

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO

**REVISTA  
DE LA  
FACULTAD DE DERECHO**



AÑO LECTIVO 1986 - 1987 / Enero - Junio 1987

**Nº 37**

CARACAS

VENEZUELA

**UNIVERSIDAD CATOLICA  
ANDRES BELLO**

**Autoridades Centrales**

**Rector**

Ing. Guido Arnal Arroyo

**Vice-Rector Académico**

Luis María Ugalde, S.J.

**Vice-Rector Administrativo**

Rafael López Casuzo

**Secretario**

R. P. Gustavo Sucre, S.J.

**Facultad de Derecho**

**Decano**

Dr. Fernando Pérez Llantada, S.J.

**Director de la Escuela de Derecho**

Dr. José Rafael Hernández G.

**Profesores Miembros del  
Consejo de la Facultad**

Dr. Adán Febres Cordero

Dr. Reinaldo Chalbaud Zerpa

Dr. Asdrúbal Aguiar Aranguren

Dra. Carmelina Valbuena de Silva

Dr. Harold Wulff

**Representantes de los Estudiantes  
ante el Consejo de la Facultad**

Br. Elías Bittar

Br. Ignacio De León

**Representantes de los Egresados**

Dr. Carlos Escarrá Malavé (Principal)

Dr. Azael Socorro (Suplente)



UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO



**REVISTA**  
**DE LA**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**AÑO LECTIVO 1986 - 1987 / Enero - Junio 1987**

**Nº 37**

**CARACAS**

**VENEZUELA**

S U M A R I O

Pág.

DOCTRINA

**Derecho Administrativo**

La Corte Suprema de Justicia en Venezuela y el Contencioso-Administrativo. Organización y Funcionamiento, *Gustavo Briceño* ..... 9

La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por hecho ilícito. Procedimiento para su exigibilidad, *Carlos Miguel Escarrá Malavé* ..... 59

**Derecho Constitucional**

Los Derechos Humanos y el Amparo Constitucional, *René Plaz Bruzual* ..... 145

**Derecho Internacional Privado**

La Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, *Gonzalo Parra Aranguren* ..... 169

**Derecho Internacional Público**

Los límites entre Venezuela y el Estado de Guyana, *Reinaldo Chalbaud Zerpa* ..... 299

**Derecho Mercantil**

Asociación de Cuentas en Participación, Sociedad Accidental e Irregular, *Oscar Ochoa* ..... 383

La venta de las acciones hecha por la Sociedad cuando el accionista no las ha cancelado totalmente, *Henrique Iribarren Monteverde* ..... 441

**Derecho del Trabajo**

El concepto legal de enfermedad profesional,  
*Oswaldo Mantero* ..... 525

**Filosofía del Derecho**

La Justicia, los Derechos Humanos y la Paz, *Luis María Olaso, S.J.* ..... 547

Humanismo y Derecho Natural en San Agustín,  
*Lorenzo Fernández Gómez* ..... 571

SECCION ESTUDIANTIL

**Derecho Constitucional**

El Amparo Constitucional, *María Eugenia Reyes F. y Jesús María Casal H.* ..... 605

CRONICA DE LA FACULTAD

Derecho Constitucional

Los Derechos Humanos y el Amparo Constitucional,  
*Wendelin Buzana* ..... 117

Derecho Internacional Privado

La Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, *Conrado Pérez Frangues* ..... 109

Derecho Internacional Público

Los límites entre Venezuela y el Estado de Guyana,  
*Rafaela Chelbana Xepu* ..... 209

Derecho Mercantil

Asociación de Inversores en Participación, *Sociedad Anónima* ..... 337

La crisis de las acciones hechas por la sociedad anónima,  
*do el accionista no las ha cancelado totalmente* ..... 411

LA DOCTRINA DE DOCTRINA EN VENEZUELA  
DEL GOBIERNO ADMINISTRATIVO  
Y DE LA ECONOMIA Y COMERCIO

por el Sr. [Nombre]

CONTENIDO

El presente trabajo tiene por objeto exponer los fundamentos de la doctrina de doctrina en Venezuela, en el campo del gobierno administrativo y de la economía y comercio. Se trata de un estudio que busca clarificar los conceptos y principios que rigen esta doctrina, así como su aplicación en la práctica.

En primer lugar, se define la doctrina de doctrina como un conjunto de principios y normas que orientan la actuación de los órganos del Estado. Esta doctrina se fundamenta en los valores democráticos y en el interés público. Se analizan los aspectos teóricos y prácticos de esta doctrina, así como su evolución a lo largo del tiempo.

Finalmente, se concluye que la doctrina de doctrina es un instrumento esencial para garantizar la transparencia y la eficiencia en la gestión pública. Su correcta aplicación es fundamental para el fortalecimiento del Estado de derecho y el bienestar de la ciudadanía.

**LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN VENEZUELA  
Y EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
ORGANIZACION Y FUNCIONAMIENTO**

**GUSTAVO BRICEÑO**

**PREAMBULO.**

La Corte Suprema de Justicia, el más alto Tribunal de la República, se ubica en el contexto del Orden Jurídico como una Institución esencial. Configura su principal función, la toma de decisiones finales sobre las controversias en litigio, a este respecto, debemos destacar, en primer lugar, que en contra de las decisiones de la Corte no existe apelación alguna; y en segundo lugar, la referida Institución ampara su actuación en la normativa prevista en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

La Ley antes citada, consagra en sus normas la estructura y funcionamiento de la Corte Suprema de Justicia, con toda una complicada y delicada armazón que asigna a las diferentes Salas que integran dicha Corte, una determinada competencia. Sin embargo, y a pesar del texto positivo que la regula, la Jurisprudencia ha interpretado el contenido de esta Ley, dando diversas connotaciones y polémicas no menos complicadas. Así, encontramos recopiladas las decisiones del máximo Tribunal en diferentes boletines y doctrinas ya publicados.

En nuestro país hay pocos estudios sobre las distintas leyes que han regido a la Corte Suprema, a través de su historia; esta circunstancia dificulta el estudio minucioso y profundo de la Institución, no obstante, la existencia del importante aporte de la Jurisprudencia.



Particularmente tuve la oportunidad de estudiar Derecho Administrativo en la Universidad París II bajo la dirección de los profesores Paul Tavernier y Madame Joelle Nguyen Duy Tan quienes me ayudaron a interpretar las normas básicas de las Instituciones del Derecho Administrativo; esta inquietud investigativa nació en mí, no por el mero afán de comparar derechos e instituciones, sino por el hecho de que, la fuente del derecho administrativo venezolano, sobre todo en lo referente a la materia contencioso administrativa, tiene una marcada influencia del sistema jurídico administrativo francés.

Por otra parte, me propuse investigar sobre el origen de las instituciones jurídicas encargadas del control jurisdiccional de las actuaciones del Poder Público, tanto en Francia como en nuestro país, para comprender así la forma como dichas estructuras se encuentran determinadas en el actual orden jurídico, considerado "un Estado de Derecho". A pesar de las diferencias profundas que existen entre el Consejo de Estado Francés y nuestra Corte Suprema de Justicia, encontramos también grandes semejanzas en cuanto a la organización y funcionamiento de dichas instituciones. Algunas de esas similitudes serían, ambas controlan la legalidad y sus decisiones son inapelables; las dos suponen el control sobre una autoridad en ejercicio de la función pública (en sentido *lato sensu*); y en ambas se ejecuta un procedimiento garantizado en el ápice angular del sistema contencioso administrativo.

La Corte Suprema de Justicia fue el motivo de la investigación realizada en Francia, por ello, me dediqué al estudio sistemático de la Institución, haciendo constante referencia al Consejo de Estado Francés y en especial a su Jurisprudencia, como fuente originaria de las instituciones políticas y administrativas en general.

El trabajo consta de tres partes bien definidas. Una primera parte, se refiere a la Organización y al Funcionamiento de la Corte Suprema; la segunda a la Competencia de la Corte y la tercera, el Contencioso en la Instancia Suprema. Pero, el fundamento básico a demostrar a lo largo de la tesis, constituye el comprender cómo está determinada la competencia de la Corte (artículo 42 L.O.C.S.J.) la cual se encuentra sustentada bajo un trípode o soporte constitutivo de tres elementos: Autoridad, efectos, y vicios de los actos. Dependiendo de la autoridad emanadora del acto, de

los efectos generales o individuales de los mismos y, del vicio que contengan en sí, nos indicará la correcta competencia de la Corte o de otra Jurisdicción.

La primera publicación la hago en esta revista y constituye la primera parte de mi trabajo, la cual está consagrada al estudio de la Organización de la Corte Suprema de Justicia. Se estructura esta primera parte en dos capítulos. Uno dedicado a la organización de la Corte como el más alto Tribunal de la República, haciendo referencia al Tribunal de la Sustanciación y a las diversas situaciones de los Magistrados de la Corte. Un segundo capítulo consagrado al funcionamiento de la Corte con sus atribuciones tanto extra-jurisdiccionales como jurisdiccionales propiamente dichas. La búsqueda de elementos determinantes en la estructura de la Corte como "Institución" fundamentada en su propio texto normativo, a mi juicio constituye, la base de su funcionamiento, con la observación de que la Jurisprudencia ha jugado un rol poco importante, por no decir escaso.

