1 del artículo 34 de la Ley.²⁰

Oposición presentada por un tercero interesado:

Se intenta al colidir la marca solicitada con otra ya que registrada o en curso. Reservándose la competencia al tercero perjudicado y sólo podrá formularla por considerar lesionados sus propios derechos o como ya dijimos anteriormente, los de un tercero a quien represente. De igual forma podrá el Registrador negar la concesión del registro bien sea de oficio o por denuncia. Las ordinales 11 y 12 del artículo 33 y el ordinal 2 del artículo 34 de La Ley dan las bases para intentar este tipo de oposición.

Claro está que por lo general, el parecido es una cuestión de apreciación, debiendo estar conscientes que el criterio administrativo debe ser el de que las semejanzas deben emanar del conjunto y no de elementos aislados del mismo.²¹ La confundibilidad entre las marcas debe ser evidente. Evidencia que debe resultar no de un análisis por separado de cada uno de los ele-

¹⁹ *Boletín de la Propiedad Industrial* N° 339. 29-07-88. Resolución N° 1.550. 02-12-87. Página 49.

²⁰ *Boletín de la Propiedad Industrial* N° 339. 29-07-88. Resolución N° 650. 23-03-87. Resolución N° 1.381. 17-09-87. Página 184.

²¹ NESTLE FOOD PRODUCTS LTD. C/ MINISTERIO DE FOMENTO. CSJ. SPA. Fecha de la Sent.: 09-12-86. *Gaceta Forense* N° 118. Vol. I. IV Trimestre 1982. Tercera Etapa. Páginas 508 a 517.

mentos que integran la marca (sílabas o signos) sino de la confundibilidad que a simple vista u oídas resulte de la comparación.²² Más aún, La Corte ha mantenido que las marcas gráficas y complejas deben juzgarse en su conjunto y no por sus elementos aisladamente tomados.²³ Al igual que ha señalado que debe tomarse muy en cuenta para establecer las diferencias, la acentuación ortográfica, sin que ella constituya por sí sola un elemento de juicio.²⁴

Diferencias entre los ordinales 11 y 12 del artículo 33:

El artículo de La Ley más usado en oposiciones interpuestas ante el Registrador es el artículo 33, y en especial los ordinales 11 y 12. Por ello realizaré un breve análisis de los mismos, tomándolos como base en el desarrollo de este trabajo. A tal efecto cabe destacar el hecho de que los supuestos contemplados en los ordinales 11 y 12 del artículo 33 de La Ley, son distintos.

A. *El Ordinal 11:* Fija los extremos que deben ser analizados para precisar si determinada marca está dentro del supuesto de hecho que consagra La Ley.

Marcas que se parezcan gráfica o fonéticamente a otra ya registrada para los mismos o análogos artículos.

B. *El Ordinal 12:* Por su parte consagra dos supuestos. El primero:

[...] la marca que pueda prestarse a confusión con otra marca ya registrada.

Supuesto el cual es similar al previsto en el Ordinal 11, pero está concebido en términos más amplios, ya que no define el criterio a seguir para determinar la posibilidad de confusión entre marcas y además no contiene exigencia alguna en cuanto a la natura-

²² Ver Nota N° 12. Página 427.

²³ Ver Nota N° 12.

²⁴ Ver Nota N.º12.

leza de los productos distinguidos por una y otra marca.²⁵ El segundo: se refiere a aquellos distintivos comerciales constituidos por términos cuyo empleo

[...] pueden crear una falsa idea en relación a la procedencia o ciertas cualidades de los artículos a que se refiere”.²⁶

Es así como el Ordinal 12 viene a completar el Ordinal 11 y por lo tanto le da un alcance más amplio. Según los ordinales señalados para que una palabra pueda ser objeto de la protección que determina La Ley, se requiere que en ella predominen los caracteres de distinción, de especialidad y de novedad.²⁷ Mediante el ordinal 12, se le permite al Registrador fijar el criterio con base al cual él va a analizar si determinada marca induce al público a error o confusión. Mientras que en el ordinal 11, la prohibición se cumple por la sola circunstancia de que se distingan productos análogos, sin exigir en consecuencia, absoluta identidad del objeto industrial al cual se aplica.

Muchas veces marcas notorias son el blanco de personas que desean obtener su registro en Venezuela. Así pues vemos como se intenta solicitar el registro de la marca “DISNEY” para distinguir artículos de vestir, sombreros y calzado.²⁸ “BEATRICE” para distinguir alimentos e ingredientes alimenticios. “BLOOMINGDALE’S” para distinguir un establecimiento comercial.²⁹ En estos casos las oposiciones presentadas por sus verdaderos titulares fueron declaradas con lugar basado como ya dije previamente en la notoriedad de las marcas solicitadas.

²⁵ Ver Nota N° 1. Página 311.

²⁶ Ver Nota N° 1. Página 312.

²⁷ BUBBLE UP CORPORATION C/ MINISTERIO DE FOMENTO. CSJ. SPA. Fecha de la Sent.: 24-02-1965. *Gaceta Forense* N° 47. Vol. Unico. I Trimestre 1965. Segunda Etapa.

²⁸ *Boletín de la Propiedad Industrial* N° 339. 29-07-88. Resolución N° 1.448. 26-11-87. Página 208.

²⁹ Ver Nota N° 28.

En *EQUIPOS NACIONALES VANGUARD DE VENEZUELA S.A. C/ MINISTERIO DE FOMENTO*,³⁰ La Corte señaló que a pesar de la existencia del registro de la marca "BORGWARD" en la misma clase,¹⁹ [vehículos excepto locomotoras], procedía el registro de la marca "VANGUARD" en la misma clase para equipos industriales y agrícolas, ya que eran marcas imposibles de confundir por el consumidor. De esta forma estableció la posibilidad de que coexistan dos marcas que presenten semejanzas si es notoria la diferencia de los productos a los cuales se aplican.³¹

La Corte en *BODEGAS BILBAINAS, S.A. C/ MINISTERIO DE FOMENTO*,³² declaró la nulidad de la resolución del Ministerio de Fomento que permitía el registro de la marca "BRILLANTE" en clase⁴⁹ [Licores Alcohólicos]. Por la existencia del Registro de la Marca "BRILLANTE" en clase⁴⁷ [vinos exceptuando los medicinales]. Al no poder demostrar el solicitante el presunto "Mejor Derecho" alegado al oponerse a la nulidad del registro de la marca "BRILLANTE". Consagrando así la analogía existente entre vinos y licores y expresando que para determinar la misma no puede atenderse simplemente a la clasificación oficial, ya que en ésta aun cuando sea elaborada de la mejor manera, no puede sustraer la posibilidad de que un mismo análogo artículo, sea susceptible de ser incluido en clases diferentes.

Se puede observar que la Corte mantuvo el mismo criterio en *BAZAR NORGE, C.A. C/ MINISTERIO DE FOMENTO*,³³ quedando establecido que una marca de fábrica y una denomi-

³⁰ CSJ. SPA. Fecha de la Sent.: 06-08-81. *Gaceta Forense* N° 113. Vol. I. III Trimestre. Tercera Etapa. Páginas 191 - 200.

³¹ Ver Nota N° 30. Página 200.

Ver Nota N° 14. Página 164.

³² Ver Nota N° 1. Página 312.

³³ Ver Nota N° 14.

nación comercial son compatibles cuando su existencia simultánea pudiera inducir a error al público consumidor.

Es importante tener presente a la hora de solicitar el registro de una marca en Venezuela, que para apreciar la similitud entre productos, la Corte ha dictaminado que debe tomarse en cuenta la naturaleza, estructura, afinidad aplicativa y ámbito comercial, habiendo llegado por esta vía a desechar el ordenador de clases que contiene el nomenclator oficial, al considerar que la viabilidad de coexistencia de marcas con distintivos semejantes no emanan exclusivamente de la pertenencia de los productos con los cuales se va a comerciar a clases distintas dentro de dicho nomenclator, ya que la inclusión de tales productos dentro de una u otra clase es sólo orientadora y enunciativa a fines de constituir clasificaciones y organizaciones internas dentro del Registro.³⁴

En *ILAPECA C/ MINISTERIO DE FOMENTO*,³⁵ se solicitó el registro de la marca "FRU-KO" para distinguir productos en la misma clase en que estaba registrada la marca "FRICA". Por ello el Registrador negó de oficio la solicitud por el parecido existente entre la marca registrada y la solicitada. La Corte por el contrario falló en favor del recurrente aceptando el registro de la marca solicitada. Este fallo favorable se basó en que la decisión del Registrador y posteriormente la del Ministerio de Fomento no estableció las comparaciones entre los signos en conflictos, así como tampoco analizó las razones de su parecido o identidad; el solicitante argumentó las diferencias existentes por el elemento gráfico que viene dado por el guión que separa las dos sílabas que integran la marca "FRU-KO", unido a las diferencias fonéticas que intervienen en la formación de la palabra. Argumentando que le daban una característica propia y la dife-

³⁴ Ver Nota N° 14.

³⁵ CSJ. SPA. Fecha de la Sent.: 10-02-83. *Gaceta Forense* N° 119. Vol. I. I Trimestre 1983. Tercera Etapa. Páginas 130 a 137.

renciaban de la marca registrada "FRICA". Criterio el cual fue aceptado por La Corte.

Si estudiamos el caso *BUBBLE UP CORPORATION C/ MINISTERIO DE FOMENTO*³⁶ veremos como el Ministerio de Fomento negó el registro de la marca "BUBBLE UP" por encontrarle parecido gráfico y fonético con las marcas "SEVEN UP" y "7-UP". No obstante La Corte manifestó que era evidente que la similitud estaba presente solamente en el término "UP". Pero que resaltaba entre estos términos una diferencia de sonido, que era suficiente para que no existiera confusión alguna. Al tratarse de palabras compuestas no basta la sola circunstancia de que exista similitud en uno de los términos, para que se consideren parecidas las marcas, si los otros términos de ellos mantienen diferencias evidentes.³⁷

Rechazando el criterio del Ministerio de Fomento, el cual sostenía que no podía tomarse en cuenta las diferencias entre "BUBBLE" y "SEVEN", ya que las diferencias que pueden existir en cuanto al sentido y pronunciación escapaban a los posibles compradores de tales artículos en Venezuela, por pertenecer al idioma inglés.³⁸ Quienes según el Ministro no pueden atenerse para distinguirlos al significado y pronunciación de tales palabras, ni a lo que ellas representan.³⁹ Estableciendo que las semejanza de los artículos amparados y el parecido gráfico y fonético que resultaba del vocablo "UP" eran suficientes para que las marcas se prestaran a confusión.⁴⁰

Es imprescindible que el Registrador y el Ministerio de Fomento razonen los motivos de su negativa en el caso de ellos

³⁶ Ver Nota N° 25.

³⁷ Ver Nota N° 25. Página 145.

³⁸ Ver Nota N° 25. Página 149.

³⁹ Ver Nota N° 25. Página 152.

⁴⁰ Ver Nota N° 25. Página 154.

mismo objetar o de ser interpuesta una oposición a la solicitud de una marca por estar incurso en las causales ya mencionadas o en cualquier otra. Más aún no es válido que la motivación se limite a enunciar el contenido de la norma. En reiteradas ocasiones la Corte ha sostenido que a la hora de negar el registro de una marca, se debe decidir por resolución razonada, explicando por qué se ha llegado a tomar la decisión final y por qué se hacen las afirmaciones generales, conclusiones o apreciaciones que sirven de premisa a el Registrador. No basta que el Registrador o el Ministro de Fomento manifiesten que la marca está incurso en algunas de las prohibiciones establecidas en los artículos 33, 34, y 35 de la Ley.⁴¹ El Registrador tiene que establecer el nexo lógico existente entre determinada situación de hecho y la disposición legal que la regula,⁴² ya que sin saber los motivos que se tuvo para suponer que la marca pueda presentarse a confusión, no puede la Corte pronunciarse sobre el fondo del asunto con perfecto conocimiento de causa.⁴³

En *NESTLE FOOD PRODUCTS C/ MINISTERIO DE FOMENTO*.⁴⁴ El titular de la marca "NAN" en clase,⁴⁵ se opuso en la solicitud de registro de la marca "LA NANA" en la misma clase, sin tener ningún éxito. Ya que al ser esta última una marca compuesta, integrada por un artículo y un sustantivo, se diferen-

⁴¹ R.J. REINOLDS TOBACCO COMPANY C/ MINISTERIO DE FOMENTO. CSJ. SPA. Fecha de la Sent.: 23-01-74. *Gaceta Forense* N° 83. Vol. Unico. I Trimestre 1974. Segunda Etapa. Páginas 73 a 79. [No se decidió sobre el fondo de la controversia entre la similitud de la marca registrada "CRAVEN A ETIQUETA", con la ETIQUETA solicitada, ya que la administración no expuso los motivos de su negativa. Declarando con lugar el recurso interpuesto].

⁴² RODOLFO DUMENICO HERNANDEZ C/ MINISTERIO DE FOMENTO. CSJ. SPA. Fecha de la Sent.: 15-01-74. *Gaceta Forense* N° 83. Vol. Unico. I Trimestre 1974. Segunda Etapa. Páginas 23 a 29.

⁴³ Ver Nota N° 42. Página 27.

⁴⁴ Ver Nota N° 21.

⁴⁵ Ver Nota N° 21. Página 515.

ciaba de la registrada, la cual era una marca simple y correspondía a un término de fantasía, ratificándose el carácter de novedosa de la marca solicitada.

Más aún, el opositor alega que el término era descriptivo y por tanto, estaba incurso en las disposiciones prohibitivas de la Ley. Consideraba que el Ministro había de acuerdo a su criterio violado la Ley, al no considerar la solicitud incurso en dicha disposición. La Corte por su parte señaló que no le correspondía al Registrador ni al Ministro sino al opositor "probar" que el término "LA NANA" era descriptivo para que aquellos pudieran pronunciarse. Y como no presentaron las pruebas en el escrito de oposición, no podía solicitar ahora de la Corte un pronunciamiento sobre el particular.⁴⁶

Esta decisión modifica a nuestro juicio la sentencia dictada en *RODOLFO DUMENICO HERNANDEZ C/ MINISTERIO DE FOMENTO*.⁴⁷ Donde se declaró parcialmente con lugar por falta de motivación, el recurso de nulidad interpuesto por la negativa de registro de la marca "CRISTO REY" debido a la existencia de la marca "MONTECRISTO" registrada y solicitada, en clase (39). La Corte señaló en esa oportunidad, que si bien es cierto que de acuerdo a la Ley, el Registrador resolverá la oposición con las pruebas que presentan los interesados, la administración puede fundar sus decisiones en causales o hechos diferentes a los que haya invocado el opositor para solicitar que se niegue el registro de una marca.

En *WILSON ATHLETICS DE VENEZUELA, S.A. C/ MINISTERIO DE FOMENTO*⁴⁸ el oponente no tuvo éxito en lograr que la Corte declarase la nulidad de la resolución que per-

⁴⁶ Ver Nota N° 45.

⁴⁷ Ver Nota N° 42. Página 26.

⁴⁸ CSJ.SPA. Fecha de la Sent.: 01-02-78. *Gaceta Forense* N° 99. Vol. Unico. I Trimestre 1978. Tercera Etapa. Páginas 201 a 209.

mitía el registro de la marca "LA COSTE" solicitada por LA CHEMISE LA COSTE SOCIETY ANONYME, a pesar de la existencia del Registro de la marca "LA COSTE" en la misma clase.

La Corte sostuvo que existían diferencias sustanciales entre ambas marcas aunado al hecho que en Venezuela es obligatorio estampar la frase "Hecho en Venezuela" a todo producto elaborado en el país, circunstancia que unida a la diferencia de precios disipaba todo peligro de confusión.

En *IMPORTACIONES PRODUCCIONES ENOLOGICAS, C.A. C/ MINISTERIO DE FOMENTO*,⁴⁹ se solicitó el registro de la marca "CASTEL FLORENTINO" "ESTILO" en clase (47). La Corte decidió que la palabra que se destacaba dentro del conjunto era el nombre de una zona vinícola italiana que produce vinos de tipo Chianti, la cual de registrarse, haría que la marca pudiera inducir a error por indicar falsa procedencia. El presente caso se originó, al Registrador adelantarse a la decisión sobre "la procedencia de la inscripción" cuando debía resolver acerca de "la admisibilidad de la solicitud", creando una situación que generó en dos resoluciones ministeriales que se excluían, pues luego de rechazada la solicitud por inducir a error por indicar falsa procedencia o cualidad, al resolver en apelación el Ministerio de Fomento revocó la resolución apelada en razón de que las palabras "CASTEL FLORENTINO" aparecen precedidas de la expresión "ESTILO", lo que evidencia según el criterio del Ministro, que no se pretendía hacer creer al público que los productos distinguidos con la marca eran de esa región de Italia, sino elaborados según el estilo que allí se utiliza.⁵⁰

Por ello de acuerdo al criterio de la Corte, el Registrador debe limitarse a examinar si el solicitante ha cumplido con los re-

⁴⁹ Ver Nota N° 3. Página 251.

⁵⁰ Ver Nota N° 3. Página 252.

quisitos de Ley, ⁵¹ dejando para otra oportunidad, la decisión sobre la procedencia de la solicitud, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 33, 34 y 35 de la Ley. ⁵² En este caso, se declaró sin lugar, el recurso interpuesto pero fue difícil aclarar la confusión creada por el Registrador.

Es por eso que el Registrador tendrá que analizar caso por caso las solicitudes y oposiciones presentadas a fin de resolver las mismas con el criterio de equidad y justicia que debe predominar en materia marcaria. Es así como por ejemplo en el campo de los productos farmacéuticos es doctrina administrativa apreciar más las diferencias que las semejanzas ya que el campo de escogencia de marcas es más reducido y las mismas son identificadas por el personal altamente calificado disminuyendo así el riesgo a confusión.

Oposiciones por prioridad de uso:

Distinguiremos ahora entre dos clases de procedimientos existentes en la legislación, a saber, uno administrativo y otro judicial. Sobre el particular opino que cuando el opositor se opone a la concesión de registro de una marca solicitada porque ésta es igual o parecida a la que el oponente tiene registrada, no habría cabida al procedimiento judicial. No obstante, la existencia del "Mejor Derecho", aplicándose de esta manera el primer supuesto del artículo 77 de la Ley. De la interpretación de la Ley resulta evidente que la oposición será resuelta por el Registrador, ya que a pesar de la existencia en este caso de "Mejor Derecho", la competencia resulta reservada expresamente a éste.

Ha quedado establecido, ⁵³ que el juez no debe decidir sobre la oposición de una marca cuando el opositor no alega prioridad

⁵¹ Ver Nota N° 3. Artículos 71, 72 y 75.

⁵² Ver Nota N° 3. Artículos 80, 81 y 82.

⁵³ CASO POLAR C/ POLO. Juzgado Superior Segundo en lo Civil y Mercantil de la Primera Circunscripción Judicial del D.F. y Edo. Miranda. Fecha de la Sent.: 15-11-54

en el uso de ella, sino que por el contrario alude semejanzas gráficas y fonéticas con la marca solicitada ya que en este caso la oposición competirá al Ministerio de Fomento.

Quedando el procedimiento judicial limitado de esta forma a las oposiciones que se formulan por aquellos cuyo "Mejor Derecho" pueda surgir del uso de la marca sin tenerla registrada.⁵⁴ Por estar en este último caso en presencia de problemas que más que de derecho son de hecho⁵⁵ y por lo tanto, no es materia que pueda ser resuelta por la autoridad administrativa sino que corresponde al órgano jurisdiccional, ya que cuando el opositor tiene una marca registrada la oposición la viene a resolver la administración, que examinará si la marca solicitada está comprendida en las prohibiciones de la Ley, la cual no entrará a considerar el "Mejor Derecho" del opositor ya que el mismo está establecido por el registro y va a existir mientras la marca esté vigente y no sea anulada por los tribunales.

El problema jurídico planteado ante el juez será el relativo al conocimiento de quién de las personas, el oponente o el solicitante, tiene prioridad en el uso de la marca. Debiendo declarar el juez con lugar la oposición si el oponente logra demostrar dicha prioridad.⁵⁶

Por otra parte, la acción de nulidad que prevee la Ley se refiere no sólo al caso en que se trate de una prioridad de uso de una marca no registrada, sino en todos los casos en que puede demostrarse la existencia de un derecho preferente. Como por

⁵⁴ Ver Nota Nº 15.

⁵⁵ Ver Nota Nº 14.

⁵⁵ COOPER INDUSTRIES INC. C/ JOSE LUIS MONTERO. CSJ. Sala de Casación Civil. Fecha de la Sent.: 04-03-82. *Gaceta Forense* Nº 115. Volumen II. I. Trimestre 1982. Páginas 1.111 a 1.112. [Juicio sobre nulidad del registro de la marca "LUFKIN" en clase (26). Se declaró el "Mejor Derecho por previo uso del demandante"].

⁵⁶ Ver Nota Nº 2. Página 5.

ejemplo, en el caso que se otorgue el registro de una marca que se parece gráfica o fonéticamente a otra ya registrada, para distinguir iguales o similares artículos, que pueda prestarse a confusión con ésta. La Ley determina taxativamente las causales por las cuales una marca después de registrada queda sin efecto.⁵⁷ La nulidad del título de una marca sólo puede ventilarse ante la jurisdicción ordinaria, en los tribunales mercantiles, en la jurisdicción del domicilio del propietario, dentro de los dos años siguientes al registro de una marca y sólo podrá ser intentada por el tercero perjudicado, salvo que la Ley establezca otra cosa.⁵⁸

Si bien es cierto que el uso de una marca no registrada no plantea un hecho constitutivo de derecho, por lo tanto el que usa una marca no tiene ningún derecho absoluto frente a los demás, ni goza de la protección que otorga el Estado venezolano a menos que haya cumplido el requisito esencial establecido en los artículos 32 y 33 de la Ley.⁵⁹ Hay que dejar claro que comparto el criterio sostenido por parte de la doctrina venezolana en el sentido, que al decir "por considerarse el opositor con Mejor Derecho que el solicitante". El término derecho no es usado en sentido técnico.

El uso es solamente un hecho impeditivo de la concesión de registro a un tercero. Y dentro de determinados límites establecidos en la Ley, se le reconoce a la persona una preferencia para la obtención de registro. Preferencia que puede ejercerse como oposición o como acción de nulidad, ya que si el derecho hubiera nacido antes no habría razón de limitar su actuación y su reivindicación solamente en los dos años siguientes al registro. Por otra parte es conveniente aclarar que el registro es necesario pa-

⁵⁷ Ver Nota N° 1.

⁵⁸ PUREX CORPORATION, LTD. C/ MINISTERIO DE FOMENTO. CSJ. SPA. Fecha de la Sent.: 14-03-83. *Gaceta Forense* N° 120. Páginas 49 a 57.

⁵⁹ THE KENDALL COMPANY C/ MINISTERIO DE FOMENTO. CSJ. SPA. Fecha de la Sent.: 30-01-78. *Gaceta Forense* N° 103. Páginas 64 a 73.

ra la constitución del derecho, pero tal como señalaré más adelante, no es suficiente.

Más aún el uso de una marca no implica su registro cuando ella viola las normas prohibitivas de la Ley. Aun cuando pueda probar el solicitante que la misma tiene muchos años de uso y posee personalidad propia. Ya que a los fines del registro lo que debe tomarse en cuenta son las disposiciones de la Ley.⁶⁰ Como ya mencioné al comienzo en materia de propiedad industrial la Ley otorga las acciones y recursos necesarios a fin de garantizar, el uso y goce del derecho de propiedad sobre una marca. Pero, no obstante el uso o registro previo de una marca en el extranjero, hay que advertir que ello no implica necesariamente que sea concedido a su titular en Venezuela. Al igual que no servirá como argumento para evitar una decisión negativa el hecho de que la misma coexista en el extranjero con otras marcas que presentan semejanza con la solicitada en Venezuela, ya que a los fines del registro venezolano, lo que debe tomarse en cuenta son las disposiciones de nuestra Ley.

Luego de que se introduce la solicitud para la obtención de la concesión para el registro de la marca, y si se han cumplido los requisitos de la Ley, el Registrador ordena la publicación de la solicitud en un periódico de la capital y posteriormente en el Boletín de la Propiedad Industrial. El hecho de que el Registrador haya dado curso al procedimiento y se publique la solicitud de la marca en el *Boletín de la Propiedad Industrial* (de ahora en adelante denominado el *Boletín*). No implica que esa decisión haya causado "Estado", y que por lo tanto nadie pueda oponerse a ella.⁶¹ Lo que ello crea en favor del solicitante es el derecho para que se le dé curso a su solicitud de registro, pero no crea derechos para que se considere la marca como libre de todos los vi-

⁶⁰ Ver Nota N° 15.

⁶¹ Ver Nota N° 3. Artículo 33.

cios que pudieran hacerla no apta de acuerdo a la Ley.⁶² La Ley establece el lapso de treinta (30) días hábiles para formalizar la oposición, contados desde el día siguiente a la fecha de la publicación en el *Boletín*.⁶³ El plazo otorgado es perentorio; no extensible, por lo tanto, el Registrador no podrá prorrogarlo. Más aún el escrito de oposición tendrá que presentar una fecha cierta ya que de lo contrario la solicitud será declarada desistida.

La Ley otorga quince (15) días hábiles contados a partir de la fecha de la publicación en el *Boletín* para que el solicitante comparezca a informarse de la oposición presentada, y vencido este lapso empezará otro lapso de quince (15) días hábiles para que el solicitante aduzca lo que estime conveniente a sus derechos.⁶⁴ Más aún, el solicitante podrá efectuar modificaciones en su solicitud y si éstas fueren aceptadas por el opositor dentro de un plazo de ocho (8) días hábiles a contar de la fecha de contestación, se dará por terminado el procedimiento de oposición. En este caso, el Registrador ordenará una nueva publicación con las reformas aceptadas y se abrirá nuevamente el período de la oposición. Pero si dentro del plazo de ocho (8) días, el opositor no manifestare que acepta las modificaciones propuestas, continuará el procedimiento de oposición. Y finalmente si el solicitante no contestare la oposición dentro del término de treinta (30) días se considerará que ha desistido de la solicitud.

La Ley no fija un lapso para que después de la presentación de la solicitud el Registrador ordene su publicidad, ni entre la presentación de la oposición y su comunicación al solicitante, lo cual deja al libre arbitrio de la administración la fecha de ésta, no considerándolo aceptable, ya que el interesado no podrá determinar dicha fecha con exactitud. Donde sí otorga plazos la Ley, es para la resolución de la oposición por parte de la administra-

⁶² Ver Nota N° 3.

⁶³ Ver Nota N° 3. Artículos 54, 55 y 77.

⁶⁴ Ver Nota N° 42.

ción. Ello deberá hacerse dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes al vencimiento del plazo otorgado al solicitante para contestar la oposición. Resultando en la práctica un lapso mayor, dado el alto volumen de oposiciones presentadas en tiempo hábil las cuales debe decidir el Registrador.⁶⁵ Ahora, si bien es cierto que el Registrador está obligado a demostrar su apreciación de hecho con argumentos o razones que satisfagan a la más exigente lógica. No es menos cierto que dichas resoluciones no tienen por qué cumplir con todos los requisitos y formalidades que para la sentencia establece la legislación procesal civil, ya que la decisión administrativa no es una sentencia. El Registrador no es un juez ni sus decisiones son actos jurisdiccionales y aún en las causales señaladas en los artículos 33, 34 y 35 de la Ley, no decide un conflicto entre litigantes que sostienen derechos opuestos.⁶⁶

No siendo de igual forma indispensable para la validez de una decisión administrativa, la circunstancia de que en ella no se mencionen y analicen todos y cada uno de los alegatos de hecho o de derecho invocados por los interesados en el curso del procedimiento. Pudiendo el órgano administrativo que decide utilizar los mismos argumentos que se hicieron valer por el funcionario que decidió en primer término, no obstante de ocurrir, estaríamos en presencia de una decisión con argumentos pobres y carentes de brillantez.

No obstante, es preciso aclarar que la Corte ha establecido reiteradamente que cuando se introducen oposiciones, por presentar la marca solicitada parecidos gráficos o fonéticos con otra ya registrada para los mismos o análogos productos⁶⁷ o para marcas que puedan presentarse a confusión con otra marca ya registrada o que pueda inducir a error por indicar una falsa pro-

⁶⁵ Ver Nota Nº 3. Artículo 80.

⁶⁶ Ver Nota Nº 42. Página 26.

⁶⁷ Ver Nota Nº 3. Artículo 33. Ordinal 11.

cedencia o cualidad ⁶⁸ el Registrador, para juzgar la confundibilidad entre marcas debe tener como norte un análisis de conjunto de los componentes de ambas y no de un análisis separado de los mismos porque es la marca en su conjunto, como ya expresará la que constituye el signo diferenciador de cualquier otra registrada. ⁶⁹

Fue así como la Corte declaró sin lugar el recurso de nulidad intentado en el caso *NESTLE FOOD PRODUCTS LTD. C/ MINISTERIO DE FOMENTO*. ⁷⁰ En donde se solicitaba la nulidad de la resolución que confirmaba la declaración sin lugar formulada por el Registrador en relación al parecido gráfico y fonético de la marca compuesta solicitada "LA NANA" con la marca "NAN" registrada en la clase (46).

Para concluir este punto es conveniente señalar que se debe presentar una oposición por cada solicitud de marca a la que deseamos oponernos, y no se puede solicitar la acumulación de expedientes relativos a distintas marcas a las cuales se le hayan hecho oposición, ya que las mismas sólo se podrán decidir por separado, por cuanto cada marca solicitada presenta una amplia individualidad y características particulares que han de ser analizadas aisladamente. Por lo que también es oportuno señalar que el Registrador emitirá una resolución por cada oposición presentada.

Una vez que el Estado venezolano constata el cumplimiento de todos los requisitos de legalidad que debe reunir la creación de una marca, declara el derecho a favor del primer creador a quien le otorga el correspondiente certificado con efecto *erga omnes*. ⁷¹

⁶⁸ Ver Nota Nº 3. Artículo 33. Ordinal 12.

⁶⁹ Ver Nota Nº 12. Página 420.

⁷⁰ Ver Nota Nº 21. Página 508.

⁷¹ Ver Nota Nº 3. Página 429

VI
*RECURSOS QUE OTORGA LA LEGISLACION
VENEZOLANA*

La Ley ⁷² establece claramente que de toda resolución del Registrador sobre registro, objeción u oposición se oirá apelación para ante el Ministro de Fomento, dentro de cinco (5) días hábiles contados a partir de la fecha de notificación al interesado.

El cómputo del lapso de apelación debe iniciarse a partir de la notificación al interesado. Por lo tanto ha de mediar en todo caso la notificación en el Boletín. Pero la Corte en *BUBBLE UP CORPORATION C/ MINISTERIO DE FOMENTO* ⁷³ manifestó que al no determinar la Ley la manera de realizarla, la misma ha de ser en forma personal, y sólo en el caso de que ello no fuere posible, es que se podría acudir a un medio supletorio, reconocido procesalmente como lo sería la publicación en el Boletín. ⁷⁴

Más aún si por error, confusión o ignorancia el recurso se interpone ante un funcionario u organismo distintos del autor del acto administrativo recurrido como ocurrió en *C.A. VENEZOLANA DE TABACO (CAVEY) C/ CARRERAS LIMITED*. ⁷⁵ En donde se interpuso el recurso por ante la Dirección de Gabinete del Ministerio de Fomento y no por ante la Oficina de Registro de la Propiedad Industrial. La Corte consideró que la interposición debería considerarse válida siempre que se haya efectuado dentro del lapso legal.

Pero a raíz de la promulgación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, se establecen tres tipos de recursos

⁷² Ver Nota N° 3. Artículo 43.

⁷³ Ver Nota N° 27.

⁷⁴ Ver Nota N° 27. Página 150.

⁷⁵ Ver Nota N° 10.

los cuales podrán ser intentados por el interesado cuando el acto que se impugna lesione sus derechos subjetivos, o intereses legítimos personales y directos.⁷⁶ Siendo éstos:

*El recurso de reconsideración:*⁷⁷ El cual debe ser interpuesto dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del acto que se impugna por ante el Registrador.

*El recurso jerárquico:*⁷⁸ El cual procederá si el Registrador decidiera no modificar el acto en la forma solicitada en el Recurso de Reconsideración. Deberá de igual forma interponerse dentro de los quince (15) días siguientes a la decisión dictada por el Registrador interponiéndose directamente por ante el Ministro.

El recurso de revisión: El cual procede contra los actos administrativos firmes, pudiéndose intentar ante el Ministro en los siguientes casos:

A. Cuando hubieren aparecido pruebas esenciales para la resolución del asunto, no disponibles para la época de la tramitación del expediente. El mismo procede, al tenerse noticia de la existencia de dichas pruebas. Este recurso podrá ejercerse por ejemplo, a la hora que se detecte que una renovación no ha sido efectuada de acuerdo a la Ley y previamente se hubiera negado el registro de una marca por la existencia de aquel registro previo. El solicitante cuya solicitud fue negada por parecido con la marca que para aquel entonces estaba registrada podrá ejercer el presente recurso.⁷⁹

⁷⁶ Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. *Gaceta Oficial*-Nº 2.818 Extraordinario del 1 de julio de 1981. Artículo 85.

⁷⁷ Ver Nota Nº 76. Artículo 94.

⁷⁸ Ver Nota Nº 76. Artículo 95.

⁷⁹ Ver Nota Nº 76. Artículo 96.

Boletín de la Propiedad Industrial. Nº 339. 29-07-88. Resolución 28-10-87. Página 245. [En el presente caso la marca "OZALID" no fue renovada a tiempo y el solicitante

B. Cuando en la resolución hubiere influido en forma decisiva, documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial definitivamente firme.

C. Cuando la resolución hubiere sido adoptada por violencia, soborno u otra manifestación fraudulenta y ello hubiere quedado establecido en sentencia judicial, definitivamente firme.

En estos dos últimos casos dicho recurso procede dentro de los tres (3) días siguientes, a la fecha de la sentencia señalada.

Finalmente, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, establece que la vía Contencioso-Administrativa quedará abierta cuando interpuestos los recursos que ponen fin a la vía administrativa éstos hayan sido decididos en sentido distinto al solicitado, o no se haya producido decisión en los plazos otorgados por la Ley.⁸⁰

Hay que tener presente a la hora de introducir una demanda, que para poder hacer admisible el Recurso de Casación Civil, si el juicio es apreciable en dinero, el interés principal de la acción debe exceder de doscientos cincuenta mil bolívares (Bs. 250.000,00). Es así como en LEVI STRAUSS & Co. C/ PROCESADORA TEXTIL TARMA, C.A.⁸¹ se declaró inadmisibile el recurso intentado por la parte actora, ya que la demanda fue estimada por el demandante en diez mil quinientos bolívares (Bs. 10.500,00) no cumpliendo con el requisito exigido por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

de la marca "OZONIC" cuya solicitud fue negada de oficio por el Registrador por el parecido existente con la marca "OZALID" registrada para esa época, al probar la no renovación obtuvo una respuesta afirmativa por parte del Ministro].

⁸⁰ Ver Nota N° 76. Artículo 93.

⁸¹ CSJ. Sala de Casación Civil. Fecha de la Sent.: 28-05-87.

VII

CUANDO SE ADQUIERE EL DERECHO A UNA MARCA
EN EL SISTEMA VENEZOLANO

El sistema venezolano está basado a nuestro entender en la prioridad del registro. Impugnable durante un plazo determinado en el cual el registro sólo tiene un efecto "Declarativo". Estamos pues frente a una presunción *Juris Tantum* de propiedad, en consecuencia desvirtuable.⁸² De allí que se trata de una presunción y no de la afirmación de un derecho, por lo que el usuario de la marca que lo haya sido con anterioridad al registro, puede impugnar la validez de este último. Este plazo es de dos (2) años contados a partir de la fecha de emisión del certificado, durante el cual se podrá válidamente intentar la impugnación de la nulidad del registro.⁸³ Finalizado el plazo, el registro tendrá un efecto "Constitutivo", quedando de esta forma consolidada la marca.⁸⁴ Es decir que el derecho del titular de la marca sólo se consolida después de transcurrido un bienio desde la fecha en que el registro se efectúa. De allí en adelante, hasta la fecha de vencimiento del registro, éste tendrá un carácter atributivo, por cuanto sería inatacable por cualquiera, aun cuando pudiera alegar a su favor, la existencia de un uso precedente. Esta presunción dentro del proceso administrativo o judicial puede ser desvirtuada por prueba en contrario. Pero hay que destacar que una vez dictada la decisión administrativa y definitivamente firme, la misma no puede ser discutida sino por vía jurisdiccional o Contencioso-Administrativa cuando sea procedente.⁸⁵ La acción por "Mejor Derecho" en este caso sólo puede intentarse

⁸² Mascareñas, C.E. Las marcas en el derecho comparado y en el derecho venezolano. Colección Justicia *Et Jus* N° 10. Universidad de Los Andes. Mérida, 1963, Página 47.

⁸³ Ver Nota N° 55

⁸⁴ Ver Nota N° 2. Página 15.

⁸⁵ Ver Nota N° 69.

ante los Tribunales Mercantiles y no ante la Corte.⁸⁶ Antes del registro no existe ningún derecho absoluto sobre la marca, cualquier persona puede usarla más aún el uso de la marca previo el registro no es exigido por nuestra legislación, pudiéndose solicitar marcas no usadas previamente. Así pues, quien solicite y obtiene el registro en tales condiciones de uso previo, no está obteniendo ningún reconocimiento de derecho previo, para lo cual el registro sólo tendrá efectos constitutivos.⁸⁷ Más aún nada impide el usar la marca sin registrarla, pero la protección que ella recibirá en nuestra legislación es casi nula, ya que si bien es cierto que el derecho de la marca surge por la creación y uso de la misma, el Estado venezolano declara su reconocimiento siempre y cuando se cumpla con el requisito previo al registro, como lo es la solicitud administrativa.

Es así como apreciamos una contradicción en la Ley, ya que ésta no requiere para la obtención de registro el previo uso de la marca, interpretación ésta que se desprende del análisis hecho de la Ley.⁸⁸ No obstante, se le atribuye un valor a la prioridad en el uso en cuanto con ella puede uno oponerse con éxito al registro de una marca idéntica o similar.⁸⁹ Y puede, además, solicitar la nulidad del privilegio ya concedido en perjuicio de su "Mejor Derecho". En tal caso, el registro en favor de quien gozaba de ese uso previo será evidentemente de efectos declarativos.⁹⁰

⁸⁶ Ver Nota N° 1. Página 314.

⁸⁷ Ver Nota N° 42.

⁸⁸ Ver Nota N° 3. Artículo 71, Numeral 1, letra e.

⁸⁹ Ver Nota N° 15

⁹⁰ Ver Nota N° 2. Página 15.

VIII NATURALEZA JURIDICA DE LA OPOSICION

Al presentarse una oposición basada en el “Mejor Derecho” del oponente por uso previo, el expediente es pasado por la administración al tribunal competente, el cual es el de Primera Instancia en lo Civil. No obstante, cuando conjuntamente se presente otra oposición por considerar incurso a la marca solicitada en alguna causal prohibitiva de la Ley sólo se podrá proceder a remitir el expediente al tribunal, cuando haya quedado definitivamente firme la decisión administrativa.⁹¹ La Ley no determina si el juicio que se va a seguir es un juicio especial o si, al contrario, se deberá seguir ante el tribunal los trámites previstos para los juicios ordinarios. Queda planteada así la interrogante sobre la naturaleza jurídica de la oposición.

En el juicio de oposición por “Mejor Derecho” por prioridad de uso, *COMPANIA ANONIMA VENEZOLANA DE INDUSTRIAS MILITARES (CAVIM) C/ CARLOS JOSE GALINDO*.⁹² La Corte señaló que el uso ininterrumpido que se haga de una marca, le confiere a su titular el uso exclusivo de la misma.⁹³ Más aún se señala como principio, la garantía que de manera expresa otorga la Ley, al derecho que tiene la persona sobre la marca que ha venido usando, aun cuando nunca haya solicitado y obtenido su registro.⁹⁴ Demostrando así que un tercero que no haya completado los requisitos establecidos en la Ley puede oponerse a la tramitación o petición de una marca invocando para ello el uso previo.⁹⁵ No es válido por lo tanto argumentar

⁹¹ Ver Nota N° 19. Resolución N° 1.240. 01-07-87. Página 206. Caso MC DONALD'S.

⁹² Ver Nota N° 2.

⁹³ Ver Nota N° 2. Página 7.

⁹⁴ Ver Nota N° 2. Página 10.

⁹⁵ Ver Nota N° 2. Página 12.

de iniciar el juicio ordinario mediante una demanda formal, ya que las partes están a derecho.¹⁰³

Al serle remitido el expediente al Juez por el Registro, es sólo a los efectos de dictaminar en la litis ya trabada, sobre el fondo, es decir, sobre el “Mejor Derecho” a la concesión de la marca.¹⁰⁴ Soy de la opinión que el opositor judicial sólo debe anunciar administrativamente su oposición judicial y formalizarla dentro de cierto plazo determinado en la Ley bajo la pena de caducidad de la acción en caso de no cumplirse. La parte opositora tiene la carga de la prueba, por lo tanto, tiene que promover y evacuar la prueba tendiente a demostrar los hechos en los cuales fundamenta su pretendido derecho. De no ser así, el tribunal deberá declarar sin lugar la oposición formulada.¹⁰⁵ Podemos apreciar el contraste entre *COMPAÑIA ANONIMA VENEZOLANA DE INDUSTRIAS MILITARES (CAVIM) C/ CARLOS JOSE GALINDO*¹⁰⁶ y este caso. En aquél el recurrente logró demostrar la prioridad de uso y logró parar la solicitud presentada. En éste, la decisión de la Corte fue negativa ya que el oponente no demostró su “Mejor Derecho” sino más bien centró la base de su discusión en la falta de citación, argumento que ha sido desechado por la Corte.

El principio del juicio ordinario como indivisible, es una de las garantías fundamentales de que disponemos. Por ello creemos que el escrito que contiene la oposición al registro de una marca por analogía debe considerarse como una demanda y en consecuencia citar al solicitante del registro objetado ahora demandado y hacerle entrega de la correspondiente copia certificada o compulsada y será sobre el contenido de esa copia que habrá éste de formular sus defensas.

¹⁰³ Ver Nota N° 2. Página 5.

¹⁰⁴ Ver Nota N° 9.

¹⁰⁵ Ver Nota N° 55. Página 1.111.

¹⁰⁶ Ver Nota N° 2.

Recibido el expediente por el tribunal debe iniciarse el juicio ordinario con arreglo a la Ley, creemos que no se puede hacer ninguna excepción como la que actualmente es práctica común de los tribunales ya que es principio legal el que el procedimiento normal que se debe seguir en las actuaciones judiciales es el del juicio ordinario y para someterse a otro debe estar expresamente establecido en la Ley. No obstante este procedimiento no lo vemos reflejado en la actual Ley de Propiedad Industrial.

Creemos que se tiene que fijar término para la contestación de la oposición en los tribunales, ya que la solicitud hecha sólo se limita a la simple enunciación de la petición y nunca contiene previas defensas contra posibles oposiciones futuras.

No obstante tendremos que esperar una futura reforma de la Ley que contemple supuestos de hechos más claros.

DERECHO PENAL

APROXIMACION JURIDICA,
CRIMINOLOGICA, VICTIMOLOGICA
Y TEOLOGICA A LOS JOVENES INFRACTORES*
(EL DERECHO PENAL FRENTE A LA DELINCUENCIA
JUVENIL)

Antonio Beristain
Catedrático de Derecho Penal
San Sebastián

Todos debemos estar especialmente inquietos frente al complejo y difícil problema de la delincuencia juvenil, tan unido, a veces inseparablemente, al dramático fenómeno de la droga, y frente al paro en el que no sólo inciden aspectos económicos muy graves, sino también psicológicos que sufren quienes queriendo no tienen posibilidad de trabajar y de realizarse como personas. (N).

* Estas páginas dedicadas en homenaje al Prof. Dr. D. Celestino Porte Petit sirvieron de base para mi exposición ante la Comisión de Relaciones con el Defensor del Pueblo y de los Derechos Humanos, del Senado, el día 14 de abril de 1988. Agradezco a los Señores Senadores las atenciones que tuvieron conmigo.

(N) Enrique, RUIZ VADILLO: "El futuro inmediato del Derecho Penal. Los principios básicos sobre los que debe asentarse. Las penas privativas de libertad. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo", en *Eguzkilore*. Número extraordinario, enero 1988, p. 178.

1. *Nuevo planteamiento*

La estructura universitaria actual, en lo que afecta al mundo jurídico por lo menos, se mantiene todavía poco más o menos como hace medio siglo, como hace cuarenta años cuando cursé mis estudios en las Universidades de Oviedo y Valladolid y escuché las magistrales lecciones de los catedráticos Valentín Silva Melero y Juan del Rosal. Frente a este lamentable conservadurismo y rigidez de la institución universitaria (no de los profesores universitarios) parece oportuno, más que actualizar las *respuestas* a los problemas de la llamada “delincuencia juvenil”, actualizar y, por lo tanto, cambiar el *planteamiento* de esos problemas.

Por eso, si hemos de rubricar con un título esta nota no diremos *El sistema de justicia penal contra la delincuencia juvenil* (pues de esto se discutía ya hace medio siglo) sino que preferimos hablar de *Aproximación jurídica criminológica, victimológica y teológica a los menores infractores*. Así con esta óptica interdisciplinar pretendo evitar el caer en la “barbarie” (Ortega y Gasset) de la especialización unilateral del penalista y del juez tradicionales, y deseo acercarme a la perspectiva holística, globalizante, del docente–discente que observa las cuestiones de la convivencia cambiante con los conflictos intergeneracionales (y con las infracciones criminales) para procurar contestarlas con creaciones (más que con reacciones) compensatorias, integradoras y armónicas, o, si se prefiere, éticas y estéticas, como indican entre otros, algunos juristas, criminólogos, artistas y filósofos de mi país vasco.

2. *Aproximación jurídica*

Kant pide por misericordia que esa gruesa rama del árbol de la vida que se llama libertad, responsabilidad, derecho, descansa junto a las ramas del árbol de la ciencia para dar perspectivas a la mirada del hombre. (N)

Comienzo por la aproximación *jurídica* pues la considero fundamental, básica e ineludible, a pesar de la actual tendencia a aupar la anomia por encima del derecho y, en concreto, por encima del derecho positivo. Este derecho resulta indispensable en toda sociedad, como cincelaron los romanos: *Ubi societas, ibi ius*.

Dadas las circunstancias socio-políticas que hemos sufrido en los últimos decenios, todavía padecemos una laguna legal en el campo de la tradicionalmente llamada delincuencia juvenil. En la actualidad la legislación teóricamente vigente resulta tan anacrónica que en gran parte no puede aplicarse pues muchas de sus normas son anticonstitucionales.

A la luz de las directrices supranacionales y de la Constitución Española, la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 3/1984, de 25 de junio, reconoce detalladamente la necesidad de innovar la legislación y la política criminal de los Tribunales correspondientes. El cumplimiento de las nuevas funciones que conlleva la observancia de la citada Circular "supone un incremento del trabajo de las Fiscalías y la necesidad de que en aquéllas en cuyo territorio se instruyan un elevado número de expedientes por el Tribunal Tutelar de menores en el ejercicio de la facultad protectora, ámbito donde especialmente se potencia la actividad del Ministerio Fiscal, el Fiscal Jefe designe un Fiscal que, con la dedicación y compatibilidad que en cada provincia se estime necesaria, se persone ante cada tribunal Tutelar de Menores o Juez Unipersonal y despache los asuntos relacionados con dichos organismos".

(N) PIO BAROJA: *El árbol de la ciencia*, Ed. Alianza, Madrid 1986, p. 133.

Los medios de comunicación nos informan algo —muy poco— de los trabajos que, para colmar lo antes posible esta laguna, se están llevando a cabo por las instituciones correspondientes, especialmente la Dirección General de la Protección Jurídica del Menor (Madrid) y algunas instituciones como el Centro de Estudios de Formación, dependiente de la Generalitat de Cataluña.

Recuerdo con agrado que la Directora General, Dolores Renau i Manen, en su magistral conferencia pronunciada en San Sebastián el día 5 del pasado mes de noviembre, sobre el tema *Hacia una nueva justicia para los menores*, indicó las coordenadas de la futura legislación.

También parecen dignas de estudio las líneas básicas de la ley aprobada en la Comunidad Autónoma de Cataluña, el día 13 de junio 1985, y la ley de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de 20 de mayo de 1982.

Para nuestra aproximación jurídica pueden darnos alguna luz *Las Reglas Mínimas para la administración de la justicia de los menores*, de las Naciones Unidas, de 1985, y de ellas especialmente las que se refieren a tres puntos claves: 1.º) las orientaciones fundamentales, 2.º) los delitos en razón de la condición del menor, y 3.º) las medidas resolutorias.

Ya en este momento conviene formular un principio básico, aunque para muchos discutible. En mi opinión, la próxima legislación que se está preparando no debe hablar de *delincuencia* juvenil ni de *delincuentes* juveniles cuando se trate de menores de 15 ó 16 años. Menos aún de *delincuencia infantil* respecto a los menores de 13 años. (En este punto discrepo de la ley y del Reglamento de Cataluña). Parece preferible hablar de infracciones e infractores.

Evitar a todos los que no alcanzan esa edad la estigmatización con esta etiqueta de delincuente resulta tan positivo como el abolir la pena de muerte, incluso en el Código Penal Militar (BOE 11 de diciembre 1986), artículo 25.

que se ha llegado en algunos de los Estados Unidos. Por ejemplo, en el caso Gault.³ La formación y la actuación de los jueces influye mucho al momento de escoger una u otra solución en este problema. Me parece más acertado elaborar una noción específica de infracción juvenil, y evitar la total equiparación con la justicia penal de los adultos, incluso en este punto. Los niños (y en su tanto los jóvenes) no son adultos pequeños, sus infracciones no son delitos atenuados.

Tampoco resulta aconsejable la total administrativización con la pérdida de las garantías procesales. Otro elemento a tener en cuenta será la mayor o menor competencia asistencial y tutelar de los Magistrados de Familia. A las investigaciones criminológicas compete abrir nuevos derroteros en este campo tomando en consideración la peculiar antropología de la evolución infanto-juvenil.

Como consideración última, pero fundamental, recordemos la diversificación estructural que el Consejo de Europa en su Recomendación N° R (87) 20, del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre las reacciones sociales a la delincuencia juvenil, del 17 de septiembre de 1987, especialmente en los números 17 y 18, acoge como presupuesto básico: la legislación y la praxis relativa a los jóvenes difiere y debe diferir de la legislación y la praxis relativa a los jóvenes adultos. En el número 17, ante los supuestos de que la sanción privativa de libertad según

³ A los jóvenes se les impone en algunos países, como Alemania, penas privativas de libertad de más duración que a los adultos:

FELTES, Thomas, "Jugendarrest - Renaissance oder Abschied von einer umstrittenen jugendstrafrechtlichen Sanktion?", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1988, pp. 159 ss., especialmente 181. / BERISTAIN, A. "La delincuencia e inadaptación juvenil ante algunos criminólogos críticos y algunos moralistas post-conciliares", en *IDEM, Cuestiones penales y criminológicas*, Reus, Madrid, 1979, p. 506. / FELT, Barry C., "The Juvenile court meets the principle of the offense: legislative changes in juvenile waiver statutes", en *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 78, N° 3, 1987, pp. 471 y ss. / RODRIGUEZ MANZANERA, Luis, *Criminalidad de Menores*, Ed. Porrúa, México, 1987, pp. 397 y ss.

la legislación del Estado no puede evitarse, según el Consejo de Europa, habrá que revisar la normativa concreta referente a los delincuentes jóvenes-adultos de manera que las jurisdicciones competentes tengan también la posibilidad de decretar decisiones de carácter educativo y que favorezcan la inserción social teniendo en cuenta la personalidad de los interesados. En el número siguiente, el Consejo de Europa tratando de la necesidad de las investigaciones en el campo de delincuencia juvenil, subraya la conveniencia de estudiar las características comparadas de la delincuencia de los menores y, por otra parte, de la delincuencia de los jóvenes adultos, así como de las distintas medidas de reeducación y reinserción social propias de cada uno de estos dos grupos de edades.

La normativa relacionada con los menores debe distinguir tres estratos en cuanto a la edad: los niños (hasta los 10 ó 12 años), los jóvenes-adultos (hasta los 21 años, poco más o menos).

Cualquier problema o texto importante encontrará una respuesta diversa según su contexto en uno u otro de estos tres "escalones".

3. *Aproximación criminológica*

En todo programa resocializador se trata de integrar al individuo en el mundo de sus conciudadanos, y, ante todo, en las colectividades sociales básicas, como la familia, la escuela, profesión, trabajo, proporcionándole una auténtica ayuda que le haga salir del aislamiento y asumir su propia responsabilidad. (N)

La aproximación criminológica a los jóvenes infractores ha de tener en cuenta lo que indican algunos expertos en España (cfr. Adela ASUA, "Problemas jurídicos en el tratamiento de la inadaptación infanto-juvenil", en *Estudios de Deusto*, 1986, pp.9-

(N) GARCIA-PABLOS, A., *Problemas actuales de la Criminología*, Publ. Instituto Criminología Universidad Complutense, Madrid, 1984, p. 218.