Por otra parte, no se puede hacer un estudio de la organicidad de una Institución sin antes mostrar el contexto jurídico donde esta estructura se desenvuelve. Constituye algo de esencial importancia comprender, aunque sea de una manera general, la situación del sistema jurisdiccional en el Derecho venezolano así como la evolución constitucional de los principales recursos en Venezuela. Aquellos, que se van a desarrollar ante la Instancia del máximo Tribunal. Este es el objetivo del capítulo preliminar del trabajo realizado en París.

El presente trabajo de investigación no tiene pretensiones eruditas ni académicas, simplemente es un aporte reflexivo —que por primera vez se realiza en nuestro país— al estudio de la Corte Suprema de Justicia, el cual está circunscrito en el complejo y significativo campo del Derecho Administrativo en Venezuela y sus raíces históricas en Francia. Por otra parte, aspiro que los lectores perciban y aprecien las intenciones sinceras del autor.

En París, el 15 de mayo de 1964.

1. ANTONIO GARCÍA PASCUAL, *La Corte Suprema de Justicia de Venezuela*, Caracas, 1964.

2. El Congreso de Francia, Francia, *La Corte Suprema de Justicia de Venezuela*, París, 1964.

## CAPITULO PRELIMINAR

### CONTENIDO

1. - Introducción
2. - El sistema jurisdiccional en Venezuela
3. - Evolución constitucional del recurso de anulación
4. - Evolución constitucional del recurso de Plena Jurisdicción
5. - Conclusión

#### 1. - INTRODUCCION.

La Corte Suprema de Justicia es el máximo órgano jurisdiccional de la República y la más alta representante del Poder Judicial<sup>1</sup>. La competencia del más alto Tribunal de la República, está taxativamente establecida en las Leyes del país, principalmente, en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y en las otras leyes de la República, básicamente en el conocimiento en segunda instancia. De esto se deduce que la Corte, es un Tribunal de la más elevada jerarquía, al cual: las leyes de la República le confieren la competencia necesaria para juzgar. Esta forma de competencia caracteriza a la Corte y la diferencia de otros órganos jurisdiccionales de igual jerarquía en otros países, en donde las atribuciones específicas de competencia son reconocidas sólo por un determinado texto legislativo. Sin pretender similitud alguna, podemos afirmar esta circunstancia con el Consejo de Estado de Francia<sup>2</sup>. En el caso de Venezuela, son varios los textos legales que otorgan competencia a la Corte Suprema de Justicia,

1. Artículo 1º de L.O.C.S.J.

2. El Consejo de Estado Francés tiene una competencia de atribución conferida principalmente del Art. 2 del Decreto del 30-09-53, modificado por los Decretos del 30-07-63, del 13-06-66 y 28-01-69. Dalloz. Code Administratif. 1981.

a los fines de que ejerza su función esencial, es decir, la función jurisdiccional. Afirmación que hacemos, en virtud de que la misma Ley que rige a la Corte, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en su artículo 2º establece textualmente: "La Corte tiene competencia y atribuciones que le confiere la **Legislación Nacional**...", subrayado nuestro. La ley indica la palabra "Legislación Nacional" para significar cómo una parte del Ordenamiento Jurídico confiere poder específico a un tribunal, en este caso la CSJ. De conformidad con lo expuesto, señalaremos el tipo de sistema jurisdiccional que predomina en Venezuela y la evolución constitucional de sus principales recursos.

## 2. - EL SISTEMA JURISDICCIONAL EN VENEZUELA.

El sistema jurisdiccional venezolano, desde el punto de vista de su estructura, está conformado por: la Corte Suprema de Justicia y los demás tribunales de la República, los cuales se someten a la jerarquía del máximo tribunal. La Corte Suprema de Justicia es entonces, la más alta instancia de todo el edificio jurisdiccional; es por esta razón, que contra sus decisiones no se oye, ni se admite recurso alguno<sup>3</sup>. Corresponde a la Corte la responsabilidad de ejercer el control jurisdiccional sobre todas las decisiones del Poder Público, en consecuencia, anula todos aquellos actos de dicho poder que se encuentren en contradicción con el Ordenamiento Jurídico.

Esta función jurisdiccional de la Corte en Venezuela, se fundamenta en los recursos jurisdiccionales, llamados clásicos, como son: el Recurso de Anulación contra las decisiones de los poderes y el Recurso de Plena Jurisdicción contra la actuación ilegítima de la administración. Este último, como bien lo veremos, es regido en gran parte, por la jurisdicción ordinaria. Es de señalar, igualmente, que la Corte ejerce la función jurisdiccional interpretando y resolviendo consultas las cuales se le formulan configurando el recurso de interpretación.

Consideramos fundamental afirmar, que el sistema jurisdiccional venezolano, se opone, de manera sustancial, al sistema francés el cual consagra la llamada doble jurisdicción.

3. Segundo aparte del artículo 1º de la L.O.C.S.J. "... contra las decisiones que dicte en pleno o en algunas de sus Salas no se oirá ni admitirá recurso alguno".

Como es bien sabido, el sistema jurisdiccional francés se crea sobre la base de un principio interpretado a la luz de una tradición política. Esta tradición, es el principio de la separación de poderes. Decía Montesquieu, que para garantizar las libertades ciudadanas, el poder de juzgar, como función esencial del Estado, debía ser totalmente independiente y separado de la función de ejecutar, específicamente del poder de ejecutar las normas. Estas ideas, del revolucionario francés, eran producto de la configuración de la etapa pre-revolucionaria; en el sentido, de que ya existían tribunales especializados en juzgar los actos de la Administración, como eran: los Famosos Tribunales del Rey, como las Cortes de Ayuda, las Cámaras de Cuentas y las diferentes jurisdicciones de aguas y bosques.

Se puede entonces afirmar, sin temor a dudas, que en este campo específico, no hubo una revolución en el sentido estricto del término. Los "revolucionarios" franceses se plegaron a la tradición del "L'ancien régime" que consistía en crear jurisdicciones distintas, unas para juzgar los problemas de la Administración y otra para juzgar los otros asuntos que serían, a nuestro entender, los de la jurisdicción ordinaria. De esta manera, justificaron los doctrinarios franceses, en ese momento histórico, la doble jurisdicción.

La razón, hoy en día, es distinta. En la actualidad existen argumentos que justifican la doble jurisdicción, por razones de técnica y eficiencia. La famosa idea de la división del trabajo guía el pensamiento de los autores franceses que estudian la materia (Rivero - Vedel). Estos autores presumen que los jueces administrativos son más competentes en el momento de juzgar casos específicos de la Administración, por cuanto, las circunstancias para conocer dichos casos no serían iguales para los jueces del orden judicial<sup>4</sup>.

Por el contrario, en Venezuela son los jueces del orden judicial los que tienen a su cargo el control jurisdiccional de los actos y del comportamiento de la Administración Pública. Por esta razón, se afirma que, en Venezuela existe el tipo de organización judicial llamado **unidad de jurisdicción** en razón de que al Poder Judicial le corresponde el monopolio de la Justicia; y es

4. Rivero Jean, Droit Administratif. Précis Dalloz. Dixième Edition. Ob. cit., págs. 138 y 142.



solamente el Poder Judicial quien ejerce la función de juzgar. Este sistema está acompañado de una dualidad de derechos aplicables, Derecho Público y Derecho Privado, típicos de los sistemas judiciales occidentales.

Esto tiene su explicación, dado que, la función jurisdiccional en el seno del Estado venezolano es única, en el sentido de que él ejerce por una de las ramas del Poder Público, el Poder Judicial. Así lo señala el artículo 204 de la Constitución Nacional que expresa textualmente: "El Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que determine la Ley Orgánica"<sup>5</sup>. Esta idea de la jurisdicción única o unijurisdiccional ha originado discrepancias entre los autores venezolanos<sup>6</sup>. Independientemente, de las diferentes posiciones encontradas al respecto, es necesario remitirse a la opinión de la Jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal. En una sentencia del año 1970 la Corte señaló lo siguiente:

"...El objetivo de esta disposición es de precisar el alcance de los poderes generales que juzgan los tribunales del Contencioso Administrativo y sobre todo el de resolver definitivamente a través del establecimiento de un principio claro, la polémica que ha dividido doctrinarios y parlamentarios tanto en Europa como en América a propósito de la oportunidad del juicio, por órganos independientes del Poder Judicial por cuestiones que conciernen en ocasión de las relaciones entre los particulares y la Administración. Como fue indicado dentro de la exposición de motivos de la Constitución, ésta consagra el carácter judicialista de la Jurisdicción contencioso administrativo, apartándose así del sistema francés y reafirmando la tendencia tradicional de la Legislación Nacional, consistente en otorgar el control jurisdiccional de la legalidad de los Actos de la Administración a los Organos del Poder Judicial..."<sup>7</sup>.

No existe, pues, según esta jurisprudencia, ninguna duda, sobre el sistema que ha sido adoptado por la Constitución Venezolana y el cual nuestros Legisladores quisieron adoptar.

5. Estas leyes son principalmente la Ley Orgánica del Poder Judicial.
6. Ver exposición del Dr. Gonzalo Pérez Luciani, en el Control Jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela. Instituto del Derecho Público. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas U.C.V. 1979. Ob. cit., págs. 135 y 136.
7. Sentencia del 14-12-70 CSJ-SPA en Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo. Tomo V. Vol. 1. Allan Brewer Carías. U.C.V. Caracas.