No basta que al dar la noticia omitan el nombre del joven “presunto infractor” pues hay estigmas que permanecen indelebles durante toda la vida, como subraya la deontología de los *mass media*.

Los especialistas reunidos en Milán subrayan —como hemos indicado antes— la necesidad de *coordinar las medidas de bienestar social y de justicia penal*.

Varios expertos, españoles y extranjeros, insisten en la urgencia de superar la tradicional unidimensionalidad dogmática penal y punitiva frente a los jóvenes infractores. La Administración de la justicia debe fomentar las relaciones e interferencias entre la juventud, el delito y la justicia, e intensificar abiertamente la colaboración con los servicios de bienestar social. Este principio coordinador tiene especial aplicabilidad en el campo de las toxicomanías y de los abusos sexuales.⁵

En el pasado mes de noviembre el Instituto Vasco de Criminología, con el Departamento de Bienestar Social de la Diputación de Guipúzcoa, celebró un Seminario sobre menores hacia esta meta ensamblaje entre justicia y bienestar.

Hay que prestar más atención *al papel que la familia* desempeña para lograr el desarrollo adecuado de los jóvenes y su integración en la sociedad.

Los malos tratos y la violencia en la familia son un problema crítico con incalculables perjuicios físicos y psicológicos para sus miembros jóvenes (y además ponen en peligro la salud y la

⁵ HAUGAARD, Jeffrey J. y N. DICKON REPPUCCI, *The Sexual Abuse of Children. A Comprehensive Guide to Current Knowledge and Intervention Strategies*, Jossey-Bass Publishers, Londres, 1988, especialmente la Parte tercera, “Helping victims and families”. / WYATT, Gail Elizabeth y M. RAY MICKEY, “Ameliorating Effects of Child Sexual Abuse: An Exploratory Study of Support by Parents and Others”, en *Journal of Interpersonal Violence*. Concerned with the Study and Treatment of Victims and Perpetrators of Physical and Sexual Violence, Vol. 2, N° 4, Chicago, diciembre 1987.

pervivencia de la unidad familiar). El Congreso de Milán pide al Secretario General de las Naciones Unidas que intensifique las investigaciones sobre la violencia en el hogar desde una perspectiva criminológica y que formule estrategias precisas “orientadas a la formulación de políticas de acción concreta . . .”.

Hemos de recordar con satisfacción que el Instituto Vasco de Criminología ha dedicado un Curso, el pasado mes de marzo de 1988, sobre este tema, dirigido por el Prof. Joaquín de Paul y sus colaboradores, al que asistieron más de doscientos cincuenta participantes.

Junto con la familia, los barrios, las instituciones profesionales, las deportivas, etc., pueden y deben configurar respuestas societales que provoquen y faciliten las reformas radicales en las respuestas sociales. Este último término es más amplio que el anterior (de respuestas societales) pues engloban no sólo la sociedad civil sino también al Estado.⁶

Mención particular merece *el eje bipolar “trabajo-ocio”* alrededor del cual giran la mayor parte de los jóvenes infractores, y alrededor del cual debe girar la política criminal repersonalizada. “Nuestra sociedad —como ha escrito Aranguren— continúa con una cosmovisión del trabajo propia de siglos pasados: el trabajo como castigo, el trabajo como medio de ganarse la vida y la seguridad social . . .” Y, además, el ocio como la fuente de todos los vicios.

Por desgracia, como ya lo detectó Karl Marx, el trabajo aliena a muchos millones de ciudadanos que abocan a la marginación y a la delincuencia y que carecen de la pedagogía y de las circunstancias sociales debidas para convertir el ocio en el manantial de una convivencia y una calidad de vida mucho más humana (Cfr. Racionero, *Del trabajo al ocio*).

° DELMAS-MARTY, Mireille, *Le flou du droit*, Presses Universitaires de France, Paris, 1986, pp. 132 ss. / LAZERGES, Christine, *La politique criminelle*, PUF, Paris, 1987, pp. 30 ss., 50 ss.

El Ministro de Justicia G. Radbruch pensaba en el ocio cuando escribió: "La personalidad, la nación, la cultura, lo más noble importante que conocemos, ni se hace ni se conquista sino que brota, es un regalo y una gracia".⁷

Especial importancia alcanza el problema cuando se refiere al trabajo en las instituciones penitenciarias, como desarrolla José Luis de la Cuesta en su libro *El trabajo penitenciario resocializador. Teoría y regulación positiva*.

Antes de terminar este apartado referente a la aproximación criminológica, he de indicar algo sobre el tratamiento y algunas cifras de un Tribunal Tutelar de Menores. Al menos, recordar una de las conclusiones con que finaliza Manuel Segura su tesis doctoral que estudia comparativamente los *Tratamientos eficaces de los delincuentes juveniles* (p. 517): Para lograr el éxito deseado en el tratamiento a los infractores juveniles, además de la educación compensatoria, juega un papel importante la variedad y riqueza de actividades y servicios que se puedan ofrecer: deporte, acampadas, acogida para fugados de sus casas, con educadores de calle en colaboración de la Policía Municipal, ayuda económica a la familia del menor delincuente (infractor), ayuda *voluntaria* al trabajo doméstico en caso del menor delincuente cuando la o el responsable estén enfermos, atención por capellanes *voluntarios* que ayuden a reencontrar el sentido *total* de la vida, etcétera.⁸

Según los datos oficiales del Tribunal Tutelar de Menores de Bilbao, durante el año 1987 se han resuelto 327 expedientes pertenecientes a la Facultad Reformadora, y 174 a la Facultad

⁷ RADBRUCH, Gustav, "Sozialismus und Kultur", en *Volk von morgen Der Hamburger Reichsjugendtag der deutschen Arbeiterjugend von ihr selbst geschildert*, Berlin, 1925, p. 91. (Das Höchste, was wir kennen, Persönlichkeit, Nation, Kultur, wird nicht gemacht, nicht erkämpft, es wächst, es ist Geschenk und Gnade).

⁸ Subrayo las palabras voluntaria y voluntarios por los motivos que explico en mi estudio sobre "Voluntarios y/o benévolos en favor de los presos y en contra de nuestras cárceles" en *Revista de Estudios Penitenciarios* 1988. (en prensa)

Protectora. A finales de diciembre de este año 1987 había 92 niños menores de 16 años (y mayores de 6 años) bajo Tutela Reformadora; de ellos, 56 internados en Centros de Observación y Reforma, 35 en libertad vigilada y uno colocado en familia.

Los hechos que motivaron los expedientes fueron principalmente infracciones contra la propiedad: 104 robos y 98 hurtos, así como 50 daños, 28 lesiones, 12 hechos de indisciplina, 10 amenazas, 6 imprudencias y orden público, etcétera.

De los 337 niños cuyos expedientes se han tramitado en la Facultad Reformadora, el número de expedientes va aumentando conforme a la edad, de tal manera que el bloque más voluminoso, 130, está comprendido entre los 15 y los 16 años, le siguen 67 expedientes entre 14 y 15 años, 45 entre 13 y 14 años, 31 entre 12 y 13 años, 24 entre 11 y 12 años, 22 entre 10 y 11 años, y 18 entre 8 y 9 años.

Más detalles pueden verse al final en el ANEXO que transcribe el movimiento de expedientes del Tribunal Tutelar de Menores de Bilbao durante el año 1987.

4. *Aproximación victimológica*

La alienación del hombre sólo se podrá superar a través de la alienación misma.

KARL MARX

Desde el año 1973, que se celebró en Jerusalem el Primer Simposio Internacional de Victimología, donde nació una nueva ciencia (la Victimología), resulta indispensable tomar en consideración las aportaciones de esta ciencia al estudiar las infracciones juveniles y las soluciones adecuadas. Más aún desde que en el III Simposio Internacional de Victimología (Münster/Westphalia, 2-8 septiembre 1979) se fundó la Sociedad Internacional de Victimología, a la cual tengo el honor de pertenecer.

Dentro de esta sociedad internacional se están logrando nuevos puntos de vista que cambian radicalmente la concepción-

explicación de las claves de nuestro problema: el infractor, la delincuencia, la sanción y la víctima.

El *infractor* sigue mereciendo el reproche jurídico, pero sin embargo merece también (con frecuencia) la consideración de víctima. Víctima quizás de circunstancias ambientales en el suburbio de una gran urbe sin los medios más elementales para una vida digna. Esto no implica la negación de la libertad jurídica del autor del delito, pero sí una diferente cosmovisión de su personalidad y de la imputación subjetiva del acto criminal. La autoría culpable puede coexistir con la autovictimación resultado del hecho social llamado criminalidad.

Más que de delito se habla hoy de *delincuencia* que es algo muy distinto, como el océano es distinto de la suma de las gotas de agua. La delincuencia como problema social, según desarrollan ampliamente Manuel López, Antonio García-Pablos y otros,⁹ difiere del problema individual de la libertad, de la imputación moral, y las demás cuestiones que tanto y tan exclusivamente preocupaban a nuestros juristas (y teólogos) clásicos, como puede verse en el discurso de Fernando Vida al ingresar en la Real Academia de Ciencias morales y políticas, el año 1890.

La *sanción* —tanto la pena como la medida penal— debe tender y atender no menos a la víctima que al delincuente y que a la sociedad (y más que al Estado). Hoy debemos procurar que la respuesta a las infracciones miren más a la restitución, compensación e indemnización concreta que desea y merece la víctima. Mucho más que al tradicional restablecimiento del orden jurídico violado y/o al castigo del delincuente. Esa atención a las víctimas no implicará merma de las garantías procedimentales al infractor, a través del proceso debido.

⁹ GARCIA PABLOS, Antonio, *Problemas actuales de la Criminología*, Instituto Criminología Univ. Complutense, Madrid, 1984, pp. 110 ss. La dimensión social no excluye el hecho de la pareja criminal / RODRIGUEZ MANZANERA, Luis, "Iter criminis e iter victimae (La relación entre la víctima y victimario)" en *Crimilania*, Ns. 1-2 (enero-diciembre 1985), pp. 32 ss.

La Regla 14 de las Reglas Mínimas para la *administración de la justicia* de los menores, al tratar de la autoridad competente para decretar sentencia y en ella la sanción correspondiente deja abierta la puerta tanto al sistema asistencial, propio de los países escandinavos, como al judicial característico de los países centro-europeos, aunque la formulación general de las Reglas se acerca más al segundo.

El Comentario oficial de esta Regla reconoce que “no es fácil elaborar una definición de órgano o persona competente para dictar sentencia que goce de aceptación universal”. Con la expresión “*autoridad competente*” se trata de designar a aquellas personas que presiden cortes o tribunales (unipersonales o colegiados), incluidos los jueces letrados y no letrados, así como las juntas administrativas (por ejemplo, en los sistemas escocés y escandinavo), u otros organismos comunitarios y más oficiosos de arbitraje, cuya naturaleza les faculta para dictar sentencia.

Sea cual fuere el procedimiento aplicable a los menores infractores, siempre deberá ceñirse a los preceptos procesales básicos que se aplican en el mundo civilizado a todos los delinquentes adultos. También los jóvenes disfrutarán de las garantías fundamentales y dispondrán de la defensa correspondiente, con arreglo al procedimiento penal conocido como “debido proceso legal”. Por lo tanto, en todo “juicio imparcial y equitativo” de los jóvenes infractores deben darse garantías tales como la presunción de inocencia, la presentación y examen de testigos, la igualdad en materia de medios de defensa judicial, el derecho a no responder, el derecho a decir la última palabra en la vista, el derecho de apelación, etcétera.

La trilogía delito–delincuente–sanción debe hacer sitio amplio y central a un cuarto protagonista: la víctima con su indemnización y su asistencia social, lo más completa posible.

A partir de las modernas observaciones victimológicas, el sujeto pasivo del delito, mejor dicho la *víctima* brinda ricas consideraciones innovadoras en la dogmática penal y en la política

criminal. En cierta clase de delitos el sujeto pasivo aparece también sujeto activo, o cómplice, al menos.

La víctima debe jugar un papel mucho más activo a lo largo de todo el proceso. Algunos modernos victimólogos corren el peligro de tergiversar y malentender el nuevo papel de la víctima en la dogmática penal y en el proceso penal, incluso con equivocadas referencias al pasaje bíblico de Caín y Abel,¹⁰ así como a la doctrina de la Iglesia Católica respecto a la misión subsidiaria del Estado en el campo social, tal y como se presenta en la encíclica *Quadragesimo Anno*, de Pío XI, (*Ibidem*, p. 117). Pero una inteligente aplicación de las investigaciones en el campo de la victimología puede y debe enriquecer la dogmática y la praxis de la justicia penal, especialmente en los problemas juveniles, como subrayan la mayoría de los investigadores en España y fuera de nuestras fronteras (Enrique Ruiz Vadillo, A. García-Pablos, Elías Neuman, Luis Rodríguez Manzanera, Thomas Hillenkamp, etcétera).

Repetidas veces el Consejo de Europa pide a los Gobiernos, a los legisladores, a los políticos, a los jueces y a los policías que introduzcan en el *entramado* y en las *mallas* de la justicia¹¹ frente a las infracciones criminales, más y distintas respuestas asistenciales a la víctima. Concretamente, la Recomendación N° R (87) 21 del Comité de los Ministros a los Estados Miembros *sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimación*, adoptada por el Comité de Ministros el 17 de septiembre de 1987, pide “crear, desarrollar y sostener servicios de asistencia para las víctimas en general y para categorías específicas de víctimas tales como *los niños*”. También pide en la misma Recomendación fomentar la

¹⁰ HILLENKAMP, Thomas, “The Influence of Victim Behaviour on the Dogmatic Judgement of the Offence: Some Remarks on the Relationship between Victimology and the Dogmatics of Penal Law”, en *Victimology in Comparative Perspective*. Edited by Koichi Miyazawa, Minoru Ohya, Seibundo Publishing, Tokyo, 1986, pp. 111 ss.

¹¹ Según el Consejo de Europa la formulación de *network*, *réseau* (entramado o mallas) de la justicia es preferible a la de *sistema* de justicia.

ayuda de los *benévolo*s con la asistencia profesional, cuando sea necesaria, para la formación y los servicios específicos.

En sentido parecido se habían expresado anteriormente la Recomendación N° R (85) 4, sobre la violencia en el seno de la familia, y la Recomendación N° R (85) 11, sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho penal y del procedimiento penal, así como los trabajos de las dieciséis Conferencias de investigaciones criminológicas acerca de la victimación (Strasburgo, 26-29 septiem. 1984) y la Convención Europea relativa a la satisfacción de las víctimas de infracciones violentas.

La Recomendación R (87) 20, sobre las reacciones sociales a la delincuencia juvenil, recomienda a los Gobiernos que presten más atención a los intereses del *menor* víctima, y que refuercen su defensa legal. Es necesario que los menores víctimas (también en su tanto los infractores) puedan disponer de múltiples medidas asistenciales desde el comienzo del proceso ya en el estadio policial. Después conviene proteger sus derechos, incluso su derecho a pronunciarse ellos mismos respecto a los acuerdos que debe tomar el Tribunal para solucionar los problemas y reparar los daños que provocan las infracciones.

Las Reglas Mínimas para la *administración de la justicia de los menores* tienen también en cuenta la dimensión victimológica y asistencial. Muchas Reglas y sus Comentarios insisten repetidamente en la *asistencia* debida al menor, tanto víctima como infractor. También hablan con frecuencia, por lo menos en siete ocasiones, del *bienestar* del menor:

- Regla 1.1, promover el bienestar del menor y de su familia.
- 1.3, *idem*.
- Regla 3.2, atención al menor y a su bienestar (Lo mismo en el Comentario).
- Regla 5.1, la justicia de menores “hará hincapié en el bienestar de éstos”, y tres veces en el Comentario.

- Regla 10.3, promover su bienestar, etcétera.
- Regla 17.1 d) bienestar del menor, semejante en la Regla 26.5.

Tomando en consideración estas normas supranacionales, la investigación llevada a cabo en el Instituto Vasco de Crimonología (dirigida por el Prof. Pedro Larrañaga) sobre las Sentencias dictadas el año 1986, en la Audiencia Provincial de San Sebastián, se ha preocupado principalmente de los aspectos victimológicos. Ha constando que de los 393 casos en los que se hace referencia al sujeto pasivo (hombre o mujer), por desgracia tan sólo en treinta y cinco de ellos se indica en la Sentencia la edad de la víctima. Después de recoger todos los datos que constan en el libro de Sentencias, sólo se puede afirmar que existen 4 víctimas con edades menores que 7 años, 6 víctimas con edades comprendidas entre 7 y 11 años, 1 víctima con edad entre 16 y 17 años, 2 víctimas con edades entre 18 y 22 años, 4 víctimas con edades entre 25 y 39 años, 14 víctimas con edades entre 40 y 64 años, y las 4 restantes con edades superiores a los 64 años. Sería deseable que en el futuro las Sentencias detallaran la edad de las víctimas por varios motivos. También para poder realizar investigaciones victimológicas al respecto con más detalles que en la actualidad.

5. *Aproximación teológica*

Que se nos comprenda, esto es, no tanto que se nos juzgue como que se nos diga quiénes somos, quién soy; y que se nos "comprenda", cifra o abarque en una totalidad unitaria de inmarcesible sentido, la Deidad ante la cual hayamos existido, cuando menos como sueño; y que si *la vida es sueño*, sea, haya sido, esté siendo, vaya a ser dueño de Dios (N).

Por último, si deseamos conocer y comprender de verdad, en profundidad no sólo superficialmente, al joven infractor con

(N) ARANGUREN, José Luis, *Moral de la vida cotidiana, personal y religiosa*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 69.

su entorno social y su futuro, hemos de acudir también a la ciencia teológica, pues las “normas–infracciones–sanciones”, de aquí y de allí, de hoy y de ayer tienen sustanciales metafísicas, relaciones con las teologías y con las religiones de cada país y de cada época. Para llegar a las soluciones “últimas” no bastan todas las ciencias sociales, aunque algunos opinen distintamente. Aquí me limito a unas someras reflexiones históricas que nos conducen a desear una desconfesionalización de la justicia penal–juvenil con una simultánea y paradójica resacralización de la misma (pero que ya se ha transformado en otra justicia distinta, más solidaria, más generosa, más tolerante, más antropocéntrica).

La desconfesionalización está motivada por un doble exceso a lo largo de los siglos: excesiva juridización de la Moral y excesiva moralización del Derecho (y especialmente del Derecho penal juvenil). En ambos excesos ha incurrido nuestra cultura europea cristiana y más aún la cultura islámica. Esta no ha sabido dar al César lo que es del César, y por ello ha frenado brutalmente el desarrollo cívico cultural e incluso técnico, como prueba Daniel Pipes en su libro *In the Path of God*, recientemente traducido al castellano con el título *El Islam* (Espasa-Calpe, 1987). El mundo islámico por su teocentrismo, ha sido incapaz de asumir la modernidad que la civilización cristiana viene promoviendo —aunque imperfectamente— desde el Renacimiento.

Baratta y otros criminólogos han detectado, tiempo ha, este frustrante maridaje del derecho penal con las teologías morales, con los nacional–catolicismos.

Todavía hoy conviene llamar la atención sobre el peligro de la Escuela Teológica en Derecho penal, aunque casi nadie pretenda conservar los rasgos tan extremos de tiempos pasados, y casi nadie sostenga como Mimiani, que la justicia humana es parte de la justicia Divina, que con ella tiende a un mismo fin y con igual legitimidad y santidad de medios.¹²

¹² MAMIANI. *Lettere intorno alla Filosofia del diritto e singolarmente intorno alle origini*

D. Fernando Vida, en su documentado discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas sobre “La Ciencia penal y la Escuela Positivista Italiana”, se hace eco de la doctrina dominante en los muchos partidarios del Derecho penal excesivamente moralizado. Aunque él diferencia el delito del pecado, sin embargo afirma la necesidad de que la pena cumpla una misión expiación sobre la base de la imputabilidad moral del delincuente.¹³

La desconfesionalización debe consistir, no sólo en independizarse el derecho de la moral y ésta de aquél, sino sobre todo en que tanto una como otro se desarrollen autónomamente, aunque sin olvidar las relaciones en plano de igualdad que deben fecundarlos mutuamente.

Concretamente conviene que desaparezcan totalmente los privilegios de las personas religiosas que, sin la debida formación y titulación, desempeñaban funciones profesionales en las instituciones de menores. Este deseo de desaparición de tales privilegios, que no llegaban a intrusismo, ni mucho menos, caería en un error histórico si olvidase que esas personas y esas instituciones religiosas han llevado a cabo una función bastante satisfactoria y muy generosa (aunque no carente de errores y deficiencias). Que han sido víctimas de un poder político que ha usado y abusado de ellas para fines espúreos, en parte.

Frente a la urgente desconfesionalización y laicidad de la post-modernidad (Aranguren), la *resacralización* viene exigida

del diritto di punire, Roma, 1840: la justicia humana es parte de la justicia divina, que con ella tiende a un mismo fin y con igual legitimidad y santidad de medios, por cuanto toda forma legítima de derecho es parte del orden moral supremo y del derecho ideal eterno, y puesto que la condición suprema del orden moral eterno es la equitativa retribución de los bienes y de los males, la sociedad humana debe realizar el precepto ético de que el bien sea recompensado con el bien y el mal con el mal, sin limitación alguna en la conveniencia o utilidad del Estado.

¹³ VIDA, Fernando, *Discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Madrid, 1890, pp. 17, 34 s. y 112.

por la moderna antropología socio-cultural que redescubre la fuerza extraordinaria de los valores religiosos para percibir la realidad compleja de la persona infractora, en su totalidad para percibir su dignidad y para motivar (y facilitar) su repersonalización. También para bucear y llegar hasta los entresijos internos y ocultos de la víctima y, sobre todo, para compensar sus pérdidas, incluso más allá de la muerte.

Sin duda, los conocimientos científicos acerca de los místicos de todas las religiones pueden servir para descubrir y describir muchos de los caminos que se deben abrir y reabrir en este laberinto kafkiano.¹⁴ Para constatar, a la luz de la cosmovisión judeo-cristiana (opuesta y superadora de la helénica, en este aspecto), el dinamismo filogenético que nos autoriza y obliga a abandonar la estructuración socio-política basada en el miedo, para admitir y construir la fundada en la caridad fraternal. *El homo homini lupus* (el hombre lobo para el hombre) cede su sitio, su topos, su ethos, al *homo homini Deus*: el hombre es Dios para el hombre.¹⁵

Recordemos la convicción de aquella excelente mujer, pionera de la repersonalización, Mary Belle Harris, que daba por supuesto que todos somos conscientes del poder de las fuerzas espirituales porque nadie puede avanzar en la vida sin experi-

¹⁴ ENOMIYA-LASSALLE, Hugo M., *Vivir en la nueva conciencia*, Ed. Paulinas, Madrid 1987, pp. 121 ss. / TALBOT, Michael, *Mysticisme et Physique nouvelle*. Traduit de l'américain par A. Kielce, Le Mail, Mercure de France, Paris 1984, 236 pp. / MERTON, Thomas, *Mystique et zen*. Traduit de l'américain par C. Tunmer, Les Editions du Cerf, Paris 1972, 236 pp.

¹⁵ Algo de esto se establece ya hoy en el derecho de familia que, como indica Radbruch (*Introducción a la filosofía del Derecho*), "se inspira en una imagen del hombre que no es simplemente la del individuo egoísta y calculador. El régimen jurídico familiar cree poder confiar en el marido respecto a la mujer y en los padres respecto a los hijos, abriéndoles crédito en cuanto al cumplimiento de sus deberes. Da por supuesto que el marido y los padres obrarán movidos, normalmente, por sentimientos de amor y responsabilidad".

mentarla. ¹⁶ Consideraciones similares y más profundas nos brinda repetidamente nuestra Concepción Arenal.

Para estructurar el Derecho penal juvenil, mejor dicho la justicia juvenil de mañana, parece necesario corregir y superar la línea que han seguido durante mucho tiempo la mayoría de los cristianos y la Iglesia jerárquica desconfiados frente a la evolución liberadora de la justicia y de la ciencia, como indica Karl Rahner en su libro *Tolerancia, libertad, manipulación* ¹⁷ cuando concluye que “en líneas generales durante los últimos siglos ni los cristianos ni la iglesia se han distinguido por ser los forjadores de la historia de la libertad, en la que se ha luchado por lograr una sociedad más libre”, y más liberadora.

En sentido parecido se ha expresado el Congreso sobre “Evangelización y hombre de hoy”, celebrado en Madrid, del 9 al 14 de septiembre de 1985, clausurado con una Carta-Mensaje del Papa Juan Pablo II a los Congresistas. En él se tomó conciencia de que “la presencia de la Iglesia, hasta ahora, en el mundo de la marginación no ha sido una acción prioritaria”, no ha existido “la opción preferencial por los marginados. Sería la denuncia más seria de todo el Congreso”. ¹⁸

Para los cristianos, según este Congreso, la resacralización de la justicia penal tiene que apoyarse en algo específicamente cristiano que “no es el compromiso ético de solidaridad con los marginados, que es irrenunciable para todo hombre, sino hacer en ese compromiso la experiencia de Dios” (*Ibidem*, p. 447).

¹⁶ ROGERS, Joseph W., “Mary Belle Harris: Warden and Rehabilitation Pioneer”, en *Criminal Justice Research Bulletin*, Sam Houston State University, Vol. 3, Nº 9, 1988, pp. 7 s.

¹⁷ RAHNER, Karl, *Tolerancia, libertad, manipulación*, trad. Claudio Sancho, Ed. Herder, Barcelona, 1978, p. 112.

¹⁸ RENES, Víctor, Gador MALDONADO, Gabriel PEREZ, “Mundo de la Marginación”, en *Congreso Evangelización y hombre de hoy*, ed. Edice, Madrid, 1986, p. 448.

La resacralización puede dar carta de ciudadanía a unos cuantos axiomas que la ciencia no puede demostrar, pero que resultan elementalmente imprescindibles para el gratificante desarrollo efectivo del niño, del joven (y del adulto), que resultan básicos para los cultivadores de los derechos humanos.

Nuestros niños y nuestros jóvenes necesitan experimentar que cuando se da y cuando se sufre, también se recibe. Que el acto de dar conlleva una significación vivida de vitalidad, de poder, de alegría, de ser todo, como indican Unamuno y Erich Fromm (*El arte de amar*). "El dar es más alegre que recibir, no porque es una privación, sino porque en el hecho de dar, radica la expresión de mi vitalidad." Desde la teología experimentamos el dolor como la prueba de nuestra trascendencia, de nuestra coparticipación en la fuerza creadora de la nada, *ex nihilo*.

Los adultos para seguir construyendo el mundo (y en concreto los profesionales de la investigación y de la docencia para seguir investigando) necesitamos una resacralización de nuestra tarea cotidiana pues, como decía Teilhard de Chardin (*El fenómeno humano*), "Un hombre sólo continuará investigando mientras le induzca a ello la convicción, estrictamente indemostrable para la ciencia, de que el universo tiene una dirección."

Hoy, nuestra sociedad posmoderna nos urge que coloquemos una y otra vez en lugar preferente de nuestra vida interior la contemplación de la belleza que el Amor ha ido derramando por todos los sotos del universo, y el sentimiento de gratitud porque, "el mundo es redondo" (Teilhard), es un cosmos, un conjunto ordenado, donde todo colabora al bien de todos.¹⁹ El mundo es redondo, pues las fronteras, las esquinas, los ángulos no son físicos, sino psicológicos, no hay barreras infranqueables que nos impidan vivir juntos en armonía.²⁰

¹⁹ Epístola de Pablo a los Romanos, capítulo 8, versículo 28.

²⁰ BALTHASAR Cfr. Hans Urs von, en su amplio estudio sobre la *Teología de la belleza*.

En tiempos pasados se violó la libertad religiosa de los jóvenes, y se les impuso una dependencia religiosa en todas las instituciones de los Tribunales Tutelares de Menores. Hoy afortunadamente se evita esa dependencia²¹ pero algunos olvidan que frente a la dependencia caben o deben caer, dos posturas. No basta un talante de independencia. Es necesaria otra tercera *Stimmung* que muchos desatienden.

Si un barco avanza en el mar llevando detrás de sí a otro barco, éste, al cortar las amarras, logra su independencia; pero, necesita algo más para avanzar. Necesita autonomía.

Muchos menores en algunas instituciones sociales y societales de hoy pueden quedar parados, sin motor, sin capitán, expuestos al capricho de las olas. Su barco, para disfrutar de independencia, debe poder disponer de un motor y una carta de navegación autónomos.

Nuestra tradición jurídica (y cultural) ha reconocido al intelecto como el único interlocutor válido con los jóvenes infractores. Hoy caemos en la cuenta de la necesidad de hacer intervenir en el diálogo a las emociones, los sentimientos y la sensibilidad que llegan a experimentar la realidad profunda de la generosidad y el "milagro", y consiguen abrir horizontes a los nuevos valores, a los misterios religiosos.

6. *A modo de conclusiones englobantes*

Un Estado social y democrático de derecho tiene necesariamente que reconocer, para ser tal, al hombre como una entidad ética di-

²¹ La Ley 11/1985 de 13 de junio, de protección de menores, de la Generalidad de Cataluña, establece en su artículo 19: "Deberá asegurar que la libertad de conciencia del menor no quede afectada por la aplicación de las medidas que se adopten sobre su situación", y el Reglamento Del Tratamiento y la prevención de la delincuencia infantil y juvenil de la tutela, Decreto 162/1986, de 9 de mayo, en su art. 4, dice: "Siempre que sea posible se procurará que los menores puedan realizar las prácticas religiosas derivadas de sus creencias. En el caso de que se considere que estas prácticas afectan negativamente su proceso educativo, se dará a conocer a la autoridad judicial los efectos oportunos."

ferente al Estado, autónoma y superior, pues constituye su finalidad, la entidad ética del Estado sólo se entiende y legitima al servicio de la entidad ética del hombre. (N)

Ante los graves problemas de las infracciones juveniles hemos de formular respuestas —y previas preguntas— holísticas que armonicen las cuatro perspectivas jurídica, criminológica, victimológica y teológica.

Al Derecho penal le compete intensificar su misión *protectora* de todos los ciudadanos, de las víctimas y de los delincuentes, especialmente de los niños y los jóvenes (Dorado Montero).

La legislación y la praxis de hoy con los jóvenes infractores debe inventar el paradigma del futuro Derecho penal de los adultos, como el actual Derecho penal de los adultos responde miméticamente al Derecho penal juvenil de ayer (Jiménez de Asúa).

Pronto la Criminología ingresará solemne y formalmente en la Universidad española no sólo para lograr una relativa desjuridización del Derecho penal sino también para (con su poder de convocatoria a otras ciencias) contribuir a la necesaria y urgente interdisciplinariedad del sistema (mejor dicho de las mallas) de la justicia penal (Huarte de San Juan, J. Pinatel).

Ni la Victimología ni la Teología pretenden hoy (prescindiendo del mañana) vaciar el Derecho penal. Quienes escuchen inteligentemente a la Victimología y a la Teología lograrán insuflar un contenido nuevo —y un catalizador nuevo— en el Derecho penal, más aún de lo logrado a lo largo de la historia cuya influencia—evolución, en general, parece satisfactoria (Raúl Zaffaroni).

Los actuales cambios socio-culturales incluso religiosos, en España y fuera de España, piden un nuevo planteamiento e

(N) BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Bases críticas para un nuevo Derecho penal*, Temis, Bogotá, 1982, p. 183.

incluso una nueva formulación semántica de los problemas incluidos bajo la tradicional (hoy anacrónica) rúbrica de *delincuencia* juvenil.

El trasfondo del temor y del castigo que subyace en la Política criminal de muchas instituciones de justicia (penal), puede y debe ir cediendo su lugar a la cosmovisión antropológica basada en la solidaridad, en la generosidad y en el amor fraterno como nuevos derechos fundamentales de la persona y de la comunidad.

ANEXO

TRIBUNAL TUTELAR DE MENORES DE BILBAO

MOVIMIENTO DE EXPEDIENTES DURANTE EL AÑO 1987

Expedientes pendientes en 31 de diciembre de 1986	104
Expedientes abiertos durante el año 1987	395
Expedientes reabiertos durante el año 1987	78
Total	577
De los 577 expedientes en tramitación han sido:	
resueltos	501
quedando pendiente	76
De los 501 expedientes resueltos pertenecen a:	
Facultad reformadora	327
Facultad protectora	174
De los acuerdos adoptados en 1987 quedaron en tutela permanente 165 menores, de los cuales pertenecen a:	
Facultad reformadora	29
Facultad protectora	136
 <i>FACULTAD REFORMADORA</i>	
Expedientes pendientes en 31 de diciembre de 1986	32
Expedientes abiertos durante el año 1987	267
Expedientes reabiertos durante el año 1987	70
Total	369

De los 369 expedientes en tramitación han sido:

resueltos durante el año 1987	327
quedan pendientes en 31 de diciembre de 1987	42

Procedencia de la denuncia

Por inhibición de Autoridades Judiciales	96
A requerimiento de Autoridades Gubernativas	200
A requerimiento de familiares	20
Por denuncia de la víctima, familiares o terceros	10
De oficio	11
Total	337

Clasificación de los hechos

Hurto	90
Robo	104
Lesiones	28
Daños	50
Indisciplina	12
Imprudencia	6
Violación	3
Abusos deshonestos y faltas contra la moral	4
Amenazas	10
Orden público	6
Otras	16
Total	337

Clasificación por la edad

De 6 a 9 años	18
De 10 años	22
De 11 años	24
De 12 años	31
De 13 años	45
De 14 años	67
De 15 años	130
Total	337

Clasificación por el sexo

Varones	296
Mujeres	41
Total	337

Menores bajo tutela reformadora en 31 de diciembre de 1987

En libertad vigilada	35
Colocados en familia	1
Internados en centros de observación y reforma	56
Total	92

FACULTAD PROTECTORA

Expedientes pendientes en 31 de diciembre de 1986	72
Expedientes abiertos durante el año 1987	128
Expedientes reabiertos durante el año 1987	8
Total	208

De los 208 expedientes en tramitación han sido:	
resueltos durante el año 1987	174
quedan pendientes en 31 de diciembre de 1987	13

Procedencia de la denuncia

Por inhibición de autoridades judiciales	0
A requerimiento de autoridades gubernativas	9
A requerimiento de familiares	58
Por denuncia de la víctima, familiares o terceros	67
De oficio	2
Total	136

Clasificación de los hechos

Malos tratos	13
Órdenes, consejos o ejemplos corruptores	69
Incumplimiento de los deberes de asistencia	52
Hacerles mendigar	2
Total	136

Clasificación por la edad

De 0 a 2 años	38
De 3 a 5 años	26
De 6 a 8 años	27
De 9 a 11 años	20
De 12 a 15 años	25
Total	136

Clasificación por el sexo

Varones	52
Mujeres	83
Total	136

*Menores bajo tutela protectora
en 31 de diciembre de 1987*

En Vigilancia protectora	138
Confiándolos a parientes	247
Confiándolos a familia ajena	21
En casas de familia	3
Internados	343
Total	752

Expedientes revisados durante el año 1987

Facultad reformadora	68
Facultad protectora	166
Total	234

N.B. Agradecemos la subvención otorgada por el Vicerrectorado de Investigación de la UPV/EHU para llevar a cabo este trabajo dentro del plan más amplio de Investigación sobre *La víctima en Derecho penal, en Criminología y en Política criminal.*

**LA REVOLUCION FRANCESA
Y EL DERECHO**

LOS JUECES
EN EL PROCESO REVOLUCIONARIO FRANCES *

Juan Francisco Lloan Reyssi

* Ponencia presentada el 26 de julio de 1989 con motivo del ciclo de conferencias organizado por la Procuraduría General de la República bajo el título de "La Revolución Francesa y el Derecho"

Las ideas que evoca el proceso de la justicia revolucionaria durante la Revolución Francesa, siguen las ideas generales aceptadas sobre la propia Revolución, esto es, que después de doscientos años de un fermento ideológico, que había cobrado agudeza con el siglo último de la Ilustración, se había llegado a un estado de cosas caracterizado por una sociedad manifiestamente anquilosada por unos esquemas rígidos y que no permitían la evolución y cambios sociales y que fundamentalmente colocaban a la sociedad en una situación en la cual el derecho no era asequible al común de los ciudadanos y, fundamentalmente, al tercer estado, al estado llano; que, además, en los años inmediatos, la crisis económica, fruto de las malas cosechas y de otros descalabros económicos sufridos en Francia, como por ejemplo la caída del precio del vino, habían precipitado una situación frente a la cual se produjo un alzamiento general en contra de una situación, en la que no había, entre otras carencias, una verdadera justicia y unos tribunales que dieran acceso a la justicia a grandes masas de ciudadanía. Por esto, surge el movimiento de la revolución, el estallido de la revolución frente a un estado de cosas profundo e integralmente injusto. Esa es la imagen que se ha decantado en dos siglos. Imagen exagerada y por ello falsa en buena parte.

Indudablemente, la verdad de los hechos históricos, que son considerablemente más ricos y complejos, no se corresponde con esta especie de imagen que se tiene de los prolegómenos de la Revolución Francesa, y de la Revolución Francesa en sí.

Tampoco corresponde esta realidad histórica con otra imagen que presenta al sistema de la monarquía como uno paternalmente benigno que sin la Revolución hubiera evolucionado armónicamente y sin innecesarias sacudidas, por medio de algunos ajustes y reformas de carácter moderado, hacia una tranquila y eficaz monarquía constitucional que así se hubiera delastrado de los defectos de la monarquía absoluta, en una evolución de menor costo social y de vidas, como en Inglaterra. El carácter de los franceses o su historia, que es maleada por él, no lo hacía posible.

En el capítulo específico de la justicia, ésta emanaba del rey, evidentemente, desde un punto de vista formal y desde un punto de vista legal y, si se quiere, desde un punto de vista constitucional antes de la letra de tal noción moderna, en su sentido de derecho constitucional.

Como lo describe Tocqueville, la constitución de la justicia, en tiempos del Antiguo Régimen permitía a los oprimidos ser oídos. Francia había llegado a ser un país de gobierno absoluto por sus instituciones políticas y administrativas pero se mantenía libre por sus instituciones judiciales. La justicia en el Antiguo Régimen era sin duda complicada, engorrosa, lenta y costosa, y en ello residían sus grandes defectos pero no había en ella servilismo hacia el poder, que es una forma, de las peores, de la venalidad. El magistrado era inamovible y no trataba de escalar en el escalafón por la sencilla razón que no había escalafón de carrera judicial. El resultado de esto es que ni había manera de constreñirlo ni de ganárselo por otros medios.

Por otra parte, el poder real había logrado restarle a los tribunales ordinarios el conocimiento de casi todos los asuntos en los cuales la autoridad pública tenía interés. Y es así como efectivamente se demuestra, quizás paradójicamente, que la monarquía tenía clara conciencia de ese poder a tal punto de tener interés en despojarlo. No era un poder sumiso, era un poder precisamente al que había, por ser rebelde, resistente y consis-

tente, que quitarle el conocimiento de los asuntos verdaderamente importantes, esto es, de los asuntos que concernían al interés del estado. Esta situación se da hasta el mismo momento de la Revolución Francesa.

¿Y cómo funcionaba este aparato de justicia del Antiguo Régimen? En el siglo XI se partió de la premisa legal, legal en el sentido cuasi constitucional, de aquellas leyes fundamentales del imperio, las leyes proto-constitucionales, si se quiere, que toda justicia, toda legalidad, emanaba del rey. En el parlamento, entendido este término en el sentido más vasto que el vocablo tiene, se reunía entonces una delegación de facultad legislativa y de facultad judicial, y luego por fruto de más delegación de funciones, se había producido un esquema mediante el cual tanto el rey, por una parte, como los señores feudales, por otra, habían delegado en oficiales de justicia la administración de justicia, la facultad o las atribuciones judiciales. Y así por el sistema de una especie de intendencia real, que eran, en el siglo XI, los *prevots* del rey, una suerte de intendentes del rey, nombrados regionalmente, fundamentalmente para recabar los tributos y las rentas, impartir justicia, e investidos de poderes administrativos y militares, se había permitido que éstos, a su vez, hicieran mayores delegaciones en el famoso “bailli” —el “baile” del derecho español— funcionario éste que a su vez también delegaba funciones administrativas y judiciales en los tenientes de justicia. Por otra parte, habían tantas jurisdicciones como señores, grandes o pequeños. El sistema era así altamente complejo, no integrado con arreglo a un plan preconcebido, orgánico y organizativo, sino que había ido creciendo en una forma casual por el tradicionalismo típico del sistema monárquico. Pero dentro de esa frondosidad y complejidad, siempre considerando que efectivamente la justicia era complicada, era lenta, era engorrosa, sobrecargada y cara, era una justicia donde, si se hace una especie de *summa divisio* entre toda la legislación entre penal y civil, había un funcionamiento satisfactorio de la administración de justicia en el campo civil. ¿Por qué? En primer término, por supuesto, la justicia impartida a nivel local se había hecho de una manera que

puede clasificarse en dos grandes divisiones: la de las ciudades y la de las zonas agrarias, o de las zonas no desarrolladas, o no urbanas. En las primeras, la justicia civil era dada por una especie de jueces de paz que eran los comisarios de policía, que hacían una intervención permanente, seguida y frecuente en la vida de los ciudadanos.

Pero si la realeza impedía a los jueces conocer de los asuntos relativos al interés del estado, no podía siempre impedir que oyeran las quejas y dieran su opinión, y en aquel entonces la expresión del lenguaje judicial conservaba los giros del viejo francés que gustaba de llamar a las cosas por su nombre, y sucedía a veces que los magistrados tildaban claramente como actos despóticos y arbitrarios a los actos del gobierno cuando así lo eran. En el seno de los cuerpos judiciales y a su alrededor, el vigor de las antiguas costumbres se mantenían junto a las nuevas ideas de la Ilustración. Sin duda, los parlamentos se preocupaban más de sí mismos que de la cosa pública, pero hay que reconocer que en la defensa de su propia independencia y de su honor siempre eran intrépidos y que comunicaban ese sentimiento de independencia en su alrededor. Así se demostró cuando, en 1770, el parlamento de París fue disuelto y los magistrados que lo integraban fueron privados de su cargo y de su poder sin que se viera a uno solo de ellos ceder ante la voluntad real. Más aun, cortes de otro tipo como la corte de ayudas —*Cours des aides*— que no se encontraban amenazadas ni afectadas por la medida, se expusieron voluntariamente a la misma suerte e incluso los principales abogados que litigaban por ante el parlamento también se asociaron a su suerte y renunciaron al ejercicio profesional que constituía su fama y su riqueza, y se redujeron a sí mismos al silencio antes que comparecer ante magistrados que habían sido deshonrados. Y, significativamente, todo esto ocurría en el siglo XVIII, bajo el reino de Luis XV.

En el caso de París, por ejemplo, el papel de los comisarios del castillo del *Chatelet* era sumamente eficaz. Rendían permanentemente una justicia pronta, sumaria y gratuita, contribu-

yendo así al buen orden y tranquilidad de la ciudad. Esta justicia mantenía la buena fe en el comercio de las cosas más comunes y necesarias. La gente del pueblo y por consiguiente los ciudadanos más pobres encontraban en ella el mayor alivio; aseguraba el pago de sus salarios y no conocían otros jueces para las disputas que en relación a ello podían surgir, así como las querellas y pleitos que pudieran suscitarse entre ellos. La seguridad que esa justicia producía impedía las vías de hecho y mantenía una continua relación entre los ciudadanos y los comisarios, en virtud de la cual éstos estaban al tanto de todos los abusos o desórdenes que ocurrían y estaban en capacidad de remediarlos prontamente. Por ello, los comisarios de policía eran considerados como los más perfectos agentes del mantenimiento del orden en París, a finales del siglo XVIII.

Por otra parte, los trece parlamentos que había en el reino de Francia, actuaban y fungían como sumo tribunal. Como se sabe, tenían una función judicial y una función política o administrativa. En su función judicial, que es la que nos interesa retener, emitían sentencias de alzada; sentencias que podrían tener incluso un contenido casi reglamentario cuando dictaban las decisiones llamadas reglamentarias, pero en lo fundamental, pronunciaban decisiones de alzada en instancia de apelación, y coronaban al sistema; sistema que, repito, estaba sumamente dividido en pequeñas jurisdicciones. Había, virtualmente tantas jurisdicciones judiciales como nobles con derechos feudales, a lo cual se añadía, por supuesto, la jurisdicción que correspondía a las delegaciones reales.

Características de este esquema complejo pero funcional era la naturaleza de su personal judicial. Ese personal judicial estaba compuesto de una mezcla de nobleza, esencialmente de pequeña nobleza en los tribunales de bajo rango, de alta nobleza en los parlamentos, pero fundamentalmente de miembros de los altos estratos del tercer estado, esto es, de burgueses. El cargo judicial, era un cargo de pequeña nobleza (había la nobleza que se llamaba la nobleza de toga (*noblesse de robe*), que se podía ad-

quirir por dinero, a precio fuerte, y que confería, paradójicamente, un status privilegiado dentro del esquema de una organización social que fundamentalmente era estamental y que por lo tanto debía basarse radical y tradicionalmente en el valor honor más que en el valor dinero, como en la sociedad de clases, o en el valor pureza, como en una sociedad de castas. Entonces, este valor estamental del honor, se hallaba, sin duda alguna, personificado en la persona del juez y de estos funcionarios judiciales, ya fueran nobles o de la pequeña nobleza, ya fueran burgueses que habían comprado este cargo. Se caracterizaba además el cargo, como se dijo, por la inamovilidad, la permanencia, la dotación vitalicia del cargo, pero junto con ellas la imposibilidad de ascenso dentro de un escalafón judicial. Se presentaba así una situación en la cual la compra del cargo daba acceso a un "status" honorífico dentro del orden social, de estabilidad vitalicia, pero sin posibilidad de ascenso por carrera judicial, siendo los más altos cargos judiciales reservados a la nobleza. Esto creaba un sentimiento de ambivalencia y contradicción en el juez, que lo hacía ser a la vez conservador e intelectualmente inclinado a las ideas de la Ilustración. Es impresionante ver en todas las publicaciones o fuentes que se pueden tener sobre la Revolución Francesa, como el motor del tercer estado, fue por supuesto, desde el punto de vista ideológico, el ideario de la Ilustración, pero el agente, o el instrumento, fueron esencialmente los juristas, los legistas, la grey toda que tenía que ver con la profesión jurídica, incluyendo los escribanos, los amanuenses, todo ese inmenso mundo que se llamó en Francia la *basoche*, el mundo de la intendencia del universo jurídico y judicial. Fueron todos ellos agentes fundamentales del ímpetu revolucionario, de lo que resultó ser, esencialmente, una revolución jurídica.

El movimiento revolucionario surge, en todo el Occidente, del desequilibrio demográfico y económico, del ascenso de la burguesía, del movimiento de las ideas filosóficas. Se manifiesta en los Estados Unidos de América, en Inglaterra, en los Países Bajos, en Suiza antes de darse en Francia, y es en Francia donde cobra su vigor con la reunión de los notables. Entre esos nota-

bles que siempre incluyeron miembros de la nobleza, alta y baja, estaban, como grupo distinto a los burgueses, los legistas que, contrariamente a aquéllos, tenían un tren de vida generalmente muy simple, una fuerte cultura intelectual, eran frecuentemente adeptos entusiastas de la Ilustración y jugaron un papel protagónico a veces más importante que el de los burgueses, tanto en 1789 como 1793, produciendo numerosos participantes en las filas revolucionarias.

Así, fueron un cuerpo que compitió, como grupo intelectual cohesivo, con la alta burguesía adinerada y que tenía una independencia y una autonomía frente al poder real; una autonomía de desafío y rebeldía; autonomía que, por supuesto, había adoptado derroteros iniciales anteriores a las preocupaciones esenciales generales de la Revolución Francesa, y derroteros esencialmente gremiales.

La revolución se inicia además con el criterio básico de la integración de la monarquía al proceso revolucionario, evidenciada si se quiere de una manera explosivamente simbólica en la escarapela tricolor constituida, recordémoslo, al igual que más tarde la bandera nacional francesa, por los colores de la ciudad de París, el azul y el rojo, pero también el blanco, color de la realeza que une a esos dos colores para significar una unión nacional. La revolución: en realidad un triple estallido revolucionario, primero el de la Asamblea, luego el de París y las demás ciudades y luego el de los campesinos. En un primer lugar, la preocupación esencial frente a las olas de un fenómeno incontrolable que empezaban a surgir, y de violencia, soterrada al principio, que se manifiesta con un gesto simbólico como la toma de la Bastilla, era la de la integración orgánica del tercer estado. Así se inicia un movimiento de reivindicación del tercer estado, primer movimiento de resistencia al rey ante la obligación que se le impone de convocar finalmente a los Estados Generales, que no se reunían desde 1614; es la convocatoria finalmente de esos Estados Generales, el rechazo al principio que los Estados Generales sesionen con los demás estados y que se tome una decisión acer-

ca de la forma de votar, si conjuntamente o por órdenes, y finalmente la claudicación del rey, no antes de haber doblado los efectivos del tercer estado y obligado a que se incorporaran a los demás órdenes para formar la Asamblea Nacional. Este primer movimiento, del cual va a surgir entonces la cristalización de estas preocupaciones, que traía por supuesto todo el caudal de ideas de la Ilustración, pero que en un momento muy concreto se cristaliza en la consecución de objetivos muy precisos y muy concretos, tal como, en un primer momento, la reforma integral del aparato judicial.

Ahora bien, no hay que olvidar que en el Antiguo Régimen el razonamiento judicial había pasado a ser, en gran medida, un razonamiento nacional, que era usual la idea de que todo asunto estaba sujeto a debate, toda decisión a una apelación. Había un gusto pronunciado por las formas o hasta por el formalismo, por la publicidad de los actos. La misma administración monárquica se había acostumbrado al lenguaje y a los usos de la justicia. El rey se sentía obligado a motivar sus edictos y a exponer sus razones antes de decidir; el consejo real precedía sus decisiones de largos preámbulos de motivación; el intendente impartía las ordenanzas por ujier.

Esta mentalidad legalista condicionaba el sentido de injusticia producido por el sistema de división social.

Es útil recordar la división de los tres órdenes y las divisiones en el seno de los mismos que precedieron a los acontecimientos de la Revolución Francesa. Era, por supuesto, la división general del orden de la nobleza, el orden del clero y el tercer estado, que reunía a todos los que no fueran miembros de los dos primeros órdenes. Pero además, en cada uno de estos órdenes, incluso en el orden de la nobleza y en el orden del clero, y naturalmente, en el tercer estado, había inmensas y numerosísimas, por no decir infinitas, divisiones y con ello insatisfacción, y por ella, inestabilidad del orden. Lo único que era cierto en el tercer estado era que había un límite absoluto y definitivo al as-

censo que, dentro del propio orden podía darse, y que era, claro está, el acceso al orden de la nobleza. En el orden del clero, en el seno del cual era posible el ascenso, éste también tenía un límite absoluto por cuanto las máximas jerarquías eran reservadas a la nobleza.

Además, dentro de cada uno de estos ordenes se venía produciendo el fenómeno de una serie casi infinita, repito, de divisiones sociales en grupos estancos, que se vigilaban entre sí y se preocupaban por sus propios intereses y estaban en realidad en profunda competencia unos con otros. Claro está que la suma de esta competencia de los núcleos en que se dividía cada orden, no impedía que desde un punto de vista general y global hubiera una competencia fundamental, radical, entre el orden del tercer estado, por una parte, y el orden de la nobleza y del orden del clero, por otra. Pero, lo que es interesante destacar, es que había, repito, unas infinitas divisiones y antagonismos sociales en el interior de cada orden y con ello un sentimiento de injusticia y frustración que gradualmente ya se había vuelto insoportable. Dentro de este esquema de conflicto, dentro de este esquema de competencia, concurrencia e intereses contrapuestos, infinitamente más complejos que la simple división tripartita de los órdenes, se inscribía y funcionaba el aparato de la justicia.

Y en este aparato de justicia lo que más motivaba la rebelión eran ciertos procedimientos seguidos por la justicia penal cuando se la impartía al pueblo. El pobre se encontraba mejor protegido de lo que se pueda uno imaginar de los abusos de un ciudadano más rico que él. Pero si se trataba del estado, sólo encontraba ante sí tribunales de excepción, jueces predispuestos, un procedimiento sumario e ilusorio, una decisión por provisión y sin apelación. Una decisión del consejo del rey disponía, por ejemplo, que el *prevot* y su lugarteniente, para conocer de los disturbios o tumultos que se pudieran producir con ocasión del acopio de la cosecha del grano, podían juzgar y decidir, e imponer sanciones inapelables ante el rey ni ante cualquier tribunal de justicia. Esta decisión del consejo fue aplicada a lo largo del

siglo XVIII, y es así como se observa de las actas de gendarmería que, en casos de disturbios, se rodeaban de noche a las aldeas sospechosas, se entraba a las casas antes que despuntara el alba y se arrestaba a los campesinos designados, sin ninguna orden de arresto. El que quedaba así arrestado permanecía a veces durante largo tiempo en la cárcel sin poder hablar con el juez. Los edictos sin embargo ordenaban que todo acusado fuera interrogado dentro de las veinticuatro horas siguientes a su arresto. Esta disposición legal no era ni menos formal, ni más respetada que en nuestros días.

De esta manera, un gobierno generalmente benigno y estable enseñaba cada día al pueblo el código de instrucción criminal más apropiado a los tiempos revolucionarios y más cómodo para la tiranía. Hasta el propio Turgot, de justa e ilustrada reputación, obtuvo que se dictara una ordenanza real que previó quitarle a los tribunales el conocimiento de asuntos relacionados con los disturbios que causara su nueva legislación de 1775 sobre las cosechas, para que sus protagonistas fueran juzgados sumariamente por el *prevot* y que esa jurisdicción diera sentencias ejemplares, con celeridad y sin apelación. Más aun, en tales casos, todos los campesinos que se alejaran de sus parroquias, sin una autorización firmada por el cura párroco y por el síndico, debían ser perseguidos, arrestados y juzgados por el *prevot* como vagabundos. Sin embargo era cierto que para esos delitos menores, en esa monarquía del siglo XVIII, si bien el procedimiento era aterrador, la pena era casi siempre moderada. Se prefería asustar que dañar realmente y más bien se era arbitrario y violento por costumbre y hasta por indiferencia, a la par que leniente por temperamento.

Pero la costumbre y hasta el gusto por esa justicia somera se enraizaban cada vez más. Mientras más era suave la pena, más fácilmente se olvidaba la forma en que había sido pronunciada. Sin duda, gran número de los procedimientos empleados por el gobierno revolucionario tuvieron sus antecedentes y ejemplos

en las medidas adoptadas para con el pueblo llano en los dos últimos siglos de la monarquía.

En materia de delitos graves, la situación era ya insostenible. Se seguían procedimientos bárbaros y se aplicaban sentencias todavía más bárbaras. En los tiempos de la Revolución, la gente conservaba todavía el recuerdo de Damiens (ejecutado en 1757 por herir muy levemente, con un cortaplumas, a Luis XV) regado con plomo derretido, despedazado con tenazas candentes, descuartizado. Pero además, las ejecuciones espectaculares continuaban y poco antes de la revolución un hombre fue condenado a la hoguera en Estrasburgo. El 11 de agosto de 1789, después del episodio de la Bastilla, el Parlamento de París, ya virtualmente extinto, condena todavía un hombre a morir en el suplicio de la rueda en la plaza de Greve en París, que es hoy en día la explanada de la Alcaldía de París. Tales torturas que para el mismo espectador eran también un suplicio, conmovían a fondo las almas, las aterraban, enloquecían e invertían el sentido mismo y el valor de la justicia. Al culpable se le hacía sufrir tanto, y públicamente, que ya no parecía culpable sino víctima. El culpable pasaba a ser juez, las maldiciones llovían sobre él. La sensibilidad llegó a exaltarse hasta el furor y las crónicas traen varios ejemplos de esa sensibilidad furiosa que frecuentemente hacía salir al pueblo de sus casillas, eliminaba el freno del temor y le hacía a veces linchar los oficiales de justicia.

Entonces, aquel proceso penal por delitos graves, con sus dificultades, por no decir imposibilidad de pruebas de descargo, con lo sumario del proceso, con la conducta abusiva del juez, con testigos de cargo que virtualmente no podían ser repreguntados, en fin con todos sus abusos, era la imagen que se hacía presente y que opacaba y desplazaba la imagen de una pacífica regulación y de un pacífico funcionamiento de un aparato judicial que en su generalidad había funcionado razonablemente bien durante tanto tiempo. Y por supuesto, hay que hacer hincapié también en que estos métodos de esta justicia penal para delitos graves, había acostumbrado a la gente a los horrores de

un procedimiento prácticamente de excepción, de un procedimiento expedito, de una justicia abusiva y, por supuesto, de unas torturas y de unas puestas a muerte absolutamente espectaculares y terribles. De modo que no es una creación de la Revolución, como veremos de seguidas, lo que sucede después de la reforma del aparato judicial producida con ocasión de la Revolución, ni consecuencia de la deriva hacia la violencia que sufre el proceso revolucionario. Por el contrario, el que se desembocara en la creación del tribunal revolucionario y de varios tribunales de excepción, las secuelas del tribunal revolucionario, las persecuciones antirreaccionarias, todas estas siniestras ejecuciones y todo este virtual genocidio que trajo la Revolución, eran seguimiento exacerbado pero continuidad del procedimiento y penas bárbaras de la vieja justicia penal para crímenes graves. En el fondo, era más de lo mismo. ¿Y quiénes eran los que más se indignaban con estos procedimientos sumarios, en el campo penal de los delitos graves? Era precisamente la burguesía, justamente la involucrada en este aparato judicial, y de la que formaban parte los que integraban este sector de legistas, esa gente directa e indirectamente ligada a la profesión judicial y legal. Por lo tanto, repito, estos métodos sumarios, estos abusos, eran ya algo que hacía parte de las mentalidades.

El Decreto del 11 de agosto de 1789 suprimió todas las justicias señoriales, sin indemnización. Los oficiales de justicia respectivos permanecerían, según el Decreto, en sus funciones hasta tanto la Asamblea nacional estableciera un nuevo orden judicial. En los cuadernos de recriminaciones, las que se hacían contra la justicia señorial, eran extremadamente vivas.

Justo después de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada por la Asamblea constituyente del 20 al 26 de agosto de 1789 y aceptada por el Rey el 5 de octubre de 1789, y por razón de la reforma judicial, se abre la pugna entre la Constituyente y los parlamentos.

El 10 de septiembre de 1789, la comuna de París propuso a la Asamblea Constituyente la constitución de una comisión de

reforma del Código Penal. La comisión encabezada por el jurisconsulto Thouret, presenta su proyecto el 10 de octubre de 1789, que contemplaba, entre las principales innovaciones: el fin de la *cuestión*, es decir, del interrogatorio bajo torturas del acusado; del *banquillo*, pequeño asiento del reo, y cuyo singular diseño y baja colocación en el recinto del tribunal, eran en sí mismos infamantes; la institución de un juez asistido de notables; la creación y constitución del jurado; la asignación de un abogado público para el acusado; la existencia de un abogado asistente permanente; la publicidad de las audiencias; etcétera.

El parlamento de París se resiste a esta reforma y también se resisten a ella los parlamentos de provincia. A duras penas los comisarios enviados de París por la Asamblea constituyente controlan las resistencias de los parlamentos de provincia. La Asamblea constituyente, con la ratificación del rey, que así ajusta viejas cuentas con los parlamentos, decreta, durante el período de vacaciones de los parlamentos (3 de noviembre de 1789) que éstos seguirán en receso vacacional hasta nueva orden. Ni el parlamento de París ni los de provincia reaccionan, sino que quedan fulminados de parálisis general. Así se termina la historia de una institución que tantas dificultades había dado a la monarquía absoluta. El 11 de enero de 1790 un Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente, en contra del parlamento de Rennes, alzado, provocaba de hecho la abolición de los trece parlamentos del reino. No tardarán en ser abolidos en derecho.

Temidas por los reyes y por el poder que tanto tiempo tuvieron, esas instituciones se derrumban en poco tiempo.

El rey no hace nada por salvarlas y la burguesía es así la gran vencedora de la jornada, como rectora de la Asamblea Nacional Constituyente.

La Asamblea Nacional Constituyente adopta de seguidas las grandes líneas de la reforma penal: igualdad de pena frente a igualdad de delito; no repercusión de la pena sobre la familia del condenado y entrega del cuerpo ejecutado a la familia para de-

cente sepultura. Curiosamente, en este momento, el doctor Guillotin propone, como medida humanitaria que iba en el sentido de la reforma, un sistema de ejecución por decapitación con un aparato de su concepción que la posteridad bautizará fatalmente con su nombre. Pero el celo renovador no estaba listo aún para pronunciarse sobre el asunto.

En la primavera de 1790, la Asamblea Nacional Constituyente ha de pronunciarse sobre tres proyectos de reforma judicial: el de Thouret, el de Du Port y el tercero del célebre abate Sieyès. Los tres se caracterizan por su novedad y originalidad. Para Thouret lo fundamental radica en la elección, por asambleas primarias, de jueces que durarán dos años en funciones y decidirán asistidos por consejos de asesores, y que conocerán las causas de menos de quinientas libras. Para los distritos, se instituirán tribunales de cinco jueces, directamente elegidos por el electorado y un procurador del fiscal nombrado por el gobierno. Se ventilarán las causas penales por jurado; las políticas por una alta corte. El sistema de Du Port tenía como base el juicio por jurado, tanto en causas penales como civiles, y un sistema de jueces itinerantes. Para las cuestiones agrarias y campesinas el proyecto de Du Port establecía un sistema de jueces de paz.

El abate Sieyès, por su parte, resume en su sistema una síntesis de los dos anteriores y, además, prevé jueces de departamento revocables por petición popular; jurados de juristas en los tribunales de las ciudades capitales. A nivel nacional prevé una alta corte y una cámara de revisión. Establece en su proyecto que la remuneración de los jueces sea por depósito de una suma a cargo de cada uno de los litigantes y que la parte perdedora abandona.

La Asamblea Nacional Constituyente reflexiona un trimestre y decide adoptar un proyecto cuyas principales características fueron:

— Jurado para causas penales y no para civiles.

- Tribunales de distrito sedentarios pero con apelación, de manera rotativa, en el distrito siguiente.
- Elección de jueces con cinco años de práctica judicial. Requisito éste significativo y elocuente del bajo nivel de preparación por las universidades.
- Un acusador público elegido por el voto.
- Un representante del rey, en la persona de un comisario que velará por la recta aplicación de la ley.

Entre el 16 y el 24 de agosto de 1790, la nueva estructura jurídica es votada y entra en vigor.

En su voluntad de reforma, la Asamblea Nacional Constituyente trabaja ininterrumpidamente durante seis meses. La reforma finalmente votada no es una simple ruptura con el pasado sino que procura asegurar una justicia menos remota, menos estática, más humana. Una justicia en la cual intervenga el pueblo, específicamente, a través del jurado y la elección de jueces.

Pero ello no es todo. La reforma suprime la venalidad del cargo judicial (que antes, como se dijo, se compraba pura y simplemente); y se instaura la gratuidad del proceso. Lo que el constituyente omite es la distinción entre justicia criminal y correccional. En realidad, asignan ambas a la policía: la policía municipal para asuntos correccionales y a la policía nacional, para asuntos criminales, es decir, para delitos graves. Dos años durará el debate sobre la escogencia entre procedimiento oral o escrito; bajo una proposición de Thouret, se llegará a una síntesis: se harán disposiciones escritas para la instrucción que serán entonces leídas públicamente en la audiencia, antes de oír el testimonio de los testigos. Para que se pronunciara sentencia condenatoria, se debía ahora contar con una mayoría de votos del jurado, por lo menos 10 de 12, de lo contrario se producía la absolución pura y simple. Todas estas reglas figuran en el Código Penal del 6 de octubre de 1791.

Una de las más notables novedades de la reforma es la abolición de los crímenes llamados “imaginarios” esto es, los casos de herejía, de “lesa-majestad divina”, de sortilegios, de magia, que a través de los siglos había llevado a tantos al patíbulo.

La escala de las penas va desde la muerte por decapitación con la ya ahora conocida guillotina, los grillos, trabajos forzados por un máximo de 24 años, la reclusión, la detención, la deportación y la degradación cívica.

Las penas del antiguo régimen tales como el cepo y las mutilaciones se eliminaron radicalmente.

Deseosa de evitar el restablecimiento de alguna institución que pudiera ser un parlamento en forma disfrazada, la Asamblea Nacional Constituyente tuvo sumo celo en evitar que la jurisdicción suprema a ser creada fuera un tribunal que pudiese conocer del fondo, sino sólo de estricta revisión de forma. Es el tribunal antecesor de la casación y cuya competencia se limitaba en aquel entonces a la única materia penal.

El conjunto de estas medidas no fue, naturalmente, aplicado de la noche a la mañana, ni en todas partes con igual éxito. Entre la desaparición pura y simple de los parlamentos y la instauración del nuevo sistema judicial que fue elaborado paso a paso y con infinitas precauciones, hubo una solución de continuidad, una gradación en que, poco a poco, los nuevos mecanismos adoptados por la Asamblea Nacional Constituyente, se fueron instalando, adaptando la opinión de los ciudadanos. En definitiva, los méritos principales de la nueva legislación sobre la organización judicial fueron los de acercar la justicia a los sujetos de derecho, reducir al máximo los gastos de procedimiento, suavizar las penas y hacer la justicia más humana.

Pero estas loables reformas iban a ser seguidas, cuando la época del Terror, por la instauración de una justicia de excepción la cual, nacida de la guerra contra la coalición militar de las cortes de Europa y contra los complots de los emigrados, en el

exterior y dentro de Francia, reales o supuestos —hay que tener presente que hubo una verdadera neurosis del complot— desembocaría en sangrientas tragedias.

Pero antes de entrar en el análisis de lo que fue el Tribunal Revolucionario y lo que significó jurídica y políticamente, es bueno también anotar que esta reforma judicial integral, o esta reforma total del aparato judicial en Francia, también fue acompañada de una reforma legal de extrema importancia sobre la vida de los ciudadanos, no solamente desde el punto de vista de la consagración de los derechos políticos en la declaración del 26 de agosto de 1789, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, sino en la instauración de nuevos sistemas legales y formales de libertad de vida, paradójicamente unidos a una invasión, por la Revolución, de la vida privada; fenómeno importante de considerar en una visión general del papel del poder judicial en el proceso revolucionario francés, considerado ya con una mayor amplitud sociológica.

La invasión por la Revolución del espacio de la vida privada se ve muy particularmente en la secularización del matrimonio. Bajo la revolución, para ser legal, el matrimonio debe realizarse en presencia de un oficial municipal. Bajo el Antiguo Régimen, el matrimonio era intercambio de consentimientos presenciado por el sacerdote. El Decreto del 20 de septiembre de 1792 no sólo confiaba a un funcionario el registro del estado civil sino que aquél debía declarar a la pareja unida en derecho. Se instituye en 1790 el divorcio, antes inexistente, con el establecimiento de los tribunales de familia, suprimidos luego en 1796. Los poderes conferidos a los tribunales de familia —en esta “estatización” de la vida privada— pueden ser por éstos delegados al padre —jefe de familia— o a Cortes de Estado (*Cours d'Etat*). La ley del 20 de septiembre de 1792 era muy liberal. Siete causales eran consideradas para el divorcio: la demencia; la condena de uno de los cónyuges a penas aflictivas o infamantes; los crímenes, sevicias o injurias graves de un cónyuge hacia el otro; alteración notoria de las buenas costumbres; el abandono de por lo menos dos

años; la ausencia sin noticia de por lo menos cinco años; la “emigración”, como fuga política (en el caso de esta última causal, el divorcio era acordado inmediatamente). Además, la pareja también podía divorciarse por mutuo consentimiento, en un término de cuatro meses, y se podía igualmente pronunciar el divorcio por “incompatibilidad de humor y carácter”, luego de un período de seis meses de tentativa de reconciliación. Se imponía después del divorcio la prohibición de contraer, en el lapso de un año, nuevas nupcias. Los gastos de justicia eran tan módicos que prácticamente todos los podían sufragar. Hombres y mujeres podían, por igual, pedir el divorcio. Era para entonces la ley de divorcio más liberal del mundo. Significativamente, el divorcio es abolido con la restauración, en 1816, y sólo se vuelve a instituir en 1884.

De manera que hubo muchos adelantos jurídicos, cuya explicación excede notablemente el marco de una breve exposición como ésta, y que no solamente incidieron sobre la reforma del aparato judicial, sino también sobre la transformación de la mentalidad de justicia y consiguientemente provocaron la reforma de muchos institutos de la justicia y la democratización, no solamente de los derechos civiles y políticos consagrados en la nueva Constitución, sino también un cambio en la vida civil, en la vida de todos los días del ciudadano.

Al terremoto social que provoca la Revolución Francesa, es bien sabido, se viene a añadir una conmoción fuera de Francia. El monarca, que para el momento sigue siendo parte del esquema político revolucionario de esta primera fase de la revolución, coincide, por razones propias, con el representante Brisot, para una declaración de guerra que se pronuncia contra Austria en 1790. Pensaría el rey que la declaratoria de guerra y la guerra subsiguiente podría sacudir el sistema de tal manera que se eliminara quizás la férula naciente de la revolución y con ella a los revolucionarios. Los revolucionarios, por su parte, pensaron que el estado de guerra era la manera de combatir realmente los enemigos o los obstáculos, internos y externos, de la revolución,

para su final consagración. Ahora, la existencia de este peligro externo y por supuesto, de los peligros internos de las conjuras, de las reacciones realistas, más o menos verdaderas, más o menos bien estructuradas, reales en unos casos y probablemente muy exageradas en otros, pero en todo caso la conciencia de la presencia del enemigo interno y del enemigo externo, radicalizan, como es normal, el pensamiento de la revolución; y a la profunda reforma de un aparato judicial, por todos los motivos sociológicos y profundos que arrastraban los siglos anteriores a la Revolución Francesa, se va a injertar la necesidad de la instauración de un nuevo aparato o de una reforma del aparato de justicia, que no responde esencialmente a esta puesta al día, a este *aggiornamento* secular de un aparato judicial, sino más que todo responde, en un primer momento, a la necesidad política de un tribunal de excepción que ayudase exitosamente a combatir los enemigos internos y los enemigos externos unidos en la conspiración nobiliaria y contra las potencias que rodeaban a Francia, que antagonizaban a la Revolución. Por supuesto, es fácil apreciar cómo a esta primera justificación del tribunal revolucionario, iba luego a encastrarse otra a su vez, que era la utilización del tribunal revolucionario como instrumento de lucha entre fracciones de los propios revolucionarios y esto, por supuesto, se evidencia de las propias sentencias de los tribunales revolucionarios. ¿Cuál es la etiología? ¿Cuál es el origen? ¿De qué manera surge este tribunal revolucionario? Surge, repito, para combatir la conjura, pero también para radicalizar el sentido de la Revolución. Como lo dijo Maximiliano Robespierre, la Revolución Francesa no era sino una sucesión rápida de confrontaciones, porque era la guerra de la tiranía contra la libertad, del crimen contra la virtud. Según esta idea maniqueica de Robespierre, de Saint Just y de sus seguidores, no se trataba de dar algunos castigos ejemplares, sino de exterminar, así con esa palabra, literalmente a los satélites de la tiranía o perecer con la República. La indulgencia con los agentes de la tiranía era atroz, la clemencia era parricida . . . así, todo quedaba claro: no se trataba de juzgar sino de exterminar a los que calificaban como

enemigos del pueblo. Es interesante leer las actas de la Asamblea Legislativa correspondientes al otoño de 1792 y fundamentalmente las intervenciones de Danton. Todos están de acuerdo en la Asamblea Legislativa, en establecer un tribunal revolucionario. Los debates sólo versan sobre si este tribunal tendrá o no apelación, y sobre el grado de celeridad y de excepción con que va a actuar el tribunal. Finalmente, el pensamiento general es quizás sintetizado por Danton, cuando afirma que la salvación del pueblo, de la Revolución, exige grandes medios y medidas terribles, que habría de crearse un tribunal que fuera terrible para evitar que el pueblo lo fuera o lo volviera a ser, como había sucedido en las trágicas jornadas de septiembre de 1792 y que ese tribunal se organizaría si no de manera perfecta por lo menos lo menos mal que se pudiera, a fin de asegurar, como dijo, que el pueblo supiera que la espada de la libertad pesaba sobre la cabeza de todos sus enemigos. Las masacres de septiembre del 92 fueron el fruto de la ira popular frente al temor de la invasión y del complot que, paradójicamente, se manifiesta cuando el peligro exterior se reduce. Así surge a raíz de la victoria de Valmy, donde intervino Francisco de Miranda, batalla cuyo resultado primero es dudoso. En el momento de la duda sobre Valmy, cede la represión, y en el momento en que se confirma la victoria en Valmy, se acrecienta la represión. Y entonces, en esos debates, alguien menciona el horror que fueron esos asesinatos en masa que hubo en septiembre del 92, esas masacres que hubo, causadas por una turba o muchas turbas que, recorriendo a París, acudieron a las cárceles y sacaron de allí gente, a las que lincharon, masacraron. Entonces, Danton dice en su recapitulación que justamente por haber mencionado septiembre algunos representantes en la Asamblea, que el tribunal revolucionario se debe crear para evitar nuevas masacres como la de septiembre; el tribunal revolucionario se va a instalar precisamente para endigar esa necesidad de violencia de las turbas revolucionarias, lográndose con ello una especie de catarsis de violencia revolucionaria. Y así se hace. El tribunal se crea con el famoso acusador público Fouquier-Tinville y unos jueces feroces, que al princi-

pio, por supuesto, se dedican a develar conjuras, reales o imaginarias. Para eso necesitan de una legislación especial, no solamente la legislación especial que crea el propio tribunal, en marzo de 1793, sino dos leyes: la ley, después llamada la *Ley de los Sospechosos*, de septiembre de 1793, por la cual simplemente bastaban con delaciones, con indicios, para poder arrestar a cualquiera, y bajo la autorización del Comité de Salud Pública o del Comité de Seguridad General, o el propio acusador público Fouquier-Tinville, someter estas personas a juicio y por supuesto a muerte; y la *Ley del 22 Prairial*, de abril de 1794, que fue la ley del Gran Terror, conforme a la cual la Convención Nacional decretó que las leyes sobre organización de tribunales ordinarios no se aplicaría a los llamados “crímenes de contrarrevolución”, ni a la acción del Tribunal revolucionario.

Como antecedente inmediato al tribunal revolucionario. hubo el llamado tribunal del 17 de agosto de 1792, creado para juzgar a los realistas detenidos durante las jornadas del 10 de agosto de 1792. Este tribunal cesó de existir en diciembre del mismo año, luego de haber aplicado sus atribuciones con extrema moderación. Los procesos para entonces en curso fueron remitidos a los tribunales ordinarios. En cuanto a la Alta Corte de la Ciudad de Orleans, creada el 10 de marzo de 1791 para juzgar los crímenes de “lesa-nación”, fue suprimida en septiembre de 1792, en medio de la indiferencia general. El Tribunal Revolucionario, creado, como se dijo, en marzo de 1793, estaba compuesto de un jurado y de cinco jueces, el primer juez elegido fungía como Presidente. Los jueces eran nombrados por la Convención Nacional. Contaba con un acusador público y dos substitutos, todos nombrados por la misma Convención Nacional, la cual también nombraba a los doce ciudadanos que conformaban el jurado. Una comisión de diez miembros integrantes de la Convención Nacional supervisaba la instrucción y mantenía una correspondencia con el acusador público y los jueces en relación a todos los asuntos sometidos a conocimiento del tribunal. De hecho, eran el Comité de Seguridad Nacional y los comités de

secciones que ordenaban el arresto de los individuos considerados como sospechosos. La última palabra era la del acusador público quien, luego de examinar el expediente, decidía si procedía o no a formular cargos al sospechoso por ante el Tribunal Revolucionario.

El acusador público escogía y citaba los testigos para la acusación, para lo cual se pedía a veces que los comités de secciones revolucionarias reclutaran tales testigos.

Los testigos de la defensa, promovidos por el acusado, eran tolerados en principio, pero generalmente habían muy pocos que tuvieran el valor de concurrir a deponer a favor del acusado.

Una vez dictada la orden de arresto, el individuo que era objeto de ella era encarcelado. Algunos días después era conducido al Palacio de Justicia donde, en presencia de un juez, el acusador público o, más frecuentemente, de su substituto era sometido a interrogatorio al final del cual se le nombraba defensor, si no lo había ya designado. El acusado era luego regresado a la cárcel.

Si después del análisis de sus respuestas el juez decidía que no había suficientes motivos para proseguir la acción, se presentaba un informe en tal sentido a la Cámara del Consejo o del Tribunal, el cual reunido en presencia del acusador público, liberaba al acusado. Si, por el contrario, las respuestas del acusado respaldaban la existencia del delito que se le imputaba, el acta del interrogatorio servía entonces de base al acta de formulación de cargos. Luego de un tiempo de encarcelamiento de algunas semanas, que en tiempo del gran terror se abrevió a días u horas, el acusado era trasladado de la cárcel donde estaba arrestado, a los calabozos de la tenebrosamente célebre Conserjería del Palacio de Justicia, donde tenía su sede el Tribunal Revolucionario. Las sentencias de muerte eran ejecutadas el mismo día o el siguiente. No había apelación de las sentencias del Tribunal Revolucionario, que era, como se dijo, un tribunal extraordinario encargado de conocer todo asunto de carácter contrarrevolucio-

nario, como se lo llamó y, según lo establecía la ley, de todo atentado contra la libertad y la igualdad y contra la unidad, la indivisibilidad de la República, la seguridad interna y externa del Estado y contra todas las conjuras dirigidas a restaurar la realeza o a establecer toda otra autoridad que atentara contra la libertad, la igualdad y la soberanía del pueblo.

El paso por el Tribunal Revolucionario llegó a ser una mera formalidad, un simple alto en el camino que llevaba de la cárcel a la guillotina.

Después de la constitución del Tribunal Revolucionario, en marzo de 1793, en septiembre tiene lugar el proceso y ejecución de la Reina, de los girondinos, los fusilamientos en Lyon, las ejecuciones por ahogamiento en Nantes, en barcasas diseñadas al efecto; a finales del mismo año de 1793, se suceden los procesos y ejecuciones de los hebertistas, de los dantonistas.

En marzo y abril del año siguiente, 1794, se promulga la ley que mencioné antes, la del 22 *prairial*, y el mecanismo enloquecido de la Revolución en un Moloch que devora vidas a un ritmo frenético. Para principios de julio de 1794 había, en las solas cárceles de París, más de ocho mil sospechosos que, al tren que iban las cosas en la segunda quincena de *messidor* y la primera década de *thermidor* hubieran sido ejecutados antes de fin de año, si no hubiera sido por el despertar de la pesadilla, el 9 *thermidor*, 27 de julio de 1794, que es el golpe contra Robespierre y también por supuesto, la puesta a muerte, la ejecución, de los miembros del Tribunal, del propio Dumas, el juez que había sido antes suplente, y luego juez principal, y del gran acusador Fouquier-Tinville; de Robespierre y de Saint-Just, y de todos los demás que habían sido arrestados con motivo del 9 *thermidor*.

En total, cincuenta mil personas juzgadas revolucionariamente, sin contar París y la Vendée. Al Oeste, trescientas mil víctimas de las columnas de Turreau, tres mil quinientas ejecuciones en Lyon, mil en Marsella, dos mil en Toulon. Cien mil muertos en operaciones militares internas; un millón en opera-

ciones fronterizas y en el exterior. Una revolución con un pesado costo de sangre, con pérdidas de vidas humanas superiores, para Francia, proporcionalmente, a los de la guerra 1914-1918, conforme lo informa Jean-François Fayard en su libro sobre el Tribunal Revolucionario, uno de entre cientos, quizá miles, de un verdadero diluvio o monzón editorial, con motivo de estos doscientos años de la revolución.

Pero en todo esto, además, hay algo que llama poderosamente la atención, y que es, estrictamente, en las muertes por ejecución de sentencias de los tribunales revolucionarios, la estadística innegable, ya que de estadística se debe hablar un poco, es que el setenta y uno por ciento de esos muertos son de gentes del tercer estado, es decir, pueblo. Solamente el veinte por ciento es nobleza y el nueve por ciento remanente, clero. De manera que en este baño de sangre de la Revolución, quien llevó la peor parte fue el pueblo en nombre del cual supuestamente por el cual se hacía todo ese colosal esfuerzo revolucionario.

En todo caso, en síntesis final, vale el pensamiento de Danton, nuevamente, de que posiblemente y a pesar de todos estos excesos, ellos hubieran sido peores si no se hubieran endigado de una manera relativamente institucional, con un tribunal revolucionario, y si se hubiera dejado rienda libre a que se repitieran masacres como las que hubo en septiembre del 92 y otras masacres y asesinatos a lo Gran Guíñol, como el de la princesa de Lamballe, que antecedieron y sucedieron la condena y muerte de la reina María Antonieta. En definitiva, éste del Tribunal Revolucionario es un capítulo tremendo, pero un capítulo aparte y distinto, un terrible accidente histórico, pero sin relación verdadera, orgánica e institucional, con la inmensa reforma y reestructuración del aparato judicial con motivo de la Revolución Francesa; reforma y reestructuración que lo humanizaron y racionalizaron y en el cual, singularmente, todavía se basa en gran parte o en gran medida el aparato judicial de Francia. Muchas gracias.

LA REVOLUCION FRANCESA
Y LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL
MODERNO: BECCARIA Y LA ILUSTRACION

Nódiar Agudelo Betancur
Profesor de Derecho Penal en la Universidad
de Antioquia.

En un cielo nublado, a veces los rayos de luz atraviesan las nubes, pero rápido los nubarrones se juntan de nuevo y no existe esperanza de que se borren, cuando, de repente, aparece el mismo sol en todo su esplendor y las disipa, dando lugar a un azul radiante.

Antes de Beccaria, rayos de luz habían atravesado los nubarrones del oscurantismo, pero no los habían borrado. Este ilustre maestro, en el cielo del derecho penal, fue el gran sol radiante, haciendo aparecer, en todo su esplendor, la luz de la justicia y de la Verdad.

Pierre Bonzart

INTRODUCCION

Normalmente existe acuerdo en considerar que la obra de BECCARIA marca el punto de partida del derecho penal moderno ¹ y así mismo en considerar que *De los Delitos y las Penas* es una obra de raigambre iluminista. ² El objeto del presente trabajo es mostrar de cerca estas ideas tan reiteradas señalando la real justificación de ellas, pero con la perspectiva de mirar una recíproca influencia: Lo que podríamos denominar una “ida y vuelta” de las ideas: *del iluminismo francés a BECCARIA*, pero a la vez *de BECCARIA a los autores iluministas*, ejemplificando este acerto con la presentación del influjo de éste en la magistratura francesa, en algunos “doctrinantes” como VOLTAIRE y MARAT y así mismo en las demandas de los Estados Generales (*Cahiers des Etats Généraux*) y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

¹ Nuestro CARLOS LOZANO Y LOZANO dice: “A él es preciso referir como al punto de partida, todo el desarrollo de las escuelas anticuadas y modernas”. *Elementos de Derecho Penal*, Bogotá, Ed. Lerner, 1961, pp. 13 y 14.

² Véase a HUGO SPIRITO, *Storia del diritto Penale Italiano*, Roma, C. de Alberti, editore, 1925, Vol. I, p. 35 y sig.; FAUSTO COSTA, *El Delito y la Pena en la Historia de la Filosofía*, Méjico, Edit., 1953, pp. 101 a 104.



Capítulo I
INICIACION DEL DERECHO PENAL MODERNO
"DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS" (C. BECCARIA)
COMO OBRA DE FILIACION ILUMINISTA

1. *De los Delitos y de las Penas como obra de Filosofía Penal Crítica*

BECCARIA llegó a decir: "Feliz aquella nación donde las leyes no fueran una ciencia".³ Cómo este pensamiento que en apariencia trasunta animadversión, o por lo menos recelo hacia la denominada "ciencia penal", no impide, sin embargo, que a quien pronuncie la expresión "derecho penal" es una expresión polivalente, siendo necesario, cuando se la usa, que se determine su contenido. Ella tanto puede significar derecho penal en *sentido subjetivo, Jus puniendi*, y aquí la expresión denota el poder que tiene el Estado de erigir ciertos comportamientos en delito, imputando una pena como consecuencia de su realización y de aplicar ésta cuando el supuesto se realice efectivamente; ora la expresión "derecho penal" indica un conjunto normativo caracterizado por referirse a los hechos punibles y a sus consecuencias (penas y medidas de seguridad), *derecho penal objetivo, Jus Poenale*; en fin, puede significar *ciencia del derecho penal*, la cual puede entenderse en sentido restringido o en sentido amplio,

³ Las citas del presente trabajo se toman de *De los Delitos y de las Penas*, Bogotá, Editorial Temis, 1987, con un *Estudio Preliminar* mío, intitulado *Crítica y Control del Poder Punitivo del Estado*. El pensamiento del autor que he citado, puede verse en p. 14 de la edición citada.

ségún que se nombre con ella a la *dogmática* como una disciplina que tiene por objeto de conocimiento un conjunto normativo concreto en orden a la determinación de su contenido (interpretación) y a su presentación sistemática, o bien se nombre con tal expresión, ciencia del derecho penal a la *filosofía del derecho Penal*, sistema de conocimientos referidos al estudio del origen, fundamento y límites de la función punitiva, origen, fundamento y límites de la pena, los grandes principios del derecho penal que se consideran insertados como parte de una cultura en ciertos ámbitos de civilización, las relaciones entre el poder y la concepción del Estado y el derecho penal, etc.

Pues bien, es aquí donde BECCARIA se sitúa. Su obra es fundamentalmente una obra de *Filosofía Penal*. Él no redacta códigos ni los comenta. No presenta de manera sistemática un conjunto normativo determinado, sino que su actividad mental está encaminada a criticar la práctica judicial entonces vigente y a postular lo que él cree que debe ser un nuevo sistema penal basado en una nueva filosofía política, la filosofía demoliberal. Él señala la relación existente entre el origen y fundamento del poder político y el origen y fundamento de la función punitiva:

Las leyes son las condiciones bajo las cuales hombres independientes y aislados se unieron en sociedad, hastiados de vivir en un continuo estado de guerra y gozar de una libertad que resultaba inútil por la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron una parte de ella para gozar el resto con seguridad y tranquilidad. La suma de todas esas porciones de libertad sacrificadas al bien de cada uno, constituye la soberanía de una nación, y el soberano es el depositario y el administrador legítimo de ellas.⁴

A partir de aquí, de la postulación de unas nuevas bases de la función punitiva, critica el sistema penal vigente y postula un nuevo sistema, acorde con tal punto de partida. Critica la institución de los Juicios de Dios; critica la Administración de Justicia del antiguo Régimen con sus funciones hereditarias

⁴ CESARE BECCARIA, *ob. cit.* p. 4.

transmisibles como legado de familia, la arbitrariedad y la deshumanización de las penas, desproporcionadas en relación con la falta, la crueldad de su ejecución, principalmente cuando se trataba de sancionar delitos de lesa majestad divina o humana; el Sistema Inquisitorial con la barbarie del proceso secreto, la nefasta confusión entre el delito y el pecado, la finalidad que asignaba a la pena, a saber, el de la purificación de la falta por el fuego y la enmienda del reo lograda por los medios más crueles. Partiendo del pensamiento contractualista sobre el origen y fundamento del poder y del derecho de castigar, BECCARIA, reclamó la implementación, en la práctica, de los postulados que a continuación se enuncian y que hoy siguen siendo de permanente actualidad.

1.1. *Postulados fundamentales.* No se trata aquí de hacer un análisis de los mismos,⁵ sino sólo de enunciarlos, con el objeto de señalar cómo al final dichos postulados se concretaron en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, después de larga disputa para su difusión e instauración:

1. El *origen de la función punitiva* se vincula directamente al *origen y fundamento del poder*, y éste se asienta en el contrato social: La necesidad genera la existencia de la sociedad civil y la misma necesidad genera el mal necesario de las penas;
2. Toda pena que exceda la necesidad es arbitraria: La pena antes que cruel, debe ser *proporcionada* al delito y *pronta* para que genere la *prevención* del delito. Ella no tiene por finalidad la retaliación ni la purificación, pues no se puede confundir el delito con el pecado;
3. La *pena de muerte* no debe aplicarse sino en excepcionales casos y sin inflicción de padecimientos. En cuanto sea posible, ella debe ser reemplazada por la prisión perpetua si es necesario, o por el trabajo;

⁵ De tales postulados fundamentales puede verse una breve presentación en el *Estudio Preliminar*, de la Edición de Temis, cit. p. XXXV a LIX.

4. Sólo las *leyes* deben *prescribir los delitos* y consagrar las penas. Una pena aplicada por un hecho no contemplado como delito por la ley, es arbitraria;
5. Debe existir una *separación de poderes*: Quien emita la ley y quien decida si ha sido o no violada. El juez no puede interpretar la ley, ya que él no es el legislador;
6. La *gravedad del delito* es proporcional al *daño* causado con él a la sociedad y la pena debe ser proporcionada a tal daño;
7. Se deben *rechazar los juicios y las pruebas secretas*: Los juicios deben ser *públicos*, la arbitrariedad debe ser controlada por la opinión pública;
8. La *tortura debe ser prohibida* como medio de prueba o como sanción;
9. Más vale prevenir los delitos que sancionarlos: Deben implementarse reformas políticas, económicas y educativas, tendientes a modificar las causas que generan el delito.

2. *La referencia expresa o tácita a los autores o ideas iluministas*

Pero, ¿de dónde provenían tales ideas? La paternidad del iluminismo es evidente. Del inglés, o con mayor influencia del francés, como quiero mostrarlo aquí.

Dicha influencia se capta bien por el reconocimiento expreso que el autor hiciera sobre el origen de sus ideas, en la correspondencia o en su obra, o bien a partir del análisis conceptual de ella. Aquí, por razón de espacio y de tiempo, quiero señalar sólo lo que respecta a la correspondencia y las citas que de manera expresa hace BECCARIA en su obra, de autores iluministas franceses, dejando para otra oportunidad una tentativa de análisis conceptual.

2.1. *En la correspondencia con el abate Morellet*. Primero digamos quien era el abate Morellet: Nació el 7 de marzo de 1727, con pocas perspectivas de ascenso social dada la ubicación de su familia. Con gran esfuerzo, su padre lo envió a estudiar con los jesuitas y el joven estudiante debía compensar su humilde ori-

gen con el esfuerzo por superarse. Se ordenó sacerdote, lo cual significó para él salir del tercer Estado para acceder al primer orden de privilegio. Entró a estudiar a la Sorbona y allí conoció hombres que habrían de ser importantes: Lemenie de Brienne, Turgot, Malesherbes, Madame Hevétues, etc.; luego, estas relaciones lo llevaron a otros: Buffon, Diderot, D'Alambert, en fin, llegó a ser parte de la "flor y nata" del iluminismo.⁶

Pues bien, según sus *Memorias*,⁷ TURGOT, D'ALAMBERT y otros filósofos, habían sido invitados a comer por MALESHERBES quien acababa de recibir la obra *Dei Delitti e delle Pene* en italiano; en el transcurso de la conversación le comentó que tenía dificultades con cierta frase oscura: "Ensayad a traducirla", le dijo, lo cual hizo retirándose a la biblioteca, de lo cual estuvieron contentos. Pero enseguida le induce a que traduzca todo el libro, labor que ejecuta en seis semanas. Dicha traducción alcanzó, de inmediato, éxito extraordinario como se desprende del hecho de que se hicieron siete ediciones en seis meses. Precisamente, refiriéndose a dicha labor, a la labor de traducción, la califica de "trabajo útil", "si se tiene en cuenta que ella contribuyó a difundir los principios humanitarios del autor en los países en donde nuestra lengua es más conocida que la italiana".⁸

La publicación de la obra en francés se lleva a cabo en el año 1776 indicando como lugar de publicación a Lausaun cuando en realidad se trataba de París, debiéndose anotar que el abate reordenó la obra: redistribuyó capítulos y los temas los presentó si-

⁶ Recientemente en Francia se han publicado las *Mémoires de l'Abbé Morellet*, Dijon, Ed. Mercure de France, 1988. Lleva por subtítulo *Sur le dix-huitième siècle et sur la Révolution* con Introducción y Notas de JEAN PIERRE GUICCIARDI, de donde he tomado los datos transcritos sobre todo de las pp. 12 a la 16.

⁷ MORELLET, *Mémoires*, cit. pp. 149 y 150.

⁸ MORELLET, *Mémoires*, cit. p. 150. Recuérdese que PAUL HAZARD en la *Crisis de la Conciencia Europea*, Madrid, Ed. Pegaso, 1975, pp. 52 a 57 destaca la importancia de la lengua francesa en la época.

Milán, *Mayo* de 1766.

Permitidme, caballero, que me valga de las fórmulas usadas en vuestra lengua, como más cómodas, más simples, más verdaderas y por consiguiente, más dignas de un filósofo como vos. Permitidme también el servirme de un copista pues la carta que os he escrito es ininteligible. Los sentimientos que me ha inspirado la carta que me habéis escrito, son los de la *estima más profunda, el mayor reconocimiento, y la más tierna amistad*. Me sería imposible el decir cuán honrado me siento el que mi obra haya sido traducida en la lengua de una nación que ilustra e instruye toda la Europa. *Yo mismo debo todo cuanto sé a los libros franceses*. Ellos son los que han despertado en mi alma los sentimientos de humanidad que ocho años de una educación fanática habían ahogado. Los excelentes artículos que habéis insertado en la obra inmortal de la *Enciclopedia*, me habían ya hecho respetar vuestro nombre; y ha sido para mí la sorpresa más agradable, el saber que un erudito de tanta reputación como vos se haya dignado el traducir mi *Tratado de los Delitos*. No puedo daros bastantes gracias por el regalo que me habéis hecho de vuestra traducción, y por la celeridad con que habéis satisfecho el deseo que tenía de leerla. La he leído con un placer que no podré explicaros y he visto que *habéis hermoñado el original*. Os protesto con la mayor sinceridad que el orden que habéis adoptado me parece a mi mismo más natural y muy preferible al mío y que siento infinito el que la nueva edición italiana este casi acabada, [...]

Mi obra no ha perdido nada de su fuerza natural en vuestra traducción, excepto en los pasajes en que el carácter esencial de una y otra lengua ha hecho alguna diferencia entre vuestras expresiones y las mías. La lengua italiana tiene más flexibilidad y docilidad, y tal vez, habiendo sido menos cultivada en el género filosófico, puede por esta misma razón adoptar los rasgos que la vuestra no podría emplear. Me parece que la objeción que se os ha hecho, de que la mudanza del orden podía haber hecho perder mucho de la fuerza del original, no tiene ninguna solidez. La fuerza consiste en la elección de las expresiones y en la coalición

ta, en la misma ciudad, 1978, con estudio preliminar de GUILLERMO CABANELLAS. Es precisamente esta la traducción la que se ha utilizado aquí.

de las ideas; la confusión no puede menos de ser dañosa para estos dos efectos.

Tampoco ha debido deteneros el temor de herir mi amor propio. En primer lugar porque, como lo habéis dicho con la mayor verdad en vuestro excelente prefacio, *un libro en que se defiende la causa de la humanidad, una vez publicado, pertenece al mundo y a todas las naciones*; y relativamente a mi en particular, hubiera hecho muy pocos progresos en *la filosofía del corazón que contemplo muy superior a la del entendimiento, si no hubiese adquirido la fuerza de ver y de amar la verdad*. Espero que la última edición, que no tardaría en aparecer, se despachará en muy poco tiempo: y os aseguro que en la *sexta* observaré enteramente, o con muy corta diferencia, el orden de vuestra traducción, que aclara mucho más las verdades que he tratado de recopilar. Digo que será con muy corta diferencia porque por una lectura única y rápida que he hecho hasta ahora no puedo decidirme con un entero conocimiento de causa sobre los detalles, como lo he hecho ya del conjunto.

La impaciencia que mis amigos tienen de leer vuestra traducción, me ha obligado a dejarla salir de entre mis manos así que la he leído, y me veo en la necesidad de dejar para otra carta la explicación de algunos pasajes que os han parecido oscuros. Pero debo decir que cuando escribí esta obra tenía a la vista los ejemplos de Maquiavelo, de Galileo y de Giannone. *He oído el ruido de las cadenas que sacude la superstición y los gritos del fanatismo que ocultan los gemidos de la verdad*. La vista de estos espectáculos horrorosos me ha determinado a envolver la luz algunas veces en nubes algo oscuras. He querido defender la humanidad sin ser su mártir. Esta idea de que tenía que ser oscuro, me ha hecho serlo algunas veces sin necesidad. Añadid a esto, la inexperiencia la falta de costumbre de escribir, perdonables en un autor que no tiene más que veintisiete años y que hace apenas cinco años que ha entrado en la carrera literaria.

Me sería imposible el describiros la satisfacción que me causa el interés que tomáis en mi y cuán sensibles son las pruebas de estima que me dais y que no puedo aceptar sin volverme un poco vano ni desdeñar sin injurias. He recibido con el mismo agradecimiento e igual confusión, los cumplimientos que me hacéis de la parte de los hombres célebres que hacen honor a la humanidad a la Europa y a su nación. D'Alembert, Diderot, Helvetius, Buffón,

Hume, nombres ilustres y que no se pueden oír pronunciar sin emoción: *vuestras obras inmortales son mi lectura favorita continua y forman mis ocupaciones por el día, y mis meditaciones por la noche*. Lleno de las verdades que enseñáis. ¡como hubiera yo podido incensar el error adorado, y envilecerme, hasta mentir a la posteridad!

Mi única ocupación es la de cultivar en paz la filosofía y de contentar de este modo tres sentimientos muy vivos en mí, el amor de una reputación literaria, el de la libertad, y la compasión que me inspiran las desgracias de los hombres, esclavos de tantos errores. *Ya data de cinco años la época de mi conversión a la filosofía, y la debo a la lectura de las Cartas Persianas.*

La segunda obra, que dió la última mano a la revolución operada en mi entendimiento, es la de M. Helvetius. El es el que me ha indicado el camino de la verdad, y que ha despertado el primero mi atención sobre la ceguedad y las desgracias de la humanidad. La mayor parte de mis ideas, son debidas a la lectura del *Esprit* (entendimiento) [...]

El Conde de Firmiani está de vuelta en Milán, ya hace algunos días, pero está muy ocupado, y no he podido verle aún. Él es el que ha protegido mi libro, y a él debo mi tranquilidad.

Incesantemente os remitiré algunas explicaciones sobre los pasajes que halláis un poco oscuros, y que no trataré de excusar, porque no he escrito para no ser entendido. Os ruego encarecidamente que me enviéis lo más pronto posible, vuestras observaciones, y las de vuestros amigos, para que pueda aprovecharme de ellas en la sexta edición. Comunicadme, sobre todo el resultado de vuestras conversaciones con *M. Diderot* sobre mi obra. Deseo con impaciencia el saber la impresión que he hecho sobre su alma sublime [...]

Tengo el honor de ofrecerme, etc.

BECCARIA.¹¹

¹¹ Esta carta de respuesta puede verse en la edición de VENTURI, pp. 361 a 369, y como señalé en la nota anterior, la traducción que transcribo corresponde a la edición a cargo de CABANELLAS.

Como bien puede verse, la referencia a la cultura de la *Enciclopedia*, obra que él menciona expresamente, es bastante clara.

2.2. *En la obra.* El libro *De los delitos y de las penas*, entre otras tiene una particularidad: en él sólo de manera excepcional se cita autores. Pero cuando BECCARIA lo hace, es precisamente para referirse a MONTESQUIEU. Y así, relacionándolo con el objeto de su trabajo, los delitos y las penas, dice:

El inmortal MONTESQUIEU ha discurrido brevemente sobre esta materia.

Y agrega:

La indivisible verdad me ha esforzado a seguir las huellas luminosas de ese gran hombre, pero los pensadores para quienes escribo sabrán distinguir mis pasos de los suyos.¹²

En realidad, a pesar de que en la carta transcrita se refiere a las *Cartas Persas*, haciendo un análisis conceptual, la influencia es más del *Espíritu de las Leyes* que de las *Cartas*.¹³

Pero de esa influencia nos percatamos no sólo porque BECCARIA la reconozca en su correspondencia o por las referencias que de manera expresa hace en la obra, sino, y esto me parece básico por el manejo de los *conceptos fundamentales* de la teoría política de la ilustración. Así, su posición en relación con el origen y basamento del *poder político*, los conceptos de *contrato social*, *estado de naturaleza*, *estado de guerra*, *soberanía*, *justicia*, eran los propios de los autores iluministas.

¹² CESARE BECCARIA, *ob. cit.*, p. 2.

¹³ Para no dar sino un ejemplo pensemos en su fundamentación de la negación a la pena de muerte: BECCARIA sostiene que el soberano no puede imponer la pena de muerte, porque los hombres en el depósito de libertades que hicieron al celebrar el pacto, no enajenaron el derecho a su vida. ¿Y por qué no lo enajenaron? ¿Por qué el hombre no puede disponer de su vida? Porque ésta no pertenece ni siquiera a él, sino a Dios. En cambio MONTESQUIEU sobre la vida tiene otro concepto. No puede el hombre disponer de la vida de los demás pero sí de la de sí mismo, como puede verse en sus *Cartas Persas*.

Capítulo II

LA "VUELTA" DE LAS IDEAS ILUMINISTAS, DE MILAN A FRANCIA

1. *Beccaria y su influjo en los tiempos de la prerevolución*

Las ideas expresadas en el pequeño gran libro del autor de Milán habrían de repercutir a pesar de la oposición ¹⁴, en la Magistratura, en los doctrinantes de la Francia de la prerevolución, y en la misma legislación del antiguo régimen en los tiempos inmediatos a la explosión revolucionaria.

1.1. *Influjo en la Magistratura, ejemplificado en Servan*

A pesar de la oposición de autores como MOUYART al cual ya se ha aludido en la nota anterior, las ideas de *De los Delitos y de las Penas* repercutieron aun en quienes estaban encargados de

¹⁴ La oposición surgió por parte de sectores retardatarios. En especial debe aludirse a los ataques del Fraile Dominicó XX FERDINANDO FACCHINEL, con sus *Note ed osservazioni sul libro Dei delitti e delle pene*, algunos de cuyos apartes pueden verse en la edición a cargo de FRANCO VENTURI, cit. pp. 164 a 177; en Francia, desde 1766 respondió con críticas a la obra de BECCARIA, un autor llamado MU-YART DE VOUGLANS, con el libro titulado *Lettre concernant la réfutation de quelques principes hasardés dans le Triaté des délits et des peines* (Esta obra aparece como agregado de *Les Loix Criminelles de France, dans leur ordre naturel*, vuelta a publicar en París, en 1781, de la página 305 a 328). En ella, concluye diciendo: "Nosotros no creemos poder terminar sino por reflexiones generales que están fundadas sobre principios inquebrantables, justificados por la experiencia más constante, y contra la cual vendrán siempre a fracasar los sistemas paridos por espíritu de contradicción y de novedad" (Pág. 328). Y al comienzo de la obra había preguntado: "¿Qué pensar, en efecto, de un autor que pretende levantar su sistema sobre las ruinas de todas las nociones que han sido aceptadas hasta el presente?" (Pág. 306). Y en relación con el "dulce estremecimiento por el cual las almas sensibles responden a la voz del defensor de la humanidad" (al cual alude el traductor MORELLET en el *Prefacio para la edición francesa*), dice sarcásticamente: "Yo me jacto de tener sensibilidad como cualquiera; pero sin duda que de ninguna manera tengo yo la organización de las fibras tan sutiles como las de nuestros criminalistas modernos, porque en ningún momento sentí ese dulce estremecimiento del que ellos hablan" (Pág. 305). En fin, digamos que a lo largo del escrito invita a que se ejerza la autoridad para "contener el contagio" de *De los Delitos y de las Penas*.

aplicar el férreo sistema punitivo del Antiguo Régimen. Un magistrado de tales tiempos ROEDERER, por ejemplo, en 1797, coordinó la publicación de una nueva edición de la obra de BECCARIA, traducida por MORELLET, y al enviar un ejemplar a la hija de BECCARIA (éste había muerto en 1794), le acompaña una carta en la que dice:

El Tratado de los Delitos había cambiado de tal forma el espíritu de los antiguos tribunales en Francia, que diez años antes de la revolución ellos no se parecían casi a lo que eran. Todos los jóvenes jueces de los tribunales, y yo puedo asegurarlo porque yo mismo era uno de ellos, juzgaban más según los principios [...] Fue precisamente en el *Tratado de los delitos* de donde los Servan, los Dupaty, habían sacado sus criterios de decisión; y es posible que nosotros debamos a su elocuencia las nuevas leyes penales de las que Francia se honra. Mirad, Señora, que mucho antes de la unión de la república Lombarda a la nuestra, vos teníais derechos adquiridos en Francia. Yo me atrevo a deciros, en nombre de todos los amigos del talento, de la filosofía y de la humanidad: Por vuestro padre, vos pertenecéis a la gran familia que los amigos de la filosofía y de la libertad han formado en París hace cincuenta años y se estrecharon, más que antes, los lazos que la han unido.¹⁵

Quiero llamar la atención sobre un magistrado cuyo nombre es citado por ROEDERER, en la carta cuyo aparte acabo de traducir. Me refiero a JOSEPH-MICHEL-ANTOINE-SERVAN: nace el 3 de noviembre de 1737, en Romans (Dauphiné), en una familia de ocho hijos, es enviado por su padre a Lyon y luego a París a estudiar derecho. En 1764, es nombrado Abogado General ante el parlamento de Grenoble, cuando tenía veinticinco años. Su función es la de representar al rey ante dicho parlamento y servía de intermediario entre los dos poderes. En 1765, pronuncia su primer discurso, encomendadas que le fueron las palabras de reapertura del Tribunal como se usaba entonces: *Mercuriale sur les avantages de la vraie philosophie considérée dans ses rapports avec les devoirs du magistrat*, en el que testimoniaba el aprecio

¹⁵ ROEDERER, citado por MORELLET en sus *Mémoires*, cit. pp. 151 y 152.

a las ideas de la filosofía iluminista. Justamente por esto, fue vivamente acogido por los polemistas del medio intelectual francés, y es así como dice de él VOLTAIRE:

Ha venido a mi casa un joven y primíparo abogado general de Grenoble; [...] es un buen muchacho y un buen nuevo socio.¹⁶

Según SERVAN, el estudio de la filosofía no sólo es importante porque ayuda a ser mejor a los ciudadanos, sino que es decisivo para desarrollar en ellos un sentimiento necesario, el sentimiento de justicia; los lleva a no creerse vengadores, a no tener demasiada confianza en si mismos, a ser prudentes en el razonamiento.