Por otra parte, no sería conveniente clasificar y ubicar el sistema venezolano dentro de un tipo especial de los ya existentes; debido a que, la formación del sistema en Venezuela ha sido configurado en razones históricas y políticas con experiencias distintas a las de otros países del continente. El hecho de que existan tribunales que tengan competencias Civil y Mercantil y que por Ley se les haya acordado también competencia en materia contencioso administrativa, originaliza y particulariza el sistema venezolano. Situación que nos lleva a un particular optimismo en cuanto a las bondades de nuestro sistema en sí<sup>8</sup>.

Se puede señalar por ello, que existe un Poder Judicial que sitúa en su seno, a todos y cada uno de los Tribunales del país (única jurisdicción); pero que en esta gran jurisdicción hay diversos tribunales con atribuciones diferentes. Unos competentes para el conocimiento en materia civil y otros con competencia para conocer en materia Mercantil, en Trabajo, en Contencioso Administrativo y así sucesivamente.

Es por ello que, actualmente, el poder de juzgar, en materia administrativa, está fraccionado en distintos tribunales especializados. Esto lo confirma la Jurisprudencia reciente, ya que la misma, ha precisado cuáles son las instancias que ejercen atribuciones en materia administrativa. En efecto, esta sentencia señala lo siguiente:

"... Conforme a las normas de la mencionada Ley (se refiere a la L.O.C.S.J.) y más particularmente en sus disposiciones transitorias, la jurisdicción contencioso administrativa aparece actualmente estructurada de la razón siguiente:<sup>9</sup>

- 1.- Corte Suprema de Justicia.
- 2.- Corte Primera de lo Contencioso Administrativo<sup>10</sup>.

8. Artículo 181 L.O.C.S.J. "...Mientras se dicta la Ley que organice la jurisdicción contencioso administrativo, los Tribunales Superiores que tengan atribuida competencia en lo Civil, conocerán en primera instancia en sus respectivas circunscripciones, de las acciones o recursos de nulidad contra los actos administrativos de efectos generales o particulares, emanados de autoridades estatales o municipales de su jurisdicción, si son impugnadas por razones de ilegalidad..."

9. Sentencia del 18-6-81 CSJ-SPA. Citada en Revista de Derecho Público N° 6 Editorial Jurídica Venezolana. Caracas.

10. Esta instancia jurisdiccional fue creada dentro del objetivo de descongestionar a la Corte Suprema, desbordada por tareas que ella tenía a su cargo. El nombre de *primera* significa, a nuestro entender, que esta Corte no constituye sino un primer paso dentro de la vía de la delegación de atribuciones jurisdiccionales en materias administrativas e instancias intermedias.

- 3.- Tribunales especializados dentro del Contencioso Administrativo, tales como: los Tribunales del Impuesto, Carrera Administrativa, etc.
- 4.- Tribunales de Derecho común, especializados según la materia, el monto de la demanda, o según el territorio, cuando éstos conozcan de las acciones o de los recursos dentro de los cuales están de por medio órganos del Poder Público . . .”.

Esta Jurisprudencia explica y esquematiza, a pesar de la complejidad del sistema en sí mismo, cuáles son, entre las diferentes jurisdicciones, aquellas que pueden juzgar en materia administrativa. Se puede observar, que la Corte Suprema de Justicia —como Tribunal de la República— se sitúa en el ángulo superior de toda la estructura jurisdiccional del sistema venezolano.

Todos estos tribunales especiales, distintos a los ordinarios pero descendientes todos en forma piramidal de la Corte Suprema de Justicia tienen la atribución conferida por la Ley, para anular los actos administrativos de efectos generales y de efectos particulares no conformes al Ordenamiento Jurídico.

Igual e independientemente de esta prerrogativa de anulación, los Tribunales antes mencionados, pueden condenar a la Administración a pagar sumas de dinero, a reparar un perjuicio causado por su actuación ilegítima y hasta restablecer un derecho que pudiera ser ilegítimamente adquirido por la Nación.

Al mismo tiempo que la sentencia esquematiza el orden de los Tribunales, se remarca que, en Venezuela la Ley otorga a Tribunales —del mismo orden judicial— la facultad de apreciar y hasta de anular actos administrativos emanados de autoridades públicas, tanto en recursos de anulación contra la ilegalidad de la administración, como la actuación **ilegítima** de la Administración<sup>11</sup>.

Ahora bien, en Venezuela los recursos contra los actos y actuaciones de la Administración se articulan en conjunción a los dos recursos clásicos de anulación y de plena jurisdicción. Estos dos recursos han tenido un tratamiento jurisprudencial extenso, en el sentido, que han sido los jueces de la República, a

11. Lo ilegítimo recubre en derecho administrativo venezolano todo comportamiento de la Administración, que siendo legal causa un perjuicio a un particular o administrado. Perjuicio que la Administración es obligada a reparar (Art. 1.185 del Código Civi).

quienes les han encomendado —en gran parte— dictaminar sobre la forma idónea para ponerlos en práctica. En este sentido, es abundante la jurisprudencia al respecto; sin embargo, la fuente directa de dichos recursos se encuentra en las respectivas constituciones que han regido a Venezuela a partir de 1811.

A los fines de profundizar acerca de la manera en que han sido configurados los Recursos de Anulación y de Plena Jurisdicción, consideramos necesario hacer una referencia general acerca de la evolución sufrida, en esta materia, desde 1811 hasta nuestros días.

### 3. - EVOLUCION CONSTITUCIONAL DEL RECURSO DE ANULACION.

En Venezuela existe un contencioso administrativo que resulta de las primeras constituciones del Estado<sup>12</sup>. Así encontramos que la primera Constitución venezolana de 1811 estableció, de una manera general, el principio por medio del cual toda autoridad pública, en ejercicio de sus atribuciones, gobernará en base a un sometimiento que le dé forma y lo legitime. En efecto, en la primera constitución venezolana, se señala que es el pueblo por medio de sus representantes, quien debe dar el consentimiento a los fines de legitimar y "legalizar" las actuaciones del Ejecutivo, cuando éste dicte un acto jurídico; también señala en el artículo 2, en los derechos del hombre en sociedad: "Ningún subsidio, carga, impuesto, tasa o contribución podrá establecerse, ni cobrarse, bajo cualquier pretexto que sea, sin el consentimiento del pueblo expresado por el órgano de sus representantes. Todas las contribuciones tienen por objeto la utilidad general y los ciudadanos el derecho de vigilar sobre su inversión y de hacerse dar de ellas por el referido conducto...". Asimismo, observamos que, en la parte preliminar de la misma Constitución de

12. La Independencia política de los países de América Latina de la España de Fernando VII, fue sellada de manera definitiva a los comienzos de 1800. Venezuela adquiere su independencia política en julio de 1811, cuando en su primera proclamación del gobierno independiente dice: "Habitantes de Caracas"; ¡Caraqueños, podrá anunciarnos el Supremo poder Ejecutivo que el Supremo Congreso de Venezuela ha acordado en este día de la Independencia absoluta, ya, caraqueños, no reconocéis superior en la tierra, ya no dependéis sino del Ser Eterno...". Ver documentos que hicieron historia. Ediciones conmemorativas del sesquicentenario de la Independencia. Caracas 1962. Presidencia de la República. Págs. 56 y 57.

1811 dice: "El Poder Supremo debe estar dividido en Legislativo, Ejecutivo y Judicial . . . los individuos que fueren nombrados para ejercerlas se sujetarán, inviolablemente al modo y reglas, que en esta Constitución se les prescriba para el desempeño de sus destinos". El principio de la Legalidad nace en Venezuela en 1811 en las normas antes transcritas.

Esta norma, ya concatenada con el artículo 116 de la misma Constitución, donde señala que: "La Corte Suprema de Justicia conoce de todos los casos de apelación". Con esto se prueba que la Corte, inicialmente, tenía un control indirecto sobre la actuación del Ejecutivo, dándole al pueblo soberano control directo sobre los actos del Poder Ejecutivo. Es por esta razón, que atendiendo a los orígenes del recurso de la anulación en las constituciones venezolanas, debemos remontarnos antes de 1925. Por ello es falso señalar que es a partir de esta Constitución de 1925 cuando comienza en Venezuela la elaboración de un sistema contencioso administrativo de anulación. Por ello, la base legal de los recursos jurisdiccionales contra los actos del Poder Público hay que buscarla en la primera Constitución de 1811 y no después. Además de esto, y al iniciar la investigación sobre los orígenes de los recursos jurisdiccionales, tenemos que remitirnos a un concepto amplio de control jurisdiccional. El pueblo puede, en determinados momentos, ejercer un control jurisdiccional, la Constitución de 1811 lo dice: ". . . todas las constituciones tienen por objeto la utilidad general y **los ciudadanos el derecho de vigilar** sobre su inversión . . ." (subrayado nuestro). Además, de las experiencias en otros países donde son las asambleas quienes ejercen el control sobre los actos del Poder Público. Se pudiera alegar en contra de esta idea, que la Constitución de 1811 no fue la primera Constitución venezolana<sup>13</sup>; sin embargo, quienes así lo dicen, se refieren a que no fue esta Constitución verdaderamente autónoma. Es a nuestro entender, un razonamiento político social, pero no jurídico. Las fuentes del recurso de anulación hay que encontrarlas entonces en la Constitución de 1811 aun siendo pequeña su vigencia temporal.