Pues bien, en 1766, pronuncia su discurso más famoso, el *Discours sur l'administration de la justice criminelle* en donde en su calidad de funcionario, se atreve a criticar las leyes y a demandar su pronta reforma como lo siguió pregonando en otras intervenciones. En el *Discours* citado dice:

¿No se me acusará de falta del respeto que debemos a las leyes? Hombres sabios, decidme, si ultrajo las leyes porque las deseo más perfectas. Yo lo declaro a los hombres timoratos, adoradores de todo uso anticuado; yo lo declaro a los hombres violentos, que metan la cabeza de la justicia en una niebla y no dejan ver más que sus brazos, yo lo declaro a todos: En tanto que nuestras leyes subsistan, jamás cesaré de respetarlas, como ciudadano; no dejaré jamás de hacerlas respetar a los otros, como magistrado; pero como amigo de la humanidad, yo desearé siempre su reforma.¹⁷

¹⁶ Los datos biográficos y la cita de VOLTAIRE los he tomado de Michel de SERVAN, un Magistrat Réformateur, de CHARLES PRUD'HOMME Librairie de la Société du Recueil Général des lois et des Arrêts, L. Larose y L. Tenin, Directores, París, 1905, pp. 5 y siguientes. Las expresiones de VOLTAIRE están en la p. 14.

¹⁷ *Discours sur l'Administration de la Justice Criminelle, Oeuvres (Choisies de SERVAN)*, Edición a cargo de X. DE PORTETS, París, Chez les Editeurs, 1825, T.2, p. 91.

El Discurso sobre la Administración de Justicia Criminal es quizá su trabajo fundamental y en el que, para los efectos de este trabajo, podemos señalar más estrechamente la gran influencia de BECCARIA, lo cual puede hacerse si se repara en la utilización que se hace de los mismos conceptos dándoles el mismo contenido. Como él, parte del contrato social para explicar el origen y fundamento del poder y del derecho a punir:

[. . .] desde que el hombre se ha despojado de su libertad para someterse a las leyes, desde que ha cedido una parte de sus derechos para asegurar el goce del resto [. . .];¹⁸

recordemos las palabras del italiano: Los hombres resuelven superar el estado de guerra:

[. . .] sacrificaron una parte de ella para gozar del resto con seguridad y tranquilidad;¹⁹

más adelante, SERVAN dice:

[. . .] es necesario que el ciudadano vea el crimen sancionado tan pronto como se ha cometido, [. . .]²⁰

lo que recuerda a BECCARIA:

Cuando la pena sea más pronta y más próxima al delito cometido, tanto más justa y más provechosa será [. . .];²¹

y sobre la separación entre legislación y juzgamiento, SERVAN manifiesta:

En todo juzgamiento veo dos cosas [. . .] allí se afirma quien es el autor del crimen y cual castigo se le imputa: Una afirmación corresponde al juez, la otra sólo a la ley le corresponde.²²

¹⁸ SERVAN, *ob. cit.* T. 2, p. 6.

¹⁹ BECCARIA, *ob. cit.* p. 4.

²⁰ SERVAN, *ob. cit.* T.2, p. 23.

²¹ BECCARIA, *ob. cit.*, p. 45.

²² SERVAN, *ob. cit.* T.2, p. 34.

En *De los delitos y de las penas* se lee:

Sólo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos; y esa autoridad no puede residir más que en el legislador, que representa a toda la sociedad agrupada por un contrato social.²³

La influencia del autor italiano sobre el francés es algo constatable no sólo a partir de un análisis conceptual sino también a partir del reconocimiento inmediato que hace al tratar ciertos temas. Así, cuando va a abordar el problema de la pena de muerte, dice:

Gracias a algunos hombres sabios, tenemos ya sobre este importante tema una buena obra y mejores puede ser que estén por publicarse; porque una buena obra es una llama que alumbra mil otras, y multiplica la luz sin perder su resplandor.²⁴

1.2. *En los doctrinantes VOLTAIRE y MARAT.*

Lo anterior es una remisión bastante abreviada a la magistratura. Pero es en la doctrina en donde más va a incidir BECCARIA, como quiero señalarlo con estos dos autores, advirtiendo que ellos no pueden catalogarse de doctrinantes del derecho penal tal como hoy por hoy se entiende tal calificativo. En efecto, el objeto de su atención no era ni un sistema penal determinado, ni el derecho penal como un todo sistemático, en orden a la elaboración de un cuerpo de conceptos en tal campo de la actividad cultural. De manera fragmentaria abordaron puntos que entonces, como hoy, eran candentes y ocupaban la atención de los filósofos sobre el origen y fundamento de la función punitiva, sobre la pena, su fundamento y límites, su humanización, la crítica y propuesta de formas más racionales en los procedimientos, etcétera. En otras palabras dicho: el derecho penal no fue el objeto principal de sus actividades y elaboraciones, pero no por ello su importancia es menor.

²³ BECCARIA, *ob. cit.* p. 6.

²⁴ SERVAN, *ob. cit.* T. 2, p. 94.

Abordemos en primer lugar a VOLTAIRE. Este filósofo tomó parte activísima sobre todo en ciertos procesos que tuvieron gran repercusión en su época. Aquí vamos sólo a mencionar el *affaire* Calas y el del Caballero de La Barre, aunque de manera breve.

Juan Calas, comerciante protestante de Tolosa, fue acusado de matar a su hijo porque supuestamente, éste, queriéndose convertir a la religión católica, debía ser muerto antes que se le permitiera dicha conversión, según se pensaba era norma de comportamiento de los protestantes. En realidad todo comenzó porque la familia, sabiendo que el hijo se había suicidado, de manera inocente trató de ocultar el hecho de haber acabado con sus días por temor a las vejaciones de que eran objeto los que tomaban tal determinación. Encarcelado él, con su mujer, hijos y la empleada de servicio, después de muchas arbitrariedades y torturas, insinuadas ellas por el fanatismo y la superstición, es ejecutado el viejo Calas, torturado antes de manera inmisericorde, pero se le dio libertad al resto de la familia, en un "juicio tan cruel como estúpido, porque o todos estaban complicados o todos eran inocentes", como dice ANDRE MAUROIS.²⁵

El caso del Caballero de la Barre consistió en lo siguiente: El 13 de agosto de 1765, seis testigos dicen que los jóvenes de la Barre y d'Etalon no se quitaron el sombrero cuando a treinta pasos de ellos pasó una procesión; después, se dijo que él le había manifestado a una monja, delante de un cuadro de San Nicolás, que si por ventura este cuadro lo había conseguido para tener siquiera la figura de un hombre en casa; también se dijo que dicho individuo había pronunciado palabras impías sobre la virgen María; otro manifestó que él había dicho que los mandamientos habían sido dictados por los curas; en fin, se dijo de él, que acos-

²⁵ ANDRE MAUROIS, *Voltaire*, Barcelona, Edit. Plaza y Janés, S.A., Colección Clásicos del Siglo XX, T.III, 1966, pp. 1.314 y 1.315. Este proceso también puede verse en *Anales dramáticos del crimen o causas célebres españolas y extranjeras* de Don JOSE VICENTE CARAVANTES, Madrid, Imprenta de Gaspar y Roig, 1860, pp. 353 a 388.

tumbraba cantar canciones indecentes y a ser “malhablado”. La sentencia fue pronunciada el 28 de febrero de 1766: se le arrancó la lengua y se le condenó a ser decapitado antes de ser quemado, no sin antes haber sido sometido a la tortura ordinaria y extraordinaria en orden a arrancarle acusaciones contra otros presuntos cómplices. Debe agregarse que el joven de 19 años, fue ejecutado a la vez que se quemaba el *Diccionario Filosófico* de Voltaire.

VOLTAIRE narra las incidencias del caso a BECCARIA en un escrito de 1768, con fecha falsa de 15 de julio de 1766.²⁶ BECCARIA le respondió, pero desafortunadamente dicha carta se ha perdido. VOLTAIRE le escribe de nuevo al milanés, en los siguientes términos, el 30 de mayo de 1768:

Mis enfermedades, Señor, me imposibilitan daros las gracias de mi puño y letra, pero seguro, yo os agradezco de todo corazón.

Estos sentimientos deben ser los de toda Europa. Vos habéis allanado el camino de la equidad por el cual tantos hombres todavía transitan como bárbaros. Vuesta obra ha hecho bien y lo seguirá haciendo. Vos trabajáis por la razón y la humanidad, todas dos tan largo tiempo maceradas. Levantáis a estas dos hermanas abatidas desde hace aproximadamente mil seiscientos años. Ellas comienzan por fin a caminar y a hablar; pero desde que hablan, el fanatismo aulla. Se tiene miedo de ser humano en la medida en que se debiera temer ser cruel. La muerte del Caballero de la Barre, la cual vos calificáis de asesinato, excita el horror y la piedad. Yo no puedo sino bendecir la memoria del abogado del Consejo que os dirigió, Señor, la historia verdadera del funesto proceso. El es más horrible que el de Calas: porque el Parlamento de Tolosa sólo se engañó, tomó falsas apariencias por pruebas, y prejuicios por razones; Calas merecía su suplicio si la acusación hubiese sido probada; pero los jueces del Caballero de la Barre de ninguna manera obraron por error. Ellos han castigado con una

²⁶ La narración del caso con las acusaciones que se le hicieron puede verse en la edición del libro *De los Delitos y de las Penas*, a cargo de FRANCO VENTURI, cit., pp. 438 a 450, donde se transcribe una carta de VOLTAIRE que tenía por objeto narrarle el caso a BECCARIA.

muerte cruel, precedida de la tortura, aquello que no merecía más que seis meses de prisión. Han cometido un crimen jurídico. Qué abominable jurisprudencia la de sostener la religión por medio de verdugos. ¡¡¡He aquí lo que se llama una religión de dulzura y caridad!!! Los hombres de bien depositan su dolor en vuestro pecho como en el del vengador de la humanidad.

¡¡¡Qué no haya podido yo, Señor, tener el honor de veros, de abrazaros, me atrevo a decirlo, de llorar con vos!!! Me queda al menos el consuelo de deciros hasta qué punto yo os estimo, os amo y os respeto.

Aquel que habéis honrado con vuestra carta.²⁷

Finalmente se debe anotar que VOLTAIRE hizo un *Comentario* al libro de los *Delitos y de las Penas*, lo que prueba la gran incidencia que tuvo dicha obra en la “vuelta” de sus ideas a Francia: MORELLET había publicado la traducción de la obra de BECCARIA en 1766, traducción que conoció VOLTAIRE, quien impresionado por su contenido, entre los meses de junio y julio, escribió un *Comentario* que se publicó en septiembre del mismo año: para su elaboración, fue ayudado en la parte técnica y jurídica por CHRISTIAN DE SAINT CLAUDE, de Besancon, abogado del filósofo en algunos asuntos financieros. Este *Comentario*, aparecería regularmente acompañando la edición del libro de BECCARIA, lo que iría a aumentar todavía más su éxito, dado el prestigio del polemista VOLTAIRE.²⁸ Fue escrito en una época bien particular dado la posición frontal que tenía el autor en contra de la Magistratura francesa, pues como se ha dicho, desde 1762 había librado la gran lucha en favor de Calas y en 1766, había comenzado a luchar en favor de la causa de La Barre. Esta posición existencial, angustiosa y crítica frente al sistema de ad

²⁷ La carta puede verse en pp. 450 y 451.

²⁸ Aparece en la edición de FRANCO VENTURI, de pp. 371 a 379, pero solo parcialmente. En español puede verse el *Comentario* en su integridad, en la edición de *De los Delitos y de las Penas*, hecho por Alianza Editorial, Madrid, 1968, pp. 113 a 166. Esta edición con presentación y notas estuvo a cargo de JUAN ANTONIO DEL VAI

ministración de justicia, explica que comience el *Comentario* así:

Estaba yo lleno de la lectura del librito *De los Delitos y de las Penas*, que en punto a moral es lo mismo que los pocos remedios que podrían aliviar nuestras dolencias en punto a la medicina [...] ²⁹

Pues bien, sobra decir que las ideas del *Comentario* van en la misma dirección de las del libro de BECCARIA: VOLTAIRE critica el fanatismo, la superstición, critica la desproporción entre las faltas y la sanción, la inhumanidad de las penas, la crueldad de las penas, la proliferación de la pena de muerte, en fin, hace un verdadero “proceso al procedimiento”; critica las condenas en contumacia sin posibilidad de defensa y aboga por la necesidad de ésta; pugna por la motivación de las sentencias; defiende la confrontación del acusado con los testigos de cargo; critica el secreto en la recepción de las pruebas, etcétera.

Para terminar este numeral, miremos de manera breve a MARAT: *La sociedad económica de Berna*, ³⁰ en 1777 abrió un concurso, con cincuenta luises de premio para la mejor Memoria sobre la

[...] mejor manera de diseñar un plan completo y detallado de legislación criminal bajo los siguientes puntos de vista: 1. Los

²⁹ *Comentarios*, edición española citada, p. 115.

³⁰ La *Sociedad de Ciudadanos de Berna*, era una empresa dedicada al servicio de los ideales de la libertad y la igualdad. La abanderaba entre otros, VINCENT BERNARD DE TSCHARNER, patricio cultivado “a quien nada de lo que se publicaba en Europa se le escapaba”. Él, con DANIEL FELLENER fundó la *Sociedad* para ponerse al servicio de la cultura. Precisamente, en 1765, había coronado la obra de BECCARIA (como se sabe la obra del autor italiano había aparecido anónima) y lo invitaban a darse a conocer para recibir el premio, lo que en efecto sucedió. Era una sociedad más o menos secreta a causa del riesgo que corría por sus ideas de avanzada. Sobre esto, véase a JEAN GRAVEN, *Le livre “Des Delits et des Peines” et son influence en suisse*, en *Secondo centenario della pubblicazione dell’opera “Dei delitti e delle pene” di Cesare Beccaria*, Actas de la Celebración del Congreso realizado en Roma en 1964. La publicación estuvo a cargo de la Academia Nazionale dei Lincei, 1965. El artículo de GRAVEN está de pp. 81 a 112.

delitos y las penas proporcionadas a aplicarles; 2. De la naturaleza y de la fuerza de las presunciones; 3. De la manera de adquirir las pruebas y presunciones por la vía del procedimiento criminal, de suerte que la suavidad de la instrucción del proceso y de las penas sea compatible con la certeza del castigo pronto y ejemplar de tal forma que la sociedad civil encuentre la mejor seguridad posible para la libertad y la humanidad.³¹

JEAN GRAVEN dice que se sospecha que el autor de las ideas-marco propuestas como contenido del concurso fue VOLTAIRE y agrega que algunos han llegado a atribuir las al mismo BECCARIA. Pues bien, varios autores se presentaron, entre los cuales se destacaban MARAT y BRISSOT de WARVILLE, el célebre girondino; el primero con la obra *Plan de Legislación Criminal*, y el segundo con *Teoría de las Leyes Criminales*. El mismo VOLTAIRE escribió con motivo del concurso un trabajo corto titulado *Prix de la justice et de l'humanité*³² y ajustó otros cincuenta luses al premio inicialmente ofrecido. La adjudicación del premio se postergó algunos años y en 1782 se adjudicó a VON GLOBIG y HUSLER (*Abhandlungen von der Criminalgesetzgebung*), obra a la que a pesar del premio no se le ha dado mayor importancia. MARAT por su parte no esperó y publicó en Neuchatel el *Plan de Legislación Criminal*.³³

³¹ JEAN GRAVEN, trabajo citado, p. 90.

³² VOLTAIRE, *Prix de la Justice et de l'humanité* en la edición de *Dei Delitti e delle pene*, a cargo de FRANCO VENTURI, cit. pp. 489 a 499.

³³ Manejo la traducción española realizada en Madrid, Librería de Gabriel Sánchez, 1981, hecha por alguien cuyas iniciales eran A.E.L. En la explicación de la dedicatoria que hace de la traducción se limita a expresar que "me repugna el anónimo, que empleo por razones de prudencia y respecto a especiales circunstancias; entiendo que no me he dedicado a rehabilitar a Marat, al apologista del Terror, aun tratándose de un trabajo jurídico, pero no descargo la repulsión a su nombre, y aun siendo honrada mi intención, es sabido que a la mujer del César, no le basta serlo, sino que lo ha de parecer". En verdad, no hacía falta que advirtiera que no pretendía rehabilitar a MARAT, el gran luchador. La descripción y estigmación que hace de sus facciones, imbuido él, el traductor, de ideas lombrosianas, dejan a las claras que el autor jacobino le causaba repugnancia. De todas formas, la traducción tiene el mérito de dar a conocer una obra de difícil adquisición.

FRIEDRICH LOHMAN dice en relación con la posible influencia de MARAT en el campo del derecho penal que ella fue casi “nula” y en el mismo sentido se pronuncia MICHELE VOVELLE quien, sin embargo, atribuye la cuestión a que en realidad para aquel tiempo, “el programa de Marat está mucho más avanzado que la madurez de la opinión pública”³⁴. Personalmente pienso que el *Plan de Legislación* tiene sobre todo un sentido de planfleto de combate político y ese es precisamente su mérito: tenía la pretensión de demoler la vieja maquinaria de la barbarie oficial; es una crítica a la ley como instrumento de dominación y a la justicia como manera de sojuzgar y avasallar el desvalido en beneficio de los poderosos.

Sea de ello lo que fuere, una referencia, así sea ella somera a algunas ideas fundamentales del *Plan* resultan beneficiosas en orden a la pretensión de establecer el influjo recíproco entre BECCARIA y los iluministas:

Castigar el crimen sin herir a la justicia, esto es, reprimir a los malos, proteger a la inocencia, sustraer la debilidad a la opresión, arrancar el cuchillo a la tiranía, mantener el orden en la sociedad y asegurar la tranquilidad de sus miembros,

he aquí lo que se propone como programa a tratar. Como BECCARIA, comienza discurrendo sobre el origen y fundamento del poder y como él se adscribe al “modelo contractualista”: Postula el pacto social, pero dándole, me parece, un uso eminentemente axiológico.

Me explico, como lo ha señalado BOBBIO, a la dicotomía planteada por los que siguen el modelo mencionado, estado de naturaleza—estado civil, a veces se le da un uso *sistemático, historiográfico o axiológico*, según ella se oriente a comprender la vida social del hombre, o a explicar el devenir histórico de la humanidad del estado natural al estado de sociedad civil; o bien, según

³⁴ FRIEDRICH LOHMANN, *Jean Paul Marat und das Strafrecht in der franzosischen Revolution*, Bonn, Ludwig Rhorscheid Verlag, 1963, p. 4. MICHEL VOVELLE, *Introducción a Jean Paul Marat, Textos Escogidos*, Barcelona, Editorial Labor, 1973, p. 24.

se le de a cada uno de los términos de la relación dicotómica (estado de naturaleza–sociedad civil) un valor antitético respecto al otro: Es posible que se le asigne un valor positivo o negativo a un estado respecto del otro, constituyéndose aquí un punto de comparación.³⁵ Más claro aún: si se concibe la *sociedad civil* como una superación del *estado natural*, si es superación respecto de éste, insisto, el estado de cosas resultante debe ser mejor, pues de lo contrario no hubiese valido la pena superarlo. Entonces, si la convivencia en la sociedad civil resulta desastrosa por las injusticias e ignominias resultantes de las relaciones sociales, tal sociedad queda deslegitimada para exigir al ciudadano un comportamiento correcto y éste regresa al *estado de naturaleza* que le es más propicio. Tal es el esquema de que parte MARAT:

Examinando los lazos de la sociedad, es preciso admitir un convenio entre sus miembros; derechos iguales, ventajas recíprocas, socorros mutuos: he aquí cuales deben ser sus fundamentos; libertad, justicia, paz, concordia, felicidad: he aquí cuales deben ser sus frutos.³⁶

Pero, ¿de qué se percata?

Cuando consulto los anales de los pueblos, tiranía por un lado, servidumbre por otro, son las únicas cosas que bajo todas las formas posibles se presentan ante mis ojos. Contemplad la mayoría de los pueblos de la tierra: ¿Y qué véis sino viles esclavos y amos opresores? ¿Las leyes, no son los decretos de lo que mandan? [. . .] se doblegan ante el fuerte y únicamente para el débil son inflexibles. Su imperio no es más que una encubierta opresión ejercida por unos pocos contra la multitud.³⁷

Pero no se contenta con la crítica, sino que propone:

³⁵ NORBERTO BOBBIO, *Sociedad y Estado en la filosofía Moderna, El modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, pp. 53 y 54.

³⁶ JEAN PAUL MARAT, *Principios de Legislación Penal*, cit. p. 8.

³⁷ JEAN PAUL MARAT, *ob. cit.* pp. 8, 9 y 10.

[...] antes del panfleto de Marat, raramente había sido afirmado con tanta violencia el carácter clasista de la legislación.⁴²

Crítica el sistema de justicia y el carácter de la ley que de hecho existe, y a la vez plantea enmiendas en el campo del procedimiento y del derecho penal. Propone la pena no con finalidad de expiación, sino como medio de prevenir los delitos; la pena proporcional y sin degradaciones para el hombre, es decir, una pena humanitaria. Y la confluencia en él de sistemas filosóficos no siempre compatibles se explica por su ubicación histórica y social. Como afirma BUSTOS RAMIREZ, si bien por partir de diversos supuestos filosóficos y éticos, aparentemente resultan posiciones contradictorias, ello no es así,

[...] para aquellos que [como MARAT] están destruyendo un mundo y creando uno nuevo y, por tanto, pretenden evitar caer en extremos y recoger lo positivo que representa cada tendencia. Se trata de una posición integradora en lo fundamental.⁴³

Capítulo III

BECCARIA EN LAS PETICIONES DE LOS "ESTADOS GENERALES" Y EN LA DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO

En los "cuadernos de quejas" o "memoriales de agravios" (para usar una expresión que nos dice más a nosotros), se deja ver la gran influencia de BECCARIA.⁴⁴ Debe advertirse que ya desde el reinado de Luis XVI había comenzado un proceso de humanización de la pena y del proceso en general. Así, desde el

⁴² MICHEL VOVELLE, *Introducción a los Textos Escogidos* cit. p. 21.

⁴³ JUAN BUSTOS RAMIREZ, *Introducción al Derecho Penal*, Bogotá, Edit. Temis. 1986, p. 109. El paréntesis es agregado mío.

⁴⁴ En este capítulo he consultado fundamentalmente la clásica obra de ALBERT DESJARDINS, *Les Cahiers des Etats Généraux en 1789 et la Législation Criminelle*, París, A. Durand et Penone-Lauriel, Editeurs, 1983.

18 de agosto de 1775 se prohibió utilizar como prueba las cartas interceptadas; el 13 de diciembre de 1775, se dispone la moderación de las penas contra los desertores y se concreta una amnistía para los que estaban en el momento en estado de desertión; ⁴⁵ por edicto de julio de 1778, se abolió la pena de muerte por robo de caballos en la competencia del Parlamento de Flandre; el 24 de agosto de 1780, Luis XVI suprimió la *Questio (tortura) preparatoria* durante la instrucción y antes del juzgamiento; ⁴⁶ el 30 de agosto, es decir, seis días después, se toman disposiciones tendientes a mejorar la disciplina y el régimen carcelario. En fin, las siguientes palabras aparecen en el preámbulo de la declaración Real sobre la Reforma penal:

Nuestro objetivo invariable en la revisión de nuestras leyes penales, es el de prevenir los delitos por la certidumbre y el ejemplo de los suplicios, de asegurar la inocencia protegiéndola por las formas más propias a manifestarla; de hacer los castigos inevitables, descartando de la pena el exceso de rigor que puede llevar a tolerar el crimen antes que a denunciarlo ante los tribunales, y el de castigar a los delincuentes con toda la moderación que la humanidad reclama y que el interés de la sociedad puede permitir a la ley. ⁴⁷

Si no se recordaran las ideas de BECCARIA, bastaría con citar sólo algunas de sus sentencias para ver que los pensamientos de la monarquía misma no son sino casi transcripciones de su obra:

Las penas que sobrepasan la necesidad de conservar el depósito de la salud pública, son por su naturaleza injustas; [...] la impunidad misma nace de la atrocidad de los suplicios; [...] cuanto la pena sea más pronta y más próxima al delito³ cometido, tanto

⁴⁵ DESJARDINS, *Les Cahiers* ... cit. p. XIX.

⁴⁶ En la obra de MUYART DE VOUGLANS citada en la nota 14, *Les Lois Criminelles de France, dans leur ordre naturel*, aparece transcrito el mandato real.

⁴⁷ Citada por DESJARDINS, *Les Cahiers* ..., cit. p. 13.

las partes en el proceso, de tal forma que “el acusado tenga tantos medios de justificarse como el otro los tenga para vencerlo” se reclama por el Distrito de Alencon; en fin, el procesado debe tener derecho a que se le comuniquen los cargos, a presentar testigos y, en todo caso, a aducir desde el principio, razones que excluyan su responsabilidad.⁵⁴

Para terminar, no queriendo alargarme, destaquemos la importancia actual del pensamiento de BECCARIA los principios relativos al debido proceso, a la defensa adecuada, a la legalidad del delito y de la pena, a la humanización de esta, etc., quedaron plasmados como exigencia en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, dictados por la Asamblea Nacional en las sesiones de los días 21, 23, 24 y 26 de agosto de 1789:

Artículo 5: La ley no tiene derecho de prohibir sino las acciones nocivas a la sociedad. Todo lo que no está vedado por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser constreñido a ejecutar lo que ella no ordena.

Artículo 6: La ley [...] debe ser la misma para todos, sea que proteja o sea que se castigue [...]

Artículo 7: Ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni detenido sino en los casos determinados en la ley y con las formalidades prescritas por ella. Aquellos que soliciten, expidan o hagan ejecutar ordenes arbitrarias, deben ser castigados; pero todo ciudadano llamado o arrestado por la ley debe obedecer al instante, y si resiste se hace culpable.

Artículo 8: La ley no debe establecer más penas que las estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida anteriormente al delito y legalmente aplicada.

Artículo 9: Debiendo todo hombre presumirse inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlo todo rigor innecesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley.

⁵⁴ DESJARDINS, *Les Cahiers...*, cit. pp. 263 y 264.

De los diecisiete artículos que la Declaración contiene, obsérvese cuántos corresponden a problemas relacionados con el derecho penal. Esto prueba que los problemas del ejercicio de la función punitiva, ayer como hoy, siguen siendo candentes.

Si miramos hacia el pasado, nos percatamos del largo camino recorrido, iniciado por BECCARIA bebiendo en las fuentes del iluminismo, y la dura lucha por su instauración. A cada generación está encomendada una tarea histórica. Ellos lucharon por postularlos cuando el solo hablar de principios humanitarios resultaba riesgoso. Nosotros estamos obligados hoy a luchar por su efectiva vigencia si no queremos avergonzarnos de nuestra existencia.

HISTORIA DEL DERECHO

INSTITUCIONES JURIDICAS VENEZOLANAS
(Bosquejo Socio-Histórico)

Reinaldo Chalbaud Zerpa

SUMARIO

I *Epoca Precolombina*

1. Generalidades.
2. Instituciones jurídicas:
 - a) Organización jurídico-política.
 - b) Organización familiar.
 - c) Esclavitud.
 - d) Anomalías sociales.

II *Epoca colonial*

3. Generalidades.
4. Las Siete Partidas.
5. Nueva recopilación de Castilla.
6. Novísima recopilación de leyes de España.
7. Leyes de Indias.

III *Epoca republicana*

8. Generalidades.
9. Constituciones políticas.
10. Orden de prelación legal de 1825.
11. Disolución de la Gran Colombia.
12. Intentos de legislación civil.

13. Orden de prelación legal de 1838.

14. Vicisitudes de nuestra legislación a partir de 1863.

IV Nuestra legislación actual

15. Características.

I
EPOCA PRECOLOMBINA

1. No es tarea fácil la de hacer estudios acerca de las Instituciones Jurídicas en la época precolombina. Al efecto, las indagaciones realizadas en torno a las culturas indígenas para entonces existentes en lo que es hoy territorio venezolano no han profundizado lo suficiente sobre estos aspectos y por otra parte, tales culturas poco desarrolladas de por sí, no aportan siempre datos de consistencia sobre las maneras de actuar de contenido jurídico que pudieron conocerse en esos tiempos.

En otros pueblos de la América pre-hispánica encontramos, por el contrario, abundante materia sobre la cual puedan incidir investigaciones de carácter socio-jurídico. Tales por ejemplo los del altiplano boliviano, la meseta de Bogotá y la zona de mesoamérica, donde se cuentan verdaderos portentos de organización judicial y de instituciones jurídicas y donde las leyes, al decir de Tulio Febres Cordero, fijaron y caracterizaron, acaso en grado superior, el mismo grado de civilización que habían alcanzado los habitantes de esas regiones.¹

Sobre la situación al respecto de los aborígenes que pudiéramos llamar venezolanos, Baralt manifiesta que “los naturales del Nuevo Mundo más incultos y groseros eran los que habitaban el

¹ *Archivo de Historia y Variedades* (La Legislación Primitiva en América). Tomo II.

país llamado por los españoles “*capitanía general de Venezuela*”² y Oviedo y Baños nos dice que “sus costumbres en la gentilidad fueron bárbaras, sin política, gobierno, ni religión que los acreditase racionales”³. Julio César Salas en su obra “*Tierra Firme*, escribe de la siguiente manera:

Exceptuando a los Chibchas, Guanaes y contadas tribus más, no podría decirse realmente que las otras naciones que habitaban el territorio de las hoy repúblicas de Venezuela y Colombia tuviesen una legislación propiamente dicha.

2. *Instituciones Jurídicas*. Apunta J. César Salas en su referida obra:

[. . .] Sin embargo, es digno de notarse que las tribus más bárbaras encontradas por los conquistadores tenían costumbres elevadas a la categoría de principios fijos, constantes y generalmente seguidos; cuyo cumplimiento estaba garantizado por la sanción penal de la venganza, ejercida por la autoridad suprema o por toda la tribu colectivamente. Estos principios se referían generalmente a la condición de la mujer y de los hijos en la familia, sucesión, matrimonio, penas para limitados delitos y principios de un informe derecho de gentes o internacional, en virtud del cual se establecían ciertas reglas, sin cuyo cumplimiento las tribus no podían declarar la guerra ni ajustar la paz⁴.

a) *Organización Política*. En relación con esas costumbres de obligatorio cumplimiento de que nos habla este sociólogo merideño, observamos que las instituciones que pudieron contener alguna esencia propiamente jurídica, no fueron concebidas en forma idéntica por los diversos grupos humanos que se hallaban diseminados a lo largo y ancho del territorio. Así, en lo que respecta a la *organización política*, unas tribus desconocían todo vínculo social que pudiera coartar su estado de absoluta libertad individual; tales los Caribes, quienes según Carlos Siso, poseían

² *Historia de Venezuela*. Tomo I, pág. 161.

³ *Historia de la Conquista y Población de la Provincia de Venezuela*, pág. 6.

⁴ *Tierra Firme*, Cap. II, pág. 27.

“un individualismo antisocial, sólo atemperado cuando las necesidades de la guerra los constreñía a someterse a una autoridad . . .”, ya que “el caribe no concebía más gobierno que el de su propia voluntad . . .” y “cada familia se gobernaba a su antojo . . .”⁵, afirmaciones éstas sostenidas igualmente por otros autores, entre ellos Lisandro Alvarado y Oviedo y Baños. Este último expresa que “al tiempo de la conquista era habitada esta provincia (la de Venezuela) de innumerable gentío de diversas naciones, que sin reconocer monarca superior que las dominase a todas, vivían rindiendo vasallaje cada pueblo a su particular cacique”⁶.

En la región andina la institución política pudo perfeccionarse un poco más, dada la superioridad cultural de los grupos humanos que la habitaron. Julio César Salas⁷ informa que los aborígenes de los Andes venezolanos vivían en pueblos formales y rancherías o caseríos diseminados, constituyendo tribus independientes unas de otras, que en tiempo de guerra se confederaban, pero integradas por familias que reconocían la autoridad de los principales de los pueblos o de un jefe armado afamado como valiente o que disponía de más allegados y parientes. De tal manera, el principio de la autoridad y jerarquía llegó a obtener en estas tierras una consagración mayor que en otras. En cuanto a la forma de establecerse la jefatura en este orden político, tampoco existió una norma regular, pero en la mayoría de los casos se atendía a la trasmisión hereditaria del poder.

b) *La organización familiar* se encontraba reglamentada en todos los grupos, en sus diversas instituciones componentes, mas tampoco fue uniforme esa ordenación. Así, en cuanto al matri-

⁵ *La Formación del Pueblo Venezolano*, pág. 44 y sigs.

⁶ *Historia de la Conquista y Población de la Provincia de Venezuela*, pág. 6. Cfr. sobre este punto la obra de Lisandro Alvarado *Datos Etnográficos de Venezuela*, pág. 6 y sigs.

⁷ *Etnografía de Venezuela*, pág. 118 y sigs.

monio, por ejemplo, la poligamia estaba generalizada y en algunas tribus, como los Caribes ⁸, no existía impedimento alguno para contraer matrimonio, mientras que otras, como los Salivas y Achaguas, conocieron impedimentos para celebrarlo, basados en nexos sanguíneos. En ciertos grupos existió el matrimonio por compra, especialmente en la región de la hoya del orinoco ⁹ y no dejaron de establecerse algunas formas de divorcio y repudio a la mujer.

Las *relaciones de parentesco* se originaban en los vínculos de la sangre o eran el producto de nexos de carácter social (a la manera totémica estudiada por Durkheim en otras latitudes), pero siempre se fundamentaron en costumbres fuertes y permanentes.

c) Una costumbre verdaderamente institucionalizada entre ciertos pueblos aborígenes venezolanos lo constituyó la *esclavitud*. A este respecto Acosta Saignes ¹⁰ afirma que algunos grupos Arawacos del Orinoco poseían verdaderos esclavos y que es posible que hubiesen existido también entre los Caquetíos. Lisandro Alvarado ¹¹ comparte este criterio con respecto a los Aruacos.

Federico Brito Figueroa opina, sin embargo, que la esclavitud, entendida como la propiedad absoluta de una persona y de su fuerza de trabajo bajo la vigencia del principio jurídico "*ventre esclavo engendra esclavo*", no existió entre los primitivos pobladores de Venezuela, en razón de que, aun cuando se daba la utilización compulsiva de la mano de obra de los cautivos en beneficio de los vencedores, el cautiverio era temporal y el trabajo realizado por los prisioneros no fue usufructuando sólo por

⁸ Véase Lisandro Alvarado. Ob. cit., pág. 226.

⁹ Información de Julio César Salas en *Tierra Firme*.

¹⁰ *Estudios de Etnología Antigua de Venezuela*, pág. 64.

¹¹ Véase Lisandro Alvarado, Ob. cit. pág. 169.

un grupo privilegiado económica y políticamente en el seno de la comunidad, sino que pertenecía a ésta por concepto de castigo y para resarcir los daños ocasionados por las poblaciones vencidas en la guerra ¹².

d) El *robo*, y el *adulterio*, así como algunos otros hechos considerados perjudiciales, eran castigados de manera cruel en la mayoría de las veces; debido al respeto que merecían la propiedad, la fidelidad conyugal y algunas otras costumbres.

Tampoco escapaban a cierta reglamentación las indemnizaciones que se debían por *daños* ocasionados a un miembro de una tribu; modalidades éstas sobre las cuales ha disertado ampliamente Adolfo Ernst en su obra "Los Indios Guajiros". Por último, algunas tribus tuvieron especies de colegios de fieles, que declaraban la guerra y concertaban la paz, conforme a normas de una imagen de derecho internacional; "la formalidad consagrada por el derecho de gentes de la declaración de guerra era, mal que bien, observada por los salvajes", expone Lisandro Alvarado ¹³.

En toda forma las normas que pudieron regir los modos de comportarse en la rudimentaria vida social los integrantes de los grupos indígenas que poblaron la porción geográfica ocupada hoy por Venezuela, debieron participar —en un grado menor y quizá concebidas en forma indiferenciada— de los rasgos peculiares del resto de la legislación precolombina, y por lo tanto debieron ser el producto de la tradición consagrada o la emanación de la voluntad del respectivo Soberano, ordenadas de manera sencilla y resumida, y cumplidas siempre en forma por demás rigurosa.

¹² *Población y Economía en el pasado indígena venezolano*. Cap. II.

¹³ Ob. cit.

II. EPOCA COLONIAL

3. Un panorama diferente, surge, en lo que respecta a nuestro tema de estudio, con el desenvolvimiento de la cultura hispánica.

Descubierto el continente americano, el imperio español extendió el ámbito de su jurisdicción a los nuevos dominios incorporados. Así, las leyes que regían en la península, y que eran el producto de siglos de tradición cultural jurídica, vinieron a ejercer su influencia, por mandato real y dentro del estrecho marco de posibilidades que permitían las circunstancias geográficas, sicológicas y ambientales, en los territorios y sobre las gentes del nuevo mundo indo-español.

Los inicios. Por lo que se refiere el régimen jurídico-político de los inicios de la conquista, estima Tulio Cordero que no pudo haber más leyes que las Capitulaciones hechas con el Rey por cada conquistador para el gobierno y explotación de los nuevos territorios y mares recién descubiertos. Más tarde surgieron cédulas y provisiones reales, ordenanzas y reglamentos dictados por los primeros Virreyes, Audiencias y Ayuntamientos para el gobierno y trato de los indios.¹⁴

La Colonización. Para la época de la conquista y colonización americana, se encontraban en vigencia en España un sin número de disposiciones legales, tales como *Fueros, Códigos, Ordenanzas y Reglamentos* sancionados por las Cortes y los Reyes durante un período de ochocientos años, que vinieron a ser aplicadas en las nuevas tierras junto con otras específicamente dictadas para las Indias, como lo era la *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias*, amén de numerosas *Ordenanzas y Decretos* de carácter legislativo.

4. De las normas jurídicas en cuestión, la de mayor significación "por su unidad, solidez, alteza, espléndidos contornos y

¹⁴ Véase *Archivo de Historia y Variedades*.

el primor de los materiales que sirvieron para construirla”¹⁵ es el *Código de las Siete Partidas*, comenzado a redactar en 23 de junio de 1256 y concluido probablemente siete años después. Constituye una compilación de preceptos de Derecho Romano y de las Decretales de Gregorio IX; está integrado por siete partes (de allí su denominación) y fue conocido antes del siglo XIV con el nombre de *Fuero de Leyes*, que había sido el asignado por Alfonso X, muy justamente llamado *El Sabio*, a cuya égida se debió la elaboración de este monumento jurídico.

Según Dominici, lo que de este *Código de las Siete Partidas* subsistió y llegó hasta nosotros fue el *Tratado de los Contratos y Obligaciones*, reproducido de las leyes romanas, y también las *Leyes sobre Sucesiones*, no tan perfectas como aquél¹⁶.

No comparte esta opinión Jesús Leopoldo Sánchez, quien en *Las Partidas, Código de Derecho Común y su Vigencia Americana*¹⁷ refuta tal criterio al decir que las Partidas III a VII, que son, en conjunto, un verdadero Código Civil, Penal, y de ambos procedimientos, rigieron como ley general y común en la América española durante más de tres siglos.

5. *La Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla*, que fue la colección oficial de las leyes del Derecho castellano, obedeció a la necesidad de acabar con la confusión que producía la multiplicidad de sus fuentes en vigencia, muchas de ellas de contenido contradictorio. Este cuerpo legal fue comenzado a redactar por orden de los Reyes Católicos pero sólo concluyeron los trabajos correspondientes bajo el reinado de Felipe II en 1567; sus disposiciones fueron tomadas del Ordenamiento de Alcalá, del de Díaz de Montalvo y del Fuero Real e incluye íntegramente las

¹⁵ Aníbal Dominici. *Comentarios al Código Civil*. Tomo I, pág. VIII.

¹⁶ Ob. cit. Tomo I.

¹⁷ Separata del Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, N° 25.

Leyes de Toro. Su contenido es muy amplio, ya que consta de doce libros, subdivididos en títulos y éstos en leyes, con un total de cuatro mil. La recopilación rigió también en la América colonial, conforme lo había ordenado en 1530 el Emperador Carlos V, al establecer que debían ser guardados en los dominios de las Indias las Leyes de Castilla.

6. *La Novísima Recopilación de las Leyes de España*, que alcanzó la sanción oficial en 1805 y rigió no sólo en España sino también en América, antes y después de la Independencia, se basó principalmente en las disposiciones de la Nueva Recopilación. Su aplicación resultó sumamente difícil debido a la forma como fue elaborada, que con frecuencia dio origen a contradicciones y “su promulgación no hizo disminuir la autoridad doctrinal de las *Partidas*, que durante toda la Edad Moderna había venido siendo la Fuente del Derecho más consultada tanto por los juristas de las Metrópoli como por los letrados y Oidores de las Audiencias de las Indias”¹⁸.

7. Atención especial merece la *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias* que tuvo su origen en las Células, Provisiones, Cartas, Ordenanzas, Instrucciones, Autos de Gobierno y otros Despachos dictados por los reyes de España desde el principio del descubrimiento hasta la terminación material de la dominación en América.

Fue comenzada en el siglo XVI a instancias de Carlos V y con el interés de Felipe II y su impresión fue ordenada en 1680. Consta de unas diez mil leyes agrupadas en nueve libros. En su elaboración intervinieron, además del Rey, otros organismos e instituciones, como el Consejo de Indias, los Virreyes, las Audiencias, los Cabildos, etc., y reguló toda clase de materias, desde la *fe católica* (Libro I, Título I) hasta los *Consulados* de Lima y México (Libro IX, Título XXXXVI).

¹⁸ J.M. Ots. Capdequí. *Manual de Historia del Derecho Español en las Indias*, pág. 86 y sigs.

Sobre el contenido general de las leyes que integran este voluminoso texto jurídico, que es el primero que realmente pretende interpretar la realidad social americana, expresa Silva Michelena: “el espíritu que animó a los hombres que trabajaron en las Leyes de Indias fue eminentemente de preocupación social [...]” En este sentido es interesante mencionar el interés de los Monarcas españoles en la recopilación de datos sociales, como se evidencia de la Cédula de San Lorenzo el Real, promulgada en 1572. Allí se encargó a los españoles investigar “la religión, gobierno, ritos y costumbres que los indios han tenido, y tienen y la descripción de la tierra, naturaleza y calidad de las cosas de ella”¹⁹.

En similar sentido se expresa Tulio Febres Cordero cuando apunta

En honor a la verdad, conviene hacer justicia a los Reyes de España cuanto a sus leyes en favor de los indios para ampararlos y promover su civilización y cultura, leyes paternas y de espíritu humanitario.²⁰

Nada puede llevar a negar rotundamente que los redactores de la *Recopilación de las Leyes de Indias*, de acuerdo con la mentalidad de la época, pensaran en adaptar a la realidad americana los dictados de tal compilación, toda vez que desde tiempo atrás la legislación indígena formaba parte del Derecho Español de Indias. Al efecto, el Emperador Carlos V, en 1555, según Real Decreto dado en Valladolid, aprobó, confirmó y mandó guardar y cumplir las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía, en cuanto no fuesen opuestas a la Religión y a las leyes dictadas por España después de la conquista.

¹⁹ J.A. Silva Michelena. *El estado actual de las Ciencias Sociales en Venezuela*, pág. 7.

²⁰ Ob. cit., Tomo III, pág. 294.

Por otra parte, dentro del contexto de la propia Recopilación, leemos en la Ley 4ª, Título I del Libro II:

Ordenamos y mandamos, que las leyes y buenas costumbres, que antiguamente tenían los Indios para su buen gobierno y policía, y sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son cristianos, y que no se encuentran con nuestra Sagrada Religión, ni con las Leyes de este libro, y las que han hecho y ordenado de nuevo se guarden y executen [. . .]

la cual se complementa con las disposiciones contenidas en la Ley 22, Título II del Libro V, que reza:

Los Gobernadores y justicias reconozcan con particular atención la orden y forma de vivir de los Indios, policía, y disposición en los mantenimientos, y avisen a los Virreyes o Audiencias, y guarden sus buenos usos, y costumbres en lo que no fueren contra nuestra sagrada religión [. . .]²¹

lo que nos indica a las claras la intención verdaderamente social de los redactores de la compilación, que se ratifica en la Ley 5 del propio Título I del Libro II, donde se establece que, las leyes que fueren en favor de los Indios se ejecuten sin embargo de apelación, en atención al deseo de conservar y acrecentar las Indias, mediante el buen tratamiento de los aborígenes. Igualmente en las Leyes 24, 25, 26 y 27 del Título II del citado Libro V, se persigue librar a los indios de las molestias y vejaciones de sus caciques, evitar que sean apremiados a hacer ropa para los funcionarios españoles, impedir que se sirvan de ellos sin pagarles e igualmente evitar que se sirvan de los indios que estuvieren incorporados a la Corona.

No obstante todo lo apuntado, en lo referente a la aplicación de las disposiciones de este cuerpo de leyes en las entonces llamadas Indias, es de hacer notar que no fue mucha la observancia dada a la tal compilación, ya que sus dictados, en muchos aspectos, se oponían a la cruda realidad del nuevo mun-

²¹ Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias.

do y los funcionarios encargados de su ejecución raras veces las cumplían.

Podemos apuntar entonces, como conclusión, que en la época colonial estuvimos regidos, en general, por leyes que no respondían a la realidad social reinante y ello porque no podían hacerlo; las normas jurídicas de obligatorio cumplimiento para los colonos españoles y habitantes autóctonos habían sido producidas, en su mayor parte, por mentalidades españolas y de acuerdo predominantemente a sus intereses, opuestos en la inmensa mayoría de los casos a los de los indígenas, a pesar de la buena voluntad que pudiera asistir a los Monarcas hacia estos. Los rezagos de legislación indígena poco se tomaron en cuenta en la realidad, no obstante los mandatos de los Reyes; y las disposiciones a favor de los aborígenes contenidas en la legislación española de Indias, nunca fueron cumplidas a cabalidad, toda vez que se encontraban en contradicción con las costumbres implantadas por los conquistadores, de suyo injustas en grado sumo para con los naturales. Referencias en este último sentido encontramos en las narraciones hechas por algunos Cronistas de Indias y otros escritores de la época ²².

III

EPOCA REPUBLICANA

8. *Generalidades.* Todas las leyes a las que antes se ha hecho mención estuvieron en vigencia simultáneamente en la Capitanía General de Venezuela y, como muy bien apunta Dominici,

²² Rafael María Baralt, en su *Historia de Venezuela*, apunta que: *Venezuela era la que menos interés les inspiraba (a los Ministros de Carlos V encargados de los negocios de las Colonias) y así no sólo fueron más tardíos e imperfectos los establecimientos que en ella se interesaron, sino que la suerte de la tierra y de los habitantes apenas mereció cuidados del gobierno, ni la atención de los particulares. Un decreto del monarca autorizó a los españoles para reducir a esclavitud, sin excepción, a todos los indígenas que se opusieran a la conquista. A mayor abundamiento, veáse por ejemplo, las obras de Fray Bartolomé de Las Casas, *Historia de las Indias*, Libro III y especialmente el Cap. 3 y sigs. y los Caps. 44, 62, 82 y sigs.; y *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*".*

[...] crecimos como Colonia de España y pasamos a la vida política independiente bajo el régimen de las antiguas leyes españolas, a cuya observancia continuamos sometidos durante casi medio siglo desde nuestra emancipación [...] ²³

esto último debido principalmente a que los legisladores de la nación ya libre de la dominación extranjera, atendieron fundamentalmente a la organización política y administrativa de la nueva República. Al efecto, es de hacer notar que es sólo en 1836 cuando se aprueba y manda a ejecutar un Código de Procedimiento Judicial pero desde la fecha de nuestra emancipación hasta ese momento habían regido cuatro textos constitucionales.

9. *Constituciones Políticas*. En nuestras primeras cartas fundamentales se encuentra reflejado el pensamiento político de los hombres que las inspiraron pero no aparecen en ellas, plasmadas en su realidad integral, las soluciones congruentes a las necesidades sociales que urgían de satisfacción adecuada.

El propio Libertador, en su mensaje al Congreso de Angostura el 15 de febrero de 1819, se hacía eco de ese alejamiento de la realidad ambiental de nuestros textos constitucionales iniciales, cuando exponía:

Cuanto más admiro la excelencia de la Constitución Federal de Venezuela, tanto más me persuado de la imposibilidad de su aplicación a nuestro Estado [...]. ¿No sería muy difícil aplicar a España el Código de Libertad política, civil y religiosa de Inglaterra? Pues aún es más difícil adaptar a Venezuela las leyes del Norte de América [...] ²⁴

En este mismo discurso el Libertador se pronuncia también por la necesidad de modificar nuestra legislación en general de entonces y, al respecto, dice:

²³ *Comentarios al Código Civil Venezolano*, pag. IX y X del Prefacio.

²⁴ Discurso al Congreso de Angostura.

He pedido la corrección de los más lamentables abusos que sufre nuestra judicatura, por su origen vicioso en el piélago de Legislación Española que, semejante al tiempo, recoge de todas las edades y de todos los hombres, así las obras de la demencia como las del talento, así las producciones sensatas, como las extravagantes, así los monumentos del ingenio, como los del capricho. Esta Enciclopedia Judiciaria, monstruo de diez mil cabezas que hasta ahora ha sido el azote de los pueblos españoles, es el suplicio más refinado que la cólera del Cielo ha permitido descargar sobre este desdichado Imperio [. . .];²⁵

y era que la República se hallaba bajo el influjo de un tremendo caos legislativo ante la existencia de numerosas y a veces contradictorias normas legales que se aplicaba muchas veces sin orden ni concierto.

10. *Orden de prelación legal de 1825*. Como un paliativo al estado de cosas reinante en el campo legislativo, el Congreso de Colombia, en 1825, estableció el orden de prelación en la aplicación de las leyes vigentes y lo hizo de la manera siguiente:

- a. Leyes decretadas o que en lo sucesivo decretare el Poder Legislativo;
- b. Leyes pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y ordenanzas del Gobierno español sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808, que estaban en observancia bajo el mismo Gobierno español en el territorio que formaba la República.
- c. Leyes de la Recopilación de Indias;
- d. Leyes de la Nueva Recopilación de Castilla;
- e. Leyes de Las Siete Partidas.

Significaba esto que, transcurridos más de cinco lustros del siglo XIX, aún se consideraba necesario acudir, para dilucidar problemas de índole jurídica, a normas antiquísimas y desvincu-

²⁵ Ibidem.

ladas casi completamente de nuestro medio social, como que habían sido fraguadas en un crisol social muy diferente al venezolano de la etapa republicana.

11. *Disolución de la Gran Colombia.* Producida la separación de Venezuela como consecuencia de la disolución de la Gran Colombia, se promulga en 1830 la Constitución Política que va a regir los destinos de la nueva República.

En el sentir de algunos autores, las instituciones políticas consagradas en este texto fundamental garantizaron el orden y la paz por un período relativamente largo, debido a la forma centro-federal adoptada para la organización político-administrativa de la nación, que era la más conveniente por constituir la más cónsona con la realidad imperante.

12. *Intentos de legislación civil.* No se puso idéntico empeño en dotar a la República de una legislación civil idónea y conveniente. Refiriéndose a esta situación, observaba Nicomédes Zuloaga a fines del pasado siglo que “si en el orden político la Nación podía considerarse ya definitivamente organizada, no sucedía así con las leyes civiles, que poseía y que eran un verdadero caos”²⁶. En efecto, era la legislación española la que se aplicaba y se hacía esto en un pueblo que, al decir del propio autor citado, “estaba inspirado en ideas muy distintas a las que informaron aquella”²⁷.

En virtud de tales circunstancias, ese mismo año fueron designadas por el Congreso de la República tres comisiones para que redactasen los Códigos Penal, de Procedimiento Criminal y Ley de Jurados. Estas comisiones a nada llegaron en su cometido.

En 1834 Diego Bautista Urbaneja solicita del congreso que se proceda a redactar nuevas leyes, lo que se ordena en 1835. Al

²⁶ Prólogo a la edición de Leyes y Decretos de Venezuela, pág. IV.

²⁷ Ibidem.

efecto, se decreta formar cuatro proyectos de Códigos, a saber: Civil, Criminal, de Comercio y Militar, con sus respectivos Procedimientos. Fue nombrada una nueva comisión de cinco miembros para llevar adelante el proyecto de codificación pero, al igual que las anteriores, nada presentó en concreto.

En 1836 el Licenciado Francisco Aranda presenta al Congreso un proyecto de Código de Procedimiento Judicial, muy claro y sencillo, que fue aprobado por el poder legislativo. Ha sido este Código el primer texto legal auténticamente patrio que rigió en la República en el campo de la legislación no político-constitucional.

13. *Orden de prelación legal de 1838.*

El Código de Aranda fue reformado en 1838 y en su Título XII, Artículo 1.º, se fijó el orden en que las leyes debían ser observadas, así:

- a. Las decretadas o que en lo sucesivo decretare el Poder Legislativo;
- b. Las decretadas por el Congreso de Colombia hasta 1827, inclusive;
- c. las Pragmáticas, Cédulas, Ordenes, Decretos y Ordenanzas del Gobierno español sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808, que estaban en observancia bajo el mismo gobierno español en el territorio que formaba la República;
- d. Las leyes de la Recopilación de Indias;
- e. Las Leyes de la Nueva Recopilación de Castilla;
- f. Las Leyes de Las Siete Partidas.

En 1840 el Congreso nombra nuevamente una Comisión de tres miembros, integrada por Francisco Aranda, Francisco Díaz y Juan José Romero, con el fin de que redactasen otros Códigos. Los designados presentan en 1842 los primeros dos libros del

Código de Comercio y en el siguiente año presentan los dos restantes. Sin embargo, el Congreso no consideró el texto producido.

Posteriormente, en 1854, el doctor Julián Viso somete a consideración de las Cámaras un proyecto de Código Civil, que tampoco fue estudiado en su seno.

En 1857 el Ejecutivo designa una Comisión con el fin de que redactase leyes, pero ésta nada efectivo hace. Igual cosa ocurre en 1860 con otra Comisión nombrada también por el Poder Ejecutivo.

En 1861 una Junta de Comerciantes de Caracas auspicia la redacción de un nuevo Código de Comercio, y designada como lo fue una Comisión al efecto, ésta presenta un Código sobre la materia, que no es otro, que el de 1843, revisado. Este texto legal fue aprobado y mandado a ejecutar en 29 de agosto de 1862.

Este Código de Comercio tuvo por modelo el proyecto francés de 1808 y recibió influencias de la legislación que para entonces regía en Venezuela, que no era otra que la contenida en las Ordenanzas de Bilbao, dictadas durante el lapso comprendido entre 1560 y 1737 y que, a su vez, estuvieron influidas por las Ordenanzas francesas sobre la materia.

En el mismo año insiste el doctor Viso con un proyecto de Código Civil, que es calurosamente acogido y promulgado el 28 de octubre del propio año. Sobre este texto legal, que tuvo por modelo el Código chileno, expresa Dominici:

Este Código fue compuesto parte de leyes españolas, parte de las contenidas en el Código Napoleón, y se distingue por la profusión de definiciones, explicación de palabras y exposición de principios que recargan el texto. [...]

y al referirse a su estructura, estima que

[...] tiene el inconveniente de facilitar la reforma parcial del Código, que no debe nunca favorecer el legislador para preservar

la unidad del conjunto y la armonía del todo contra el peligro de enmiendas fraccionarias [...] ²⁸

El Código de Procedimiento Judicial de 1836 reformado en 1838, rigió hasta el año de 1863, cuando se promulgó uno nuevo y, promulgados el 19 de abril de ese mismo año los Códigos Penal (basado fundamentalmente en el Código español de 1850 con la inclusión de algunas instituciones del Código francés de 1810) y de Procedimiento Criminal, cuyos proyectos habían sido presentados por Viso, se complementaba la codificación fundamental de la República.

Todas estas leyes, no obstante haber sido redactadas por venezolanos de espíritu nacionalista y patriótico, no pudieron reflejar cabalmente las necesidades sociales y las soluciones adecuadas al efecto y ello es obvio. La cultura jurídica patria fue legada por España y era ella la que marcaba con su huella el desarrollo legislativo en general, a pesar de los deseos de nuestros legisladores tendientes a buscar nuevas fuentes de inspiración jurídica, más acordes con la nueva situación que vivía el país.

14. *Vicisitudes de nuestra legislación a partir de 1863.* Comenzaba así el trabajo legislativo patrio, que va a encontrarse en su desenvolvimiento con las incompresiones, desafueros e inconstancias de los autócratas de turno que, no contentos con pretender imponer nuevas modalidades a sus gobiernos —que a la larga serán siempre las mismas de sus antecesores en el ejercicio del poder— derogan inconsultamente cuanta disposición legal existe, en un infantil deseo de borrar toda huella del mandatario anterior.

Así, el 8 de agosto de 1863, sólo tres meses y medio después de haberse terminado la legislación fundamental del país, el Mariscal Juan Crisóstomo Falcón, para entonces General en Jefe Provisional de la República, declaró nulas y sin ningún valor las disposiciones legislativas dictadas con posterioridad al día 15 de

²⁸ Comentarios al Código Civil Venezolano, Prefacio.

marzo de 1858, con sola excepción del Código de Comercio. En consecuencia, caímos nuevamente bajo el imperio de leyes españolas, las que nos rigieron durante algunos años.

Al hablar de la determinación del para entonces Jefe de Estado, al derogar las leyes vigentes, decía Nicomédes Zuloaga en 1896:

[...] Decreto suicida fue ese, como otros iguales dictados con posterioridad, hijos sólo de la pasión de partido, que convierte en trabajo de Sísifo nuestro desenvolvimiento nacional, pues cada bando y aún cada gobernante, al subir al Poder, destruye la obra de su antecesor para atribuirse tontamente la gloria de su autor, rehaciéndola.²⁹

En 1867 volvió el Congreso a comenzar la labor de redacción de leyes y, en efecto, fueron promulgadas algunas. Sin embargo, poco después, Guzmán Blanco, en el ejercicio del Poder, dicta un Decreto en fecha 27 de abril de 1870, similar en su contenido y alcances al dictado antes por Falcón.

En 1872 y por iniciativa del propio Guzmán —actuando en esto conforme lo dicho por Zuloaga— son nombradas comisiones para que se aboquen a la redacción de algunos Códigos y el 27 de abril de 1873, o sea, tres años después de haberse dictado el Decreto que derogaba las leyes vigentes, comienzan a regir los Códigos Civil, Penal y Militar y sus respectivos procedimientos.

Sobre el primero de ellos, que tomó por modelo el italiano, dice Dominici que “marca época verdaderamente en la historia de nuestra legislación nacional”.

²⁹ Prólogo a *Leyes y Decretos de Venezuela*.

IV.
*NUESTRA ACTUAL LEGISLACION
SUS CARACTERISTICAS*

15. En la aspiración de plasmar en nuestras leyes esa realidad social que le da origen y hacia la cual han de dirigirse luego, es obvio que pretendamos lograr mucho más de lo hasta ahora conquistado, en la esperanza de obtener una legislación sincera que deseche algunas peculiaridades que actualmente posee la ley nacional y que, por negativas, ningún beneficio aportan. De algunas de esas características, haremos mención a continuación.

a) *Influencias extranjeras.* Nuestra legislación fundamental ha estado inspirada, por lo general, en Códigos extraños a la idiosincrasia criolla. Esto ha traído como consecuencia, muchas veces, un divorcio entre la realidad social y los principios jurídicos contenidos en las leyes, con los consiguientes problemas que surgen al momento de aplicarse la norma jurídica.

b) *Alejamiento de la realidad social.* Otras veces se redactan instrumentos legales que, sin ser copia de otros de pueblos extraños, sin embargo, no son capaces de interpretar cabalmente la realidad de nuestra tierra, bien por el apresuramiento con que son producidos —motivado en muchas oportunidades por circunstancias del momento— bien por falta de conocimiento exacto del alma nacional, o ya por errada interpretación sociológica de la vida y de la historia venezolana. De allí los inconvenientes que en no pocos casos se presentan en el campo legal, lo cual conduce en ocasiones a la necesidad imperiosa de modificar urgentemente el texto legal promulgado.

Sobre esta circunstancia disertaba ya enjundiosamente el doctor Pedro Manuel Arcaya en 1916, cuando dirigía las reformas del Código Civil, al expresar: “todo progreso legislativo, para que lo sea en la realidad de las cosas, debe corresponder al estado de la sociedad donde se le quiere implantar”³⁰ y es que las

³⁰ Exposición al Código Civil de 1916.

leyes que rijan en una sociedad deben ser el reflejo jurídico evidente de esa comunidad, si han de aspirar a que cumplan con la misión para la cual son dictadas. En este orden de ideas afirma Caultet³¹ que el conjunto de las instituciones jurídicas de una sociedad, en una época cualquiera de su evolución, forma como el esqueleto de esa sociedad en la época considerada.

Culpa grave puede adjudicarse, en lo que se refiere a esta característica de nuestra legislación, al desprecio que por nuestras normas legales manifiestan, no sólo los gobernados, sino, lo que es más grave, los mismos gobernantes en muchas ocasiones. Esta circunstancia ha contribuido poderosamente a entorpecer nuestro desarrollo cívico, con las naturales y nefastas consecuencias en los ordenes político y social.

c) *Revisión Constante.* Característica muy importante en el desenvolvimiento de nuestro proceso legislativo la constituye la constante revisión de los textos legales fundamentales, hecha con el fin de ir amoldando a las exigencias del panorama socio-jurídico nacional el contenido de los mismos.

Nuestros Códigos han sido reformados paulatinamente, cuando se ha estimado que las necesidades así lo reclaman, pero es lamentable observar cómo muchas veces esa estimación se ha hecho en forma apresurada, incorrecta o interesada, de donde la revisión ha resultado contraproducente.

No obstante, desde el punto de vista estrictamente práctico, esta característica podría ser —y en algunos casos lo ha sido— sumamente útil, ya que puede proporcionar en forma rápida y sencilla una adecuación de las leyes a las exigencias de la realidad social.

Esta característica ha hecho decir a un jurista argentino, a propósito de la promulgación del Código Civil de 1492, lo siguiente:

³¹ Cit. por J.R. Mendoza en *Curso de Sociología*, Tomo II, pág. 183.

Nuestros hermanos del Caribe no han esperado setenta y cinco años para mejorar sus instituciones: periódicamente las revisan y cuando hay mucho que modificar, prefieren rehacer los ajustes, pieza por pieza, hasta dar cima a la engorrosa labor, evitándola a jueces y comentaristas. Que esto sea o no un *código nuevo*, debe interesarles poco, cuando así logran precisión y estabilidad ³².

³² Héctor Lafaille. Prólogo (pág. IX) de la edición del Código Civil de 1942 anotado por A. Pulido Villafañe.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ACOSTA SAIGNES, Miguel: *Estudios de Etnología Antigua de Venezuela*. Ediciones de la Biblioteca de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1961.
- ALVARADO, Lisandro: *Datos Etnográficos de Venezuela*. Talleres Artes Gráficas E.T.I., Caracas, 1945.
- ARCAYA, Pedro M.: *Estudios de Sociología Venezolana*. Prólogo de L. Valleni-lla Lanz. Editorial Cecilio Acosta, Caracas, 1941.
- BARALT, Rafael María: *Historia de Venezuela*. Volumen I de sus obras completas editadas por la Universidad del Zulia, Maracaibo, 1960.
- BELLO LOZANO, Humberto: *Historia de las fuentes e instituciones jurídicas venezolanas*, Librería La Lógica, C.A., Caracas, 1966.
- BOLÍVAR, Simón: *Discurso al Congreso de Angostura*. Obras completas. Edición del Ministerio de Educación Nacional. Compilación y notas de Vicente Lecuna, con la colaboración de Esther Barreto de Nazaris. Editorial Lex, La Habana, 1947.
- BRITO FIGUEROA, Federico: *Población y Economía en el pasado indígena venezolano*. Ediciones Historia, Caracas, 1962.
- DOMINICI, Aníbal: *Comentarios al Código Civil Venezolano*. Ediciones Juventud Católica Venezolana, Caracas, 1951. Reproducción foto-offset de la primera edición de 1897.
- FEBRES CORDERO, Tulio: *Archivo de Historia y Variedades*. Tomo II de la edición conmemorativa hecha por la Gobernación del Estado Mérida. Prólogo de Rafael Caldera. Editorial Antares, Bogotá, 1960.

LAFAILLE, Héctor: "Prólogo" a la edición del *Código Civil de 1942* anotado por Antonio Pulido Villafañe. Editorial Andrés Bello Caracas, 1944.

MENDOZA T., José Rafael: *Curso de Sociología*. 2 T. Tercera Edición. Gráficas Marsiega, S.A., Madrid, 1960.

OTS-CAPDEQUI, J.M.: *Manual de Historia del Derecho español en las Indias y Derecho propiamente Indiano*. Prólogo de Ricardo Levene. Editorial Losada, Buenos Aires, 1945.

OVIEDO Y BAÑOS, José: *Historia de la Conquista y Población de la Provincia de Venezuela*. Reproducción facsimilar de la edición hecha en Caracas en 1824 por Domingo Navas Espínola. Homenaje de la Colonia Americana a Venezuela. Edición hecha a iniciativa de Paul Adams. Nueva York, 1940.

SALAS, Julio César: *Los Indios Caribes*. Talleres Gráficos Lux. Barcelona, 1921.
Etnografía de Venezuela. Edición de la Universidad de Los Andes. Mérida, 1956. Prólogo de J. L. Salcedo Bastardo.

SÁNCHEZ, Jesús Leopoldo: "Las Partidas, Código de Derecho Común y su vigencia americana". Separata del *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 25. Empresa "El Cojo", Caracas, 1963.

SANOJO, Luis: *Instituciones de Derecho Civil Venezolano*. Reimpresión de la primera edición hecha en la Imprenta Nacional en Caracas en 1873. Gráficas Sebastián, Madrid, 1954.

SILVA MICHELENA, J. A.: *El estado actual de las Ciencias Sociales en Venezuela*. Publicación N° 11 del Centro Latino-Americano de Investigaciones en Ciencias Sociales. Rio de Janeiro, Brasil, 1960. Presentación de L.A. Costa Pinto.

SISO, Carlos: *La formación de pueblo venezolano*. Editorial García Enciso, Madrid.

ZULOAGA, Nicomedes: "Prólogo" a la edición de *Leyes y Decretos de Venezuela*. Caracas, 1896.

CÓDIGOS Y LEYES

Código Civil de Venezuela. Edición Oficial. Imprenta Nacional, Caracas, 1982.

Constitución de la República de Venezuela. 1961. Paz Pérez, C.A. Editor. Caracas, 1971.

Las Siete Partidas del Rey Alfonso el Sabio. Casa de Jaun Hafrey, 1611.

Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias. Consejo de la Hispanidad. Gráficas Ultra, S.A. Madrid, 1943.

NOTAS Y COMENTARIOS

NOTAS SOBRE EL MANDATO
EN EL DERECHO ROMANO

Hernando Grisanti Aveledo

A mi Maestro D. Juan Iglesias

I *Concepto*

El mandato (*mandatum*) es un contrato en virtud del cual una de las partes (el mandante) confía un encargo a la otra (el mandatario), quien se obliga a cumplirlo gratuitamente.

II *Etimología*

Mandatum proviene de *manum dare* (dar la mano). Al estrechar la mano de otra persona, se ponía en ella la confianza y el poder.

El mandato tiene origen amical. Es, en esencia, un favor hecho a un amigo. ¡Cuán lejos de la *amicitia* romana está la “amistad” de nuestra hora, concebida como provecho antes que como servicio!

III *Utilidad*

El mandato permite, como anotan los autores, la *ubicuidad jurídica*, pues que la *de facto* es imposible. Gracias a este contrato el mandante puede celebrar personalmente un negocio jurídico en cierto lugar y, al mismo tiempo, otro u otros en diversos sitios, mediante uno o varios mandatarios. Por otra parte, el mandato hacía posible a la persona aquejada de algún impedimento físico la realización de *negotia* que no habría podido efectuar por sí misma.

IV *Naturaleza*

El contrato de mandato tiene los siguientes caracteres:

1. *Consensual*, porque se perfecciona con el simple consentimiento de las partes.

2. *Bilateral o sinalagmático imperfecto*. Inicial y necesariamente sólo engendra obligaciones a cargo del mandatario; mas eventualmente puede resultar obligado el mandante.

3. *A título gratuito*, como que el mandatario no percibe remuneración alguna. De lo contrario, podría haber *arrendamiento de servicios*, si la remuneración consiste en una suma de dinero, o *contrato innominado*, cuando tal remuneración se traduce en una cosa distinta del dinero.

4. *De Derecho de gentes*. Como tal, está al alcance de ciudadanos romanos y peregrinos.

5. *De buena fe*, porque en su interpretación pueden intervenir consideraciones de equidad.

6. *Principal*, pues que tiene existencia autónoma, esto es, su celebración no supone necesariamente la preexistencia de otro contrato.

7. *Nominado*

8. *Intuitus personae*, puesto que se celebra en atención a las cualidades personales del otro contratante.

V *Elementos esenciales:*

1. *El consentimiento de las partes*, condición necesaria y suficiente para el perfeccionamiento de los contratos consensuales.

2. *Objeto lícito*. El encargo de cometer *delicta*, como es obvio, no podía ser materia del mandato.¹

3. *Ausencia de remuneración*. En Roma, la gratuidad es elemento esencial del *mandatum*.²

¹ Vid. Art. 83 del Código Penal venezolano.

² Vid. Arts. 1.684 y 1.686 del Código Civil venezolano. En nuestro Derecho, la gratuidad es sólo un *elemento natural* del mandato.

4. Interés jurídico del mandante. El encargo dado en interés exclusivo del mandatario es un simple *consilium* (consejo), carente de fuerza obligatoria.

VI *Diversas especies:*

1. *Especial*, otorgado para uno o varios actos *individualizados*.

2. *General*, conferido para todos los negocios del mandante³. En principio, el mandatario únicamente podía administrar; para enajenar, requería autorización expresa del mandante. Quien no podía enajenar no tenía facultad para transigir.⁴

VII *Obligaciones*

Como quiera que el mandato es un contrato sinalagmático imperfecto, las obligaciones del mandatario no pueden faltar, pero las del mandante son puramente circunstanciales.

1. *Obligaciones del mandatario:*

a) Ante todo, debe *ejecutar el encargo*⁵ dentro de los límites fijados por el mandante.

Si el mandatario compraba una cosa por precio superior al convenido con el mandante, los sabinianos entendían que no había cumplido el mandato y, en consecuencia, que el mandante no estaba obligado a recibir la cosa, ni siquiera por el precio acordado. Por lo contrario, los proculeyanos, con mejor criterio, estimaban que el mandante podía ser obligado a aceptar la cosa por el precio convenido, quedando a cargo del mandatario la pérdida de la diferencia. Justiniano consagró la solución de los proculeyanos. Si, en cambio, el mandatario adquiría la cosa por un precio inferior al ajustado con el mandante, la disminución

³ *Vid.* Art. 1.687 del C.C. Ven.

⁴ *Vid.* Art. 1.688 del C.C. Ven.

⁵ *Vid.* Art. 1.692 del C.C. Ven.

de precio favorecía al último. No se olvide que el mandato se celebra en favor del mandante.

b) El mandatario debe dar cuenta de su gestión al mandante.⁶ Si el primero ha adquirido bienes, debe transferir su propiedad al segundo, mediante la *mancipatio* o *in iure cessio*, si las cosas eran *mancipi*; o en virtud de la *traditio*, cuando se trataba de *res nec mancipi*. El mandatario responde por su dolo y su culpa, pese a que el mandato tiene por norte el beneficio del mandante, en vista de la especial confianza que éste ha puesto en el mandatario.⁷

2. *Obligaciones eventuales del mandante.* En su caso, debe reembolsar al mandatario los gastos hechos por causa del cumplimiento del mandato, así como indemnizarlo de las pérdidas que haya experimentado por el mismo motivo.⁸

VIII. *Acciones*

Cuando es menester, el mandante tiene contra el mandatario la *actio mandati directa*, la cual, si resulta procedente, acarrea *tacha de infamia*. A su vez, el mandatario tiene contra el mandante, cuando hubiere obligaciones a cargo de éste, la *actio mandati contraria*, que no entraña nota de infamia.

IX *Relaciones con los terceros*

En principio, no había relaciones entre el mandante y los terceros que contrataban con el mandatario. Sólo existían relaciones entre el mandante y el mandatario, y entre éste y los terceros. Esta regla estricta, además de incómoda, resultaba inconveniente para el mandante y los terceros, sobre todo por la posible insolvencia del mandatario.

⁶ Vid. Art. 1.964 del C.C. Ven.

⁷ Vid. Art. 1.963 del C.C. Ven.

⁸ Vid. Arts. 1.699 y 1.700 del C.C. Ven.

La solución razonable vino de la mano del Derecho pretoriano, en el cual se amigaban la *prudentia* y la lógica. En efecto, cuando un *paterfamilias* encargaba una gestión a su *filiusfamilias* o a su esclavo (*institor*), el pretor permitió que el tercero ejerciera contra el *pater la actio institoria*. Más tarde, por generalización, se otorgó a los terceros que habían tratado con el mandatario, la *actio quasi institoria* o *institoria utilis* contra el mandante. Por su parte, el mandante tenía contra los predichos terceros, sin necesidad de que el mandatario le cediese sus acciones contra ellos, una *actio* otorgada *utilitatis causa* (por causa de utilidad). Tales soluciones recibieron el beneplácito de Justiniano.

X Extinción ⁹

El mandato se extingue:

1. Por el cumplimiento del encargo o la imposibilidad de ejecutarlo.
2. Por el cumplimiento del plazo, cuando se ha otorgado por tiempo determinado.
3. Por mutuo disenso.
4. Por revocación. La revocabilidad *ad libitum* por parte del mandante es de la esencia del mandato. ¹⁰
5. Por renuncia del mandatario. Si la renuncia es intempestiva o fraudulenta, el mandatario debe reparar el daño causado al mandante. ¹¹
6. Por muerte del mandante o del mandatario. Recuérdese que el mandato es un contrato *intuitus personae*.

Valencia, Navidad de 1989.

⁹ Vid. Art. 1.704 del C.C. Ven.

¹⁰ Vid. Arts. 1.706 y 1.708 del C.C. Ven.

¹¹ Vid. Art. 1.709 del C.C. Ven.

PAGARE EN DOLARES
DEL BANCO CENTRAL DE VENEZUELA
PARA EL PAGO DE LAS CARTAS DE CREDITO
(ALGUNAS CONSIDERACIONES JURIDICAS)

Julio Rodríguez B.

INDICE

- I Introducción*
- II Características de los títulos*
- III Usos que se pueden dar a los títulos*
- IV Consideraciones jurídicas*
 - 4.1. Fundamento legal de la emisión y características de los pagarés.
 - 4.2 El pagaré en la legislación venezolana.
 - 4.3 Problemas de los pagarés en dólares en cuanto a:
 - 4.3.1. Causa.
 - 4.3.2. Interés.
 - 4.3.3. Endoso.
- V Conclusiones*
- VI Bibliografía*

INTRODUCCION

El Convenio Cambiario N° 1, publicado en la Gaceta Oficial 34177 de fecha 13 de Marzo de 1989 (Cláusula Vigésima Cuarta N° 2) establece el uso de títulos de crédito (en sustitución de las divisas) en los siguientes casos:

1. Importaciones amparadas por cartas de crédito abiertas por Bancos Nacionales, respecto a las cuales hubiera vencido el plazo para que el Banco Central entregara las divisas.
2. Importaciones pagaderas mediante mecanismos diferentes a cartas de crédito (por ejemplo transferencias), pero respecto a las cuales hubiera vencido el plazo para que el BCV entregara las divisas.*

El BCV entrega los pagarés previo pago del contravalor en bolívares que resultare de aplicar los tipos de cambio indicados en el numeral 1 de la Cláusula Vigésima Cuarta del Convenio ya indicado.

*No obstante, el B.C.V. decidió no utilizar el mecanismo de pagarés sino para las importaciones amparadas por cartas de crédito.

II
CARACTERISTICAS GENERALES
DE LA EMISION DE TITULOS DENOMINADOS EN US \$,
POR PARTE DEL BANCO CENTRAL DE VENEZUELA

Instrumento utilizado: Pagaré a la orden.

Monto de la emisión: 2.400 millones de dólares.

Emisor: Banco Central de Venezuela.

Descripción: Pagarés transferibles mediante endoso, emitidos por el B.C.V. para el pago de las obligaciones a que se refiere la parte introductoria de este trabajo.

Vencimiento: Hasta treinta y seis (36) meses. El mecanismo utilizado establecía que el monto a entregar a los clientes podía distribuirse en pagarés con vencimientos individuales por un período de treinta y seis (36) meses consecutivos.

A los fines de la cancelación del capital, los bancos tramitadores deberán presentar los pagarés correspondientes al cobro por ante el BCV con una anticipación de siete (7) días hábiles bancarios, por lo menos al vencimiento de los mismos, salvo que dichos pagarés se encuentren en custodia del B.C.V.

Tasas de Interés: Libor (+) 7/8 en base a trescientos sesenta (360) días, pagadero mensualmente. Esta tasa se determina con dos (02) días hábiles bancarios de anticipación al inicio de cada mes, tomando como base la cotización sobre depósitos a treinta (30) días que obtenga de tres (3) bancos de primera clase en la ciudad de Londres.

Entrega de los títulos: Son entregados a cada importador, a través del Banco Nacional que le tramitó la Carta de Crédito.

Precio y rendimiento: Está en relación con los precios que para un momento determinado puedan existir para papeles similares emitidos por organismos oficiales.

En todo caso el precio vendrá dado por el mercado para el momento de la negociación.

III

USOS QUE SE PUEDEN DAR A LOS TITULOS

3.1. El pagaré puede venderse en el mercado en función del rendimiento del título versus otras alternativas similares.

3.2. Los pagarés pueden ser utilizados como garantía de préstamos tanto en moneda local como extranjera.

3.3. Los pagarés pueden ser canjeados (*SWAPS*) por deuda reestructurada de la República, para fines de conversión de deuda en capital.

3.4. Igualmente los pagarés pueden ser cambiados por instrumentos (Pagaré de la República; Deuda Privada Externa; Bono en Dólares, etcétera).

3.5. Los pagarés también pueden ser utilizados para cancelar las obligaciones que los importadores tenían para con los bancos, por concepto de apertura de las Cartas de Crédito o cualquier otro tipo de obligación.

IV

CONSIDERACIONES JURIDICAS

4.1. *Fundamento legal de la emisión de los pagarés y características de los mismos como títulos de crédito.*

La base legal de los pagarés en dólares emitidos por el BCV se encuentra en el numeral 23 del art. 28 de la Ley del Banco Central de Venezuela y en el art. 52 de la misma Ley. Por otra parte tenemos el Convenio Cambiario N° 1 (Cláusula Vigésima Cuarta), y la Resolución N° 89-06-04 del BCV. (Gaceta Oficial 270282 del 11 de Julio de 1989).

En la resolución que acabamos de mencionar se distinguen los rasgos jurídicos básicos indicados de los instrumentos indicados. Los mismos coinciden con lo señalado en los artículos 486 y siguientes del Código de Comercio. No obstante, hay algunas importantes omisiones sobre las cuales volveremos más adelante.

Los rasgos indicados por la Resolución son:

A la orden: La Resolución ratifica la tendencia legislativa y doctrinaria venezolana de que el pagaré, es un instrumento de este orden. Mucho se ha discutido acerca de la no mención de este requisito en los otros indicados en el art. 486 del Código de Comercio, pero en nuestra opinión es superfluo mencionar algo que es consubstancial a la figura misma que comentamos. Así el art. 486 dice en su encabezamiento "*Los pagarés o vales a la orden*". Parte de la doctrina patria más autorizada (Luis Corsi) ha distinguido entre el pagaré mercantil que es a la orden y el pagaré civil o simple. En este sentido dice el autor mencionado:

Que puedan existir pagarés que no sean a la orden se deduce, como ya se expresó del art. 2, ord. 13 y del art. 486 del Código de Comercio. Es el pagaré nominativo o simple, o sea, aquel que solamente debe ser satisfecho al acreedor a cuyo nombre está expresamente extendido. Un pagaré en esta conformidad extendido, constituye un mero reconocimiento de deuda que la persona firmante hace a favor de aquella a la cual promete pagar, y, por tanto, no produce más efecto que el de una obligación cuyo cumplimiento está exclusivamente sujeto a la ley común.¹

Fecha: Los pagarés en dólares del BCV presentan una fecha de emisión uniforme (7 de Julio de 1989), la cual está indicada en la Resolución ya aludida. Esta fecha cumple con lo señalado en el art. 127 del Código de Comercio en virtud del cual fecha significa indicación de lugar, día, mes y año. Como bien señala Morles,² el pagaré es por mandato del último aparte del art. 127 del Código de Comercio un instrumento de fecha cierta.

La cantidad en números y letras: La Resolución ya indicada señala que los pagarés en dólares del BCV. (art. 8 modelo de pagaré)

expresarán la cantidad a pagar en números y letras. El pago de capital se hará en dólares surgiendo la cuestión de si pudiera ser satisfecha la obligación en una moneda equivalente. En la Letra de Cambio, esta materia está regulada por el art. 449 del Código de Comercio. La ya mencionada disposición prevé que el Librador podrá establecer que el pago se realizará en moneda extranjera (Cláusula de Pago efectivo en moneda Extranjera). Como quiera que en el Pagaré no existe Librador propiamente dicho pudiésemos pensar que la cláusula a los efectos del pagaré no tendría aplicación o lo que es lo mismo, pudiésemos señalar que el art. 449 no se aplica (en lo referente a la cláusula indicada) al pagaré. No obstante, costaría pensar que la cláusula no tiene valor si la misma emana de la voluntad explícita del emitente. El cual en este caso pudiera haber dicho —dado la naturaleza propia de la obligación a cancelar— que el pago se realizaría en moneda extranjera. En este caso el punto crucial sería que en el pagaré no se mencionó expresamente la cláusula indicada con la cual pudiese quedar abierta la puerta para un pago distinto al ya citado. Por supuesto que estaríamos frente a unas circunstancias difíciles de predecir.

Interés: La ya tantas veces aludida Resolución, indica que el pagaré en dólares devengará intereses anuales a la rata del London Interbank Offering Rate (Libor) más 7/8 ajustable y pagadero cada mes, que será fijada por el BCV. dos (2) días hábiles bancarios inmediatamente anteriores al inicio del período de intereses, y publicada en dos (2) diarios de mayor circulación del país. La base del cálculo de los intereses será de días efectivamente transcurridos sobre trescientos sesenta (360) días.

Sobre la materia de intereses en los pagarés a día fijo y a la aplicabilidad o no de las disposiciones de la letra de cambio volveremos más adelante.

A través de un Banco: La resolución prevé que los pagarés serán entregados a los importadores a través del banco que tramitó la Carta de Crédito. Adicionalmente la Resolución indica que el importador debe (art. 5 parágrafo único) hacer previo pago

del contravalor en bolívares el cual se calculará a los tipos de cambio indicados en el numeral primero de la Cláusula Vigésima Cuarta del Convenio Cambiario N° 1. En esta disposición está claro que el importador recibe pagarés en lugar de las divisas.

El pago de capital y los intereses (art. 6), se hará a través de los Bancos Comerciales pudiéndonos preguntar en este caso si no ha debido preverse un endoso en procuración (art. 426 del Código de Comercio), por cuanto el banco al recibir el pago del capital y los intereses lo está haciendo por cuenta del importador (o la persona a la cual él se lo haya endosado). También pudiera hablarse de la aplicación por vía analógica del art. 413 del Código de Comercio (letra de cambio domiciliada); pero no puede pensarse en tal supuesto por cuanto la domiciliación tanto perfecta (se indica persona y lugar de pago, art. 435 del Código de Comercio) como la imperfecta (sólo se indica lugar, art. 413 del Código de Comercio) debe constar expresamente en el cuerpo del título. De lo contrario se estaría creando una peligrosa excepción al principio de la literalidad presente en los títulos valores. Lo que pareciera a todas luces insuficiente es la fórmula "a través" usada por los pagarés en dólares.

Endosos: Si bien comentaremos este aspecto más adelante la Resolución del Banco Central de Venezuela (art. 6 parágrafo único) prevé que el beneficiario de los pagarés podrá dejar en custodia del BCV. los mencionados instrumentos. Este asunto habría que revisarlo a la luz del principio de la incorporación, el cual ata el derecho contenido en el título y el ejercicio del mismo a la posesión del instrumento. En este sentido no puede dejar de mencionarse que la dogmática planteada por este principio ha sido suavizada por las objeciones y reservas planteadas por la doctrina.³ En tal sentido no podría criticarse la custodia del BCV. que lo que persigue es evitar los problemas que podrían plantearse con la entrega de los títulos. Otro asunto distinto sería el preguntarnos si efectivamente todos los títulos han sido emitidos en realidad; porque podría pensarse en títulos existen-

tes sólo a nivel de los registros mecanizados que a tales efectos tiene el BCV. Este asunto sería bien interesante de analizar a la luz de las nuevas tendencias de la desmaterialización de los títulos valores.⁴

Sobre el endoso propiamente dicho, la Resolución que venimos comentando señala que el beneficiario deberá informar al BCV. —a través de los bancos tramitadores— y con una anticipación de cinco (5) días hábiles bancarios, por lo menos de los endosos que se piensa realizar. Este asunto lo comentaremos más tarde.

Mención Pagaré: A diferencia de lo exigido o lo no exigido en este caso por el art. 486 del Código de Comercio, el art. 8 de la Resolución comentada del BCV. señala que el pagaré llevará en la parte superior del anverso el emblema del BCV. y la mención pagaré. En Venezuela no se exige la mención del nombre del título, a diferencia del art. 77, número 1 de la Convención de La Haya. En el derecho comparado (España y Francia, por ejemplo) este requisito está presente en la legislación cambiaria.

Prescripción: La resolución que venimos comentando establece que todas las acciones en contra del Banco Central derivadas de los pagarés prescriben a los tres (3) años contados desde su fecha de vencimiento (art. 7). En esta materia se acoge el régimen previsto por el art. 487 del Código de Comercio en concordancia con el art. 479 del mismo Código. En nuestra opinión no podía establecerse por resolución una prescripción distinta a la prevista en el Código por ende este artículo es innecesario.

4.2. *El Pagaré en la Legislación Venezolana.* Como bien señala Corsi el pagaré es un título formal: "*Las formas no se exigen sólo para la prueba de las obligaciones cambiarias, sino para la constitución de ellas*" y añade el autor:

El pagaré se vincula a una relación llamada con indiscutible precisión técnica, relación fundamental, pero a pesar de una conexión específica y por consiguiente más íntima, entre esa relación fundamental (mutuo, compra-venta, etc.) y el pagaré sin

perjuicio de ella, el pagaré se destaca de esta relación; y de esta suerte, le son imponibles a los terceros las excepciones, derivadas de esa relación (art. 425 del Código de Comercio). Partiendo de estos principios, es fácil comprender que el pagaré es un documento constitutivo de un derecho distinto del propio de la relación fundamental.⁵

El escoger como cancelación substitutiva a las divisas, la figura del pagaré en dólares evidentemente que colocó al Instituto emisor frente a un título de uso entendido en el medio bancario, pero con riesgos derivados de su condición formal. Mal podría el BCV a través de una Resolución el crear un pagaré sin —al menos— los requisitos mínimos establecidos por el Código de Comercio. Todo lo no previsto —específicamente los aspectos operativos— podían ser regulados por el texto ya indicado. Por supuesto siempre y cuando estos requisitos no contrarieran la naturaleza propia del título utilizado.

4.3. *Problemas de los pagarés en dólares en cuanto a:*

4.3.1. *Causa:* Como bien señala el art. 486 del Código de Comercio, el pagaré debe contener la expresión de si es por valor recibido y en que especie; o por valor en cuenta. Este requisito no está presente en la Ley Uniforme de Ginebra y fue ampliamente discutido en el famoso caso Dib-Ramia. Lo que aquí nos interesa señalar —tal como lo expuso Capitant en la opinión emitida en dicho juicio— es que en el pagaré del Derecho Venezolano tal como se desprende de los artículos 487 y 488 del Código de Comercio queda incorporada una nueva obligación de carácter cambiario; esta obligación es independiente de la causa que origina el título. La jurisprudencia actual ha llegado a la conclusión de que no existe título valor que no tenga causa; el problema radica en que en ciertos títulos valores, como es el caso del pagaré venezolano, la mención de la causa o la cláusula de valuta es un requisito formal sin el cual el pagaré no puede ser considerado como tal. La Dra. María Auxiliadora Pisani Ricci expone con gran acierto el problema cuando señala:

Indudablemente, en nuestra Ley el pagaré es un título causal en su origen, precisamente: a) porque la norma incluye, a los efectos de la conformación del título, la mención del valor, que es la causa por la cual el emitente se declara deudor. b) no tanto porque deba tener una causa; sobre el particular la Jurisprudencia tiene decidido —con apoyo en el art. 1158 cc— que todo título cambiario tiene una causa subyacente y que por la abstracción inherente al título, este tiene en sí mismo su propia causa.⁶

Ahora bien en el caso que nos ocupa, el pagaré en dólares del BCV. no señala expresamente la mención de si es por valor recibido o por valor en cuenta. Se podría plantear que la causa del pagaré se encuentra implícita en la disposición transitoria N° 2 del Convenio Cambiario N° 1 al cual hace referencia el propio cuerpo del título. No obstante, si llevásemos hasta sus últimas consecuencias el principio de la literalidad pudiera pensarse que el pagaré que estudiamos no tiene cláusula de valor. En este sentido es bien interesante la opinión de Escuti:

[. . .] la literalidad, cuyo alcance primigenio apunta a destacar la irrelevancia de las convenciones extrañas a las expresiones vertidas en el instrumento cartular, no impide que, en determinados casos, el documento esté relacionado con elementos, también documentales, externos al propio título a los que éste remite. Pero los elementos son eficaces en tanto y en cuanto los admite la Ley y se los menciona y relaciona expresamente en el título valor (*vgr. vinculación entre la acción y los estatutos sociales*).⁷

¿No existirá una relación legal entre el pagaré y el Convenio Cambiario N° 1? El alcance que se dé a este asunto nos define la ausencia o no de un requisito indispensable del art. 486 del Código de Comercio.

4.3.2. *Intereses*: Este problema es de más fácil solución que el anterior por cuanto si tomásemos la posición del Dr. Luis Corsi, al respecto llegaríamos a la conclusión de que no pueden fijarse intereses en los pagarés a día fijo y plazo fecha, porque al pagaré se le aplica la norma del art. 414 relativa a la fijación de intereses en la letra. No obstante, la Corte ha decidido en esta materia que no pueden aplicarse al pagaré las normas legales

previstas para las letras de cambio; sino en la medida en que expresamente remite a ellas el art. 487 del Código de Comercio.⁸ Esta posición ratifica la tendencia asumida por una parte importante de la doctrina patria.⁹ De lo mencionado se desprende que puede fijarse intereses en el pagaré.

4.3.3. *Endoso*: Este quizás haya sido uno de los aspectos más controvertidos de los pagarés que venimos comentando. Es el caso que los organismos jurisdiccionales y administrativos han venido exigiendo al BCV. suspensión de los pagos en aquellos casos de investigaciones ordenadas, bien por el caso RECADI o por el pago de aranceles. Esta situación ha puesto en claro peligro la posibilidad de circulación de los propios títulos. Si bien está claro que pudiese paralizarse la entrega de los pagarés por no haberse cumplido con los requisitos (forma y fondo) exigidos por la legislación cambiaria no es menos cierto que una vez entregado y en circulación el pagaré deja de tener carácter causal para los adquirentes de buena fe, ello es consecuencia de la protección que el Código de Comercio por aplicación analógica del 425 concede a los que posean la condición ya mencionada.¹⁰ Tratar de remitirse a la causa para suspender el pago del instrumento constituye un precedente peligroso que va a entorpecer la circulación del título. Por otra parte los bancos han implementado un sistema de endoso —en un documento aparte— que pudiera dar la idea de que se trata de un endoso por acto separado. Alguna tendencia doctrinal atribuye a este endoso efectos de cesión de crédito (*Supino y Semo, Angeloni*).¹¹ El sistema implementado por la banca puede atentar contra el principio de la literalidad que exige que el endoso figure en la letra o en una hoja adicional (art. 421 del Código de Comercio).

Es también conveniente señalar que la regulación que el BCV. ha dado al endoso de los pagarés en dólares puede dar la idea (aún más sabiendo que el BCV. lo hizo por razones operativas) de que estamos frente a una cesión y no frente a un endoso. Por ejemplo la Resolución comentada establece que los endosos deben ser notificados al BCV. con por lo menos cinco (5) días há-

biles bancarios de anticipación a la fecha del endoso. (Art. 6 párrafo único). Igualmente con respecto a los intereses se establece que todo endoso deberá ser notificado al BCV. para que el mismo pague los intereses al nuevo beneficiario (endosatario). El otro aspecto sobre el cual habría que reflexionar, es el relativo a las acciones que el endosatario pudiera tener en contra del endosante por falta de pago. Este supuesto podría presentarse en el caso de que el pagaré no fuera cancelado por haber el BCV. parado la cancelación de los instrumentos que venimos comentando. Esto colocaría al endosante en una delicada situación frente al endosatario.

CONCLUSIONES

La escogencia por parte del BCV. de pagarés como instrumentos de pago de las obligaciones cambiarias a que se refiere el Convenio Cambiario N° 1, crea en la práctica una serie de problemas vinculados a las exigencias formales que tal título exige. Tales exigencias no pueden ser pasadas por alto si tomamos en consideración el rango legal del Código de Comercio frente a la Ley del Banco Central de Venezuela; el Convenio Cambiario N° 1 y la Resolución del BCV. Todos estos aspectos ponen en relieve dos hechos básicos.

1. La evidente dificultad de adaptar nuestra legislación comercial a las necesidades que la dinámica económica exige.
2. Lo riesgoso de utilizar en casos concretos instrumentos altamente regulados desde el punto de vista jurídico aún y cuando esos instrumentos sean de más fácil uso que otros (por ejemplo, el pagaré frente a la letra de cambio).

VI
BIBLIOGRAFIA

1. CORSI, Luis: *El Pagaré a la Orden*. Caracas, 1984, pp. 125 y 126.
2. MORLES, Alfredo: *Curso de Derecho Mercantil*. Universidad Católica Andrés Bello, Manuales de Derecho, Caracas, 1989, pp. 1639 y 1640.
3. MORLES, Alfredo: *ob. cit.*, pags. 1277 y ss.
4. ALEGRIA, Héctor: *La desmaterialización de los Títulos Valores*. Universidad Católica Andrés Bello, II Jornadas Internacionales de Derecho Mercantil, Caracas, 1889, pp. 831 y ss.
5. CORSI, Luis: *Modernización de la Legislación sobre Pagares*: Universidad Católica Andrés Bello. II Jornadas Internacionales de Derecho Mercantil, Caracas, 1989, pp. 803 y ss.
6. PISANI RICCI, María A.: *Las Normas de la Ley Uniforme de Ginebra sobre la Letra de Cambio y Pagares de 1930 y el Anteproyecto Venezolana de Ley de Títulos Valores de 1984*. II Jornadas Internacionales de Derecho Mercantil, pág. 736.
7. ESCUTI, Ignacio A.: *Títulos de Crédito*. Editorial Astrea, Buenos Aires 1988, pp. 9 y 10.
8. CORSI, Luis: II Jornadas Internacionales de Derecho Mercantil, *ob. cit.* pp. 809 y 810.
9. MUCI, Abraham José: *Los Intereses y la Usura*: Editorial Revista de Derecho Mercantil, Caracas, 1988, pp. 205 y ss.
10. CORSI, Luis: *El Pagaré a la Orden*. *ob. cit.* pág. 121.
11. MORLES, Alfredo: *Derecho Mercantil*. *ob. cit.* pág. 1434.

EL ACUERDO GENERAL SOBRE
ARANCELES ADUANEROS Y COMERCIO (GATT)
Y LA POSIBLE INCORPORACION DE VENEZUELA

Carlos E. Delgado A.

I

INTRODUCCION

La apertura de nuestra economía al esquema del libre juego de la oferta y la demanda, la consiguiente disminución de la intervención estatal y la modificación de las estructuras empresariales para adaptarlas a una política general de exportación son, entre otras, las características que pretende adoptar nuestro país en los próximos años. Evidentemente, estamos ante una transformación profunda cuyos aspectos deben ser conocidos y analizados por los profesionales de las diversas ciencias sociales. Venezuela tiene que entrar al mundo del comercio internacional, adaptándose a la normativa que rige sus operaciones. Esta entrada no puede hacerse exportando solamente productos tradicionales: petróleo, hierro, aluminio y oro. Se amerita que la empresa privada concentre toda su capacidad gerencial y física en producir para la exportación. La economía subsidiada, basada en el intervencionismo y proteccionismo estatal indiscriminado, está llegando a su fin.

La normativa que rige el intercambio de bienes y servicios en el contexto internacional difiere notablemente de las normativas internas de los países participantes. Toca, entonces, a los profesionales del derecho adentrarse en el conocimiento de este nuevo sistema legal para poder asesorar a los diversos entes venezolanos que participarán en él. Los actores en el comercio internacional son países, agrupaciones de países, bloques, individuos, organismos internacionales y empresas multinacionales.

Cada actor desempeña un rol distinto; el conjunto de todas las actuaciones es la manifestación externa del comercio internacional.

Los derechos y obligaciones de las partes que intervienen en el comercio internacional, regulados mediante contratos, se interpretan de acuerdo a reglas de aceptación universal que están contenidas en tratados o acuerdos internacionales o a través de tribunales arbitrales, constituidos de conformidad con normas internacionales. En síntesis, podemos decir que, para Venezuela, participar en el comercio internacional implicará confrontar nuevas realidades y estar en contacto con un conjunto de pautas, normas y costumbres novedosas, que ameritan preparación y planificación previas.

II

EL ACUERDO GENERAL SOBRE TARIFAS ARANCELARIAS Y COMERCIO (GATT)

Cuando finalizó la Segunda Guerra Mundial, el comercio entre la naciones había dejado prácticamente de existir; sus economías habían sufrido un trauma del que parecía que no podrían recuperarse. Esta situación motivó a las naciones del llamado "bloque occidental" a iniciar conversaciones para llegar a un acuerdo multilateral, fundamentado en los principios de reciprocidad y no discriminación. Es así como en la Conferencia de Ginebra celebrada en octubre de 1947, nace el *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), acuerdo internacional entre las naciones del mundo, evitando las barreras locales que impiden el desarrollo integral del comercio.

1. Contenido y objetivos principales del GATT

El GATT está constituido por un conjunto de normas generales cuyo objetivo fundamental es establecer las políticas y principios generales del comercio internacional, así como por una serie de acuerdos complementarios y protocolos. Por otro

lado, el GATT también es un mecanismo de negociación internacional. En este sentido, las rondas de negociaciones que se iniciaron en Ginebra en 1947, han continuado realizándose con el fin de discutir y después adoptar las reformas y medidas necesarias para que el Acuerdo sea más eficaz. En estas rondas, los países que forman parte del Acuerdo tienen la oportunidad de fijar su posición frente al régimen de comercio internacional.

En este trabajo nos limitaremos a comentar las normas generales, que son las que pueden darnos una visión de los fines que persigue el GATT.

A. *Esquema general de aranceles:*

Se establece un esquema general de aranceles aduaneros, resultado del esfuerzo negociador de los países signatarios, que es el dispositivo esencial del Acuerdo y refleja la voluntad de las partes de limitar sus aranceles aduaneros a los descritos en el esquema general;

B. *Principio de no Discriminación:*

Se establece la llamada cláusula de nación más favorecida (*Most Favored Nation*) (MFN) como mecanismo destinado a consagrar el principio de la "no discriminación". Conforme a esta cláusula, cada miembro del Acuerdo se obliga a dar a todos los demás un tratamiento por lo menos igual al que haya dado a alguno de ellos, no pudiendo establecer condiciones más onerosas a las que haya otorgado previamente a algún miembro. Este principio garantiza la igualdad de tratamiento entre las naciones y evita los favoritismos y obstáculos que entorpecen el libre flujo de comercio internacional;

C. *Obligación de tratamiento nacional:*

Se establece que las importaciones y los productos nacionales deben ser tratados en igualdad de condiciones, tanto en lo que se refiere a impuestos aplicables como a otras regulaciones; y

D. *Otras regulaciones:*

Se regulan los distintos medios que tiene un gobierno para afectar las importaciones. Básicamente, se establecen normas para el empleo de medidas tales como imposición de aranceles aduaneros, cuotas, subsidios y otros mecanismos.

2. *Excepciones a los principios generales del GATT*

Conscientes de que el comercio internacional y sus actores pueden estar sujetos a circunstancias especiales, los creadores de este Acuerdo han establecido, como parte de su normativa, una serie de excepciones que consideramos necesario comentar.

A. *Renuncia*

Las partes contratantes, actuando conjuntamente y cumpliendo con un determinado requisito de voto, pueden renunciar a alguna de sus obligaciones bajo el Acuerdo;

B. *Cláusula de Escape*

Esta norma permite la aplicación temporal de medidas para restringir las importaciones de un país, cuando el ingreso de bienes importados ha producido un daño probado a la industria nacional. Esta cláusula consagra la posibilidad de poner en práctica medidas proteccionistas, a pesar del rechazo de que son objeto tales medidas en los objetivos fundamentales del GATT; y

C. *Otras Normas*

Otras normas del Acuerdo establecen algunas excepciones en casos de problemas de balanza de pagos, permitiendo a un determinado país la imposición de cuotas sobre las importaciones.

Las excepciones tienen su justificación en circunstancias especiales surgidas en un momento determinado, cuando el supuesto hecho que dio origen a la norma general desaparece para dar lugar a otro distinto. Por ello, antes de acudir a los mecanis-

mos de excepción del Acuerdo, es importante verificar que estén dados los supuestos de las excepciones; lo contrario llevaría a un régimen de excepción permanente que desvirtuaría los fundamentos del sistema de comercio internacional que trata de crear el GATT.

Los acuerdos bilaterales entre miembros del GATT (EE.UU.-Canadá y Comunidad Económica Europea) también constituyen, en cierta medida, excepciones a los principios de igualdad, no discriminación y reciprocidad. Otro tanto puede decirse del trato preferencial que reciben algunos miembros del Acuerdo (países en vías de desarrollo) y de la tendencia a adoptar medidas proteccionistas que puede observarse en algunos países desarrollados.

III

INCORPORACION DE VENEZUELA AL GATT

Como expresamos anteriormente, Venezuela está frente a una nueva realidad económica, cuyas características imponen la adopción de un nuevo enfoque en su política económica. El país tiene que exportar, para así participar más activamente en el comercio internacional. La incorporación de Venezuela al GATT sería, sin duda alguna, una de las mejores formas de lograr esta participación, obviando las innumerables barreras proteccionistas de los diversos mercados.

En el pasado se consideraba que la economía monoexportadora de Venezuela no ameritaba su incorporación a un tratado como el GATT. El petróleo, producto de exportación casi exclusivo, se negocia internacionalmente mediante otros mecanismos que, desde cierto punto de vista, constituyen un régimen excepcional dentro del comercio internacional. La nueva situación económica requiere que Venezuela se incorpore al GATT para enfrentar en mejores condiciones el reto de exportar productos no tradicionales. Este es el único camino que tenemos para generar las divisas que necesita el país. Entrar al GATT, sin

embargo, significa reestructurar nuestra economía, sincerándola hasta el punto de hacerla una verdadera economía de mercado. Además, que Venezuela se incorpore al GATT con una posición favorecedora dependerá de nuestra capacidad negociadora y de la forma en que transmitamos a los otros miembros del Acuerdo nuestras características, objetivos y planes. Quizás, algunas de las medidas del llamado "paquete económico" contribuyan a crear las condiciones necesarias para nuestra incorporación al GATT: la unificación y libre cambio de divisas, la eliminación gradual de las protecciones no arancelarias, la reducción gradual de los aranceles y la restricción de las medidas proteccionistas, entre otras.

BIBLIOGRAFIA

1. DAVID, William J. y John H. JACKSON: *International Economic Relations*, West Publishing Co., 1986.
2. FOLSOM, Ralph; Gordon Michael WALLACE and John A. SPAGNOLE: *International Business Transactions*, West Publishing Co., 1986.
3. GIL YEPES, José Antonio: *GATT: Impacto sobre las negociaciones extranjeras*. (Ponencia presentada en la conferencia "Exportación 90". El Reto de la Próxima Década) Caracas 1989.
4. "The response of 'Escape Clause' of GATT and section 201 of the tariff and trade act of 1974 to the needs of developing countries". Publicado en *California Western International Law Journal* y preparado por el Consejo Editorial de dicha publicación, 1987.
5. OTIS RODNER, James: *Elementos de finanzas internacionales*. Caracas, 1987.

COLABORACIONES DE ESTUDIANTES

EL AMPARO CONSTITUCIONAL
FRENTE AL ACTO ADMINISTRATIVO *

Luis A. Ortiz Alvarez

* Trabajo distinguido con el Premio Anual en el Concurso Estudiantil de Investigaciones Jurídicas correspondiente al año 1989.

SUMARIO

- I *INTRODUCCION*
- II *EFECTO RESTABLECEDOR DEL AMPARO*
- III *EL AMPARO Y EL RESPETO AL SISTEMA
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO*
 - A. *Consideraciones generales*
 - B. *Proposiciones conjuntas de acciones.
El Amparo y el recurso contencioso-administrativo de
anulación.*
 - C. *Naturaleza del amparo en la proposición conjunta de
acciones.*
 - 1. El amparo como medida preventiva o cautelar.
 - 2. El amparo como reacción ante las insuficiencias
del sistema contencioso-administrativo.
 - D. *El amparo y las figuras de la caducidad y el
consentimiento.*
 - 1. Consideraciones preliminares: a) El amparo y el
orden público. b) Actualidad y reparabilidad.
c) La nulidad absoluta.
 - 2. La proposición conjunta del amparo con el
recurso contencioso en *cualquier tiempo*.