Diecinueve años después, pese a las muchas batallas de independencia, nace la Constitución de 1830 donde, en una sesión

13. Ver Ruggeri Parra, Pablo. La Supremacía de la Constitución y su Defensa. Pág. 28. Citada en Antecedentes Históricos del Recurso de Casación. Caracas 1978. Editorial Sucre. José Ramón Duque Sánchez.



especial, se crea la Corte Suprema de Justicia<sup>14</sup>. Esta Constitución, en sus artículos 186 y 187, establece un control contra el funcionario que expida, obedezca y ejecute una orden contraria a la Constitución y las leyes del país. Luego agrega, que serán responsables dichos funcionarios y serán castigados conforme al dictamen de los Tribunales.

En la Constitución de 1857, el constituyente preceptúa los aspectos concernientes a la responsabilidad de los funcionarios públicos, como se demuestra en sus artículos 119 y 121, según los cuales, ningún funcionario podrá expedir, ni obedecer, ni ejecutar órdenes manifiestamente contrarias a la Constitución y las leyes. Estos abusos podían ser recurridos ante el máximo Tribunal, que para el momento era la Corte Suprema de Justicia. Resulta evidente, que en la Constitución de 1857 se consagra el Principio de la Legalidad de los actos del Poder Público lo cual se evidencia en el capítulo llamado "De las garantías" el cual consagra la igualdad de todos ante la Ley (artículo 97 de la misma Constitución). Posteriormente en la Constitución de 1858 en el Título XIV, artículo 113 ordinal 8, establece lo siguiente: "La Corte Suprema de Justicia puede declarar la nulidad de los actos legislativos sancionados por las legislaturas provinciales, a petición de cualquier ciudadano cuando sean contrarios a la Constitución", dando nacimiento al recurso de anulación, pero, de actos legislativos. Lo que se denomina, hoy en día, el recurso clásico de inconstitucionalidad cuando existen actos contrarios al Ordenamiento Constitucional.

Con la Constitución de 1864 se verificaron importantes cambios en la estructura constitucional tradicional, que incluso modificaron las bases jurídicas de gran parte de la organización política y administrativa del Estado venezolano, no obstante, el Recurso de Anulación no fue consagrado en el capítulo referente a las atribuciones de la Alta Corte Federal, como hubiera sido lo más lógico. Consideramos que, en las mencionadas atribuciones,

14. "Se reunieron en la Sala destinada al Despacho de la Corte Superior de Justicia, los señores doctores Francisco Javier Yáñez, José María Tellería, Juan Martínez, José Domingo Duarte y el licenciado José Prudencio Lanz, quienes presentaron el juramento de sostener y defender la Constitución y de cumplir fiel y exactamente los deberes de empleo . . . . lo cual verificado tomaron posesión de sus respectivos asientos y el mencionado señor presidente Yáñez, declaró instalada la Corte Suprema de Justicia". En José Román Duque Sánchez. Antecedentes Históricos del Recurso de Casación. Caracas 1978. Editorial Sucre Pág. 44.

*se le confería más importancia a la Nación cuando era parte en un proceso, que cuando de ella emanaba un acto jurídico. Por esta razón pensamos, que el Recurso de Anulación fue incluido en el artículo 92 de dicha Constitución en el Título de las "Disposiciones Complementarias" cuando señala: "... todo acto del Congreso o del Ejecutivo Nacional que viole los derechos garantizados a los estados en esta Constitución o ataque su independencia, deberá ser declarado nulo por la Alta Corte ...". En esta Constitución, se refieren sin la menor duda, a actos del Congreso o actos del Ejecutivo Nacional, en los cuales incluimos irremediablemente, a los actos administrativos. Más tarde, la Constitución de 1874 repite exactamente lo mismo que sobre la materia que nos ocupa había previsto la constituyente de 1864.*

Esta tradición de incluir los recursos de anulación contra los actos del Poder Público en disposiciones complementarias y no, en las atribuciones del máximo Tribunal, se mantiene hasta la Constitución de 1893 donde en la Sección II del artículo VII que se refiere a la Alta Corte Federal en su artículo 110 ordinal 9, señaló: "Declarar la nulidad de todos los actos a que se refieren los artículos 118 y 119 de esta Constitución ...", los cuales se refieren a que toda autoridad es ineficaz y sus actos son nulos.

A comienzos del siglo XX y en los linderos del gobierno de Castro, en la Constitución de 1901, esta posición de incluir el Recurso de Anulación en las atribuciones de la Corte Federal, se mantiene en su artículo 10. Igualmente ocurre en la Constitución de 1904, en la cual se diferencian claramente los recursos de anulación contra actos legislativos (ordinal 10 del artículo 95) de los recursos contra actos del Poder Ejecutivo (ordinal 13 del citado artículo). De igual modo continúan las mismas disposiciones, en cuanto al recurso de anulación contra actos legislativos y recursos de anulación contra actos administrativos, en las Constituciones de 1909, 1914 y 1922, con la particularidad de que en la Constitución de 1925, dentro de las atribuciones de la Corte Federal y de Casación, se hace referencia a los Reglamentos Ejecutivos y Decretos, que cuando al ejecutar las leyes, alteren el espíritu, razón y propósito de las mismas deberán entonces, según el ordinal 12 del artículo 120, ser anulados por la Corte Federal y de Casación.

En la Constitución de 1931, ya a finales del gobierno del dictador Juan Vicente Gómez, se enuncia por primera vez en las Constituciones venezolanas la palabra "acto administrativo". En efecto, en el párrafo segundo del ordinal 12 del artículo 120, se dice: "La acción de declaración de nulidad de un **acto administrativo** por ilegalidad o abuso de poder caduca a los trece meses, contados desde la fecha de la publicación de dicho acto. La ilegalidad, como excepción, puede oponerse siempre..." (subrayado nuestro). Este párrafo es muy interesante, ya que nos permite visualizar las fuentes del procedimiento contencioso administrativo cuando, además de señalar la existencia de actos administrativos que no son simples actos del Ejecutivo, indica un lapso de caducidad de trece meses para que los administrados afectados por actos administrativos ilegales de la Administración intentasen las acciones correspondientes, y al consagrar la perpetuidad de la excepción de la ilegalidad.

Esta situación se mantiene en las Constituciones de 1936 y 1945 hasta la Constitución de 1947, la cual marca un nuevo punto de partida en la evolución constitucional, al determinar, por primera vez en Venezuela, el Recurso de Hábeas Corpus, como encontramos en su artículo 32, el cual, en sus disposiciones transitorias, le concede competencia para conocer a los Tribunales de Primera Instancia en lo Penal. Es decir, el Tribunal Penal conoce de un acto administrativo dictado por la Policía Administrativa, el cual, si es ilegal puede ser anulado por el Juez, ya que no cumplió con las formalidades legales.

En otro aspecto, ninguna Constitución venezolana hace referencia a actos administrativos generales o particulares, salvo la actual, que pudieran tener procedimientos distintos. El problema es, que en muchas constituciones, se hacía referencia a los recursos de anulación, sin que hubiera un texto de carácter legal que regulara la norma constitucional. Si los habían, eran textos legales y reglamentarios en forma dispersa, sin ninguna coherencia orgánica. Esta es la razón fundamental, de que en Venezuela haya sido difícil hablar concretamente, de la existencia de un sistema contencioso administrativo, idea que no resulta fácil compartir, ya que al menos, las bases constitucionales están dadas y prescritas en las distintas constituciones, como señalamos anteriormente.

Por último, la Constitución actual de 1961 resume en un solo artículo, la existencia del sistema contencioso administrativo, dando en su propio texto del artículo 206 tres enunciados categóricos. En primer lugar, al establecer que, la jurisdicción contencioso administrativa le corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los demás Tribunales que la Ley determina. En segundo lugar, al dictar que los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder, consagrando el Recurso de Anulación y en tercer lugar, el Recurso de Plena Jurisdicción al otorgarle a los órganos y tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa la competencia para condenar, reparar y hasta restablecer el daño causado por la actuación de la Administración a los particulares. Recurso cuya evolución constitucional, intentaremos indagar en el próximo punto.