- E. *El amparo y el agotamiento de la vía administrativa.*
 - 1. Generalidades.
 - 2. La proposición conjunta y el agotamiento de la vía administrativa.
- F. *Excepciones a la proposición conjunta de acciones.*
 - 1. Ausencia de juez contencioso-administrativo en la localidad.
 - 2. Acto de trámite no susceptible de recurso contencioso-administrativo.

IV *LA EXPERIENCIA FORENSE Y LA PROCEDENCIA DE LA ACCION AUTONOMA DE AMPARO. EL PROBLEMA DE LA COMPETENCIA.*

- A. *Generalidades.*
- B. *Diversas interpretaciones en relación a la procedencia de la acción autónoma de amparo.*
 - 1. Tesis permisiva amplia y negatoria de la competencia contencioso-administrativa.
 - 2. Observaciones a la tesis permisiva amplia. La tesis permisiva moderada.

V *REFLEXION FINAL*

I

INTRODUCCION

La Constitución Nacional reconoce a todos los ciudadanos, por una parte, el derecho fundamental a obtener tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en ejercicio de sus derechos e intereses —artículo 68—, y por otra, el derecho —también fundamental— a ser tutelados en el goce y ejercicio de sus derechos fundamentales —artículo 49—. Estos reconocimientos por sí solos suponen, tanto más combinados con la determinación del control judicial de la contrariedad a derecho de la actuación administrativa *in toto* —artículo 206—, la consagración de la plenitud de la función garantizadora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Estos postulados o reconocimientos están ya provistos de consecuencias reales, pues suponen la necesidad de que las normas procesales provean los mecanismos adecuados para la plenitud de las garantías jurídicas de los ciudadanos ante cualquier clase de lesión de sus derechos e intereses legítimos, sin que puedan existir reductos de inmunidad jurisdiccional ni situaciones jurídico-materiales carentes de una protección procesal suficiente, de tal modo que, en ningún caso, el ordenamiento admita supuestos de indefensión.

Pues bien, frente a la actividad —o inactividad— administrativa, los tribunales y procedimientos llamados —constitucional y legalmente— a otorgar la tutela judicial efectiva a que los ciudadanos tienen derecho son, sin duda, los contencioso-adminis-

trativos. De aquí, que no pueda pretenderse sustituir tal orden jurídico por el conocido juicio de amparo constitucional. En todo caso, el amparo constitucional —entendido como acción— deberá configurarse como un instrumento de colaboración de los medios procesales existentes, el cual sólo podrá hacer acto de presencia ante las insuficiencias de aquellos.

Constitucionalmente los órganos judiciales están obligados a otorgar la debida protección a los habitantes que la demanden contra actos que violen o amenacen violar sus derechos e intereses. Felices los pueblos en los que —como en el digno Reino de Aragón— el oído atento de la Justicia escuchaba de inmediato el clásico grito de socorro —“*avi, avi: fuerza, fuerza*”— con que los aragoneses solicitaban su ayuda —aun contra el mismo rey— para hacer cesar la arbitrariedad gubernativa.

La cuestión está en que nuestra Constitución ofrece técnicas de control de la acción administrativa no del todo bien deslindadas. Instituciones y técnicas jurídicas heterogéneas por su origen y por su esencia, que, en ocasiones se superponen y solapan en términos no siempre claros teniendo el legislador, la jurisprudencia y la doctrina la carga de deslindarlas para evitar enojosas y peligrosas confusiones. Este es el centro de gravitación de este estudio: conciliar el sistema contencioso-administrativo —el cual constitucionalmente tiene consagrada la plenitud de su función garantizadora— con la figura del amparo constitucional.

La Constitución de 1961 en su artículo 49, consagró sin lugar a dudas el derecho a ser amparado, derecho éste que ostenta el título de derecho fundamental, al igual que el derecho a una tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 68 *ejusdem*. Esta tesis del “derecho de amparo” sostenida por el profesor Brewer-Carías, supone que la Constitución no establece simplemente en el artículo 49 una acción única o recurso único de amparo como un medio de protección judicial, sino un derecho de amparo que se materializa a través de diversas acciones y re-

cursores judiciales.¹ En otras palabras, la Carta Magna no consagró una acción o recurso de amparo como un medio único de protección judicial, sino un “derecho de amparo” o “derecho a ser amparado”, como derecho fundamental que se materializa a través de diversas acciones y recursos judiciales, incluso a través de “una acción autónoma de amparo” y como contrapartida de este derecho, consagra la obligación de todos los tribunales de amparar a los habitantes de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías consagrados en la Constitución, o que sin estar enumerados en el texto sean inherentes a la persona humana.

Esta tesis concuerda con lo dicho anteriormente, y es que todo el orden judicial globalmente considerado, tiene que buscar la protección de los derechos e intereses de los ciudadanos. Por lo tanto, es un espejismo creer que los derechos fundamentales sólo se protegen a través de la acción autónoma de amparo. Es necesario pues, una armonización entre la acción autónoma de amparo y los otros medios judiciales.

En fecha 22 de enero de 1988, entró en vigencia la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Esta Ley en definitiva acogió la tesis a que se hizo alusión pues ha reconocido expresamente que el derecho de amparo no se agota en la acción autónoma de amparo, sino que puede ejercerse a través de otras vías procesales consagradas en el ordenamiento jurídico.²

Se ha sostenido por gran parte de los estudiosos del tema que la institución del amparo ha debido dejarse en manos de la doctrina y de la jurisprudencia, llegándose a calificar a la Ley *in*

¹ Véase Allan R. Brewer Carías, “Introducción general al régimen del derecho de amparo a los derechos y garantías constitucionales”, en *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*, Colección textos legislativos, N° 5, E.J.V., Caracas, 1988, pp. 11 y 59.

² *Idem*, p. 12.

commento como precipitada, prematura, inconsulta, y otros calificativos más. Pero es importante tener en cuenta algo: ¡con todos estos defectos la Ley de Amparo está aquí, es una realidad! No hay ley perfecta, trabajemos pues, con lo que tenemos, no olvidemos que como bien lo decía Kirchmann “una palabra del legislador reducirá a polvo cualquier biblioteca”. Sin embargo, tampoco olvidemos que tenemos una Constitución que consagra el derecho a una tutela judicial efectiva, así como el “milagro” del Derecho Administrativo —a decir de Prosper Weil— de establecer el sometimiento pleno de la Administración al Derecho y su respectivo control judicial, con todas las consecuencias abrogatorias, nomogenéticas e interpretativas que tales postulados y valores fundamentales promueven sobre el resto del ordenamiento jurídico.

Ciertamente, la Ley Orgánica de Amparo no es perfecta. Pero es imposible que en una Ley no haya lagunas.³ Como bien nos enseña Francisco Carnelutti, “no puede menos de haber lagunas en la ley mientras que no puede haberlas en el derecho”. Y que no podemos menos que recordar las palabras del mismo jurista en su *Arte del Derecho*:

[...] no os dejéis seducir por el mito del legislador. Más bien pensad en el Juez que es verdaderamente la figura central del Derecho. Es preferible para un pueblo el tener malas reglas legislativas con buenos jueces, que malos jueces con buenas reglas legislativas. Y sobre todo, cuidado mucho de la dignidad, del prestigio, de la libertad del Juez, y de no atarle demasiado corto las manos. Es el Juez, no el legislador, quien tiene ante sí al hombre vivo, mientras que el hombre del Legislador es desgraciadamente una marioneta o un títere y sólo el contacto con el hombre vivo y auténtico, con sus fuerzas y debilidades, con sus alegrías y sufrimientos, con su bien y su mal, pueden inspirar esa visión suprema que es la institución de la Justicia.⁴

³ López de Oñate, *La Certeza del Derecho*, E.J.E.A., Buenos Aires, 1953, p. 94.

⁴ Francesco Carnelutti, *Arte del Derecho. Seis Meditaciones sobre el Derecho*, E.J.E.A., Buenos Aires, 1980.

Retomando la idea, no tendría sentido concebir el orden jurídico de un Estado, cuyo fundamento está en la declaración de derechos, si el orden judicial no tiene por objeto proteger y garantizar los derechos e intereses de los particulares. Todos los medios judiciales deben ser medios de amparo y medios de tutela judicial plena y efectiva.

Ahora bien, como se ha venido planteando es necesaria una conciliación, entre la acción de amparo con los demás medios judiciales existentes, sobre todo en el ejercicio del derecho de amparo frente al acto administrativo formal, pues como bien lo sostuvo el doctor Allan R. Brewer-Carías en el Senado, cuando se discutió el Proyecto de Ley de Amparo,

[...] mediante el establecimiento de una acción de amparo no puede ni debe sustituirse el orden judicial y procesal; no debe sustituirse el control de la constitucionalidad que se ejerce por las vías que existen; no debe sustituirse el control contencioso administrativo que se desarrolla por las vías que existen; ni los otros recursos. Al contrario, todas estas vías deben perfeccionarse para que sirvan de instrumentos de amparo, y sólo si no pueden ser medios efectivos de protección constitucional, entonces, que proceda la acción de amparo en forma "extraordinaria" como lo ha venido estableciendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.⁵

De modo que el legislador ha debido ser sumamente prudente en cuanto a la regulación del amparo frente a la Administración, pues como bien lo ha señalado la gran Juez Hildegard Rondón de Sansó:

[...] el amparo es una carga explosiva. Usado bien para los buenos fines, es la vía rápida para llegar a la justicia. Usado mal, puede hacer estallar todo el sistema procesal.⁶

⁵ Véase Diario de Debates del Senado, sesión del 19 de noviembre de 1987; también puede verse Allan R. Brewer Carías, *doc. cit.*, pp.52 y 53.

⁶ Hildegard Rondón de Sansó, *Amparo Constitucional*, Editorial Arte, Caracas, 1988, p. 12.

Tal aserto queda justificado cuando se comprende, por una parte, que el uso indiscriminado del amparo constitucional significaría la desaparición del resto del ordenamiento procesal venezolano que también es de rango constitucional y, por otra, que los particulares no pueden sustituir caprichosamente los procedimientos de conocimiento completo por el amparo, cuya naturaleza impide, en algunos casos, el ejercicio efectivo del derecho a la defensa y una labor judicial plenaria. Tales razones de justicia, pues, promueven el carácter extraordinario de la acción de amparo y exigen la armonización o convivencia de la misma con el resto del ordenamiento procesal, so pena de incurrir en la demolición de la Administración de Justicia.

El tema del amparo constitucional, no se reduce a una simple técnica; si así fuera, hace ya mucho tiempo que estarían resueltos todos los problemas que su aplicación pudiera plantear. Muy por el contrario, el amparo configura un tema de suma complejidad, que requiere mucho análisis, reflexión y cavilación. Este tema, pone en contacto, más allá de la pura técnica jurídica, con el fin más alto y primordial del Derecho: con la idea de "justicia". Requiere pues, una sintonización mental particular, cabe pensarlo y hacerlo operar en derecho procesal constitucional, así como en el tema de la vigencia de los derechos humanos, y no con la ambientación y ritmo propio de otras disciplinas del mundo jurídico, requiriendo, por tanto, la sensibilidad interpretativa que caracteriza la mejor hermenéutica.

El positivismo formal estrictamente legalista no es predicable de un ordenamiento jurídico que tiene por base una Constitución preocupada por los valores y su efectividad práctica. Mientras que el Código Civil da un paso importante en esta dirección al establecer una interpretación flexible de las normas, la misma Constitución da el paso definitivo al asentar el ordenamiento sobre la base de un sistema de valores inspirador de todo el conjunto normativo.

La interpretación de las normas resulta un medio indispen-

sable para determinar su sentido. Teniendo como premisa que la misma debe superar, en consecuencia, el estricto literalismo (propio de la exégesis) y también el discurso lógico (propio de la dogmática) para dar entrada a criterios que no se detienen en las normas, en tanto que enunciados lingüísticos pues alcanzan a sus referentes de hecho, entre los que destacan la realidad social del tiempo en que han de aplicarse y el fin, lo cual supone una concepción material y no formal del Derecho.

La superación del Estado formal de Derecho que tiene por base la exigencia constitucional de que la libertad y la igualdad han de ser reales y efectivas, únicamente puede darse en el marco de un ordenamiento precedido por el trascendentalismo de lo justo, para alcanzarlas de ese modo efectivo han de llevarse a cabo correcciones y acomodaciones sociales promovidas desde el Derecho como pretensión de justicia. En fin, para que los universales jurídicos enunciados como valores superiores del Ordenamiento pierdan su carga metafísica y se historifiquen es preciso, sobre todo, el recurso a la realidad social y a criterios de interpretación armónicos con la exigencia de que la libertad y la igualdad discernidas conforme a la justicia, sean reales y efectivas.⁷ Por lo tanto, cualquier valoración que se pretenda hacer sobre la Ley Orgánica de Amparo no puede prescindir de tales consideraciones.

El objeto de este estudio consiste en determinar cuál es el régimen del amparo constitucional frente al acto administrativo formal.

Ello significa que queda al margen de este estudio el régimen que deriva de hechos o actuaciones materiales, de omisiones o inactividades, y de disposiciones de carácter general. No vamos a ocuparnos, pues, del régimen del amparo frente a estos campos de la actividad administrativa y de las peculiaridades que

⁷ Antonio Hernández Gil, "La justicia en la concepción del Derecho según la Constitución española", en *División de Poderes e Interpretación*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, p. 153.

ofrece cada uno de ellos, sin perjuicio de que parte de lo contenido aquí les sea de aplicación.

Nuestro objeto se centra en los actos administrativos. Pero no analizaremos en este trabajo toda la teoría de los mismos, debido a que esto bastaría para ser objeto de otro estudio, así que la daremos por una noción conocida. Además, la doctrina y la jurisprudencia más lúcida ya se han encargado de aclarar y determinar el verdadero alcance de la noción de acto administrativo. Sin embargo, es oportuno advertir que la noción del acto administrativo está en constante evolución y, como consecuencia de esto, cualquier definición que se pretenda tendrá cierta relatividad. La noción de acto administrativo se amolda a las combinaciones más diversas y evoluciona con tal rapidez que está tal vez destinada a escapar constantemente de las definiciones doctrinales.⁸ Lo que sí debe quedar claro es que queremos referirnos al acto administrativo de efectos particulares como actuación expresa, positiva y formalizada de la administración o de cualquier otro ente que actuando en función administrativa dicte actos de autoridad.

La Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales en sus artículos 2 y 5 consagra la procedencia de la acción de amparo contra cualquier hecho, acto u omisión proveniente de los órganos del Poder Público. Concretamente, y éste será el objeto principal de estudio, la Ley faculta la procedencia del amparo constitucional frente a los actos administrativos formales (pronunciamientos expresos y positivos de la administración o de cualquier ente actuando en función administrativa) que violen o amenacen violar un derecho o una garantía constitucional. La intención de este trabajo es analizar todo lo contenido en el artículo 5 de la Ley, es decir, la procedencia, naturaleza, finalidad y régimen de la acción de amparo

⁸ Sobre la evolución de la noción de acto administrativo, véase Hildegard Rondón de Sansó, "Ampliación del ámbito contencioso-administrativo", en *Revista de Derecho Público*, N° 22, E.J.V., Caracas, 1985, pp. 33 y ss.

frente a la ya aludida manifestación de actuación administrativa, así como analizar la “proposición conjunta” de la acción de amparo con el recurso de anulación de los actos administrativos de efectos particulares.

Es conveniente señalar que de un correcto entendimiento de los dispositivos legales *in commento* dependerá gran parte del futuro de nuestra jurisdicción contenciosa-administrativa, así como el destino de la misma institución tuitiva del amparo constitucional.

II

EL EFECTO RESTABLECEDOR DEL AMPARO

Se ha sostenido que el efecto que debe producir el amparo debe ser un efecto “restablecedor”, afirmación que sin duda proviene del artículo 49 de la Constitución Nacional por ser ésta la palabra que usa el mismo constituyente.

Sin embargo, esto no puede llevar al equívoco de pensar que frente a los actos administrativos la manera de amparar y tutelar efectivamente sería mediante la acción autónoma de amparo, y que entonces los jueces de lo contencioso-administrativo no pueden amparar y otorgar una tutela judicial efectiva. Para amparar *definitivamente* frente a un acto administrativo “hay que anularlo”, y el juez de amparo jamás podrá anular un acto administrativo, a lo sumo, y como se verá en su momento, sólo podrá suspender sus efectos o decretar otra medida cautelar acorde con las exigencias del caso particular. Sólo los jueces contencioso-administrativos son *competentes* para anular dichos actos (artículo 206 C.N.), y además, el proceso contencioso-administrativo —bien entendido— posee un poder cautelar capaz de otorgar protección y restablecimiento en forma inmediata, a lo que puede sumarse que el mismo puede actuar como un proceso plenario rápido.

Con razón se ha dicho que el régimen establecido en la vi-

gente Ley Orgánica de Amparo plantea muchas dudas sobre la naturaleza definitiva del amparo, ya que permite sostener que tiene carácter de medida provisional solamente.

Pues bien, y valga desde ahora nuestra afirmación de que el amparo constitucional frente al acto administrativo debe tener naturaleza provisional o cautelar —inclusive en los pocos casos en que proceda en forma de acción autónoma. Un correcto entendimiento de la Ley Orgánica de Amparo —y de la misma Constitución Nacional— revela que, en principio, el amparo frente al acto administrativo sólo debe proceder en forma conjunta al recurso contencioso-administrativo, proposición conjunta que a su vez debe ser procedente sólo en determinados supuestos. De modo que la posibilidad de ejercicio de una acción *autónoma* de amparo —acción extraordinaria— frente a los actos administrativos quedará reducida —casi extinguida— a unos casos muy particulares, los cuales surgen cuando el contencioso-administrativo se comporta, realmente, como un medio incapaz de otorgar la tutela requerida. Aun en estos reductos, el amparo fungirá como una medida provisional y hasta cautelar.

El efecto restablecedor que el constituyente le atribuye a la acción de amparo en su artículo 49 no es ninguna novedad, y tampoco es ajeno a los demás medios de tutela. El mismo artículo 206 también lo atribuye al juez contencioso, y en realidad, todo juez tiene potestades para restablecer situaciones jurídicas. Todo juez tiene el poder-obligación de otorgar una tutela judicial efectiva. En tal sentido, el supuesto efecto restablecedor del amparo no supone que el mismo sea definitivo, además porque en propiedad el proceso de amparo es un proceso sumario —*strictu sensu*. De modo que cuando se afirma que el amparo persigue por sí mismo la satisfacción de la pretensión deducida, esto no quiere decir que tal satisfacción debe ser definitiva, incontrolable y sin carácter preventivo. De hecho, el mismo legislador confirma la tesis de la naturaleza cautelar del amparo constitucional frente al acto administrativo formal.

Por otro lado, si a la exegética constitucional vamos, pode-

mos apreciar otro problema que debe ser resuelto. El artículo 49 de *procedimiento sumario*, bien está, pero, ¿en qué sentido? ¿Sumarios en el sentido vulgar de rápidos? ¿O sumarios en sentido estricto, es decir, sin plenitud de conocimiento, proporcionadores de una rápida tutela jurisdiccional, pero a reserva del replanteamiento del tema, con toda su extensión, en un ulterior proceso plenario, es decir, con plenitud de conocimiento, de posible disceptación y de actividades probatorias amplias? El artículo 49 de la Constitución dice así:

Los tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, en conformidad con la Ley.

El procedimiento será breve y *sumario*, y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida [subrayado nuestro].

Un análisis del precepto transcrito, que constituye la norma matriz o la génesis de toda la regulación procesal del amparo, en forma integrativa con el resto de las normas de derecho procesal constitucional y con la misma Ley Orgánica de Amparo, revela que la naturaleza de la acción de amparo debe ser preventiva o cautelar, acción que resulta ser de corte heroico o extraordinario pues procede frente a la inoperancia de los demás trámites procesales ya legislados, cuyo fin no es sustituir o aniquilar las instituciones vigentes, sino garantizar procesos pendientes o futuros y coadyuvar a los procesos en curso, y en todo caso, suplir las insuficiencias o lagunas legales. El amparo constitucional entendido como juicio —también es entendido como derecho fundamental, como se señaló *supra*— es bilateral, pero no de conocimiento pleno —es un “microdebate”—, dado su corte sintético y las restricciones que conlleva en cuanto a pruebas, términos, trámites y defensas. Se presenta, por tanto, como un procedimiento sumario que como norma general, no puede desembocar en una cosa juzgada material o sustancial.⁹

⁹ Néstor Pedro Sagüés, *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 449.

Ahora bien, un repaso de la doctrina, de la jurisprudencia, votos particulares y de Diarios de Debates del Congreso relacionados con el particular, muestran que a la expresión “sumario” se le otorga un valor de “celeridad” o “brevedad”, más que de *conocimiento o cognición parcial de un asunto*, lo cual es una confusión no del todo loable. Esta consideración de que no puede confundirse lo *sumario* con lo *rápido*, cobra relevancia cuando se entiende que el juez de amparo nunca podrá anular un acto administrativo—sólo el juez de lo contencioso-administrativo mediante el procedimiento correspondiente puede hacerlo— sino a lo sumo otorgar una protección provisional frente al mismo. En otros términos, el control definitivo de los actos administrativos no puede someterse a procesos autónomos de amparo, porque estos son procesos que además de rápidos—breves como dice la Constitución— y a veces intrumentales, son de cognición limitada.

Lo expuesto pone de manifiesto que no pueden confundirse, de un lado, los juicios plenarios lentos con los juicios plenarios rápidos, y de otro, éstos con los juicios sumarios. Los juicios sumarios nacieron como procesos de conocimiento limitado y de cosa juzgada formal limitada a lo conocido; luego, posibilidad abierta para que las partes puedan acudir a un proceso extenso—el plenario— en el cual se discutirá todo el conjunto del campo litigioso. No habiendo sido la cognición completa, la cosa juzgada tampoco puede serlo; el litigio se resolvió en un plano o aspecto limitado. Y por lo tanto, preciso es que las leyes creen un vehículo procesal—esta vez no marcado por la excesiva urgencia o inmediatez— para que las partes puedan atacar y defenderse con toda la holgura que estimen del caso. Así, aparece el juicio plenario, que desborda de los cauces de sumario, y que, el *thema procedendi* en toda su amplitud, puede también desbordar los límites de la cosa juzgada aparecida en el anterior juicio sumario. E históricamente apareció un tipo de procesos que, apartándose, por su excesiva extensión, complicación y carestía, del “plenario ordinario”, contenía una cognición o conocimiento *plenos*, pero conseguidos a través de un procedimiento más bre-

ve. Así aparecieron los juicios plenarios rápidos. Siendo plenarios, no cabía volver sobre ellos (el caso contrario a los sumarios); siendo rápidos, esquivaban los errores formalistas que con razón se imputaban a los plenarios ordinarios.¹⁰

Ahora bien, con respecto a la “sumariedad”, puede señalarse que hay una diversificación que distingue entre “sumariedad por razones cuantitativas”, esto es, persiguiéndose en ellos la misma finalidad del proceso común, pero mediante un aligeramiento o simplificación de trámites —plenarios rápidos—, y “sumariedad por razones cualitativas”, de tramitación también más ligera y abreviada, pero especialmente con limitación de la cognición judicial —sumarios.

Este ubicuo carácter del vocablo “sumario” ha sido y es causa de no pocos errores, al confundírsele con lo “rápido”, “breve”, pero de cognición general.

El juicio de amparo es un proceso “sumario” —*strictu sensu*— y no es un “plenario rápido”. Pero además —y he aquí el objeto de nuestro estudio—, el amparo revela —por lo menos frente al acto administrativo formal— características de intrumentalidad, es decir, de medida cautelar, y debe, por tanto, estar al servicio de otros procesos —plenarios—, en este caso, del proceso contencioso-administrativo. Y proceso este, el contencioso, que debe ser un medio capaz de otorgar por sí mismo una tutela judicial efectiva, y sólo cuando no pueda amparar, es que la acción de amparo podrá entrar en juego, pues el amparo presupone el desamparo.

¹⁰ Véase Víctor Fairén Guillén, “El procedimiento preferente y sumario y el recurso de amparo en el artículo 53-2 de la Constitución”, en *Revista de Administración Pública*, Nº 89, Madrid, 1979, pp.207 y ss.

III

EL AMPARO Y EL RESPETO AL SISTEMA CONTECIOSO ADMINISTRATIVO

A. Consideraciones generales

Como hemos visto, una consecuencia de nuestro Estado de Derecho es que los particulares tienen la posibilidad de someter las actuaciones de la administración a controles por órganos judiciales especializados. Estos conforman en Venezuela la denominada “jurisdicción contencioso-administrativa”. Tales jueces especializados, a los cuales queda sometida la actividad administrativa *in complexu*, tienen la obligación —cuya contrapartida son derechos fundamentales— de otorgar una tutela judicial efectiva —artículo 68 C.N.— y de amparar a los habitantes de la República en el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales —artículo 49 C.N. Estos reconocimientos —que van mucho más allá de un simple derecho procesal de acción— implican que en el marco del ordenamiento jurídico sustantivo y procesal, todo titular de derechos subjetivos y de intereses legítimos pueda deducir ante el juez competente las pretensiones procesales oportunas para defensa y protección de las situaciones jurídico-subjetivas respectivas frente a cualquier acto que constituya una vulneración de las mismas.

Y en esta misma línea de proscripción, estos reconocimientos constitucionales están ya provistos de consecuencias reales, pues suponen la necesidad de que las normas procesales provean los mecanismos adecuados para la plenitud de las garantías jurídicas de los ciudadanos ante cualquier clase de lesión de sus derechos e intereses, sin que puedan existir reductos de inmunidad jurisdiccional ni situaciones jurídico-materiales carentes de una protección procesal suficiente, de tal modo que, en ningún caso, el ordenamiento admita supuestos de indefensión. Luego, tales consecuencias reales patrocinan y promueven una labor legislativa de depuración y eliminación de cuantos obstáculos se presenten a la realidad del principio de plenitud de protección juris-

dicional que la Constitución asume, lo que puede, por sí mismo, provocar determinadas consecuencias abrogatorias e interpretativas, indudablemente, aplicables a la legislación en vigor.

Pues bien, frente a los actos administrativos los tribunales y procedimientos llamados, constitucional y legalmente, a otorgar la tutela judicial efectiva a que los ciudadanos tienen derecho, son los contencioso-administrativos. Sin embargo, paralelamente, el mismo constituyente consagró la obligación de todos los tribunales de amparar en el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales a los habitantes de la República, para lo cual estableció las pautas para la creación de un procedimiento breve y sumario que respondiera cabalmente a la exigencia de amparo, sin que tal procedimiento, por supuesto, demoliera, exterminara o eliminara los demás medios —también de rango constitucional— de tutela jurisdiccional. Más bien, tal procedimiento, según se ha razonado en el lugar oportuno, debía —y debe— convivir armónicamente con los medios contencioso-administrativos, debiendo privar en caso de colisión estos últimos.

Respecto a la posibilidad de procedencia de una acción autónoma de amparo frente a los actos administrativos de efectos particulares, el acápite del artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo establece lo siguiente:

La acción de amparo *procede contra todo acto administrativo*, actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones u omisiones que violen o amenacen violar un derecho o una garantía constitucionales, *cuando no exista un medio procesal breve, sumario y eficaz, acorde con la protección constitucional.* [Subrayado nuestro]

Según lo establecido en este artículo, en concordancia con el artículo 2 *ejusdem*, pareciera de que no hay dudas de que sí es procedente la acción autónoma de amparo frente a un acto administrativo de efectos particulares. En este sentido, la jurisprudencia ha venido admitiendo libremente la procedencia —tanto

antes como después de la Ley de Amparo— de la acción autónoma de amparo frente a los actos administrativos.

Surgen aquí las primeras interrogantes, ¿Es dicha tesis adecuada? ¿Es ésta la interpretación acorde con la “imagen” constitucional?

La Ley de Amparo establece la procedencia de la acción autónoma cuando sea necesario el restablecimiento inmediato de la situación jurídica infringida y a la vez *no* exista un medio procesal breve, sumario y eficaz. Ahora bien, y por argumento en contrario, si existe un medio breve, sumario y eficaz para lograr el inmediato restablecimiento de la situación jurídica infringida, el amparo autónomo resultará improcedente por innecesario. ¿Existe en nuestro ordenamiento jurídico un medio que reúna las características mencionadas?

Lo primero que hay que advertir es que cuando la Ley habla de un medio procesal “sumario” está utilizando el vocablo en el sentido de “sumariedad cuantitativa”, es decir, que hace referencia a la existencia de un procedimiento que sea capaz, simplemente, de satisfacer los requerimientos de protección deducidos en una forma rápida y efectiva.

De otro lado, es menester señalar que el juez de amparo *nunca* podrá anular un acto administrativo. Sólo el juez contencioso-administrativo. Pues bien, ¿será el recurso contencioso-administrativo de anulación un medio procesal breve, sumario y eficaz acorde con la protección constitucional?

El profesor Allan R. Brewer Carías ha venido sosteniendo—antes de la promulgación de la Ley Orgánica de Amparo inclusive— que frente a actos administrativos, cuando mediante éstos se violen los derechos garantizados en la Constitución, la vía judicial de amparo contra ellos es el recurso contencioso-administrativo de anulación, pues de acuerdo con el artículo 206 de la Constitución, sólo los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular actos admi-

nistrativos. En esta forma, el recurso de anulación cuando un acto administrativo es inconstitucional por violatorio de derechos fundamentales, es el medio judicial de ejercicio del derecho de amparo constitucional no siendo procedente el ejercicio paralelo de una acción autónoma de amparo frente a actos administrativos.¹¹

Eco de esta postura ha sido la jurisprudencia, que cual cometa ha reconocido en alguna sentencia, que la suspensión de efectos de los actos administrativos constituye un verdadero medio de amparo. A este parecer arribó la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en sentencia del año 1985 al establecer lo siguiente:

[...] En virtud de su carácter de incidencia breve, sumaria y no contenciosa, la medida de suspensión judicial de los actos administrativos participa de la naturaleza de las acciones de garantía y amparo de los derechos de los ciudadanos, y por ello, los jueces de lo contencioso-administrativo también tienen la función de protegerlos, y por tanto, dentro de su competencia asumen la de velar por la protección de aquellas garantías fundamentales, de modo que si no se acuerda dicha medida oportunamente y con sumaria, se desvirtúan los fines proteccionistas y de amparo ciudadano, que también tienen los recursos de anulación frente a los actos administrativos a los cuales se le imputa ilegalidad. También a través de estos actos pueden efectuarse garantías constitucionales, y si no se prevé su restablecimiento provisional, mientras transcurre el juicio, durante el cual se va a determinar si en verdad deben o no anularse tales actos, la vigencia del Estado de Derecho se vería debilitada.¹²

Como se ve, la tesis mencionada avalada por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, y por la opinión de algunos estudiosos de la materia, estima que la suspensión de efectos

¹¹ Véase Allan R. Brewer Carías, *Estado de Derecho y Control Judicial*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1987, p. 639.

¹² Sentencia de fecha 27 de marzo de 1985, con ponencia del Magistrado Román José Duque Corredor, citada por Allan R. Brewer Carías, *obra cit.*, p. 646.

de los actos administrativos configura un verdadero medio de amparo.

Sin embargo, —y asimismo lo reconocía la misma jurisprudencia— en casos excepcionales cuando el contencioso-administrativo no constituya un medio lo suficientemente rápido y reparador (lo cual estará determinado por la naturaleza de la lesión al derecho o garantía constitucional) sí tendría procedencia la acción autónoma de amparo.¹³

Recapitulando lo anterior, pareciera que la suspensión de efectos de los actos administrativos de efectos particulares constituye un medio breve, sumario y eficaz, impidiendo así el uso de la acción autónoma de amparo. Y sólo excepcionalmente y en palabras de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo:

[...] Cuando los medios ordinarios que existen contra los actos inconstitucionales o ilegales, sean insuficientes para reparar el perjuicio, o no idóneos para evitar el daño o la lesión causada por tales actos, la acción autónoma de amparo, entonces resulta procedente.¹⁴

Ahora bien, todo lo anterior que realmente suena muy bien, plantea justamente un problema de determinación en la exigencia de conciliación que el mismo atesora. En efecto, el problema está en determinar con la precisión de un bisturí los supuestos y términos de procedencia del amparo frente a los actos administrativos, que en principio, también son susceptibles de recurso contencioso. Nos preguntamos entonces, ¿constituye realmente en la práctica el contencioso-administrativo de anulación y la posibilidad de suspensión, un verdadero medio de amparo?

¹³ Véase sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de fecha 20-02-86, en *Revista de Derecho Público*, N° 25, E.J.V., Caracas 1986, pp. 117 y 122.

¹⁴ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de fecha 20-2-86 reseñada en la nota anterior.

Gran parte de esta pregunta queda respondida por gravitación de la verificación de la insuficiencia del contencioso-administrativo —en su concepción actual— para fungir en algunos supuestos como un medio de tutela judicial efectiva. De esto, deviene también la idea de que la respuesta a la interrogante en cuestión dependerá del caso o supuesto que se presente en la realidad. Pero aparte de aquellas y estas consideraciones, es menester hacer algunas otras que nos ayudarán en la armonización de la acción de amparo con el recurso contencioso-administrativo de anulación.

La premisa fundamental sobre la cual debe reposar todo intento de conciliación de los medios procesales en conflicto, está en colocar al amparo constitucional como un mecanismo que sirva para tapan las grietas del contencioso: el amparo procederá en forma acumulada o conjunta —como medida cautelar— al recurso contencioso cuando las medidas cautelares que este último ofrece sean insuficientes o inoportunas; el amparo constitucional procederá en forma acumulada o conjunta al recurso contencioso de anulación cuando algunas condiciones de recurribilidad hagan inoperante —por inadmisibile— a este último, es decir, que la “proposición conjunta” abre las puertas al recurso contencioso cuando el acto, según el régimen ordinario, esté “firme” y exime a su vez, el agotamiento de la vía administrativa, esto es, que el acto administrativo no deberá ya “causar estado” (parágrafo único, artículo 5, L.O.A.); y por último, la acción de amparo procederá en forma de acción “autónoma” cuando no sea posible —por razones fácticas o geográficas— ejercer un recurso contencioso de anulación, ni acumular a éste un amparo, o cuando siendo posible el ejercicio de tales recursos, los mismos no resulten acordes con la protección exigida. Este es el régimen que estimamos pertinente con las demandas conciliatorias en cuestión.

En efecto, el recurso contencioso-administrativo no constituye un medio impecable de amparo, ni un medio capaz de responder con sus concepciones tradicionales —algunas apoyadas

ficticiamente en normas legales— a las exigencias constitucionales de tutela judicial efectiva. Tales deficiencias deben ser corregidas, algunas de las cuales vienen a ser corregidas por la Ley Orgánica de Amparo, supliendo la falta —excesivamente prolongada ya— de una reforma completa y definitiva del sistema contencioso-administrativo mediante una ley exclusivamente dedicada a dicho régimen.

La acción de amparo debe respetar el sistema contencioso-administrativo y nunca sustituirlo o exterminarlo, admitir lo contrario significaría la demolición de la administración de justicia mediante la detonación de una mezcla explosiva: el amparo constitucional.

De ahí, el orden prelatorio propuesto. Primero, el recurso contencioso-administrativo de anulación; segundo, la proposición conjunta del amparo con dicho recurso contencioso y, por último, la acción autónoma de amparo cuando los niveles superiores brillen por su ausencia o insuficiencia. Tal régimen sin duda responde a la idea de mantenimiento y respeto del sistema contencioso-administrativo y a la de conciliación de la acción de amparo con los demás medios procesales.

Para finalizar este punto, queremos insistir en el papel con que la jurisprudencia fungirá en el desarrollo adecuado del amparo constitucional y su coexistencia con el resto del ordenamiento jurídico, el cual será, simplemente, el de protagonista. Por ahora, nuestra jurisprudencia aún se encuentra desnutrida en este aspecto, por lo cual, para evitar ese alud de acciones autónomas de amparo y de acumulaciones innecesarias, será indispensable —al estilo argentino a raíz de los conocidos y paradigmáticos casos “Siri” y “Kot”—¹⁵ una labor de depuración para que surgiendo de allí la síntesis hegeliana se coloque al instituto

¹⁵ Sobre estos casos puede verse Néstor Pedro Sagüés, *obra cit.*, pp. 9 y ss. y Alf Joaquín Salgado, *Juicio de Amparo y acción de inconstitucionalidad*, Editorial Astrea, 1987, pp. 5 y ss.

del amparo en el debido canal, al margen de los temerarios y audaces, como también al costado de los tímidos y pusilánimes.

B. Proposición conjunta de acciones. El amparo y el recurso contencioso-administrativo de anulación

De acuerdo con el aparte del artículo 5 de la Ley orgánica:

Cuando la acción de amparo se ejerza contra actos administrativos de efectos particulares o contra abstenciones o negativas de la Administración, podrá formularse ante el Juez Contencioso-Administrativo competente, si lo hubiere en la localidad, conjuntamente con el recurso contencioso-administrativo de anulación de actos administrativos o contra las conductas omisivas, respectivamente, que se ejerza. En estos casos, el Juez, en forma breve, sumaria, efectiva y conforme a lo establecido en el artículo 22, si lo considera procedente, para la protección constitucional, suspenderá los efectos del acto recurrido como garantía de dicho derecho constitucional violado, mientras dure el juicio.

Conforme a esta norma, y en nuestro entender, éste es el medio —la “proposición conjunta”— idóneo, suficiente y oportuno más acorde con la protección constitucional, en los supuestos que el recurso contencioso-administrativo por sí mismo no responda a tales requerimientos, a saber; en los casos de actos administrativos que se encuentren en los niveles inferiores de la vía administrativa y no la agoten; en los supuestos de actos administrativos sobre los cuales han transcurrido los clásicos lapsos de caducidad; y en las situaciones donde los mecanismos de tutela cautelar del recurso contencioso de anulación —la suspensión de efectos capitalmente— aparezcan como insuficientes para otorgar la tutela en el caso concreto, ya sea por su improcedencia en virtud de los restrictivos criterios determinantes para su actuación, como por sus otras limitaciones estructurales. Ultimo supuesto que queda un poco reducido si se acepta el apoderamiento por parte del juez contencioso-administrativo de las medidas cautelares innominadas contenidas en el Código de Procedimiento Civil.^{15 (BIS)}

^{15 (BIS)} Parecido régimen, aunque con variaciones según el tipo de acción ejerci-

En todos estos casos creemos que no es una simple “opción”, no es una facultad libre de acudir, sino que por el contrario, cuando en la localidad exista un tribunal de la jurisdicción contencioso-administrativo se deberá utilizar la figura de la “proposición conjunta —y no una acción autónoma de amparo—, todo bajo pena de que si se ejerce la acción autónoma de amparo la misma sea declarada inadmisibile —si se hace *in limine*— o improcedente. Nótese que si el rechazo es mediante una declaración de “improcedencia” el mismo se produce mediante sentencia y luego de una valuación de fondo, lo cual requiere tiempo. Este modo de actuación podría ir, por una parte, contra la finalidad y *essentia* del amparo constitucional, que es la protección de

tada y según el tipo de omisión en presencia, puede detectarse en el ámbito de la inactividad administrativa, concretamente en el campo de las omisiones, abstenciones o retardos.

En el orden administrativo, como acertadamente señala Humberto Romero-Muci (*El amparo constitucional por omisión o retardo*, inédito) el dominio de la omisión o el retardo imputable a la Administración se bifurca en una doble vertiente, a saber; primero, la omisión o retardo en el “deber de proceder”, u “omisión genérica”, y segundo, la omisión o el retardo en el “deber de actuar”, u “omisión específica”. En el primero de los casos la vinculación entre la norma que determina el actuar administrativo y el sentido de proceder que se le permite es facultativo o discrecional. En estos casos de omisiones genéricas, será procedente intentar una acción autónoma de amparo ante un tribunal de lo contencioso-administrativo, y en principio el alcance del fallo, o sea del mandamiento de amparo, podrá ordenar a “proceder” o decidir, es decir, no puede ordenarse la ejecución del acto incumplido en un sentido específico, sino simplemente —en virtud de la mentalidad actual sobre el control de la discrecionalidad— podrá forzar a la Administración a ejercer sus facultades discrecionales, quedándole vedado al juez una intervención sustitutoria. En el segundo de los casos, el de las omisiones específicas, el vehículo de la lesión está localizado en el incumplimiento por el ente omiso de un deber de actuar, preciso y concreto —no genérico de proceder— establecido en una norma expresa. En estos casos, que se encuentran dentro del dominio objetivo del llamado recurso por abstención o carencia consagrado en los artículos 42, ordinal 23 y 182, ordinal 1 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la conducta administrativa que subyace a la “omisión específica” o “abstención o negativa” presupone el incumplimiento de actos —formales o materiales— derivados de normas taxativas o bien imperativas para la Administración. Aquí, el antídoto o reverso ante las omisiones específicas se encuentra en la acción por abstención y también en la acción de amparo. Ahora bien, co-

los derechos fundamentales en forma inmediata, y por lo tanto, huye de los trámites y tardanzas que puedan hacer ilusoria la reparabilidad que se pretende, y por otra, atentar también contra las exigencias constitucionales de que el contencioso-administrativo sea un medio de tutela judicial efectiva. Por eso, es necesaria una unificación de criterios sobre la materia. Creemos que lo más conveniente es que cuando exista un tribunal contencioso-administrativo en la localidad, y se ejerza una acción de amparo autónoma frente a un tribunal ordinario o frente a un tribunal en lo contencioso-administrativo, el juez debe desechar dicha acción *in limine*, es decir, debe declararla inadmisibile.

rectamente entendido el recurso de abstención —más preciso aun, acción por abstención— y el poder cautelar general del juez de lo Contencioso-Administrativo, el medio procesal idóneo de protección frente a las omisiones específicas deberá ser justamente esta acción de carencia o por abstención. Sin embargo, la reciente Ley Orgánica de Amparo —artículo 5— consagró la figura de la “proposición conjunta” (amparo + recurso por abstención) donde el amparo debe fungir forzosamente como medida cautelar o preventiva. En orden a lo anterior, según nuestro entender, la interpretación que debe dársele al famoso artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo es que la acción autónoma de amparo no es procedente frente a las omisiones específicas por existir un medio procesal breve, sumario y eficaz acorde con la protección fundamental: la acción por abstención, y en dado caso, cuando ésta sea por sí sola insuficiente, la figura de la “proposición conjunta” (amparo + acción por abstención). De modo que si se desea ejercer una acción de amparo frente a omisiones específicas de la Administración, en principio, debe formularse en forma conjunta a la acción por abstención —salvo que en la “localidad” (ciudad o pueblo) no exista un tribunal contencioso-administrativo y se requiera un restablecimiento macroinmediato (en horas) de la situación jurídica infringida, pero aun en estos casos el amparo debería quedar reducido (si la naturaleza del caso lo permite, pues en caso contrario sería innecesario seguir un procedimiento por abstención) a una medida cautelar—. En estos casos de “proposición conjunta” (amparo + acción por abstención) ante un juez contencioso-administrativo, el amparo debe fungir como una medida cautelar que buscaría satisfacer provisionalmente el derecho de fondo para que la sentencia definitiva sea eficaz en sus resultados prácticos, es decir, deberá orientarse a proveer incidental y temporalmente (mientras dura el proceso contencioso por abstención) algunos efectos de la actividad específicamente omitida, como también a garantizar el accionante que durante la secuela procesal la Administración omisa no afectará la situación creada por su carencia, mediante su actuación formal —actos prefabricados— o material.

Por lo tanto, y a pesar de que la Ley habla de improcedencia —“proceder”—, creemos que el juez debe *inadmitir* las acciones autónomas *in commento*, en los supuestos referidos *supra*, por existir un medio procesal breve, sumario y efectivo acorde con la protección constitucional, como lo es la figura de la proposición conjunta (amparo + anulación), o en su caso, el solo recurso contencioso-administrativo de anulación.

Precisando un poco más, en el supuesto negado de la formulación de acciones autónomas de amparo en localidades *con existencia* de tribunales contencioso-administrativos, la situación podría ser la siguiente:

- Si la acción se intenta ante un tribunal ordinario (civil, mercantil, etc.) el juez debe *inadmitir* la acción intentada e inmediatamente la causa debe seguir en el tribunal contencioso-administrativo. Ya sea porque el tribunal *a quo* pase los autos a este órgano idóneo y competente, o ya sea a *motu proprio* del solicitante (quien lógicamente necesitará modificar su solicitud, sea ésta escrita o verbal).
- Si la acción es intentada ante un tribunal con competencia en lo contencioso-administrativo, pueden a su vez presentarse dos soluciones; en primer lugar —pero solo excepcionalmente—, el tribunal podrá amparar provisionalmente al agraviado, siempre y cuando el caso planteado así lo exija por ser *urgente y vital* para la protección solicitada, es decir, que se requiera un restablecimiento que podemos llamar macroinmediato y ultranecesario. Pero el juez, deberá darle a su sentencia un alcance en el tiempo, condicionando el amparo —para así evitar la posible pérdida de interés— a que luego sea juzgada la legalidad o legitimidad del acto mediante el correspondiente procedimiento de anulación, lo cual configurará el amparo definitivo, quedando, por supuesto, la primera decisión supeditada a esta última; en segundo lugar, el tribunal deberá inadmitir la acción autónoma por existir un medio procesal breve, sumario e idóneo

acorde con la protección constitucional, como lo es la figura de la “proposición conjunta” o el mismo recurso contencioso de nulidad según los casos, teniendo entonces el solicitante la carga de incoar su petición a través del medio que resulte pertinente.

Conclusiones estas, a que se llega luego de una interpretación *uti valeat* que armoniza las expresiones imprecisas y contradictorias del artículo 5 *in commento*. En efecto, *gratia arquendi*, nótese que el aparte del artículo antes citado usa la voz “podrá” al referirse a la formulación acumulada de especie, idea esta que choca con el encabezamiento del mismo precepto, al expresar éste la improcedencia de la acción autónoma de amparo, cuando exista un medio procesal breve, sumario y eficaz, acorde con la protección constitucional. En otros términos, si resulta que la proposición conjunta de acciones se acomoda al caso concreto como un medio procesal acorde con la protección demandada, no podrá ejercer una acción autónoma de amparo —so pena de desvirtuar el encabezado del citado artículo 5, y atentar contra la institución misma del amparo—, sino que deberá utilizar la fórmula de la acumulación o proposición conjunta de acciones.

De este modo puede alegremente, basándose en una simple interpretación gramatical y aislada del primer aparte del artículo *in commento*, sostenerse que el particular tiene en sus manos una simple “opción” o una libre facultad de escogencia del medio de protección. Además, al argumento expresado arriba de una interpretación integrativa del referido artículo, debe sumarse el hecho de que no puede olvidarse que hay un principio de seguridad que exige claridad; hay una exigencia de no diluir, hay una exigencia de concentrar los remedios. Esa solución, de dejar la “opción” al ciudadano entre las figuras en comentarios, además de demostrar una incomprensión del precepto en cuestión, no nos parece prudente, pues provocaría a la larga —o a la corta, como ya ha provocado— divergencias entre los amparos cubiertos por los tribunales ordinarios y por los tribunales de lo contencioso-administrativo, lo cual, no es nada interesante. Sin

dejar de mencionar, desde ahora, que el permitir a los tribunales ordinarios el conocimiento de amparos frente a la actividad administrativa es otra aberración de las interpretaciones que se le han dado al régimen del amparo. Y menos mal, que la Corte Suprema de Justicia se desterró —desde la sentencia en Sala Político-Administrativa de 16 de noviembre de 1989, Caso: “Copei”— de su idea de que la jurisdicción contencioso-administrativa era incompetente para conocer de acciones autónomas de amparo, idea que aumentó el alud de acciones autónomas de amparo frente a actos administrativos conocidas por jueces ordinarias, en vez de disminuir tales acciones aumentando las proposiciones acumuladas o conjuntas, lo que ha debido ser su efecto. (La idea desterrada en referencia tenía su origen en una sentencia de la misma Corte, en la misma Sala, de 14 de julio de 1988, Caso: “Colectivos Bripaz, C.A.”).

Volviendo sobre el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo, una lectura del mismo demuestra una regulación no del todo ortodoxa, y en cierto modo censurable, surgiendo así la necesidad de interpretar armónicamente el precepto legal, para así eliminar contradicciones que son incompatibles con la misma esencia de la Ley. El legislador puede, en efecto, volver sobre su acuerdo y derogar la ley que antes aprobó, puede excepcionar mediante preceptos o leyes especiales lo por él mandado con carácter general, pero lo que no puede hacer es contradecirse. La contradicción es incompatible con su propio ser, y es incompatible también con el principio de legalidad mismo, que como eje del Estado de Derecho, tiene como fin asegurar el respecto a la leyes.

Una interpretación *uti valeat* del artículo en cuestión aparentemente contradictorio se impone por tanto, para destruir esa apariencia de contradicción incompatible con la esencia de la Ley y del amparo mismo, obligando así a pensar en la verdadera finalidad del amparo dentro de un sistema contencioso-administrativo destinado al control efectivo de la administración.

En definitiva, frente a los actos administrativos que violen o

amenacen violar los derechos constitucionales, el medio de amparo debe ser el recurso contencioso-administrativo de anulación, que en principio debe ser capaz de otorgar una tutela cautelar. Sin embargo, en algunos casos, en virtud de los visibles déficits que presentan sus técnicas capitales de protección cautelar, las cuales aún se encuentran en un proceso de gestación no siendo siempre un medio infalible de tutela judicial, será la formulación conjunta (amparo y anulación) consagrada en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo el medio procesal breve, sumario y eficaz acorde con la protección constitucional, figura que está llamada a tapar las grietas más visibles del Contencioso-Administrativo otorgando algunas innovadoras soluciones, entre ellas; la introducción de la nulidad absoluta o de pleno derecho —vicio que obstenta todo acto contrario a la Constitución— como causal o motivo —al igual que sucede en vía administrativa— para la procedencia de la suspensión de los efectos de los actos administrativos; la posibilidad de ejercicio del recurso aun después de transcurridos los lapsos de caducidad establecidos en la Ley, respondiendo así con puridad a la teoría de las nulidades; y eximiendo del requisito de agotamiento de la vía administrativa.

Por cierto que en los casos en que un acto administrativo es susceptible de ejercicio inmediato de un recurso contencioso-administrativo de anulación —por estar dadas todas las condiciones de recurribilidad—, pareciera que con la técnica de suspensión y con el poder cautelar que ahora el juez contencioso tiene, el solo recurso contencioso de anulación sería autosuficiente. En principio, esto debe ser así. Ahora bien, en propiedad las concepciones actuales no son las mejores de donde resulta que tal recurso —sin pretensión de amparo acumulada— no siempre se comporta como un medio seguro y lo suficientemente rápido y efectivo, aunque lo ideal es que así lo fuera. A veces, en la práctica suele ser más efectivo ejercer la acción de amparo acumulada al recurso contencioso-administrativo —donde el amparo funge como una medida cautelar de suspensión que se establece por un procedimiento sumarísimo— que utilizar independientemente este último medio, además de que pareciera

que cuando un juez conoce como juez de amparo —cosa que hace el juez contencioso cuando decide sobre la pretensión de amparo acumulada— utiliza mejor y más eficientemente su poder, suspendiendo responsablemente los efectos de los actos o adoptando alguna otra medida de protección provisional.

Además, todas las conclusiones expuestas hasta el momento ponen de manifiesto otra cuestión que no deja de ser importante señalar, y que resulta ser una consecuencia de dichas conclusiones. Con tales interpretaciones se armonizan un poco los problemas que suscita la Ley Orgánica de Amparo al atribuir en forma genérica la competencia en razón de la materia. Ciertamente, llevar un caso a la justicia implica enfocarlo hacia fueros o tribunales adecuados a la rama del Derecho que corresponda. El control de los actos administrativos siempre ha correspondido —y así deberá seguir— a los tribunales contencioso-administrativos, los cuales sin duda se configuran como los órganos más idóneos. Muy delicado es entonces que los jueces ordinarios vengan a controlar la actuación administrativa.