#### **4. - EVOLUCION CONSTITUCIONAL DEL RECURSO DE PLENA JURISDICCION.**

El primer indicio de manifestación del recurso de plena jurisdicción en el Derecho venezolano, lo encontramos en el artículo 147 ordinal 5 de la Constitución de 1830. En efecto, dicho ordinal señala que la Suprema Corte de Justicia, conoce de las controversias que resultaren de los contratos y negociaciones que celebre el Poder Ejecutivo por sí o por medio de agentes. La mención "contrato" debe referirse, sin duda alguna, a convenios bilaterales, donde el Estado es parte integrante. Así, con esta Constitución, nace la posibilidad de que el máximo Tribunal fuera competente para dirimir el conflicto planteado entre un Estado y un particular. Esto se mantiene en la casi totalidad de las Constituciones venezolanas, salvo la de 1811 y 1857. Esta última, omite, totalmente, el recurso estudiado en este punto. Sin embargo, de un estudio general de nuestras constituciones, se ven modalidades distintas y en diferentes etapas, que tienen gran influencia del esquema político y social de la época. En un principio, es decir, desde la Constitución de 1830 hasta la de 1858, solamente hacen referencia en su ordinal 5, a "... conocer de las controversias que resultaren de los contratos o negociaciones que celebre el Poder Ejecutivo por sí o por medio de agentes" (art. 113 ord. 5 - 1858 C.N.). Más tarde, en la Constitu-

ción de 1864, en el ordinal 6 del artículo 89, se agrega un nuevo ordinal, donde se nos muestra, que la Corte Suprema conoce de los juicios civiles, en los cuales la Nación es parte, modalidad hasta ahora, ignorada por las anteriores Constituciones. Esta forma de presentar el recurso de plena jurisdicción en Venezuela, se mantiene igual hasta la Constitución de 1904. Luego, el Estatuto Constitucional y provisional de 1914, se agrega por el constituyente, el ordinal 5, el cual dice que la Corte Federal y de Casación tiene atribuciones para "... conocer de las reclamaciones que se intenten contra la Nación ...". "Reclamaciones" que, a nuestro juicio, constituyen las actividades ilegítimas del actuar de la Administración, o mejor dicho, reclamación contra la irresponsabilidad por hechos de la Administración. Esta forma de presentar el recurso de plena jurisdicción se repite, exactamente, de la misma manera, en la Constitución de 1922, hasta que se introduce por primera vez, una reclamación de este recurso en la Constitución de 1925, cuando le atribuye a la Corte Federal y de Casación la competencia para conocer en juicio de todas las cuestiones sobre nulidad, caducidad, resolución, alcance, interpretación, cumplimiento o cualquiera otras que se susciten entre la Nación y los contribuyentes o concesionarios a consecuencia de los contratos celebrados por el Ejecutivo Federal; así como también, de las controversias que resultaren por su negativa a expedir títulos de concesiones ..." (artículo 120 ord. 13 C.N. de 1925); esta redacción extensa, se mantiene hasta la Constitución de 1931 y 1936 donde se señala expresamente que, la Corte conoce en juicio contencioso, de las acciones que se propongan contra la Nación por daños y perjuicios, y de las demás acciones que por sumas de dinero se intentan contra ella (ord. 14 de la Constitución de 1936).

Observamos, en una forma general, que el recurso de plena jurisdicción en Venezuela tiene nacimiento progresivo. Si nos atenemos a las redacciones constitucionales pareciera que, desde su inicio, se instituye una reclamación contra la Nación (primera etapa); luego, se va perfilando el espacio de esas reclamaciones (segunda etapa); hasta que por último configuran un recurso de plena jurisdicción consagrada en su totalidad para condenar, reparar y restablecer la actuación por hechos de la Administración Pública. Normativa que engloba el segundo aparte del artículo 206 de la Constitución de 1961 y que, a nuestro parecer, constituye la tercera etapa del recurso en cuestión. Por



otra parte, este último artículo de la Constitución actual resume los recursos estudiados en un solo enunciado; de esta manera, este artículo pone fin a la dispersión precedente de disposiciones, tanto para el recurso de anulación como para el recurso de plena jurisdicción. Igualmente, con referencia al de plena jurisdicción, le atribuye a la Corte —con la expresión "disponer lo necesario"— el poder de apreciación amplio de la Corte, en cuanto a las penas que ella pueda imponer a la Administración cuando afecta un derecho subjetivo de un administrado o particular.

#### 5. - CONCLUSION.

De una manera general, concluimos que existe una evolución constitucional en forma diferente de los principales recursos en Venezuela.

En cuanto al recurso de anulación, percibimos una intención de remarcar, en todas las Constituciones, el recurso de inconstitucionalidad; es decir, el recurso contra actos legislativos contrarios a la Constitución antes del recurso contencioso administrativo. Esto ha sido evidente. El nacimiento de recursos de anulación contra actos del Poder Público, pero actuando como actores contralores al pueblo de la unión, se podría señalar que las primeras constituciones venezolanas había, efectivamente, una concurrencia en cuanto al control contra los actos del Poder Público. Primero una competencia para el legislativo abundante, confundida con las atribuciones que hoy en día tiene un Poder Ejecutivo determinado; y por otra parte, un Poder Ejecutivo contralor de su propia actuación. Esto último, se demuestra en el propio texto de la Constitución de 1811, cuando dice: "Será uno de sus principales deberes velar sobre la exacta, fiel e inviolable ejecución de las leyes, y para esto y cualquier otra medida del resorte de su autoridad podrá delegar en los oficiales y empleados del Estado que estimare conveniente al mejor desempeño de esta obligación" (Sección 4 Deberes del Poder Ejecutivo). En este decir, no cabe duda de la influencia del sistema francés, reciente para la época, de contralor de la legalidad para la misma Administración. Luego, como bien señalamos, a partir de la Constitución de 1925 se normaliza constitucionalmente el recurso contencioso administrativo de anulación, cuya competencia para conocer le corresponde a la Corte, como el más Alto Tribunal.

En cuanto al Recurso de Plena Jurisdicción, sí es más reciente que el Recurso de Anulación. Pareciera en un principio, que la Corte se le dio la atribución de conocer los contratos de carácter administrativo. Es a partir de la Constitución de 1864, cuando se amplía la facultad a la Corte para que ésta conozca también, de los juicios de carácter civil, donde la Nación sea parte, dando a entender, con esta evolución, que la Corte es competente para conocer en cualquier situación, donde se involucre a la Nación, no importando la materia; es decir, independientemente de la naturaleza civil o administrativa. Quizás esto ocurra por la influencia del criterio orgánico que en Venezuela ha habido hasta la Constitución actual.

Después de haber visto, de un modo general, el lugar que han ocupado los recursos clásicos en las diferentes constituciones venezolanas y su evolución es conveniente examinar, en los próximos capítulos, la estructura orgánica de la Corte Suprema de Justicia, estudio que nos permitirá apreciar con más detalle, cómo se ejerce el control jurisdiccional de la actividad de la Administración.

El estudio orgánico será, entonces, el objeto de la primera parte de este trabajo. Ello incluye —fundamentalmente— la organización, el funcionamiento interno y las atribuciones extra-jurisdiccionales de la más alta Jurisdicción en Venezuela.

## **CAPITULO PRIMERO**

### **LA ORGANIZACION DE LA CORTE**

#### **CONTENIDO**

1. - Introducción
2. - El Juzgado de Sustanciación. Su carácter jurisdiccional
  - 2.1. - Creación
  - 2.2. - Función instructora del Juzgado de sustanciación
  - 2.3. - Función decisoria del Juzgado de sustanciación
3. - Los Magistrados de la Corte Suprema
  - 3.1. - Cuestión previa
  - 3.2. - La elección de los magistrados de la Corte
  - 3.3. - Condiciones de nominación
  - 3.4. - Excepciones
  - 3.5. - Los magistrados suplentes
  - 3.6. - Otros funcionarios de la Corte

## **ORGANIZACION Y FUNCIONAMIENTO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

### **CAPITULO PRIMERO**

#### **ORGANIZACION DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA<sup>1</sup>**

##### **1. - INTRODUCCION.**

La Corte Suprema de Justicia, en tanto que jurisdicción única, es representante de todos los Poderes Jurisdiccionales (así de Derecho Público como de Derecho Privado). Está compuesta de tres Salas. La Sala Político-Administrativa, la Sala de Casación Civil, Mercantil y Trabajo y la Sala de Casación Penal. Ella ejerce, entonces, sus funciones a través de estas tres Salas<sup>2</sup>.

Si se observa la estructura orgánica de la Corte Suprema de Justicia, se puede constatar tres grados de jerarquía en su vértice superior: Una Presidencia, una Primera Vice-Presidencia y una Segunda Vice-Presidencia, con jerarquía descendente desde la Presidencia a la Segunda Vice-presidencia. De estos tres peldaños o grados se desprenden dos estratos importantes, de los cuales, uno constituye el corazón de la estructura organizativa de la Corte y el otro está constituido por órgano de carácter meramente auxiliar, como son la Secretaría de la Corte y la Secretaría de la Administración General. El estrato más importante está constituido entonces, por las Salas Civil, Mercantil y Contencioso Administrativo.

Cada una de estas salas, está conformada por cinco Magistrados y su respectivo personal subalterno. Cada Sala, respectivamente, tiene una Secretaría propia con su respectivo Juzga-

1. Título I, Capítulo I, II, III, IV, L.O.C.S.J.

2. Artículo 24 L.O.C.S.J.

do de Sustanciación. Existe de la misma forma, una Defensoría ante la Corte, pero en dos Salas solamente: La Sala Penal y la Sala Político-Administrativa<sup>3</sup>.

De una manera general, la Sala Político-Administrativa parece ser la más recargada en cuanto a las funciones a cumplir. Sobre todo y dado que en ella (la Sala Político-Administrativa) es donde numerosos juicios comienzan con la simple demanda hasta culminar en una sentencia definitiva; peculiaridad que no se manifiesta con tanta preponderancia en las otras Salas. Generalmente, las Salas Civil y Penal, se limitan al conocimiento de diversos casos, pero en función de corrector de sentencias ya dictadas por otros tribunales, los cuales le son subordinados, vale decir, a los otros tribunales del orden judicial. Pareciera entonces que la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia fuera proyectada en una sola dirección hacia una de las Salas: la Político-Administrativa; en el sentido que, el numeral 42 está prácticamente dedicado a ella y no a las otras Salas que componen la Corte. Además que la Corte ejerce su función jurisdiccional a través de estas tres salas, también la ejerce a través de una Cuarta Sala: la Sala Plena. Esta última, se reúne en casos muy excepcionales indicados en la norma del artículo 216 de la Constitución Nacional. Tales son los casos cuando se enjuicia al Presidente de la República, o cuando se pretende anular un acto legislativo; cuando existe un caso de colisión de leyes vigentes, o la anulación de un acto administrativo de efectos generales<sup>4</sup>. Su creación es meramente circunstancial, cabe decir, sólo cuando se dan los casos antes mencionados.

Es de señalar de la misma manera que, la constitución en Salas no es completamente rígida. El legislador previó casos también excepcionales refiriéndose a un elemento cuantitativo, tal como; el número de casos a resolver. Cuando los casos a decidir sean más de cien, la Corte en Pleno podrá autorizar la creación de una nueva Sala.

Igualmente, en la Corte existen unos órganos llamados Juzgados de Sustanciación. Cada Juzgado de Sustanciación está compuesto por tres funcionarios muy importantes y cada uno de

3. Artículos 52 y 53 L.O.C.S.J.

4. Precisemos que los ordinales 3, 4 y 6 del artículo 215 se refieren a las Leyes Nacionales (Ord. 3), a las Leyes de los Estados Federales y los actos de las autoridades locales (Ord. 4), así como a los reglamentos del Ejecutivo Nacional (Ord. 6).

ellos tiene sus respectivas funciones. Un Presidente, un Secretario y un Alguacil pudiendo constituirse con otros funcionarios, siempre y cuando así lo acuerde la respectiva Sala<sup>5</sup>.

Constituye el Juzgado de Sustanciación el lugar donde se discute lo esencial del caso jurídico sometido a la consideración de la Corte. A este Juzgado le corresponde, la admisibilidad o no del recurso intentado.

## 2. - EL JUZGADO DE SUSTANCIACION. SU CARACTER JURISDICCIONAL

El Juzgado de Sustanciación es, quizás, el más importante instrumento que tiene la Corte Suprema de Justicia. Posee a la luz de la Ley Orgánica de la Corte, una función instructora y una función decisoria. Su función principal, entre muchas que cumple, es la de admitir o no un recurso interpuesto ante la Corte. En realidad, y desgraciadamente, en Venezuela no existe un estudio que nos indique de una manera real y concreta, los orígenes del Juzgado de Sustanciación en Venezuela; pero, a falta de una información detallada al respecto, nos remitiremos a la existencia de estos Juzgados, en la antigua configuración de la Real Audiencia de Caracas, de origen colonial, donde existían los ancianos Juzgados de Instrucción en los cuales, se instruían los expedientes. La Real Audiencia de Caracas, a nuestro modo de ver, constituye una institución importante, a los fines de investigar sobre el origen y la existencia de nuestra Corte Suprema desde el punto de vista histórico.<sup>6</sup>

El Juzgado de Sustanciación es una Jurisdicción, en el sentido de que, al decidir un caso, está resolviendo una controversia. Resulta difícil saber cuándo un órgano determinado ejerce o no una función administrativa o jurisdiccional. La noción de acto jurisdiccional, en Derecho Administrativo, no solamente tiene un interés para determinar la extendida de los poderes de un Juez, sino que sirve también, para constatar si se está en presencia o no de una jurisdicción administrativa. Las confusiones se pre-

5. Artículo 27 L.O.C.S.J.

6. Ver Tomás Polanco Alcántara. La Real Audiencia de Caracas como Antecedentes de la Corte Suprema de Justicia. Academia de la Historia. Caracas 1975.



sentan en el momento en que ocurre un silencio del Legislador, es decir, cuando al momento de la creación del órgano, el Legislador omite o no enuncia su naturaleza decisoria.

Si se analiza la doctrina, observamos diferencias de criterios. En efecto, hay autores que se basan en criterios puramente orgánico y formal para definir la actuación del órgano. Según sea el órgano administrativo o jurisdiccional, así será la decisión. El autor más representativo de esta teoría la representa Carre de Maiberg, quien al contrario de otros considera que el elemento fundamental, que nos indica la naturaleza jurídica del acto, vendría a ser la consideración al objeto del acto por contraposición al elemento formal y orgánico, el objeto mismo del acto. Idea respaldada por el gran administrativista Gastón Jéze. Hoy en día, los autores están de acuerdo, para admitir la tesis del contradictorio, y así dar una respuesta al problema. Se señala entonces que, a falta de indicación por la Ley, la noción de contradictorio, la que debe guiar al Juez; es decir, éste debe fundamentarse en el criterio material, y accesoriamente a título de contra prueba, en el criterio formal y orgánico<sup>7</sup>.

Pues bien, en el caso del Juzgado de Sustanciación venezolano, no hay duda, de que es un órgano típicamente jurisdiccional y que su decisión también lo es. Así el Juzgado de Sustanciación admite o rechaza una pretensión, en el fondo, un contradictorio. Igualmente, lo define la Ley como Juzgado. He aquí, el carácter jurisdiccional del Juzgado de Sustanciación en la Corte.

## 2.1. - CREACION.

El Juzgado de Sustanciación es obra de la propia Corte, ya que dentro de sus atribuciones está la de decidir la existencia de Juzgados de Sustanciación, y al mismo tiempo, la de atribuirles las competencias que fueren necesarias<sup>8</sup>. Constituido el mismo por un Juez, un Secretario y un Alguacil. Lo cual le corresponderá, en todo caso, a la Corte en Pleno.

7. J.M. Auby et Drago. *Traité de Contentieux Administratif* 2<sup>ème</sup>. Ed. Tomo primero. París. Págs. 238 y 239.



## 2.2. - FUNCION INSTRUCTORA DEL JUZGADO DE SUSTANCIACION.

La función principal de este Juzgado, es la de admitir o no las demandas, tanto en los juicios de nulidad, como en los juicios donde la Nación es parte demandada. Se deduce esta apreciación cuando la Ley dice en su artículo 105 "El Juzgado de Sustanciación decidirá acerca de la admisión de la demanda..." que está incluido dentro del Capítulo II de la Sección Primera que se refiere a las demandas en que sea parte la República. Igualmente, en el artículo 124 se señala que el Juzgado de Sustanciación interviene, por así decirlo, en todo el ámbito de posibilidades que el Ordenamiento Jurídico confiere a los particulares o administrados para oponerse a las decisiones de los poderes públicos, cuando sus intereses y derechos les son lesionados. De otra parte, el Juzgado de Sustanciación remite los expedientes, revisa sus actuaciones, y además notifica a las entidades demandadas a los fines de que se den o no por citadas o notificados en los diferentes juicios. De estas múltiples funciones, se hace indicativo, que al Juzgado de Sustanciación le corresponde la realización de variados actos procedimentales, absorbiendo y adquiriendo, en gran parte, a la Sala Político-Administrativa.

## 2.3. - FUNCION DECISORIA DEL JUZGADO DE SUSTANCIACION

Como vemos al Juzgado de Sustanciación, además de instruir las causas, tiene también la atribución de decidir sobre determinado pedimento. Esta circunstancia lo particulariza y lo caracteriza, originando en él una facultad dual. Situación que la Ley no ha sabido aclarar; en efecto, la Ley cuando se refiere al Juzgado de Sustanciación, lo hace en forma dispersa y en varios capítulos. Tal es el caso cuando se confunden la actuación del Juzgado de Sustanciación con el de la Sala en sí misma. Pareciera que hubieran dos instancias. Una, el Juzgado de Sustanciación y la otra, la Sala correspondiente. Situación que, a nuestro modo de ver, la Ley confunde. Pensamos que en el interior de la Corte, ella misma en forma individual, existe una suerte de dos instancias, como de dos peldaños. El peldaño inferior, que decide la aceptación de una reclamación o de su rechazo y un pel-

8. Artículo 44 Ord. 9. L.O.C.S.J.

daño superior, que estatuye sobre el fondo en caso de admisión de la demanda, o bien, estatuye sobre su admisibilidad en caso de rechazo por el peldaño inferior. Además de esta consideración, la Ley repite innecesariamente, dos artículos exactamente iguales, los artículos 28 y 30, sucesivamente. Si el artículo 28 señala que cada Sala conocerá de las apelaciones y recursos que se intenten de acuerdo con la Ley de las decisiones del Juzgado de Sustanciación. ¿Por qué la Ley en el artículo 30 señala lo mismo<sup>9</sup>. Igualmente, la Ley habla de Juzgado de Sustanciación, y en otras oportunidades, de Juez de Sustanciación; deducimos que por ejemplo, cuando la Ley indica al Juez de Sustanciación, y no Juzgado de Sustanciación se refiere al hecho concreto de la actuación del Juez *in abstracto* y no como Juzgado. Situación que la Jurisprudencia deberá aclarar.