Como se verá más adelante, en la actualidad se presentan indiscriminadamente acciones autónomas de amparo ante los tribunales ordinarios y ante los tribunales contencioso-administrativos basadas en presuntas violaciones provenientes de actos administrativos formales. Pues bien, esta práctica atenta contra el efectivo control de los actos de especie y contra la misma finalidad de amparo constitucional. Así mismo, resulta evidentemente que un acto administrativo puede vulnerar una gran cantidad de derechos, y siguiendo las cuestionables pautas hoy establecidas para la determinación de la competencia por razón de la materia, no siempre serán los jueces contencioso-administrativos los llamados a conocer de tales acciones —lo que constituye para nosotros un supuesto negado pues la posibilidad de ejercicio de acciones autónomas de amparo frente a actos administrativos es como vimos, en principio, improcedente, salvo algunas excepciones que se estudiarán en su oportunidad, pero supuesto negado que se estudia aquí porque en la práctica son

muchas las acciones autónomas de amparo que se ejercen contra los actos de especie. Además, en relación con la atribución de competencias *ratione materiae*, la misma no siempre es sencilla ya que pueden existir muchos casos a los cuales fácil es darles un certero enfoque en relación al magistrado de la materia o fuero con ámbito en apariencia claramente delimitado, pero pueden haber otros en los cuales tal determinación no sea del todo sencilla, sino que más bien se entremezclen o abigarren zonas grises. Estas zonas o aspectos bifrontes o multifrontes de peticiones de amparo, crean *ab-initio* el problema de competencia en desmedro de la rapidez en la solución que la acción de amparo exige y presupone las más de las veces.¹⁶

Pues es aquí, y para evitar estas cuestiones de dudosa catalogación foral, cuando sale airosa la posición de que frente al acto administrativo formal el llamado a conocer de las acciones de amparo debe ser el juez contencioso-administrativo, evitándose así, que los derechos consagrados en la Constitución Nacional puedan ser vulnerados, retaceados, demorados o encarnecidos, so pretexto de triviales o mañosas cuestiones de competencia que en definitiva esfumen la esencia del derecho a tutelarse.

El *quid* del asunto radica en entender que la acción de amparo no puede sustituir el orden jurídico existente, que la misma no puede ser tomada como una especie de maravilla curativa y pretender sustituir al sistema contencioso-administrativo. Por lo tanto, creemos que frente a los actos administrativos el medio de amparo debe buscarse ante los jueces con competencia en lo contencioso-administrativo, ya sea mediante el recurso contencioso de anulación o mediante la proposición conjunta con la acción de amparo.

Por último, queremos decir y en aras de la idea de que el Estado de Derecho debe ser un Estado de Justicia, que igualmente

¹⁶ Carlos R. Arigós, *La competencia en la acción de amparo*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1970, p. 57.

no hay que ser muy formalistas ni muy extremistas, la flexibilidad a veces puede ser el salvoconducto de la justicia; es decir, que si bien consideramos pertinentes las conclusiones expuestas, estimamos también que hay situaciones en que serán procedentes las acciones autónomas de amparo —lo cual como se verá en su momento tiene unas características muy particulares— por razones fácticas específicas y además porque es indudable que pueden surgir supuestos en los cuales lo que denomina Hugo Alsina las “formas procesales” sean incompatibles con la tuición requerida. Es aquí cuando el juez debe saber llenar, al decir de Luis Jiménez de Asúa, todos los aspectos que se requieren al hacer justicia: intuición de ella, conocimiento de derecho y hombría para defenderlo.

C. *Naturaleza del amparo en la proposición conjunta de acciones.*

1. *El amparo como medida preventiva o cautelar.*

Llegados a este punto podemos afirmar con certeza que en la modalidad procesal de la proposición o formulación conjunta (amparo + recurso de anulación), el amparo cumple una función cautelar o preventiva. En efecto, la figura en comentarios constituye un medio cautelar que busca impedir la violación de un derecho o facilitar el ejercicio del mismo, es decir, va dirigida a hacer cesar el peligro de un daño en potencia, impidiendo la comisión o continuación de un acto perjudicial al interesado o facilitando la actuación futura del derecho mismo. Todo con carácter instrumental y provisional dentro de un proceso principal. Esto es, la “tutela jurisdiccional cautelar”.

El término *suspensión* para el legislador de amparo —y así debe ser entendido— es mucho más amplio de lo que revela su valor semántico, ya que se identifica con el amparo mismo. Esto es, cuando se habla de suspensión se alude al procedimiento de amparo y, al mismo tiempo, se le está otorgando a tal figura carácter provisional, ya que el amparo correrá la suerte de la acción principal y durará hasta que se dicte la sentencia definitiva —aunque por lo general cuando frente a un acto administrativo

se declare con lugar un amparo constitucional, lo más probable y lógico es que también en el correspondiente juicio principal de conocimiento completo se determine la nulidad absoluta del acto. En fin, el amparo acumulado al recurso contencioso-administrativo de nulidad se comporta como un medio de protección provisional; esto es, como un medio de tutela cautelar judicial, pudiendo el juez decretar todo tipo de medidas tendientes a facilitar y posibilitar el otorgamiento de la tutela judicial efectiva a que todos tienen derecho.

En definitiva, no puede afirmarse en forma genérica que el amparo pertenezca a la especie de la llamada “tutela cautelar definitiva”;¹⁷ primero, porque aun en forma de acción autónoma el amparo es un juicio “sumario” en sentido estricto, y no un juicio “plenario rápido” como se ha pretendido y, segundo, porque la misma Ley Orgánica de Amparo consagró al amparo como una medida que puede —y debe— formularse en forma conjunta con otras acciones principales y de conocimiento pleno. Por lo tanto, y así sucede en el caso del acto administrativo, lo que puede sostenerse es que el amparo pertenece a la tutela judicial cautelar, porque como se dijo antes, el amparo aquí sirve para garantizar el buen fin de otro proceso (definitivo): *el proceso contencioso-administrativo de anulación*.

2. *El amparo como reacción ante las insuficiencias del sistema contencioso-administrativo.*

Es menester señalar que la figura de la proposición conjunta del amparo con el recurso contencioso de anulación, viene a responder a una necesidad que desde hace tiempo se encuentra entre nosotros: la reconstrucción del sistema contencioso-administrativo. En tal sentido, la Ley Orgánica de Amparo introduce algunas innovaciones que merecen ser destacadas. La primera de ellas se refiere a la introducción de la nulidad absoluta o de pleno derecho como causa o motivo determinante para la de-

¹⁷ Gian A. Micheli, *Derecho Procesal Civil*, E.J.E.A., Buenos Aires, 1970, Vol. IV, p. 396.

claración de procedencia de la suspensión de efectos de los actos administrativos, cuestión aún inédita en el ámbito ordinario contencioso-administrativo. En efecto, una de las grietas más visibles del recurso contencioso de anulación radica en la insuficiencia de la técnica de suspensión en virtud de los restrictivos criterios determinantes de procedencia de la misma, cuestión que ahora se ve ampliada al introducirse por vía de la Ley de Amparo la posibilidad de suspensión por motivos de nulidad absoluta, en este caso, por actos contrarios a la Constitución Nacional.

Tal innovación —que produciría una deseable equiparación entre el nivel contencioso y el administrativo, este último hoy más generoso— es previsible que sea agregada en forma genérica y definitiva mediante la futura Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo. Reforma que desde hace algunos años es deseada y esperada —espera excesivamente prolongada ya. Ahora bien, por supuesto, una innovación de este tipo mediante una Ley de regulación general del sistema requiere un acompañamiento de varias matizaciones. Entre ellas, podrían figurar la procedencia de la suspensión por motivos de nulidad absoluta pero bajo criterios de “indicios racionales” o alguna otra fórmula similar, para así evitar la invocación ritual de tales motivos, e inclusive, prevenir el forzamiento excesivo de los argumentos en los recursos, so pena de desvirtuar la misma finalidad de la innovación de especie y de producir paralizaciones innecesarias de la actividad administrativa.

Por otro lado, nos encontramos con otras dos novedades —también inéditas en la regulación general de nuestro Contencioso— que se introducen con la promulgación de la Ley Orgánica de Amparo; a saber, la posibilidad de ejercicio “en cualquier tiempo” del recurso contencioso de anulación frente a actos administrativos de efectos particulares; y segundo, la falta de necesidad de agotamiento de la vía administrativa como condición de recurribilidad del mencionado recurso. Tales innova-

ciones serán analizadas en ese mismo orden en los puntos siguientes.

D. *El amparo y las figuras de la "caducidad" y el "consentimiento"*

1. *Consideraciones preliminares*

a. *El amparo y el orden público*

La Constitución es la norma fundante de todo orden jurídico, y es la norma básica del Estado que se confunde con el Estado mismo. A partir de esta premisa indiscutible, surgen unas preguntas que desde hace tiempo han transitado por los países que consagran en su orden jurídico, al amparo constitucional. ¿Está presente el orden público en el amparo? Y en caso afirmativo, ¿en todos los amparos o sólo en alguno de ellos?

Como bien lo señala Néstor Pedro Sagüés,¹⁸ la respuesta a estas interrogantes obliga a rastrear la médula del instituto jurídico del amparo. En todo amparo como bien lo explica Lazzarini hay, inexcusablemente, "un pedido de inconstitucionalidad¹⁹ del hecho o acto cuestionado"; esto es, si el evento discutido lesiona o no los derechos constitucionales protegidos a través del amparo. Y en caso de constatarse tal lesión, se hace cesar la restricción porque viola la Constitución, pues conculca un derecho nacido de ella, porque representa una actividad al margen de su ámbito, y por tanto, es inválida, nula, inconstitucional. Así encarado el problema —prosigue Sagüés— corresponde preguntarse si el orden público está o no interesado en la cuestión de la supremacía de la Constitución. En tal sentido, es sabido que el orden público (y sus expresiones gemelas, interés público, interés general, bien público o bienestar general), se vincula a los conceptos básicos que atañen a la organización jurídico-política de una comunidad, los que se establecen como imperativos, y por

¹⁸ *Obra cit.*, p.352

¹⁹ Citado por Néstor Pedro Sagüés, *obra cit.*, p. 353.

lo tanto, no se remiten al libre cumplimiento (o incumplimiento) de funcionarios y de particulares.

En fin, hay como enseña Bidart Campos, un orden público constitucional y la misma Constitución es orden público. De allí, que el artículo 14 de nuestra Ley de Amparo establezca lo siguiente:

La acción de amparo, tanto en lo principal como en lo incidental, y en todo lo que de ella derive, hasta la ejecución de la providencia respectiva es de *eminente orden público*. [Subrayado nuestro]

A propósito de la segunda pregunta —nos enseña Sagüés con sano criterio—, que es verdad que el interés público se haya más comprometido en la vigencia de ciertos derechos y situaciones que en la de otros. Sin embargo, aun en los amparos más modestos, hay algo que atañe al interés social: la supremacía del ordenamiento constitucional. Fuera pues de la magnitud del problema en cuestión, y fuera también de la dimensión axiológica del asunto debatido, subsiste algo que siempre importa a la comunidad como es la necesidad de hacer prevalecer la armazón constitucional.

A pesar de que las consideraciones anteriores parecieran ser elocuentes, el mismo legislador de amparo —contradiciéndose— introdujo como una causal de inadmisibilidad de la acción de amparo, el consentimiento de los actos u omisiones que violen el derecho o la garantía constitucional, a menos que se trate de violaciones que infrinjan el *orden público o las buenas costumbres*.

Lo anterior, que es sin duda una contradicción, podría llevar al absurdo de admitir que la arbitrariedad y la ilegalidad manifiestas queden convalidadas por la simple torpeza o inactividad de los particulares. Al respecto, Fiorini (en una crítica a la Ley argentina 16.998), sostenía que se trataba de un castigo impuesto sin razón ni motivo al particular agraviado ²⁰. El vicio de nuli-

²⁰ Bartolomé A. Fiorini, *Acción de amparo. Graves limitaciones e inconvenientes que la desnaturalizan*, LL, 124-1363.

dad absoluta es inmediatamente afectado a quien por ello el ordenamiento le niega la posibilidad de prestar consentimiento, porque este asentimiento individual no puede comprometer el orden jurídico y la seguridad de los demás.

La doctrina y la jurisprudencia venezolana ya se han encargado de dilucidar las características de los vicios de los actos administrativos al analizar los efectos de los pronunciamientos judiciales. En tal sentido, si el acto está viciado de nulidad absoluta la sentencia es declarativa, con efecto retroactivo, pro-pretérito, es decir, los efectos son *ex-tunc* —aunque recuérdese la potestad del juez contencioso-administrativo para determinar los efectos de sus decisiones en el tiempo (artículo 131 LOCSJ). Por lo tanto, “la resolución judicial de nulidad absoluta, más que declararla, lo que hace es corroborar una realidad, eliminando el mero barniz de apariencia legal que pudiera haber acompañado al acto nulo”²¹. Mal podrían entonces el tiempo y el consentimiento convalidar, disponer o darle firmeza a un acto nulo de nulidad absoluta, situación en que se encuentran los actos que violen la Constitución Nacional.

b. *Actualidad y reparabilidad*

Uno de los límites del amparo constitucional debe estar en el hecho de que la situación pueda repararse. Tal reparabilidad puede ser entendida en dos sentidos; primero, en el sentido de que no existan vías legales para ocurrir o que la situación sea irreparable por los medios procesales existentes y que sólo el amparo constitucional pueda restablecer la situación jurídica, supuesto este que no necesita mayor explicación; segundo, en el sentido de que mediante el amparo puedan volverse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, que se pueda restablecer la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje

²¹ Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de España de fecha 11 de octubre de 1956, citada por Tomás Ramón Fernández, *La nulidad de los actos administrativos*, E.J.V., Caracas, 1987, p. 117.

a ella, e igualmente que la violación o amenaza de los derechos o garantías constitucionales no haya cesado.

Respecto al segundo supuesto, si sólo mediante el amparo es posible volver las cosas al estado que tenían antes de la violación, ¿por qué no admitir el amparo aun después de transcurridos los lapsos de caducidad?

Pues bien, creemos que la reparabilidad —y no la caducidad o el consentimiento— debe ser el verdadero definidor de la procedencia del amparo. Y aun cuando la opinión de algunos estudiosos del tema y de algunos pronunciamientos judiciales sea adversa a ello ²², nos inclinamos a postularlo así. El amparo no puede estar sometido a límites temporales, su naturaleza así lo exige.

Además, las lesiones pueden constituirse en algo que puede llamarse “lesiones continuas”. En las mismas, la situación se prolonga por un período de tiempo indefinido y por lo tanto mal podría hablarse de caducidad. Ciertamente, cuando la lesión se renueva día a día, la misma está presente, es real, efectiva, tangible e ineludible, es decir, la lesión sigue ahí, está viva y por lo tanto sigue teniendo carácter de “actualidad”. Y aunque esto es una característica típica de la lesión por omisión o retardo de la Administración, no debe llamar a dudas que sea aplicable *mutatis mutandis* al acto administrativo formal, pues si bien es cierto que el comportamiento estatal que se analiza a través del amparo, debe tener vigencia o actualidad al tramitarse esta acción, sucede que los actos administrativos formales aunque hayan acaecido con anterioridad a la promoción del amparo tendrán importancia y deberán ser objeto del mismo en cuanto ellos o sus efectos persistan y se manifiesten en el proceso presente.

Por lo expuesto, cuando la lesión tenga este carácter, y la

²² Véase Hildegard Rondón de Sansó, *Amparo Constitucional, ob. cit.*, p. 168. También puede verse sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de fecha 13-10-88 (Caso: “Agraragua”).

misma sea reparable, debe admitirse el amparo (aun después de transcurridos los lapsos de caducidad), a menos de que exista otra vía breve, sumaria y efectiva acorde con la protección constitucional. Quedando a salvo también, por supuesto, las otras causales de inadmisibilidad e improcedencia de la acción de amparo consagradas a lo largo del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo.

En conclusión, a nuestro entender el párrafo único del tan citado artículo 5 *ejusdem*, responde a las anteriores consideraciones y es por eso que expresamente consagra el ejercicio de las acciones en forma conjunta (amparo y anulación) en cualquier tiempo aun después de transcurridos los lapsos de caducidad. Pero hay que advertir que hay que tener cuidado, porque ni la doctrina ni la jurisprudencia son uniformes en este sentido; por lo cual se recomienda al presunto agraviado ser sumamente diligente.

c. *La nulidad absoluta*

No pretendemos analizar aquí toda la teoría de las nulidades—esto excedería de nuestra capacidad y de los límites estructurales de este estudio—, pero sí hacer una somera referencia respecto a la situación —a título de vicio de nulidad— en que se encuentran los actos que violan o contradicen la Carta Fundamental.

Conocida es la garantía objetiva de la Constitución Nacional, según la cual cualquier acto del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por la Constitución es nulo (artículo 46 CN). Nulidad que tiene el rango de “absoluta” o de pleno derecho.

La nulidad absoluta como bien afirma Tomás Ramón Fernández, no puede sanarse puesto que no está en el comercio de los hombres, ni en la esfera de la autonomía de la voluntad. El mismo principio de los propios actos se detiene ante ella. Ya lo dice el viejo adagio: *quod initio vitio sum est, non potest tractu temporis convalescere*.

En definitiva, como lapidariamente afirma el citado autor —eximiéndonos de mayores comentarios—, al analizar los caracteres esenciales y definidores del vicio más grave de los actos administrativos,

[. . .] la nulidad absoluta o de pleno derecho tiene por sí misma y con independencia de su declaración por el juez, trascendencia general *erga omnes*, no sana, ni se convalida por el transcurso del tiempo y no es susceptible de consentimiento, porque, por su naturaleza y gravedad, está fuera del ámbito propio de la autonomía de la voluntad, es indisponible para las partes a quienes afecta, en cuanto que rebasa la esfera de su propio interés y afecta el interés general, al *orden público*.²³

2. *La proposición conjunta del amparo con el recurso contencioso en "cualquier tiempo"*

El párrafo único del artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo establece claramente lo siguiente:

Cuando se ejerza la acción de amparo contra actos administrativos conjuntamente con el recursos contencioso-administrativo que se fundamente en la violación de un derecho constitucional, el ejercicio del recurso procederá en *cualquier tiempo, aun después de transcurridos los lapsos de caducidad* previstos en la Ley y no será necesario el agotamiento de la vía administrativa. [Subrayado nuestro]

El precepto transcrito constituye, a nuestro entender, por una parte, una excepción al contradictorio régimen que el mismo legislador de amparo adoptara sobre los de interposición de la acción de amparo, y por otra, una solución a la denunciada deficiencia que el recurso contencioso-administrativo tiene sobre el particular.

Como bien se sabe, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia establece como una condición de recurribilidad del recurso contencioso frente a los actos administrativos de efectos

²³ Tomás Ramón Fernández, *obra cit.*, p. 113.

particulares, que el mismo sea interpuesto dentro de un lapso de caducidad de 6 meses. Pues bien, como hemos venido denunciando al párrafo único del citado artículo 5 objeto de esta paráfrasis, atesora una excepción a dicha condición de recurribilidad pues permite el ejercicio del recurso “en cualquier tiempo”.

Lo anterior no constituye un descubrimiento del cual pretendamos apropiarnos. Cualquiera que simplemente lea el citado precepto normativo debe percatarse de tan capital innovación. Ahora bien, justamente lo que nos interesa resaltar en este punto no es la innovación en sí misma, pues ella es elocuente, sino una sorprendente interpretación —*contra legem* a nuestro entender— que se le ha pretendido insuflar a la Ley de Amparo para desconocer la innovación en comentarios.

Por esta razón, se va a recordar aquí un caso reciente que tiene especial expresividad, porque en él se dan cita, como si de un supuesto académico se tratara, toda la gama de problemas que son imaginables en relación con el punto que nos ocupa. La doctrina judicial resaltante proviene de una sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de 13 de octubre de 1988 que, según nuestro parecer, contaría la verdadera exégesis que debe recaer sobre los preceptos en cuestión y que además desconoce la *mens legis*, pues la intención de la Ley era justamente paliar una de las visibles deficiencias del recurso contencioso-administrativo. La referida sentencia al analizar los artículos 5 y 14 expresaba textualmente lo siguiente:

Una interpretación textual podría llevar al absurdo de considerar que, por cuanto *toda la materia del amparo es de orden público*, el consentimiento expreso (constituido por el transcurso del tiempo) no extingue la acción; pero tal interpretación se contradice con la lógica misma del sistema y con la naturaleza del amparo que es una medida sumaria para *lesiones actuales*. De allí que, deba interpretarse que la extinción de la acción de amparo por el transcurso del tiempo (consentimiento expreso, según el legislador) se produce en todos los casos, salvo que la forma como se hubiese producido la lesión revista tal gravedad que constituya un hecho lesivo de la conciencia jurídica. Se trataría por ejemplo de las vio-

laciones flagrantes a los derechos individuales que no puedan ser denunciados por el afectado; privación de libertad; sometimiento a torturas físicas psicológicas; vejaciones; lesiones a la dignidad humana y otros extremos.

Y concluye la Corte:

Ahora bien, por lo que atañe a la caducidad de la acción de amparo alegada en el caso presente, la misma a juicio de esa Corte se ha producido por haberse realizado en el presente caso el supuesto del consentimiento expreso previsto por el transcurso del tiempo superior a los seis (6) meses, contados desde la fecha de la vigencia de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, esto es, el 22 de enero de 1988 y, así lo declara. Por lo que respecto al recurso contencioso administrativo de nulidad que, por el hecho de haber sido ejercido en forma conjunta en la acción de amparo no fuera objeto de examen respecto a los requisitos de inadmisibilidad relativos a la caducidad de la acción y al agotamiento de la vía administrativa, de conformidad con el artículo 5 *ejusdem*, el mismo resulta igualmente inadmisibles en virtud de la identidad del objeto impugnado por tal medio, por resultar caduca la acción interpuesta.²⁴ [Subrayados nuestros]

Según nuestro criterio, la doctrina judicial sentada por la anterior sentencia contraría el verdadero sentido que debe dársele a la Ley Orgánica de Amparo en lo que se refiere a la figura de la proposición conjunta del amparo con el recurso contencioso de anulación. Toda interpretación ha de legitimarse por sus resultados, ya que *ad absurdum nemo tenetur*. La interpretación que asoma la sentencia en comentarios conduce sin embargo a resultados que modestamente creemos que la descalifican.

La sentencia parece desconocer lo consagrado en el párrafo único del tan citado artículo 5, ya que, como no escapa al observador, en el caso *sub-judice* la acción de amparo se ejerció en forma conjunta al recurso contencioso-administrativo de

²⁴ Sentencia consultada en original.

anulación, debiendo haber operado entonces el régimen especial que la misma Ley de Amparo trae para el caso de la proposición conjunta de pretensiones frente a la actividad administrativa. Tal régimen especial —artículo 5— introduce claramente una doble excepción al régimen general de caducidad por el transcurso del tiempo; a saber, por una parte, el amparo queda fuera del ámbito de aplicación del cuestionable artículo 6, ordinal 2 de la misma Ley Orgánica de Amparo y, por otra, el recurso contencioso de anulación que fuera del alcance de los artículos 84, ordinal 3 y 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. De modo que, creemos que en el supuesto narrado la Corte Primera yerra al declarar inadmisibles el amparo por caduco, y al volver sus pasos a la revisión de los requisitos de recurribilidad del recurso contencioso de anulación declarándolo también inadmisibles.

Nos preguntamos, ¿qué significa “en cualquier tiempo aun después de transcurridos los lapsos de caducidad”? La respuesta es obvia. *Gratia arquendi*, la intención del proyectista de la norma en conflicto difiere radicalmente de la interpretación sostenida por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en la referida sentencia. En efecto, las mismas palabras del profesor Allan Brewer-Carías son esclarecedoras en este sentido:

Por tanto un acto administrativo de un derecho o garantía constitucional, puede ser impugnado en vía contencioso-administrativa en cualquier tiempo, siempre que se acompañe al recurso de anulación una pretensión de amparo; y contra dicho acto sólo puede ejercerse la acción de amparo si ya han transcurrido más de seis meses de dictado (artículo 6, ordinal 4) si se ejerce conjuntamente con el recurso contencioso-administrativo de anulación.²⁵

Las palabras de Brewer-Carías son elocuentes, de modo que en tales hipótesis el juez queda exonerado de pronunciarse so-

²⁵ Allan R. Brewer Carías, “Introducción general al régimen del derecho del amparo [...]”, *loc. cit.*, p. 31.

bre la caducidad y el agotamiento de la vía administrativa. Cualquier otra interpretación significaría modificar la *mens legis*, incurriéndose en una violación de las reglas de la sana hermenéutica que demanda el instituto en comentarios.

En este mismo orden de ideas, se ha sostenido que el párrafo único del artículo 5, *in commento* puede ser peligroso porque podría encubrirse en el un contencioso de ilegalidad contra actos administrativos con plazos de impugnación ya vencidos,²⁶ y que por tanto si el amparo es declarado sin lugar el juez deberá regresar sobre sus pasos en relación con el recurso de nulidad y examinar los requisitos de inadmisibilidad relativos a la caducidad de la acción principal y al agotamiento de la vía administrativa.²⁷ Sobre el particular queremos hacer ver, en primer lugar, que justamente la intención de la norma es permitir que el recurso contencioso de nulidad por razones de contrariedad a derecho pueda ejercerse en cualquier tiempo, por lo que las afirmaciones objeto de crítica se apartan del significado y finalidad de las construcciones normativas de especie. Además, no puede olvidarse el hecho de que el amparo sea declarado inadmisibile o improcedente no significa necesariamente que no exista una lesión a un derecho fundamental, ya que podría suceder que se esté en presencia de una violación a un derecho constitucional, pero que no sea detectable en el "sumario" procedimiento de amparo sino en procedimiento contencioso de conocimiento completo. Como se explicó en su momento, el amparo acumulado al recurso contencioso de anulación funge como una medida preventiva o cautelar que debe seguir a la acción principal,

²⁶ En este sentido Luis H. Farías Mata, "Planteamiento preliminar: Algunas dudas que suscita la nueva Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos Constitucionales", en edición especial aniversario *Diario de Tribunales*, Barquisimeto, 20 de julio de 1988, p. 99.

²⁷ Tesis sostenida por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en sentencia de fecha 15 de junio de 1988, con voto salvado de la Magistrado Hildegard Rondón de Sansó.

por lo que, cuando hayan transcurrido los lapsos de caducidad y se haya utilizado la figura de la proposición conjunta, debe permitírsele —aun declarado el amparo sin lugar— al contencioso-administrativo juzgar la contrariedad a derecho del acto, pudiendo cumplir así, con las exigencias constitucionales de una tutela judicial efectiva, y responder a la vez, a una concepción adecuada de la Teoría de las Nulidades.

En fuerza de todos los argumentos expuestos hasta el momento, y *data venia* al tribunal sentenciador —la Corte Primera—, nos permitimos disentir de la doctrina que sirvió de fundamento a la sentencia que anotamos, pues consideramos que el párrafo único del artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo permite claramente el ejercicio del amparo y del recurso de nulidad “en cualquier tiempo” siempre que la formulación se haga en forma acumulada o conjunta.

E. *El amparo y el agotamiento de la vía administrativa*

1. *Generalidades*

De conformidad con la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, constituye un requisito procesal del procedimiento contencioso-administrativo, la necesidad de que se agote la vía administrativa. Como bien lo dice el profesor Brewer-Carías, este agotamiento de la vía administrativa, no es más que la obligación impuesta al recurrente de agotar los medios administrativos útiles que tiene a su disposición ante la misma Administración,²⁸ es decir, los conocidos “recursos administrativos”, los cuales se configuran más que como una obligación, como unos “derechos carga” puesto que el particular para poder tener éxito en sus pretensiones de acudir a la vía jurisdiccional debe agotarlos:

En virtud de que a este punto le es aplicable por gravitación todo lo expuesto hasta el momento, y habiendo concluido que

²⁸ *Estado de Derecho y Control Judicial, obra cit.*, p.298.

la acción autónoma de amparo no debe proceder contra los actos administrativos de efectos particulares, con sus contadas excepciones, constituyéndose como regla general la proposición conjunta de la acción de amparo con el recurso contencioso-administrativo de anulación, las consideraciones sobre el amparo y el agotamiento de la vía administrativa vienen a quedar reducidas a sólo algunas precisiones.

Hay que empezar señalando, que la regla o principio general es que el agotamiento de la vía administrativa se configura como una condición de recurribilidad del recurso contencioso-administrativo de anulación. En principio, si existen recursos que permitan a los organismos administrativos enmendar el acto lesivo de los derechos constitucionales, el afectado debe recorrerlos. En principio, el fundamento teórico de tal exigencia se muestra sano. No se trata únicamente de otorgar al Estado la oportunidad de rectificar su actitud: también hay evidentes razones de economía y practicidad para resolver el asunto en el mismo ente que lo originó, sin necesidad de plantear demandas en un poder distinto, como lo es el Judicial.²⁹ Adicionalmente, de conformidad con el artículo 87 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, existe la posibilidad de suspensión administrativa de los efectos de un acto, lo cual, sin duda podría configurarse como un medio eficaz para evitar cualquier violación a la Carta Fundamental del Estado.

Ahora bien, este transitar previamente las instancias ordinarias, es decir, la vía administrativa, ¿constituye un *iter* idóneo o por el contrario importa una dilación que desnaturaliza la esencia de las pretensiones?

Si la vía administrativa no atiende idoneamente al problema, es decir, si su trámite por uno u otro motivo no es lo suficientemente útil para proteger el derecho vulnerado y, puede, por ende, ocasionar un gravamen irreparable o una lesión de

²⁹ Néstor Pedro Sagüés, *obra cit.*, p. 177.

cualquier tipo, el particular interesado debería poder articular el recurso correspondiente *omisso medio*, o sea, directamente. Pero sucede que el legislador de lo contencioso-administrativo actualmente se encuentra huérfano —pues el agotamiento de la vía administrativa se presenta hoy como una condición de recurribilidad del recurso contencioso de anulación— de una regulación que responda a las exigencias constitucionales de una tutela judicial efectiva, pues la realidad ha demostrado ya la generalizada inoperancia de la vía administrativa. En efecto, administrando bien el tiempo, el juego de los recursos previos y de los plazos de silencio administrativo constituye un seguro de impunidad para la Administración, que durante dicho tiempo tiene manos libres para hacer llegar los hechos a auténticos puntos sin retorno. Por esto, resulta interesante la posibilidad —cuestión sobre la cual el Derecho comparado empieza a mostrar una responsable reacción— de convertir a los recursos administrativos previos en trámites puramente potestativos, a emplear por el recurrente en aquellos supuestos en que existiesen posibilidades auténticas de arreglo extrajudicial del conflicto. Reforma que abreviaría de modo considerable la duración de los procesos y que, al mismo tiempo resolvería el hoy insoluble problema de todos los niveles de la vía administrativa, en especial el de los ministerios, hoy materialmente asfixiados por una montaña de impugnaciones a la que no se le puede dar una oportuna respuesta.

En relación con la acción de amparo, ésta es una acción de carácter extraordinario, mas no subsidiario. No basta, pues, que haya otra vía (de cualquier índole), para desestimar un pedido de amparo: hay que considerar, inexcusablemente, si tal trámite es auténticamente operativo para enfrentar el acto lesivo. Resultaría hartamente fácil (y a la vez, farisaico), rechazar una demanda de amparo por la simple razón de existir acciones judiciales y administrativas que contemplaran el problema litigioso, ya que con tal criterio, todo amparo resultaría prácticamente desechable —y además sería retroceder a la idea del carácter subsidiario de la ac-

ción de amparo, idea hoy superada. Lo que debe determinarse es si tales caminos son efectivamente útiles para lograr la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate.³⁰

Al respecto, es importante recalcar que de conformidad a lo previsto en el artículo 87 antes citado, la sola interposición de cualquier recurso no suspende la ejecución del acto impugnado, lo cual, no es sino una consecuencia de los privilegios de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, típicas manifestaciones de la autotutela de la Administración. La medida de suspensión constituye una potestad del órgano ante el cual se recurre, nos encontramos ante un juicio de valor que realiza el funcionario. Por lo tanto, la interposición del recurso no ofrece garantía alguna para lograr la inmediata protección de los derechos y garantías constitucionales, es más, como bien lo señala el profesor Carlos Ayala Corao, si bien la suspensión de los efectos del acto recurrido en vía administrativa está prevista en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, es práctica general y reiterada de nuestra Administración, nunca suspender los efectos del acto impugnado, ratificando así la arbitrariedad de la actuación administrativa.³¹ Por lo tanto, si bien es cierto que la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios instituidos para la solución de las controversias, su exclusión por la existencia de otros recursos administrativos no puede fundarse en una apariencia meramente ritual, toda vez que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias.³²

2. *La proposición conjunta y el agotamiento de la vía administrativa*

Como se ha señalado, la eliminación del cumplimiento de agotamiento de la vía administrativa se presenta hoy como una

³⁰ *Idem*, p. 169.

³¹ "La acción de amparo constitucional en Venezuela", en *Ley Orgánica de Amparo sobre Derecho y Garantías Constitucionales*, obra cit., p. 173.

³² Alí Joaquín Salgado, obra cit., pp. 39 y 40.

reforma deseable en el ámbito contencioso-administrativo. Pues bien, el parágrafo único del artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo responde a los anteriores planteamientos y por eso también exime del agotamiento de la vía administrativa —“en cualquier tiempo” dice el referido artículo—, cuando el recurso contencioso-administrativo de anulación se ejerza conjuntamente con la acción de amparo.

En conclusión, cuando exista un juez contencioso-administrativo en la localidad y nos encontremos ante un acto administrativo que *no cause estado*, el particular tiene a su alcance la posibilidad de ir directamente a la vía jurisdiccional sin agotar la vía administrativa, siempre que ejerza la figura de la proposición conjunta —amparo y anulación—, lo cual a nuestro entender —en los términos ya explicados y quedando a salvo, por supuesto, los posibles casos de excepción— debe impedir la posibilidad de ejercer directamente una acción autónoma de amparo.

C. Excepciones a la proposición conjunta de acciones

Como ya puede apreciar el lector, nuestra tesis gravita en torno a la concepción de que el sistema contencioso-administrativo debe ser un medio de tutela judicial efectiva, cuestión que rechaza toda idea de demolición o sustitución de dicho sistema. Por eso, es que el tratamiento que debe tener el amparo frente a la actividad administrativa debe tener como base la conservación y mejoramiento del sistema contencioso, y debe dirigirse a una conciliación con los medios procesales que dicho sistema ha creado para la efectiva protección de los ciudadanos. De allí, que el amparo constitucional ha comenzado a perder fuerza y se ha encaminado a quedar reducido a una verdadera pretensión extraordinaria y colaboradora frente a los tradicionales medios de tutela judicial.

Ahora bien, como se ha visto, el recurso contencioso-administrativo con una pretensión de amparo acumulada —la proposición conjunta del artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo— debe configurarse como un medio de tutela judicial

efectiva y como un medio de amparo, cuando el solo recurso contencioso se muestre insuficiente o inoperante para la tutela requerida. Por su parte, la figura de la proposición conjunta debe privar sobre la acción autónoma de amparo, y sólo cuando ésta se muestre a su vez insuficiente o inoperante, deberá proceder el amparo en forma de acción independiente.

1. *Ausencia de juez contencioso-administrativo en la localidad*

Como todo principio a toda regla, las ideas expresadas hasta el momento también tienen sus excepciones. En efecto, si bien es cierto que en principio los medios de amparar y de otorgar una tutela judicial efectiva frente a los actos administrativos, son el recurso contencioso de anulación como acción independiente, o en su defecto, la proposición conjunta de acciones (amparo + recurso de anulación), resulta que hay algunos supuestos que *ab-initio* podrían considerarse como susceptibles de ser objeto de acciones autónomas de amparo.

El primero de ellos surge de un análisis indirecto o negativo del tan nombrado artículo 5. Nos preguntamos, ¿cuál es la situación cuando no hay un juez contencioso-administrativo en la "localidad"?

Para responder esta pregunta resulta forzoso fijar primero una delimitación de la noción de "localidad" en la Ley Orgánica de Amparo. Al respecto, hay que decir que en la doctrina no hay unificación de criterios. Por nuestra parte, creemos que esta noción debe ser analizada desde una perspectiva de realidad, en el sentido de que debe tomarse en cuenta la verdadera esencia y finalidad del amparo constitucional.

Se ha sostenido que "localidad" en la Ley de Amparo se refiere a la circunscripción judicial, es decir, a la jurisdicción, o mejor dicho, el ámbito de competencia. Pues bien, si se le diera este sentido al aparte del artículo 5 de la Ley de Amparo y de conformidad con la tesis que hemos venido sosteniendo, siempre habría un tribunal contencioso-administrativo en la locali-

dad y en consecuencia nunca debería tener procedencia el ejercicio de una acción autónoma de amparo.

Ahora bien, la jurisdicción contencioso-administrativa en referencia al Poder Nacional radica en la ciudad de Caracas y respecto al Poder Regional, Estatal y Municipal radica en los nueve tribunales regionales —dos para la “Región Capital”— creados mediante el Decreto 2.057 de 8 de marzo de 1977, en el que se divide el territorio nacional en ocho Circunscripciones Especiales, de lo cual se evidencia que la jurisdicción —entendida como ámbito territorial de control— de los tribunales es sumamente amplia, y que en la práctica para intentar las acciones acumuladas será necesario el traslado a la sede del tribunal contencioso-administrativo, la cual podría estar muy alejada del lugar de los hechos, y teniendo como posible agravante la circunstancia de que por la naturaleza de la lesión sea imperioso o imprescindible un restablecimiento inmediatísimo (en apenas una “horas”) de la situación jurídica infringida, por lo cual podría resultar “fatal” tener que ir al tribunal contencioso-administrativo competente. Ciertamente que será el juez del lugar del hecho el que en mejores condiciones se halla para resolver el conflicto, en razón de su proximidad con los elementos del proceso y además, podrá ejecutar las diligencias del proceso más rápidamente que otro juez distante del lugar donde se plantea el problema.

En nuestro criterio, cuando la Ley Orgánica de Amparo señala “localidad” debe entenderse que se refiere a “ciudad” o “pueblo”. En este sentido, ha señalado acertadamente el Juez José Rodríguez Urraca —al referirse a la Ley Orgánica de Amparo— que,

[...] indudablemente cuando la ley se refiere a localidad lo hace en cuanto a la ciudad en la cual tiene su sede el tribunal, por consiguiente no se puede confundir la circunscripción judicial a la que se extiende la competencia del tribunal.³³

³³ “El Amparo Constitucional en Venezuela después de la Ley”, en edición especial aniversario *Diario de Tribunales*, Barquisimeto, 20 de julio de 1988, p. 70.

Por lo tanto, y en conclusión, cuando se encuentre un tribunal de la jurisdicción contencioso-administrativa en la "localidad" y sea indubitable la necesidad de restablecimiento inmediato e improrrogable, será procedente ejercer una acción autónoma de amparo frente a un acto administrativo, y conocerá otro juez de Primera Instancia que sea competente en la materia próxima o afín con el derecho constitucional violado o amenazado de violación.

Pero hay que advertir algo que es sumamente importante, y es que el juez de amparo (que como se dijo, no tiene competencia para anular el acto, sino sólo suspender sus efectos o decretar alguna medida cautelar) en estos casos deberá darle a su sentencia un alcance en el tiempo. Es decir, deberá obligar, o mejor dicho, instar al amparado provisionalmente —so pena de desvirtuar o revocar el amparo otorgado provisionalmente— a que vaya a juzgar la legalidad o legitimidad del acto administrativo ante un tribunal contencioso-administrativo con competencia en esa circunscripción judicial. ¿Y esto por qué? Porque no hay dudas de que en la realidad en algunos supuestos, una vez que se hayan suspendido los efectos de un acto administrativo como consecuencia del ejercicio de una acción autónoma de amparo, se habrá otorgado al particular la satisfacción de la pretensión deducida en forma inmediata, restableciéndose así su tranquilidad. Por consiguiente, es muy posible que el particular no tenga *interés* en hacer juzgar la legalidad del acto, con lo cual se estaría desnaturalizando al amparo constitucional y a la vez vulnerando el sistema contencioso-administrativo.

2. *Acto de trámite no susceptible de recurso contencioso-administrativo*

En este punto queremos estudiar alguna situación que se presenta cuando sí hay un juez contencioso-administrativo en la localidad. En estos casos, el medio de amparo y de tutela judicial efectiva es el recurso de anulación, y sólo en los casos en que sea inoperante, ya sea por falta de agotamiento de la vía administrativa o por estar vencidos los lapsos de caducidad, puede ejerci-

tarse —con carácter preferente sobre la acción autónoma— la figura de la proposición conjunta (amparo + anulación), la cual exige del cumplimiento de las mencionadas condiciones de recurribilidad. Ahora bien, en estos casos en que sí hay tribunales contencioso-administrativos en la localidad es menester preguntarse, ¿cuándo podría entonces proceder una acción autónoma de amparo? La respuesta no se hace esperar. Procedería cuando los mencionados medios procesales (recurso de anulación o la proposición conjunta) se mostraran a su vez insuficientes o inoperantes, cuestión que ya quedó analizada más arriba.

Pero lo que queremos en este punto, es poner de relieve sólo el caso de los llamados actos de trámite no susceptibles de recurso, y por tanto inalcanzables —según se dice— por el recurso contencioso-administrativo, y según este orden de ideas, también para la figura de la formulación conjunta. En consecuencia, la única solución sería el ejercer una acción autónoma de amparo. Estudiemos el supuesto.

Una de las clasificaciones del acto administrativo que más se pone de relieve en la doctrina y la jurisprudencia es aquella que contrapone los actos definitivos con los de mero trámite. En este sentido, Giannini expresaba cómo la Administración Pública no actuaba normalmente a través de actos aislados, sino mediante “constelaciones de actos”.³⁴ El origen de ambos conceptos se encuentra en la propia naturaleza del acto administrativo, concebido como el resultado de un *iter* o procedimiento para su formación a través del cual engarzan las actuaciones diversas de uno o varios órganos de la administración. Distinción que además despliega sus efectos sobre la regla de la recurribilidad de los actos administrativos.

Tan solo el acto formal, el que pone fin a todo este procedimiento de formación, recibe, por tanto, la denominación de “definitivo”. Este es, en suma, el criterio que parece desprender-

³⁴ M. Giannini, *Lezioni di Diritto Amministrativo*, Vol. I, p. 261.

se de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en sus artículos 62 y 85, y que la generalidad de la doctrina acepta sin más precisiones.

La formulación en cuestión, sostiene que sólo el acto definitivo —que ha causado estado— es recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En cambio, aquellos actos que sirvieron como antecedentes, aquellos actos que se dictaron de acuerdo con los fines y propósitos de la ley, esos serían actos de trámite o de mero trámite, es decir, aquellos que no ponen fin a un asunto o a un procedimiento, y esos actos en principio, no son recurribles, de manera aislada o separada, a menos que ese acto de mero trámite niegue uno de los derechos de la parte, derechos que no pueden ser luego rectificadas o enmendados por el acto definitivo.

Así, de acuerdo con el artículo 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, lo que la doctrina llama acto de trámite, puede ser sólo recurrible en tres supuestos: cuando el mismo imposibilite la continuación del procedimiento administrativo; cuando cause indefensión, es decir, cuando niegue al administrado el derecho de defensa, derecho que es de rango constitucional; o cuando ese acto de mero trámite no haga sino prejuzgar sobre lo que en definitiva va a decidir la Administración, en este caso ya hay una desviación del procedimiento porque ya se considera conocido cuál es la intención o el propósito de la Administración que va a dictar el acto en uno o en otro sentido. En esos casos se puede recurrir, siempre que ese acto lesione un interés legítimo o un derecho subjetivo de los particulares.

Entonces, en principio, todos los actos definitivos y que han “causado estado” son recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en cambio los actos de trámite son excepcionalmente recurribles. Pues bien, el profesor Allan Brewer-Carías ha señalado que estos actos de trámite por no ser definitivos y no ser susceptibles de recurso contencioso de anulación —por no encuadrar en los tres supuestos de excepción

mencionados—, podrán ser objeto de una acción autónoma de amparo, cuando violen o amenacen violar un derecho o una garantía fundamental y se requiera un restablecimiento inmediato.³⁵

En la anotada concepción tradicional que se tiene sobre los actos de trámite y los actos definitivos, el anterior planteamiento resulta acertado, por lo menos, teóricamente. Y adaptándolo a nuestras ideas, quedarían a salvo, por supuestos, los actos de trámite susceptibles de recurso contencioso-administrativo de anulación, ya que en estos casos la vía de amparo y de tutela judicial efectiva, podrá ser, según el caso, el recurso contencioso-administrativo en forma independiente desarrollado en la Ley Orgánica de la Suprema Corte, o la figura de la “proposición conjunta” (acción de amparo + recurso contencioso-administrativo) consagrada en el aparte 5 de la Ley Orgánica de Amparo.

Ahora bien, queremos hacer algunas consideraciones sobre la tradicional distinción entre actos de trámite y actos definitivos, las cuales, podrían devenir en algunas modificaciones a matizaciones al planteamiento hecho sobre la acción autónoma de amparo frente a los actos de trámites, tradicionalmente fuera del alcance de los recursos ordinarios.

No es que la formulación tradicional sea errónea, sino que resulta incompleta. La calificación de los actos de definitivos o de trámite debe tener como centro de gravedad no sólo el momento cronológico del acto, es decir, su posición en la constelación de actos o proceso de formación, sino también a los efectos que se puedan producir sobre la esfera o ámbito del particular.³⁶

Entender cabalmente la relación entre procedimiento y ac-

³⁵ Véase Allan R. Brewer Carías, “Introducción general al régimen del derecho de amparo [...]”, *loc. cit.*, p. 76.

³⁶ En este sentido José Luís Villar Ezcurra, “Actos de trámite: el acto reiterativo y la indefensión del particular”, en *Revista de Administración Pública*, Nº 86, Madrid, pp. 335-386.

to administrativo es sustancial para definir la frontera entre el acto definitivo y el acto de trámite. La cadena de actos opera como de un todo (y, por consiguiente, las diversas actuaciones que lo integran como nuevos eslabones), en tanto en cuanto ninguno de ellos lesione los derechos o intereses legítimos de un particular, dado que en estos supuestos quedará interrumpida, produciéndose así un acto de efectos definitivos —pero denominado de trámite según la concepción tradicional— recurrible. Esquemáticamente esta conclusión podría expresarse mediante el siguiente gráfico:

$$T1 + T2 + T3 + T4 = D1$$

En donde T1, T2, T3, T4 serían los actos de trámite necesarios para la producción del acto definitivo D1. En este sentido, y desde la perspectiva puramente organizativa de la Administración, tan solo tendría la consideración de acto definitivo el acto D1. Es decir, que en la práctica la Administración sin consideraciones de ninguna especie tomaría a los actos T1, T2, T3, T4, como simples trámites administrativos fuera del alcance de los efectos y derechos que otorgan los actos definitivos, en este caso el acto D1.

Sin embargo, podría ocurrir un supuesto distinto que se aprecia claramente en el caso de los procedimientos con pluralidad de particulares intervinientes y que puede esquematizarse así:

$$T1 (D2) + T2 (D3) + T3 + T4 = D1$$

En donde D2 y D3 son actos que producen un acortamiento circunstancial —terminación— del procedimiento administrativo frente a los particulares afectados, de tal forma que la cadena de actos que integran el acto definitivo para *la Administración*, D1 (integrada por los elementos T1, T2, T3 y T4), queda reducida a un solo elemento (el T1) en el caso D2 y a dos elementos (T1 y T2) en caso D3. Sin embargo, para el particular —desde la perspectiva de los efectos— son *actos definitivos* tanto D2 y D3 como D1. Actos estos —D2 y D3—, que en la terminología de la doc-

trina tradicional serían calificados expresamente como actos de trámite, porque para la doctrina al igual que la Administración sólo el acto D1 sería definitivo, cuestión que es unidimensional, pero que no es errónea desde la perspectiva de que definitivo es el acto sobre el cual no prosigue ningún otro, es decir, es el último acto que resume la palabra de la Administración en algún nivel de la secuencia procedimental y que debe resolver todas las cuestiones que hubieren sido planteadas, siendo de trámite aquéllos que se encuentren antes del último y conclusorio acto del procedimiento, independientemente de sus efectos.

Desde una perspectiva que supere los límites antes señalados, y especialmente en los procedimientos en que intervienen varios particulares, en propiedad, deberían ser considerados como actos definitivos todos aquéllos que determinen la conclusión de un procedimiento con relación a un particular cualquiera —para este particular el acto pone fin al procedimiento—, prescindiendo, por tanto, de la idea de que pudiera proseguir —el procedimiento— respecto de otros.

Por otro lado, queremos resaltar el hecho de que resulta delicado —injustificado, más bien— el criterio de que puedan haber actos, llamados de trámite, *que produzcan algún tipo de lesión en la esfera o ámbito vital de un particular* y que por no ser de los llamados definitivos —el acto que resuelve el fondo del procedimiento—, o por no ser supuestamente de los excepcionales actos de trámite del artículo 85 de la LOPA, no sean susceptibles de recursos. En efecto, en primer lugar, porque los supuestos de excepción que consagra en precitado artículo son lo suficientemente amplios para dar cauce procesal o todo tipo de acto que lesione o pueda lesionar la esfera de los particulares, y en todo caso, una interpretación extensiva de dichos supuestos impediría la existencia de actos excluidos de control. Y a todo evento, en el supuesto negado de que pudieran existir actos *lesionadores* excluidos de recursos, tal exclusión abarcaría a los recursos administrativos pero nunca a los recursos contencioso-administrativos.

En este orden de ideas, pues, consideramos que la interpretación de la concepción de los actos —como de “trámites o como “definitivos”— debe gravitar en torno a la perspectiva de “lesión” del interesado y alejarse un poco de la perspectiva que toma exclusivamente la situación del acto del procedimiento administrativo. En este sentido, lo relevante es la consecuencia que produzca la resolución y no tanto su puro contenido abstracto o hipostatizado. Si la resolución causa una lesión o un perjuicio a alguna de las partes —*actes administratifs qui font grief* en la terminología francesa—, será recurrible en todo caso, sin perjuicio de que su forma externa de emanación sea un acto final o una mera evidencia. Este esquema reduciría el concepto de resoluciones de mero trámite (por tanto no recurribles, pero justamente por que no causan lesiones: son inofensivos) a aquellas que no pueden afectar la esfera de los particulares, es decir, a actos que *ne faisant pas grief*.

Adaptando estas consideraciones a la tradicional distinción entre actos definitivos y actos de trámite, tendríamos que los actos que ponen fin a un procedimiento —los únicos definitivos según la doctrina—, los actos que imposibilitan la continuación del procedimiento y los actos que prejuzguen el fondo del asunto serían por gravitación de la perspectiva del administrado auténticos actos definitivos. El único supuesto que podría asimilarse a una excepción de los actos de mero trámite como actos no susceptibles de impugnación estaría constituido por los actos de esta clase que causasen indefensión al particular. El origen y motivación procesal de esta distinción obligan, pues, a reconsiderar el replanteamiento de ambos conceptos en el sentido indicado. Será acto definitivo todo aquel que finalice o impida la conclusión de un expediente que podrá ser objeto de recurso en cualquier caso. Por el contrario, el concepto de acto de trámite queda reducido a todos aquellos en los que no concurren estas circunstancias y que como regla general no serán susceptibles de impugnación autónoma, excepto en el supuesto de que causen indefensión al administrado. Un buen ejemplo de estos últimos

actos se encuentra en la figura de los "actos reiterativos", que ni suspenden ni imposibilitan la continuación del procedimiento, ni mucho menos lo deciden, sino que, por el contrario, lo alargan indebidamente, pudiendo producir así una auténtica situación de indefensión del particular.

En definitiva, si se considera el hecho de que todos los actos que produzcan lesiones deben ser susceptibles de recursos, es forzoso concluir que no habrían casos de actos de trámite no susceptibles de recurso que ameritaran y permitieran el ejercicio de una acción de amparo frente a ellos. En otros términos, y dentro de la concepción propuesta, los actos de trámite propiamente dichos no serían susceptibles de una acción de amparo justamente por innecesaria, porque como se vio estos actos son inofensivos, de allí que tampoco requieran de otro tipo de recursos. Así, según la tesis propuesta, frente a los actos considerados como definitivos y los actos de trámite que causen indefensión —todo acto que cause lesión—, no podría intentarse un amparo en forma autónoma —so pena de ser declarado inadmisibile—, pues en estos casos el medio de tutela sería la proposición conjunta del amparo con el recurso contencioso de anulación sin necesidad de agotar la vía administrativa, o el solo recurso contencioso si puede asimilarse que tales actos cuando se encuentren en el más alto nivel de la vía administrativa la agotan.

IV.

LA EXPERIENCIA FORENSE Y LA PROCEDENCIA DE LA ACCION AUTONOMA DE AMPARO EL PROBLEMA DE LA COMPETENCIA

A. Generalidades

No nos quedan dudas de que en la práctica se presentan acciones autónomas de amparo en ciudades donde sí existen tribunales contencioso-administrativos, ni nos quedan dudas de que se seguirán presentando. La redacción del artículo 5 de la Ley

Orgánica de Amparo no ha sido del todo loable, y el mismo no ha sido acertadamente comprendido. La Ley de Amparo contiene preceptos —entre ellos el artículo 5— que atesoran una gran riqueza, pero aún no han podido desplegar todos sus efectos.

A primera vista podría parecer que dicho artículo deja abierta la posibilidad al particular de ejercer independientemente la acción autónoma de amparo frente a todo acto administrativo, puesto que la ley no exige su acumulación con el recurso contencioso-administrativo³⁷. Sin embargo, como en su lugar oportuno se estudió, una reflexión y examen sobre los preceptos en cuestión obligan a desechar esa conclusión. Hay que dejar claro, que no es posible centrarse —so pena de pecar de irreal— en un análisis literal que por preservar y sacramentalizar la letra de la norma, conduzca a resultados incompatibles con la esencia y finalidad de la administración de justicia. La interpretación de los dispositivos normativos de especie exige que el intérprete sintonice su mente dentro de la mejor hermenéutica, pues se trata de darle su verdadero sentido a una institución que ocupa los primeros lugares en la búsqueda del Estado de Derecho. Aflora así, una vez más, el problema de fondo: la ausencia de un replanteamiento y estudio de los esquemas tradicionales a la luz de la Constitución Nacional.