### 3. - LOS MAGISTRADOS DE LA CORTE SUPREMA.

#### 3.1. - CUESTION PREVIA.

Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia son los máximos representantes del Poder Judicial los cuales ejercen una función muy específica, como la de dictaminar sobre los litigios que son sometidos a su consideración. De este hecho, inferimos que son autoridades a quienes se les ha otorgado un poder de jurisdicción. Veamos entonces cómo son elegidos en Venezuela dichos Magistrados, cuáles son las condiciones para su elección, sus incompatibilidades, las suplencias; y también cuáles son los otros funcionarios judiciales que forman parte de la Corte Suprema de Justicia.

#### 3.2. - LA ELECCION DE LOS MAGISTRADOS DE LA CORTE.

En Venezuela la elección de los Magistrados de la Corte, se realiza, algunas veces, por el Poder Ejecutivo y otra por el Congreso Nacional.

9. Artículo 30 L.O.C.S.J. "De las apelaciones y recursos contra las decisiones del Juzgado de Sustanciación constituido de acuerdo a lo previsto en el artículo 27 de esta Ley, conocerá la Sala Político-Administrativa, la Corte en Pleno o las otras Salas, según el caso".

En efecto, dicha elección aparece en la propia Constitución de 1811, con el nombre de "Ministros de la Corte Suprema de Justicia". Estos son designados por el Poder Ejecutivo; sin embargo, el número de ministros lo decide el Congreso. A nuestro entender, ha existido una colaboración entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo desde las primeras Constituciones del país<sup>10</sup>. Pero esta colaboración, a veces, ha sido alternativa, en el sentido de que es el Legislativo quien en varias oportunidades le correspondió proponer a los Magistrados y al Ejecutivo aprobar esta proposición. Como es el caso de la Constitución de 1857 la cual en su artículo 81 señala que los miembros de la Corte Suprema de Justicia serán propuestos en terna al Poder Ejecutivo por el Congreso Nacional en cámaras reunidas<sup>11</sup>. Inclusive, ya en la Constitución de 1858, le corresponde a las legislaturas provisionales la elección de los ministros de la Corte Suprema, sin participación del Ejecutivo<sup>12</sup>.

Igualmente, la designación está a cargo del Congreso de Diputados Plenipotenciarios de los Estados Unidos de Venezuela<sup>13</sup>, como lo señala años después la Constitución de 1914. Hasta 1936 la elección le corresponde al Poder Legislativo, siempre, a los 30 días de haberse instalado el Congreso, a excepción de las Constituciones de 1929, 1931 y 1936 donde el lapso es sólo de 15 días. Pero resulta interesante destacar que la elección en Venezuela, siempre ha sido alternada entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo con una preponderancia de este último.

La elección de los magistrados, en la actualidad, la realiza definitivamente el Poder Legislativo; así lo establece la Constitución actual de 1961 en su artículo 214<sup>14</sup>. Esta elección es por un período de 9 años, pudiéndose renovar por terceras partes cada tres años. Dada la importancia de la designación de los magistrados en Venezuela, el legislador de la Constitución de 1961, quiso que la elección por parte del Legislativo, fuese en sesión conjunta, por la Cámara del Senado y por la Cámara de Diputados. Esta norma constitucional fue ampliada posteriormente por

10. Sección 1, Capítulo 4 de la Constitución de 1811.

11. Artículo 81 de la Constitución de 1857.

12. Artículo 110 de la Constitución de 1858.

13. Artículo 47 de la Constitución de 1914 (estatuto provisional).

14. Artículo 214 C.C. 1961. "Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia serán elegidos por las Cámaras en sesión conjunta...".

el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. A nuestro entender, la Ley Orgánica lo que hace es, simplemente repetir lo ya enunciado en la norma constitucional<sup>15</sup>.

Parece sana la idea de que es al Poder Legislativo a quien le incumbe la tarea de designar los máximos representantes del Poder Judicial. Es posible que así sea en todas partes, este modo de operar en base a un Ordenamiento Jurídico de Estado de Derecho y donde la elección, por los representantes del pueblo, parece ser la garantía más inmediata que pueda garantizar los fines de la democracia auténtica. Ahora bien, cada país debe adoptar su Ordenamiento Jurídico a su propia realidad, tomando en consideración sus aspectos político e histórico. Sin embargo, para una futura reforma al texto que ordena la designación de los Magistrados de la Corte, deberá tomarse en consideración, que en la práctica, la designación de los miembros del Alto Tribunal por el cuerpo legislativo quebranta, en cierta forma, el principio de separación de poderes; debido a que, la más alta instancia jurisdiccional de la Nación, se encuentra así sobre la cúpula de una asamblea partidista, cuyas propias leyes podrían ser controladas por este órgano. Este estatuto no garantiza, enteramente, la neutralidad de los magistrados que algunas veces están sometidos a los vaivenes y cambios de la mayoría política representada; así como a las presiones influyentes que vienen de los partidos políticos y otros grupos de presión. Además, esta situación se agrava por el hecho de que la inamovilidad no está contemplada a nivel de los magistrados de la Corte Superior. Los magistrados de la Corte, aparte de su designación por el órgano legislativo fundamental, tiene que reunir una serie de requisitos, sin cuya existencia sería imposible su nominación.

### 3.3. - CONDICIONES DE NOMINACION.

La Constitución actual, en su artículo 213, formula ciertas condiciones fundamentales para la designación de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. De acuerdo a lo pautado en dicha norma es necesario ser mayor de 30 años, venezolano de nacimiento y ser titular de un diploma de abogado. Igualmente, en la reforma N° 1 de la Constitución de 1961 se agrega que, los

15. Artículo 4 L.O.C.S.J.

magistrados no podrán ser elegidos si han sido condenados "... mediante sentencia definitiva dictada por un tribunal ordinario a pena de presidio o prisión por más de tres años, por delitos cometidos en el desempeño de sus funciones o con ocasión de éstos ...". Es decir, a los requisitos para ser magistrado de la Corte se le agregó la reforma N° 1 antes señalada. Estas condiciones se complementan con el artículo 5 de L.O.C.S.J., tales como: ser persona de reconocida honorabilidad y competencia, estar en pleno goce de sus derechos y facultades, haber actuado en la Judicatura, ejercido la profesión de abogado y prestado sus servicios en la docencia o en instituciones públicas o privadas en materia jurídica por más de 10 años. Muchas Constituciones venezolanas señalaban como requisito para ser magistrado el de gozar de los derechos de ciudadano activo y ser abogado no suspenso<sup>16</sup>. La edad de 30 años para ser magistrado, sólo se alteró en la Constitución de 1830 hasta 1874, cuando se necesitaba tener 40 años de edad, como condición para su designación<sup>17</sup>.

En Venezuela, es necesario destacar —que al igual que en otros países— existe un instituto dedicado a la formación de jueces o funcionarios judiciales de todo el país. Sólo son exceptuados de la obligación de ser formados antes del ejercicio de sus funciones, los magistrados de la Corte Superior y aquéllos de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, designados los primeros, como antes dijimos, por el Congreso y los segundos por los miembros de la misma Corte.

#### 3.4. - EXCEPCIONES.

Otra condición importante para elegir a los magistrados, además de las anteriores, es la de no ejercer actividades paralelas, tanto dentro del sector público como del sector privado. Un magistrado de la Corte, suponemos, realiza sus actividades a tiempo completo. Por esta razón, el legislador —dentro de la articulación prevista en la Ley Orgánica de la Corte— señala una serie de actividades donde la función de magistrado es incompatible con determinadas tareas. Sin embargo, los máximos

16. Artículo 2 de la Constitución de 1819.

17. Artículo 145 ordinal 2 de C.N. 1830, artículo 85 ordinal 2 de C.N. 1874.



representantes del Poder Judicial pueden formar parte de comisiones de codificación, de redacción y de ciertas leyes especiales. Es más, la Ley Orgánica que rige el funcionamiento de la Corte, enuncia —dentro de sus atribuciones— recomendaciones a los otros poderes; como por ejemplo reformas en la legislación sobre materias en que no tenga iniciativas; articulación en donde se muestra cómo la Corte debe analizar e iniciar proyectos de la Ley relativas a su propia organización y funcionamiento. Pareciera, que la inherencia del Poder Judicial, a través de la Corte, solidifica aquella idea por medio de la cual, el Poder Judicial en plena cúspide necesita la intervención de la Corte para lograr los fines del Estado. Actuación prevista en la Ley, lo cual se experimenta en otros países como Francia.

El Consejo de Estado de Francia por ejemplo, es un corrector obligatorio de ciertas leyes propuestas por el Ejecutivo francés. Los Magistrados además de esta tarea de "colaborar" con el Legislativo en proyectos de leyes, pueden realizar actividades docentes y de investigación en centros de educación<sup>18</sup>. Existe una tradición en Venezuela: los magistrados en su mayoría son profesores universitarios. Esto ha hecho que, en muchos casos, las decisiones jurisprudenciales sean verdaderas exposiciones didácticas. En otro nivel, existen limitaciones en cuanto a nexos de carácter familiar entre magistrados<sup>19</sup>. Dentro del caso y por razones particulares y familiares, el magistrado deberá renunciar a su cargo.