B. Diversas interpretaciones en relación a la procedencia de la acción autónoma de amparo

1. Tesis permisiva amplia y negatoria de la competencia contencioso-administrativa

Hay una tesis que sostiene que los tribunales de lo contencioso-administrativo son sólo competentes para conocer las acciones de amparo ejercidas conjuntamente con las contencioso-administrativas, y de las acciones autónomas de amparo contra las lesiones causadas por la Administración a derechos de

³⁷ En este sentido Carlos M. Ayala Corao, "La acción de amparo constitucional en Venezuela", *loc. cit.*, p. 173.

los particulares cuya naturaleza sea afín con la competencia exclusiva por la materia asignada a dichos tribunales, en virtud de no estar asignada su protección a la competencia de los tribunales ordinarios de Primera Instancia, por no ser ésta afín con la naturaleza del derecho violado o amenazado de violación. En el resto de los casos serán competentes para conocer de las acciones de amparo contra las lesiones causadas por la Administración, los tribunales de Primera Instancia con competencia afín con la naturaleza del derecho, quedando a salvo por supuesto, el fuero *ratione personae* previsto en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo.³⁸

La anterior tesis responde —o respondía, pues el Alto Tribunal ha modificado su criterio— a la doctrina sentada en la conocida sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de fecha 26-7-1988 (Caso: “Colectivos Bripaz C.A. vs. Dirección General Sectorial de Transporte Terrestre del M.T.C.”). Dicha sentencia estableció lo siguiente:

Ahora bien, en el caso de autos el Juzgado de Tránsito incurrió en el error de entender que, según el artículo 5 de la ley Orgánica de Amparo, cuando la acción versa sobre un acto administrativo, competente es siempre el órgano de la jurisdicción contencioso-administrativo, y es un error porque, como antes se dijo, esa competencia excepcional sólo rige y funciona cuando el interesado ha ejercido conjuntamente la acción de amparo y el recurso contencioso-administrativo de anulación, lo que no ha sucedido [...] ³⁹

Por lo tanto, y de acuerdo con la doctrina judicial sentada por el anterior pronunciamiento judicial, cuando se ejerza la acción *autónoma* de amparo no conocerán los jueces contencioso-administrativos, sino que serán competentes los Tribunales de

³⁸ Carlos M. Ayala Corao, “La competencia judicial en el amparo constitucional, con especial referencia a la Administración Pública”, en *Revista de Derecho Público*, N° 36, E.J.V., Caracas, 1988, pp. 5 y ss.

³⁹ Sentencia consultada en original.

Primera Instancia, atendiéndole a la índole de derecho o garantía violados o amenazados, que puede ser civil, mercantil, laboral, agrario, de tránsito o de menores y, desde luego, tomando en consideración también la competencia territorial; es decir, que serán competentes los Juzgados de Primera Instancia en su acepción estricta y a los que se refiere concretamente el Capítulo II del Título IV de la Ley Orgánica del Poder Judicial, constituyen la categoría "B" en la organización de los distintos Tribunales de la República.

Además del anterior criterio respecto a la interpretación de los artículos 7 y 9 de la Ley de Amparo, cuando dicen "Tribunales de Primera Instancia", lo cual podría ser llamado el "criterio ortográfico", y además de la interpretación de que el particular tiene una facultad o una simple opción entre formular la acción autónoma de amparo al recurso contencioso-administrativo, la tesis en comentarios sostiene que la competencia de un Tribunal de Primera Instancia en ejercicio de sus facultades como tribunal constitucional de amparo, para restablecer de inmediato la situación jurídica infringida en el goce y ejercicio de un derecho constitucional del accionante lesionado por la Administración, no implica una violación a la competencia exclusiva de los tribunales de lo contencioso-administrativo para anular actos administrativos.⁴⁰

La tesis antes esbozada, había sido acogida por algunos tribunales de la República y no dudamos que en la doctrina aún tenga también varios seguidores. Sobre tal tesis queremos hacer algunas observaciones, las cuales las dividiremos en cuatro grupos que pasamos de seguidas a desarrollar.

2. Observaciones a la tesis permisiva amplia. La tesis permisiva moderna

a) En primer lugar, insistimos, cuando en la localidad exista

⁴⁰ En este sentido Carlos Ayala Corao, "La competencia judicial en el amparo constitucional [...]", *loc. cit.*

un tribunal de lo contencioso-administrativo la proposición conjunta (amparo + recurso contencioso-administrativo) debe tener carácter obligatorio por configurar esta concentración de pretensiones el medio procesal breve, sumario y eficaz más acorde con la protección constitucional. Quedando a salvo, por supuesto, la posibilidad de intentar de manera independiente un recurso de anulación —cuando éste sea admisible y procedente, y a la vez pueda ser suficiente como medio de amparo y de tutela judicial efectiva. Igualmente, queda a salvo también la excepción aludida en su lugar de que no exista un tribunal contencioso-administrativo en la localidad.

Pues bien, de conformidad con esta idea, en el caso que se intente una acción autónoma de amparo frente a un acto administrativo, la misma debería ser declarada inadmisibles o improcedente.

En este sentido, resulta interesante reseñar un fallo de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de fecha 24 de mayo de 1988, en el cual se arribó parcialmente a la tesis sostenida en este estudio. Señaló la Corte Primera en tal oportunidad:

El Artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales establece en su encabezamiento que: la acción de amparo procede contra todo acto administrativo, actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones u omisiones que violen o amenacen violar un derecho o una garantía constitucionales, *cuando no exista un medio procesal breve, sumario y eficaz acorde con la protección constitucional.* [Subrayado de la Corte]

De allí que, independientemente de los motivos de inadmisión de la acción de amparo previstos en el artículo 6 *eiusdem*, existe una disposición expresa contemplada en el Artículo 5 antes transcrito que sanciona la improcedencia del amparo, si ha sido prevista otra vía efectiva para la protección del actor. En el caso presente, el acto que se denunciare como lesivo de las garantías constitucionales fue dictado por un órgano subalterno de la Administración Central, cuya decisión no agota la vía administrativa, por lo cual, a fin de proceder por la jurisdiccional en la forma prevista en el citado Artículo 5, era necesario ejercer los recursos

administrativos de reconsideración y jerárquico, circunstancias éstas que podrían hacer irreparable la lesión o amenaza de la lesión denunciada. Ahora bien, el mismo Artículo 5 prevé en su párrafo único que: cuando se ejerza la acción de amparo contra actos administrativos conjuntamente con el recurso contencioso-administrativo que se fundamenta en la violación de un derecho constitucional, el ejercicio del recurso procederá en cualquier tiempo, aun después de transcurridos los lapsos de caducidad previstos en la Ley y no será necesario el agotamiento previo de la vía administrativa.

En vista de la anterior disposición el accionante podía, sin agotar la vía administrativa, impugnar el acto que estimaba viciado y lesivo al mismo tiempo de los derechos que la Constitución consagra, por medio del recurso contencioso-administrativo de nulidad, e interponer conjuntamente el amparo en la forma prevista por la disposición transcrita. Existía en consecuencia un medio procesal "breve, sumario y eficaz" disponible por el actor para la defensa de sus derechos, por lo cual, la acción autónoma de amparo, esto es la ejercida sin ningún otro sustento, resulta improcedente.⁴¹

No obstante un pronunciamiento judicial de tal calibre, basado en una sana doctrina, la práctica forense demuestra que en la realidad se presentan acciones autónomas de amparo ante tribunales contencioso-administrativos.

Pero el problema no se consume en lo preinserto, ya que además sucede que tales acciones autónomas de amparo son ejercidas a diestra y siniestra ante los tribunales ordinarios, y, lo que es peor, estos tribunales las admiten con la misma facilidad. Bueno, desde ya valga nuestra afirmación de que en estos casos —lo que en principio, como se ha visto, constituye para nosotros un supuesto negado— de ejercicio de una acción autónoma de amparo frente a un acto administrativo de efectos particulares cuando existan en la localidad tribunales contencioso-administrativos, deben conocer de tales acciones estos últimos y

⁴¹ Sentencia dictada en el Caso: "Colectivos Bripaz, C.A.", con ponencia de la Magistrado Hildegard Rondón de Sansó, consultada en original.

no los tribunales de "Primera Instancia" en el sentido estricto y específico.

b) En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, la interpretación que debe dársele a los artículos 7 y 9 de la Ley Orgánica de Amparo no puede ser la del "criterio ortográfico". A nuestro entender la exégesis adecuada es la que ha sostenido gran parte de la doctrina y la misma jurisprudencia, en el sentido de que el término "Tribunales de Primera Instancia" corresponde a aquél que tenga tal carácter, no en razón del orden jerárquico, sino del grado de competencia. Es el caso específico de los juzgados superiores con competencia en lo contencioso-administrativo en "Primera Instancia", así como la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo ⁴². Creemos que ésta es la exégesis que debe dársele a los artículos en cuestión, quedando así armonizados con la Ley de Amparo, el Código Civil (artículo 4), la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (artículos 181 y ss.) y con las mismas exigencias constitucionales.

c) En tercer lugar, se ha dicho que la anotada sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa (Caso: "Colectivos Bripaz, C.A.") era de dudosa constitucionalidad por vulnerar el artículo 206 de la Constitución Nacional.

Al respecto vale decir nuevamente, que el juez de amparo no tiene competencia anulatoria, sólo podrá suspender los efectos del acto o decretar otras medidas preventivas o cautelares para la protección del derecho constitucionalizado.

Pues bien, la sentencia en cuestión no autorizaba en ningún momento a los juzgados ordinarios de primera instancia (civiles, mercantiles, laborales, etc.), para que *anularan* actos administrativos, por lo tanto mal podría hablarse de una violación directa a la competencia exclusiva de los tribunales de lo contencioso-

⁴² Véase los artículos 181, 182 y 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. También en este sentido Humberto Romero-Muci, "El amparo constitucional por omisión o retardo", inédito, p. 37.

administrativo para *anular* actos administrativos. Ahora bien, lo dicho nos puede llevar a concluir que las acciones autónomas de amparo, puedan interponerse ante cualquier tribunal ordinario. En efecto, de ser así, se estaría vulnerando todo el sistema contencioso-administrativo que tantos años ha costado configurar, puesto que sí puede afirmarse que hay una "materia contencioso-administrativa", la cual tiene por objeto todas las controversias que se planteen por vía jurisdiccional contra la ilegitimidad de los actos y actuaciones de las administraciones públicas, es decir que los tribunales de lo contencioso-administrativo conforme al artículo 206 de la Constitución Nacional, son los organismos *idóneos* y competentes para satisfacer el derecho fundamental a ser amparado y el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva frente a las actuaciones de la Administración Pública. Tutela que pueden otorgar mediante técnicas cautelares o mediante pronunciamientos de anulación, de restablecimiento y de indemnización.

Por otro lado, como bien lo enseña el profesor Moisés A. Troconis,⁴³ la competencia judicial de amparo es el grado limitado de aptitud que el ordenamiento jurídico atribuye a un tribunal determinado frente a los demás para administrar justicia en una causa de amparo, aptitud atribuida por razón de la de la materia afín al derecho supuestamente violado o amenazado de violación, por razón del lugar de comisión del hecho lesivo y por razón de la función del tribunal y de la condición de la persona a quien se imputa la comisión del hecho, aptitud que puede ser trasladada por razón de la conexión. El artículo 7 de la Ley *in commento* para identificar la competencia material en las causas de amparo, alude a dos términos; la naturaleza del derecho fundamental, por una parte, y las materias que conocen los tribunales de Primera Instancia por la otra, procediendo a relacionar ambos términos mediante el criterio fijado por el legislador que

⁴³ "Competencia judicial en materia de amparo constitucional", en *Diario de Tribunales*, 14 de noviembre de 1988, pp. 9 y ss.

es el de la afinidad de la materia con la naturaleza del derecho en cuestión.

Ahora bien, etimológicamente “afinidad” proviene de *affinitas, atis* que significa “vecindad, cercanía, contigüidad”. Y esta palabra proviene de *ad fines* que significa “según límites”. Y esta expresión viene conectada con la frase *a propinquitatē finium* que significa “hasta el límite de la proximidad”. Porque *propinquitas, atis* significa proximidad y en sentido figurado, parentesco, y deriva del verbo *propinquo, as, are, avi, atum*, que significa aproximarse, acercarse, que deriva del adjetivo *propinquos, a, um* que quiere decir próximo cercano, pariente, que a su vez deriva del adverbio de la preposición *prope* que significa cerca y cerca de. De modo que, —y siguiendo a Moisés Troconis— la frase “[...] materia afín con la naturaleza del derecho o de la garantía constitucional [...]” significa “materia próxima o cercana a la naturaleza del derecho o garantía”. Obsérvese pues, que no exige que el derecho en cuestión pertenezca o corresponda a la materia del tribunal. Tampoco que el derecho esté contenido en la materia del tribunal. Sólo exige que la materia de que conoce el tribunal sea próxima, cercana, vecina a la naturaleza del derecho y en definitiva al derecho de que se trate.

Dentro de este contexto, no puede llegarse a conclusiones de que los jueces de lo contencioso-administrativo no pueden conocer de acciones autónomas de amparo —cuando éstas sean procedentes— en virtud de que cuando las violaciones a los derechos fundamentales ocurran en sede administrativa nos encontramos dentro de una “materia administrativa” y los únicos jueces próximos o cercanos (afines y por consiguiente más idóneos) son los jueces con competencia en lo contencioso-administrativo. A ellos siempre ha correspondido el conocimiento de tal materia, y creemos que en la *mens legis* estaba la idea de conservación del orden jurídico existente más no la de su sustitución por el amparo.

d) En cuarto lugar, y como conclusión, creemos que no puede quitársele a los jueces de la jurisdicción contencioso-

administrativa el conocimiento de una materia que siempre les ha correspondido. Por lo tanto, en el supuesto negado de que se ejerza una acción autónoma de amparo o en los casos excepcionales en que proceda, deben conocer los tribunales con competencia en lo contencioso-administrativo que en razón del grado conozcan en "primera instancia", y no los tribunales ordinarios.

A nuestro entender, el amparo constitucional constituye un paso más en la búsqueda del Estado de Derecho. En éste el verdadero control de la constitucionalidad y de la legalidad —contrariedad a derecho— ha de ser siempre un control jurídico y en la práctica el grado de perfección de los sistemas existentes es directamente proporcional a la idoneidad técnica que para el conocimiento del derecho quepa normalmente atribuir al órgano encargado de resolver. ¿Y frente a los actos administrativos de efectos particulares, quién más idóneo que el juez de lo contencioso-administrativo?

La jurisprudencia, por su parte, y aquí nos encontramos con la *tesis permisiva moderada*, ha modificado sus restrictivos criterios en relación al ejercicio de las acciones autónomas de amparo ante los jueces de la jurisdicción contencioso-administrativa. Criterio que quedó sentado en la referida sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de fecha 14 de julio de 1988 —por cierto, criterio que además se reveló contrario a la posterior posición fijada por la Sala de Casación Civil del Máximo Tribunal. Rectificación que hace renacer, cual ave fénix, el extinguido criterio sustentado por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en algunas sentencias pioneras —verbigracia, una de 4 de agosto de 1988—, pero que se vio obligada a modificar —para evitar perjuicios a los recurrentes en virtud de las apelaciones— cuando se enteró que la Corte Suprema de Justicia sustentaba una posición contraria. Y que se produce —la rectificación, pero esta vez más matizados los criterios—, a partir de una sentencia del Supremo Tribunal en la misma Sala Político-Administrativa de fecha 16 de noviembre de 1989 —Caso: "Copei"—, según la cual los tribunales de lo contencioso-

administrativo sí son competentes para conocer de acciones autónomas de amparo ejercidas frente a actos administrativos.

Pero, como bien lo puede detectar el observador, la anotada rectificación jurisprudencial aún se encuentra muy lejos de atisbar con el verdadero régimen y tratamiento que debe tener el amparo constitucional frente al acto administrativo formal.

V.

REFLEXION FINAL

La clausura de este trabajo parece exigir algunas consideraciones generales, las cuales —como cualquier lector atento habrá observado— están subyacentes en todo lo que antecede.

Como hemos visto la simple proclamación de derechos en los textos normativos —incluso en el Texto Fundamental— no es suficiente garantía para que los mismos sean reales y efectivos. Se requiere, pues, que tengamos —a decir de Ferdinand Lassalle— una *Constitución real y efectiva* y no una *Constitución escrita—hoja de papel*. Por esto, es necesario la existencia de medios procesales que completen el cuadro de efectiva protección a que todos los ciudadanos tienen derecho. En este sentido, la misma Constitución Nacional, un sistema jurisdiccional único —sistema de unidad de jurisdicción al igual que en España y a diferencia de Francia— pero dividido competencialmente —sistema desarrollado a su vez en los niveles jurídicos inferiores encargado de otorgar plena vigencia y protección a todos los particulares. Sistema que por su parte queda condicionado —a título de obligación— por los mismos derechos fundamentales, entre los cuales son determinantes el derecho a una tutela judicial efectiva —artículo 68— y el derecho a ser amparados —artículo 49.

Dicho esto, que nos sirve de *approach* a la cuestión, y entrando en el tema de la tutela judicial cautelar en el ámbito contencioso-administrativo, centro de gravedad de todo nues-

tro estudio, puede concluirse que el recurso contencioso de anulación debe constituir por sí mismo un medio de tutela judicial efectiva sin necesidad de intervención de medios extraordinarios, máxime cuando estos pretenden sustituirlo. Ahora bien, actualmente el sistema contencioso no siempre se comporta en un medio que atiende impecablemente a los valores y demandas constitucionales. Lo cual es el resultado de una incompleta —y errada en algunos casos— concepción que de dicho sistema contencioso hoy día se tiene, siendo necesario —he aquí el problema de fondo— una profunda reformulación de los esquemas tradicionales a la luz del sistema de valores constitucionales, pues en estos tiempos los moldes tradicionales sobre los cuales se montó originariamente el contencioso-administrativo han quedado desbordados.

Concretamente, en lo que se refiere al tema del amparo constitucional —como pretensión— frente al acto administrativo, éste —el amparo— ha de quedar reducido a una especie de auxiliar del recurso contencioso-administrativo. Sólo cuando el recurso contencioso no tenga los medios apropiados de tutela o cuando sea inoperante es que el amparo podrá entrar en acción, y en estos casos, en principio deberá hacerlo en forma conjunta o acumulada al recurso contencioso.

En propiedad, la plenitud y eficacia de la tutela judicial cautelar —la cual está al servicio de la tutela judicial efectiva definitiva— en vía contencioso-administrativa, está ya asegurada en nuestro ordenamiento jurídico, sin tener que esperar a las pesadas reformas. Una sana y normal interpretación de las normas reguladoras de lo contencioso-administrativo permite el apoderamiento y adopción por parte del juez de todo tipo de medidas y técnicas capaces de permitir que la tutela cautelar quede garantizada. Por lo que el amparo constitucional vendrá a paliar sólo algunos déficits que actualmente mantiene —injustificadamente— el contencioso-administrativo. Deficits que en parte se deben, por una parte, a un desconocimiento del verdadero potencial de la normativa existente —en especial de la

Constitución— y, por otra, a la falta de texto normativo *ad-doc* regulador de la jurisdicción contencioso-administrativo, lo que de todos modos no justifica la acrimonia y pasividad de la jurisprudencia sobre el particular.

En definitiva, el amparo constitucional es un simple esclarecimiento de sentido —*Sinndeutung*— dentro de un “horizonte” o proyecto general de sentido. El orden jurídico en general, y en este caso el contencioso-administrativo frente a la Administración, representa el “horizonte” o proyecto de sentido de protección efectiva de los derechos e intereses, incluyendo, por supuesto, a los derechos fundamentales. Por esto, resulta un espejismo creer que el amparo constitucional es una panacea y que sólo él puede proteger a los derechos fundamentales.

Por último, queremos insistir en el papel de la jurisprudencia en la tarea de otorgar a las instituciones jurídicas su verdadero alcance y sentido. La cuestión es muy simple: “sin juez no hay derecho”. Hoy nadie cree en los jueces, y en rigor, la culpa es de los mismos jueces. Pero esto debe cambiar, hay que evitar la desjudicialización, creer en los jueces, hacer del juez y la justicia un medio y un fin. La jurisprudencia debe empezar a cambiar su imagen, es hora que asuma su papel de protagonista. Para esto, sólo bastará acudir con firmeza a los principios generales del Derecho e igualmente permitir que los valores y postulados constitucionales desplieguen todos sus efectos y produzcan la revolución científica que hace tiempo necesita nuestro sistema contencioso-administrativo. Podría decirse entonces que cada vez que un juez estudie o decida un caso, debería tener en una mano a los textos normativos —si es que los hay— que regulen el caso, y en la otra mano a la Constitución Nacional.

La experiencia del Derecho comparado revela que la fuerza normativa de la Constitución es impresionante. En países con textos constitucionales similares al nuestro —verbigracia, España y Alemania—, los máximos preceptos han provocado una reconstrucción del sistema contencioso-administrativo insospechada para nosotros. Y si de sabios es disentir de lo malo, la

misma sabiduría se demuestra al coincidir en lo bueno. Sin embargo, el expediente del Derecho comparado no debe servir para trasladar acríticamente las fórmulas de otros países sino elegir lo practicable teniendo en cuenta que nuestros preceptos, por tener redacciones y antecedentes históricos diferentes, pueden ser un poco inferiores o superiores a los extranjeros. El verdadero venezonalismo no ha de consistir en rechazar lo útil de los extranjeros, sino en elegirlo, y después de asimilarlo a nuestro sistema, procurar superarlos a ellos.

La hermenéutica de la jurisprudencia debe cumplir a cabalidad las exigencias del par Constitución-Código Civil y a la vez adaptarse a la sensibilidad de los nuevos tiempos. El juez —y permítasenos la imagen— no sólo es un piloto que no puede correr más de prisa que lo que le permite la máquina que conduce; el juez es un piloto-constructor, que puede crear un vehículo más rápido y más seguro con tal que domine la técnica que para ello se precisa. Para su construcción puede —y debe— usar los planos y proyectos que la misma Constitución Nacional y los principios generales del Derecho le otorgan, Constitución que por cierto hace tiempo es mayor de edad —tiene 30 años—, pero que todavía se le trata como a un bebé de meses.

Y terminamos. Hay, en definitiva, una necesidad urgente de desarrollar los preceptos constitucionales y permitir que estos produzcan todos sus efectos abrogatorios y nonogenéticos sobre la legislación en vigor. Labor de depuración que queda principalmente en manos de la jurisprudencia. Hay, pues, que terminar con la pasividad y con el inmovilismo. Tomando el apólogo de Kant, podemos constatar que la finura del aire impulsa a unos seres a renunciar al vuelo y a otros a despeñarse cuando lo intentan temerariamente; pero se constata que las aves —y hoy los seres humanos—, apoyándose cabalmente en la finura y en la resistencia del aire, han logrado remontarse sobre la tierra y transformar sus condiciones de vida originarias.

Sin duda sería deseable una reforma de la regulación gene-

ral del Contencioso-Administrativo, pero mientras tal reacción llega creemos que es predicable la tesis de que la plenitud y eficacia de la tutela judicial —cautelar y definitiva— a cargo de la jurisdicción contencioso-administrativa está ya asegurada en nuestro ordenamiento jurídico vigente. Bastará dejar que el sistema constitucional de valores despliegue la totalidad de sus efectos.

Todas estas reflexiones y todos estos mensajes, y algunos más, estaban subyacentemente en todo lo que antecede. Si fueron captados por las pupilas del lector, habremos cumplido nuestra misión.

10

11

12

13

14

15

16

17

18

19

20

21

22

23

24

25

26

27

28

29

30

31

32

33

34

35

36

37

38

39

RESEÑA BIBLIOGRAFICA



Introducción al Estudio de las Organizaciones Internacionales

FAUNDEZ LEDESMA, Hector

Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1990, 390 pp.

El autor del libro aquí presentado, y cuya publicación fue posible gracias al esfuerzo mancomunado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas y el Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico de la Universidad Central de Venezuela, se propone "[...] sugerir un esquema para el análisis y la comprensión de las Organizaciones Internacionales desde una perspectiva global" (p. 16). La metodología implícita en esta intención resulta indudablemente plausible, hasta obligada, si no se aspira al tratamiento informativo del universo de las Organizaciones Internacionales, en todo caso difícil y de escaso provecho, y de acuerdo a ella, H. Faúndez Ledezma establece discriminadamente el denominador común estructural de las Organizaciones Internacionales, fenómeno respecto del cual acoge la definición técnica, o sea, la organización de carácter interestatal, cuyas notas típicas son las de que se trata de una asociación (voluntaria, por lo tanto) y dependiente, de Estados, cuyas actividades trascienden la frontera estatal y que tiene una estructura organizativa permanente (pp. 27 y 29).

Una vez examinados brevemente los antecedentes y la evolución de las Organizaciones Internacionales hasta la etapa de su "consolidación" (la que se inicia en 1945), resumidas las teorías propuestas en las distintas ciencias sociales para el estudio de aquéllas e ilustrado el "medio social y político" en el que se desenvuelven, el autor pasa a establecer el aludido denominador común estructural de las Organizaciones Internacionales y a cuya precisión y discriminación, estudio, por ello, está dedicada la mayor parte del libro aquí reseñado. Los componentes del aludido denominador común, cada uno debidamente detallado, son los siguientes: el marco jurídico; composición de las Organizaciones Internacionales; estructura y funcionamiento; los recursos de las Organizaciones Internacionales; función de las Organizaciones Internacionales; las relaciones de las Organizaciones Internacionales y las Organizaciones Internacionales en cuanto a actores internacionales.

El texto concluye con unas conclusiones que destacan, a título de resumen, la relevancia de las Organizaciones Internacionales en su actual entorno social y las incidencias que, sin duda, tendrán en la ulterior configuración de éste.

El libro de H. Faúndez Ledezma no constituye realmente una Introducción al Estudio de las Relaciones Internacionales. Efectivamente, el exhaustivo análisis de los componentes del denominador común estructural de las Organizaciones Internacionales, exhaustivo por las amplias ilustraciones establecidas ante el trasfondo de Organizaciones Internacionales de carácter regional y la que tiene naturaleza universal, por las extensas (en algunas ocasiones excesivas) referencias bibliográficas, y por la inteligente comprensión e interpretación que el autor hace de los fenómenos que examina, obliga a considerar la posibilidad de que, en una futura nueva edición, se cambie el título del libro: me permito sugerir que el nuevo título sea el señalamiento del objetivo que el autor se propuso lograr y que lo ha alcanzado más que satisfactoriamente, o sea: *Análisis y comprensión de las Organizaciones Internacionales, desde una perspectiva global.*

Hans-Joachim Leu

Homenaje a Jorge Barrera Graf

Instituto de Investigaciones Jurídicas

Universidad Nacional Autónoma de México

(2 Tomos, 1.491 páginas). 1.000 ejemplares. México 1989

La Universidad Nacional Autónoma de México, a través del instituto de Investigaciones Jurídicas, ha editado un libro de gran calidad bajo el título de *Estudios en homenaje a Jorge Barrera Graf*, el cual consta de dos tomos, alcanza las 1.490 páginas y tiene un tiraje de 1.000 ejemplares.

Ha hecho bien la Universidad Nacional Autónoma de México en honrar al Profesor Jorge Barrera Graf, uno de sus docentes e investigadores más destacados. El Profesor Barrera Graf es, además, conocido y apreciado internacionalmente, por las contribuciones que ha hecho al desarrollo de los estudios del derecho mercantil. Prueba de ese aprecio internacional es la imponente lista de los trabajos publicados.

En el tomo I aparecen los siguientes estudios:

Semblanza: Yolanda Frías; *Letra de cambio y pagaré internacionales*. Por fin una reglamentación uniforme: José María Abascal Zamora; *La petición de herencia en las sentencias de Paulo*: Jorge Adame Goddard; *El régimen jurídico de la ejecución de laudos arbitrales extranjeros en América Latina*: Guillermo Aguilar Alvarez; *La protezione del consumatore in Italia*: Guido Alpa; *Sulla Emissione dei titoli azionari*: Carlo Angelici; *Empresa mercantil y empresa de los trabajadores*: Santiago Barajas Montes de Oca; *La política comercial marítima de España en Indias*: Beatriz Bernal; *A "Restatement" of [Principles for International Commercial Contracts]: an Academic Exercise or a Practical Need?*: Michael Joachim Bonell; *La responsabilidad de los administradores*: Manuel Broseta Pont; *El derecho del trabajo en busca de sí mismo*: Néstor de Buen; *El concepto de autor*: Alvaro Bunster; *La disciplina de los privilegios concursales en el derecho argentino*: Héctor Cámara; *Principios fundamentales del derecho habitacional del trabajo*: José Campillo Saíñz; *Consideraciones de orden práctico en torno a las de-*

fensas contra el monopolio deliberado: Carlos Dávalos; *La relación de trabajo*: José Dávalos; *Respuesta a una reseña*: Arturo Díaz Bravo; *El uso de la empresa como garantía prendaria*: Armando Diéguez Pilon; [*Neue Internationale Wirtschaftsordnung*] und *ökonomische Sicherheit*: Fritz Enderlein; *Some Reflections on the Draft Unidroit [Convention on the Hotelkeeper's Contract]*: Malcolm Evans; *Reflexiones sobre la organización y funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*: Héctor Fix-Zamudio; *Las responsabilidades extracontractuales y la jurisprudencia dinámica*: Walter Frisch Philipp; *El financiamiento para el desarrollo industrial regional*: Gerardo Gil Valdivia; *La reforma proyectada en España de la Sociedad Anónima*: José Girón Tena; *Notas sobre la doctrina Estrada*: Antonio Gómez Robledo; *Un caso ante una sala ad hoc de la Corte Internacional de Justicia*: [La delimitación en el golfo de Maine] (Canadá-Estados Unidos): Alonso Gómez-Robledo Verduzco; *Comentarios sobre la evolución de la enseñanza del derecho en México*: Juan Luis González A. Carrancá.

El contenido del Tomo II es el siguiente:

El billete bancario en México: Daniel González Bustamante; *Cancelación de títulos de crédito*: Hugo González García; *El amparo Morelos*: Manuel González Oropeza; *Foreign State Immunity in Australia*: Gavan Griffith; *El defensor del pueblo español y la Defensoría de Derechos, los derechos Universitarios de la UNAM*. Notas comparativas: Enrique Guadarrama López; *El crédito documentario en México* (La carta de crédito doméstica): Soyla H. León Tovar; [*International Sales Law*] and the *Open-Price Contract*: John Honnold; Las mutaciones contemporáneas del derecho privado de la economía: Aspectos estructurales: Rafael Illescas Ortiz; *Tributación e inflación*: Pedro Alfonso Labariega Villanueva; *Das New Yorker VN-übereinkommen über die verjährung*: Roland Loewe; *El proceso como espacio de encuentro entre lo social y lo jurídico. Una aproximación de sociología del derecho*: Sergio López Ayllón; *La tutela administrativa de la empresa pública bancaria*: Guillermo López Romero; "La espera" en la segunda vida del derecho romano: Guillermo F. Margadant; *Consideraciones sobre la empresa y el establecimiento en el derecho mexicano*: Raúl Medina Mora; *La actividad farmacéutica y la condición de empresario mercantil (ensayo en torno al derecho español)*: Aurelio Menéndez Menéndez; *La audiencia previa y de conciliación en el Código Procesal Civil del Distrito Federal*: Ovalle Favela; *Algunos apuntes en torno de la obra de Jorge Barrera Graf*: Leonel Pereznieta Castro; *On Factoring Operations*: Lászlo Réczei; *Lineamientos generales del Anteproyecto de Código de Comercio de 1987*: Salvador Rocha Díaz; *El nombramiento de consejeros por una minoría de accionistas*: Arturo Salinas Martínez; *A propósito de la noción de los sindicatos de accionistas*: Francisco J. Santamaría M.; *Dos contratos atípicos*: Paulo J. da Silva Pinto; *El arbitraje comercial en Latinoamérica. La perspectiva mexicana*: José Luis Siqueiros; *Ensayo sobre la historiografía jurídica mexicana*: José Luis Soberanes Fernández; *La "lectura" jurídica y la construcción de inferencias en derecho (Un enfoque sobre la interpretación doctrinal)*: Rolando Tamayo y Salmorán; *En torno a las recientes reformas en materia de derecho internacional privado*: Fernando Alejandro Vásquez Pando; *Common Law Institutions in the United Nations Sales Convention*: Jelena Vilus; *Notas de legislación comparada en materia de prácticas desleales de comercio internacional*: Jorge Witker.

Si bien es cierto la obra contiene estudios pertenecientes a diversos ámbitos jurídi-

cos (Constitucional, Civil, Administrativo, Procesal, Laboral, Tributario, Romano, Internacional Público e Internacional Privado) el énfasis recae en el contenido mercantil, con temas de variada índole.

La calidad de los autores que se suman al homenaje con sus escritos hace del libro reseñado un instrumento valioso para las tareas de investigación.

Alfredo Morles Hernández

CRONICA DE LA FACULTAD



1. *Viaje del Decano a Chile*

El Decano, R.P. Fernando Pérez-Llantada, S.J., se trasladó en julio a Santiago de Chile para asistir a la celebración del Centenario de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica en esta ciudad. El acto se realizó el día 1.º de agosto, por ser el día de San Alfonso María de Ligorio, Patrono de esa Universidad.

Fueron invitados todos los Decanos de las Universidades Pontificias y Católicas y aprovechando la presencia de ocho Decanos, se organizó una reunión, durante dos días, en el curso de la cual se analizó la enseñanza del Derecho Canónico y del Derecho Natural en las respectivas Facultades.

2. *Eventos académicos y de extensión*

Del 4 al 7 de enero, se realizaron, al igual que en años anteriores, las *Jornadas Domínguez Escobar* con el patrocinio de la Facultad.

En esta ocasión se dedicaron a evaluar la aplicación del Código de Procedimiento Civil, en el período que va desde su entrada en vigencia, en el año 1987, hasta la citada fecha.

Participaron en este evento, en calidad de conferencista, nueve profesores de nuestra Facultad.



El 11 de octubre el *Profesor Nudier Agudelo Betancur*, de la Universidad de Medellín, Colombia, dictó una conferencia sobre la

Revolución Francesa y los Principios de Derecho Penal Moderno (Promoción de la Cátedra de Criminología).

• • •

El Dr. Allan Brewer Carías también se refirió a la *Revolución Francesa*, en una conferencia que dictó en octubre, con motivo de la celebración de la fecha aniversaria de esta Revolución.

• • •

Del 11 al 14 de octubre se celebraron en Porlamar las *Jornadas sobre Amparo, Salvaguarda y Derecho Mercantil*, realizadas en homenaje a la Corte Suprema de Justicia. Estas Jornadas fueron auspiciadas por el Colegio de Abogados del Estado Nueva Esparta y por la Facultad, dentro del marco del convenio de postgrado entre ambos.

• • •

Entre el 18 y el 21 de octubre tuvo lugar, en Puerto La Cruz, el *Primer Congreso Latinoamericano de Derecho Procesal*, auspiciado por el Colegio de Abogados del Estado Anzoátegui, el Instituto de Derecho Procesal "José Rodríguez Urraca" y la UCAB.

3. Profesores

En fecha 21 de enero de 1989 falleció repentinamente, el Dr. José Ramón Burgos Villasmil, destacado miembro del Poder Judicial, autor de importantes obras en el área de su especialización —el Derecho Mercantil— y profesor universitario, en esta misma especialización, de cursos de pregrado y postgrado en la Universidad Central de Venezuela así como en el Curso de Especialización en Derecho Mercantil en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, cuyos estudiantes y profesores recuerdan al Profesor Burgos Villasmil con estima y afecto.



El *Dr. Sebastián Artiles*, de cuya jubilación como profesor de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la UCAB dio cuenta la anterior Revista de esta Facultad de Derecho, murió el día nueve de septiembre de 1989. La Comunidad de la Facultad de Derecho extraña la bondad y ejemplar presencia de quien fuera un distinguido miembro de su cuerpo docente.



La Facultad de Derecho celebra los honrosos nombramientos, como Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de sus Profesores *Dra. Cecilia Sosa* y *Dr. Román José Duque Corredor*, y como miembro del Consejo de la Judicatura, del *Dr. Pedro Miguel Reyes*.



El *Dr. José Luis Aguilar Gorrondona*, distinguido profesor de Derecho Civil, autor de obras en su especialización, de obligada consulta, y ex Decano de la Facultad de Derecho y ex Vicerrector Académico, solicitó su jubilación como miembro del personal docente.

4. *Nómina de los egresados de la Facultad de Derecho como abogados en 1989*

PROMOCION DRA. JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS

Agueci Yrady, Paola Alessandra	Campos Yáñez, Carmen Petra
Álvarez Chamosa, María Lidia	Cardona Romero, Evyla Denisse
Andrade Monagas, Ignacio Tomás	Carrascosa Urquijo, José M.
Antor Troconis, Sofía	Carrero Araujo, José Antonio
Araujo Olivares, Fernando A.	Chacón Blanco, Aura Marina
Arcaya Febres-Cordero, Pedro A.	Cordero Casal, Carmen Leonor
Arias Díaz, Beatriz Milagros	Cortesi Scattolini, José Luis
Bazó Báez, Ana Teresa	De Lemos Matheus, Rafael M.
Bereciarto, Hernández, Olga J.	De Nicolais Azuaje, Estela M.
Betancourt Méndez, Luisa A.	De Natale Africano, Brigitte M.

De Tomo Mora, María de Los A.	Miranda García, Juan Carlos
Días Monagas, Adriana	Morales Angulo, José Gregorio
Durán Valero, Judith Ninoska	Muñoz Peñuela, Ada Fátima
Escobar Sánchez, Ricardo E.	Ortega Poleo, Alexandra C.
Farías Osorio, Justo Enrique	Ortega Vargas, Marco Tulio
Ferrao Rodríguez, Alexandre J.	Palencia Maldonado, Mónica B.
Figueroa Rodríguez, Mirtha I.	Pardo Mila de la R., Alfredo
Fraga León, Elena Isabel	Pariente Pérez, Frederic
Gallegos Escobar, Mónica V.	Peña de Velásquez, Carmen R.
Gamus Caicedo, José Rafael	Perdomo Antonio, José
García Chaurio, Mariela M.	Pérez Núñez, Arturo Miguel
García Shiera, Rodolfo José	Puente Fernández, María del P.
Giraud Torres, Armando Arturo	Reomi Atencio, Jesús Enrique
Godoy Landaeta, Carlos Antonio	Rodríguez Fajardo, Lila
González Morales, Alicia I.	Rodríguez Márquez, María Elena
Gordillo Garcés, Rosalba	Roldán Castaño, Francisco
Guerrero Jiménez, Sergio E.	Romero Brito, Bexsy Emilce
Gutiérrez Reyes, Virginia E.	Salgueiro Araujo, José Ovidio
Henríquez Carabaño, Gerardo F.	Sanabria González, Ma. Estrella
Henríquez Castellanos, Alba L.	Schonemann Serrano, Rodolfo
Ibarra Méndez, Amelia D.	Segovia Pérez, Zoraida del R.
Lapadula D'Alessandro, Eduardo	Suárez Torres, Luisa María
Lo Mónaco Meschisi, Loredana M.	Terán Zue, Carmen Rosa
Lobatón González, Darwin R.	Toro Ríos, Maribel
Macauda Tremearne, Carmen M.	Turuhpial Carriello, Sandra A.
Maldonado Ardila, Fanny Esther	Urbaneja Velutini, Amalia
Martínez Cerruzzi, Carlos A.	Vera Pocaterra, Guido
Méndez Lugo, José	Vetrini Celano, Alejandro A.

*PROMOCIÓN DR. SALVADOR YANNUZZI RODRÍGUEZ
Y DR. CARLOS MIGUEL ESCARRÁ MALAVÉ*

Acedo Prato, Jorge Enrique	Azpúrua O. Arturo, Enrique
Acevedo Landaluce, Alejandro	Azpúrua Suels, Henrique José
Álvarez Martínez, Ignacio J.	Barreto Nieves, Guillermo E.
Andrea González, Gilberto A.	Benacerraf Walg, José
Aponte Janeth, Josefina	Bravo Salazar, Fionelva
Aranguren Suárez, Eiban B.	Briceño León, Rubén Darío

Cardozo Sánchez, Carmen Y.
Cordero Vallenilla, Nimia J.
Cubillán Diez, Helena Cecilia
Danzer Schabus, Jacqueline E.
De León Alonso, Emilia
Esteban Ramos, Beatriz
Fioretti Vecchio, Alberto
Simón Estrada, Santiago
Hernández Merlanti, Luis A.
Hossne Marcano María, Asunción
Iskandar Abdallah, Antonio B.
Leanez Berrizbeitia, Eduardo J.
López González, Jesús Alberto
Mangles Amundaray, José Julián
Marino Sánchez, Haydée María
Martínez Vilardell, Isabel
Mastrocesare P., Elisabetta
Mata Araujo, Jesús Francisco
Mendoza Bueno, Eduardo Tomás
Meza Herrera, Freddy Humberto
Mogna Suprani, Juan Carlos
Morales Labrador, Rosalba
Morales Martínez, Jaiver F.
Morantes Parra, Luis Ricardo
Nieto Marcano, Gustavo Ignacio
Nieto Pedregal, Herminio A.
Ortiz Ortiz, Narciso Rafael
País Abad, Domingo
Pardo Páez-Pumar, Ana Mercedes
Pereira León, Miguel
Pestana Rodríguez, Margarita S.
Picón Lobo, Omar
Pifano Arévalo, Félix
Plasencia González, Zeneida
Polanco Fernández, Beatriz
Puig Bastidas, Raúl
Punceles Anglade, Carolina L.
Quiroga González María C.
Riquezes Galavís, Juan Ignacio
Rivas Rojas, Ruth María
Rodríguez Travieso, Enio M.
Rodríguez Vera, Carlos S.
Rondón Gutiérrez, Luis Esteban
Sciubba Damiano, Antonella
Segnini Martínez, Italo Rafael
Silva Arenas, Víctor Ramón
Sosa Cárdenas Diana
Sucre Fagre, Alejandro José
Thomas Monagas, Erwin Kurt
Thomson Cordero, Thaddeus A.
Torres Deseda, Beatriz I.
Tovar Alegrett, Gonzalo José
Urbano Mijares, Guillermo
Urrieta Figueredo, Pedro A.
Vallenilla Tolosa, Moisés A.
Vázquez Flores, Hermann de J.
Zambrano Zabala, Igor Oscar

PROMOCION 5º AÑO A-D

Abdallah Bernal, Luz Yamilé
Alvarado Muñoz, Gloria Milagro
Arrieche Arráiz, Alba Rosa
Azar Castro, Domingo J.
Baccino Rodríguez, María B.
Bazzaro Martínez, Sandra Ida
Benzo Wannoni, María Luisa
Boggiano Pericchi, Rafael I.
Bolinaga Hernández, Francisco
Brown Padro, Sergio E.
Capella Rodríguez, María G.
Carrillo Hernández, Jorge A

- Cubisino Di Gerónimo, Saverio
 Degwitz Brillembourg, Inés C.
 Della Figliuola C., Leondina
 Di Giovanni Di B., Doriana
 Di Stasio Circelli, Carmen L.
 Diamond Bello, Ivonne del C.
 Díaz Duarte, Linda Mercedes
 Dos Santos Ferreira, Dina M.
 Egana García, Miren Eburne
 Evora Rodríguez, Idelma María
 Fernández Díaz, Eduardo E.
 Ferrari G., Annamaria de la Ch.
 Fuentes Pérez, Cinthia del R.
 Gabay Levy, Gimol
 Gamboa Peruchini, William J.
 González Clavelli, Victoria
 González M., Josefina del V.
 Grau Fortoul, Gustavo Adolfo
 Guerrero Amores, María M.
 Guevara Cárdenas, Rubén E.
 Heredia Soltero, Tania
 Hernández Mendible, Víctor R.
 Hernández Pulgar, Rosa Jacinta
 Lammoglia Godina, María C.
 Lander Siblesz, Jorge Henrique
 López Acosta, Felicia Eugenia
 Marini Sánchez, Maribel
 Martín González, Laura Isabel
 Martínez Blat, Marieva
 Masciarelli Miras, Anna María
 Mata Bastardo, María E.
 Mata Simosa, Mónica
 Mattei Bethencourt, Juan C.
 Mayz Hernández, María Elena
 Miguel Báez, Graciela
 Monagas Borges, Alicia M.
 Morata Artola, Enrique Andrés
 Mouchet López, Carmen Elena
 Nieto Ferro, Lourdes
 Núñez D'Escivan, Marianella
 Núñez Fernández, Carolina M.
 Ochoa González, Mercedes M.
 Oliveira Hernández, Lila C.
 Otano Ochoteco. Armida J.
 Páez-Pumar Yradi, Héctor E.
 Pérez Quintero, Pilar
 Pertínez H., María del Pilar
 Petzall Kavanagh, Patrick E.
 Pino Castro, Carmen Luisa
 Quevedo Ochoa, Martha B.
 Quiaragua G., Gabriela del C.
 Ramos Wanderlinger, Aura C.
 Rincón Farías, Katina
 Rivas Serrano, José Gregorio
 Rocha Núñez, María del C.
 Rodríguez de Bencid, Mariela A.
 Rosales Conde, Dorcas Amada
 Ruiz Pérez, Yamira
 Sacchi Alberti, Gianfranco
 Siblesz Salvatierra, María C.
 Silen Arostegui, Helen María
 Silvestri Tarantelli, Sandro L.
 Sucre Gómez, Bernardo Juan
 Torres Pazmino, María Teresa
 Turriaf Jaimes, M. Alejandra
 Ugueto Otáñez, Isabel Carolina
 Urbano B., Luisa M.
 Valsint-Alcázar B., Yathrib C.
 Vassallo Campiglia, Teresa
 Vásquez Galino, Elisabel
 Venegas Medina, Fernando E.
 Von Buren Ruiz, Paul T.
 Cáceres Cáceres, María Teresa
 Conti Castro, Alexandra
 Dáger Gaspard, Luis José
 De Arco de Ramos, Tare Ivone
 Flores Moreno, Luz Marina
 Murillo Dávila, Gerardo
 Rodríguez Carrascao, Margarita
 Varela Muller, Desiree

PROMOCIÓN 5º AÑO B-D

Alvarez Guillén, Ana Luisa
Arguello Urpín, Juan Federico
Arque La Rosa, Adriana M.
Arroyo Hernández, Ana Isabel
Barazarte Suzzarini, Virgilio
Beaumont Rodríguez, Néstor A.
Blanco Peña, María Alejandra
Brito González, Evelyn
Calles Ramírez, Katuska M.
Castellanos Sánchez Liliana A.
Catala Urriola, Amanda Teresa
Celis Ossott, Hilda Corina
Cianciulli Arnone, Ángelo
Colmenares Martínez, María A.
D'Adversa Yafigliola, María
D'Caro Ortiz, Milagroelfrida
D'Empaire Etcheberry, Luis F.
De Valery Noguera, María M.
Delfino Gómez, Vivianne V.
Di Ferbo Hernández, Jacqueline
Dos Ramos Dos Ramos, Neide
Drayer Yanoviei, Bernardo E.
Dubois Aguillón, Rafael Emilio
Faría Manzanares, María C.
Fernández Vieira, María Inali
Figuera Fortique, Fernando J.
Fortique V., Dulce María
Gallicchio Fabiano, Rafaelina
García Pacheco, Ingrid Beatriz
Glaentzlin D'Ascoli, Lya
Goihman de Zishelboim, Raquel
Gómez de la Vega, María Ximena
Gómez Martín, Catherine
Gómez Roo, Ricardo José
González Carrasquero, María C.
González Crespo, Adriana María
González Echeverría, Jesús R.
González Taboada, María Luisa
Guario Bavaro, Anna María
Gutiérrez Díaz, María A.
Hernández Colmenares, José V.
Horrillo Tafurt, Ana Lucía
Iglesias Guanipa, Aurora C.
Jiménez Ugueto, María Elvira
Laguna Quintero, Mónica V.
Lo Mónaco Vassellini, María R.
Longa Sosa, Jorge Rogers
Low Fung, Helena
Loyo Pérez, Oswaldo M.
Manfredi Cozzolino, Pasqualina
Mendoza H., Zully Mercedes
Mila de la Roca, Beatriz María
Montiel Parra, Leonor Josefina
Morillo Caldera, María Lourdes
Pacheco Ramírez, Luz Carolina
Peláez Bruzual, Herminia Luisa
Pelayo González, Luis Alberto
Pérez Gruber, Thomas Gerardo
Pérez Mayz, Mariela Josefina
Perillo Canciani, Andrés
Perozo Semeco, Omaira F.
Pimentel de Lanz, Nancy
Rachadell Montero, Gabriela J.
Reyes Gutiérrez, Carolina M.
Rodríguez Acosta, Eva María
Rodríguez Puentes, María T.
Sáez Chaparro, Marínés
Siino Palacios, Maritza F.
Sosa Izzo, Gabriela Elena
Torres Ramos, José Rosario
Torres Rodríguez, María S.
Tovar Mendoza, Nancy Thaís
Trejo Rodríguez, José Ángel
Urdaneta Camacho, Luis Alfonso
Verde Aldana, Carmen Josefina
Viduzza Lozano, Reina Victoria
Weininger Schaechter, Bernardo
Yacolino Gallo, Giuseppina

REVISTA DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS
UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA

Número 76

PRESENTACION

Fernando Parra Aranguren

DOCTRINA

Escuela de Derecho

Criterios jurisprudenciales y doctrinarios respecto de la influencia del Código de Procedimiento Civil en los juicios agrarios y del trabajo

Román Duque Corredor

Régimen legal de los fondos de activos líquidos y de las mesas de dinero

José Muci-Abraham

Anotaciones sobre el contrato de seguro

Gladys J. Rodríguez R.

Venta por el tutor después de muerto el pupilo

Arturo Luis Torres-Rivero

Escuela de Estudios Políticos y Administrativos

La ciudad mercantil medioeval

Manuel García Pelayo

Derechos Humanos

Algunos comentarios sobre el artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

Hans Joachim Leu

El derecho a un nivel de vida adecuado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos

Armando Rodríguez García

LEGISLACION

Irrealidad del proyecto de Ley Orgánica del Trabajo

Rafael Alfonso Guzmán

Comentarios sobre el proyecto de Ley Orgánica del Trabajo

Fernando Parra Aranguren

Propuestas al Consejo Nacional de Concertación durante 1989

Ministerio del Trabajo, Dirección General Sectorial del Trabajo

COLABORACION ESTUDIANTEL

Hecho ilícito en el sistema norteamericano

Olga Dos Santos

NOTICIAS DE LA FACULTAD

Acuerdo del Consejo de la Facultad

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
FACULTAD DE DERECHO

Obras publicadas

Derecho Civil I. —Personas—

José Luis Aguilar Gorrondona

Contratos y Garantías —Derecho Civil IV—

José Luis Aguilar Gorrondona

Anotaciones sobre Derecho de Familia

Francisco López Herrera

Manual de Derecho Minero Venezolano — (2)

José Román Duque Sánchez

Casación Civil, Mercantil y del Trabajo 1956—1967

José S. Núñez Aristimuño

Derecho Penal

Volumen I (agotado)

Jorge Sosa Chacín

Manual de Derecho Procesal Civil Venezolano

Volúmenes I y II

Arístides Rengel Romberg

Curso de Obligaciones —Derecho Civil II—

Eloy Maduro Luyando

El Contrato de Anticresis

Marcos Lovera

La incapacidad de la Iglesia y los ministros del culto católico para recibir por testamento y donación

Luis Alfredo Araque Benzo

Introducción al Derecho

Tomo I

Luis María Olaso, S.J.

Manual de Casación Civil

José Román Duque Sánchez

La Inspección Ocular en el Proceso Civil

Jesús Eduardo Cabrera Romero

Estudios sobre Derecho Laboral —Homenaje al Dr. Rafael Caldera—

2 tomos

70 autores

Sociedades de Responsabilidad Limitada

Jorge Enrique Núñez

La Explotación de las Patentes en Venezuela
Hildegard Rondón de Sansó

Jornadas de Derecho Mercantil
28 autores

Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Internacional
26 autores

Derecho Mercantil
3 tomos
Alfredo Morles Hernández

Procedimientos Civiles No Contenciosos
José Román Duque Sánchez

Criminología
Fernando Pérez-Llantada, S.J.

Derecho Ambiental Venezolano
Cecilia Sosa y Osvaldo Mantero

Régimen jurídico-institucional de la ordenación y administración del ambiente
Centro de Investigaciones Jurídicas — UCAB

Estudio sobre la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo
Osvaldo Mantero

Temas de Filosofía del Derecho
Lorenzo Fernández Gómez

Derechos humanos, pensamiento comunitario y otros temas
Luis María Olaso, S.J.

Cosas, bienes y derechos reales — Derecho Civil II
José Luis Aguilar Gorrondona

Departamento de Publicaciones
de la Universidad Católica Andrés Bello
Teléfono 442.9511, Ext. 189 - Urb. Montalbán, La Vega.
Apartado de Correos 29068, Caracas 1021, Venezuela.