Señalamos para concluir, que el magistrado de la Corte Suprema de Justicia es un funcionario público con cierta autonomía, distinta a otros funcionarios del Estado, cuyo estatuto le permite gozar de privilegios (jubilación, vacaciones, permisos), a condición de haber ejercido sus funciones, al menos por un tiempo de nueve años ininterrumpidos<sup>20</sup>. Otra consecuencia de esta autonomía estatutaria, es el hecho de que sus remuneraciones y otros atributos administrativos, provienen de disposiciones combinadas de la Ley Orgánica de la Corte y de la Ley del Poder Judicial<sup>21</sup>. Estas dos leyes orgánicas definen y precisan, igualmente, el estatuto de los magistrados suplentes.

18. Artículo 7 L.O.C.S.J.

19. Artículo 6 L.O.C.S.J.

20. Artículo 14 L.O.C.S.J.

21. Ley del Poder Judicial del 4 de octubre de 1974.

### 3.5. - LOS MAGISTRADOS SUPLENTE.

Los magistrados suplentes, pueden ejercer dos funciones inherentes. Una, la de asistir al Principal; otra, la de sustituirle en caso de impedimento físico o de cualquier otra naturaleza, bien sea absoluta, temporal o accidental<sup>22</sup>. Por esta razón, el legislador le dio importancia al magistrado suplente en el sentido de exigirle, para su nombramiento, las mismas condiciones que a un magistrado principal. Así, cada magistrado principal tiene su respectivo suplente. Si cada Sala posee cinco magistrados principales, en consecuencia tendrá cinco magistrados suplentes. No obstante, la Corte puede formar listas *ad-hoc* de conjueces, cuando se excusen todos los que figuren en una lista que al efecto, sea elaborada por el Congreso y la Corte<sup>23</sup>.

### 3.6. - OTRAS FUNCIONES DE LA CORTE.

La Corte, como es normal, posee un cuerpo de funcionarios comparable a la de cualquier otro tribunal; a su vez posee una Secretaría principal llamada comúnmente Secretaría de la Corte; cada Sala tiene su respectivo Secretario y Alguacil. A los Secretarios, muy especialmente, se les exige ser abogados y ser mayores de 25 años (24), modalidad por cierto, que no ocurre en los otros tribunales del país. Esta exigencia se debe a la natural importancia que deben revestir todos los funcionarios del tribunal más importante del país. Secretarios y otros funcionarios deben ser elegidos por su respectivo reglamento interno.

Por otra parte, la actual Ley Orgánica de la Corte, introdujo en sus artículos 52 y 53 dos funcionarios especiales. Uno llamado el Defensor ante la Sala Penal y el otro, el Defensor ante la Sala Político-Administrativa. En general, sus funciones son de carácter *ad-litem* en el sentido de suplir a la persona demandada que no haya asistido al juicio. Y pueden tener las atribuciones propias de un fiscal; en efecto, tanto el Defensor ante la Sala Penal, como el Defensor ante la Sala Político-Administrativa, participan vigilando que en los juicios criminales se observen las normas esenciales del procedimiento, y el Defensor Político-Ad-

22. Artículo 16 L.O.C.S.J.

23. Artículo 20 L.O.C.S.J.

24. Artículo 32 L.O.C.S.J.



ministrativo defiende la ausencia del expropiado; así entendemos, cuando bien lo dice la Ley "... ejercer la representación de ausentes y de no comparecientes en los juicios de expropiación o en aquellas que requirieren la designación de defensor **ad litem** de los respectivos derechos".

La originalidad de la Ley Orgánica de la Corte consiste en que estos funcionarios no solamente tienen la misión de asegurar la defensa de personas indigentes, sino también, la de asegurar la defensa de personas que nunca designaron defensor en sus respectivos juicios.

La Corte no solamente tiene una estructura de organización compleja y delimitada, como acabamos de ver, ella funciona de manera peculiar, actuación que nos permite visualizar y observar, el porqué y el cómo un órgano esencial del Estado, ha permitido y contribuido, por decir así, a la consolidación de un sistema democrático donde ha sido contralor de lo legal en su más alta expresión, cuando el Poder Público no cumple con sus objetivos programados. Hemos descrito así, la estructura y la composición interna de la Corte. Una apertura de esta naturaleza, nos permitiría mejor observar su funcionamiento.

... en el momento de la promulgación de la Ley Orgánica de la Corte, el Poder Judicial estaba conformado por el Tribunal Supremo de Justicia, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y el Tribunal de lo Contencioso Civil. La Ley Orgánica de la Corte introdujo cambios significativos en la estructura del Poder Judicial, creando la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Estos cambios fueron necesarios para fortalecer el control de legalidad y garantizar el debido proceso en los juicios de expropiación y otros asuntos de alta importancia jurídica. La Ley Orgánica de la Corte también estableció el sistema de defensores públicos, que tiene como función principal asegurar la defensa de las personas que no tienen recursos económicos para contratar un abogado. Este sistema es fundamental para garantizar el acceso a la justicia y el respeto a los derechos fundamentales de todos los ciudadanos.

32 Artículo 12 LOC 81  
33 Artículo 27 LOC 81  
34 Artículo 32 LOC 81

**CAPITULO SEGUNDO**  
**EL FUNCIONAMIENTO DE LA CORTE**  
**CONTENIDO**

- 1.—Introducción.
- 2.—Atribuciones extrajudiciales de la Corte.
  - 2.1.—Atribuciones de juramentación.
    - 2.1.1.—El Presidente de la República.
    - 2.1.2.—A los Jueces.
    - 2.1.3.—Otros funcionarios.
  - 2.2.—Atribuciones disciplinarias y de control.
- 3.—Las atribuciones estrictamente administrativas.
  - 3.1.—Función del Consejo.
  - 3.2.—Función administrativa (**stricto sensu**).
- 4.—El ejercicio de las atribuciones jurisdiccionales.
  - 4.1.—La sentencia de la Corte.
    - 4.1.1.—Condiciones de validez de la sentencia.
      - 4.1.1.1.—Su adopción.
    - 4.1.2.—Rol de Ponente.

## CAPITULO SEGUNDO

### FUNCIONAMIENTO Y ATRIBUCIONES DE LA CORTE

#### 1. INTRODUCCION.

Realmente el funcionamiento y las atribuciones de nuestro máximo Tribunal, están descritas en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Al analizar el articulado que la preceptúa observamos que su función principal es la defensa del estado de Derecho. De ahí que su función esencial, sea justamente controlar la constitucionalidad y legalidad de los actos del Poder Público. Esta función típica y fundamental, dentro del contexto del Estado moderno, la Corte ejerce la función ordenada a través de decisiones llamadas comúnmente **actos jurisdiccionales** o sentencias. En este sentido, el capítulo presente estará dedicado a saber y comprender cómo se elaboran y se adoptan dichas decisiones.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia no solamente tiene la función de dictar sentencias a los fines de resolver controversias entre partes en un proceso. En efecto, la Corte tiene una función primaria como es la función jurisdiccional. No obstante, posee del mismo modo una competencia limitada y de carácter accesoria como es la función no estrictamente jurisdiccional, la cual denominaremos: **Atribución extrajurisdiccional** de la Corte. Esta dualidad de la Corte le confiere al sistema judicial venezolano, una cierta característica que lo particulariza y lo sitúa en una posición distinta en relación a los otros Poderes del Estado. Particularidad, que permite diferenciar a la Corte de otros órganos judiciales importantes, como por ejemplo, el Consejo de Estado Francés.

La importancia de esa actividad no jurisdiccional, por supuesto, no es nunca comparable a la del máximo órgano administrativo francés. La Corte Suprema de Justicia, no se ocupa ni

tiene atribuciones de orientar, ni de encuadrar la actividad de la Administración, como es el caso del Consejo de Estado Francés<sup>25</sup>. Al contrario, su principal función es la de censurar la actividad del Poder Público, cuando sea sometido a su consideración un acto inconstitucional o ilegal. Esta actividad no jurisdiccional, la encontramos en los textos normativos, dividida en tres atribuciones de la Corte. En primer lugar, atribuciones extrajurisdiccionales, como serían las de juramentación; en segundo lugar, las atribuciones disciplinarias, de control y las estrictamente administrativas. En tercer lugar, nos detendremos en el ejercicio de las atribuciones jurisdiccionales explicando su expresión en la sentencia o auto y el ponente como principal proyectista del acto judisiccional.

## 2. ATRIBUCIONES EXTRAJUDICIALES DE LA CORTE.

La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en su Título II, Capítulo II, enumera una serie de responsabilidades confiadas a la Corte que no entran dentro del campo o competencia estrictamente jurisdiccional. Estas atribuciones son mínimas, no obstante, el solo hecho de su existencia, le asigna al trabajo de la Corte un aspecto complejo y variado. La Corte Suprema tiene, según lo enunciado, el poder de tomar actos de carácter disciplinario y administrativo. Se tratará, en consecuencia de determinar las diferentes atribuciones no judisiccionales en sus aspectos expresados. Atribuciones de juramentación, atribuciones de carácter disciplinario y atribuciones estrictamente administrativas.

### 2.1. ATRIBUCIONES DE JURAMENTACION.

Las funciones de juramentación las ejerce la Corte, en forma subsidiaria, en el sentido de que a falta del órgano competente para juramentar le corresponde, en su caso, a la Corte Suprema de Justicia. Esto ocurre en dos modalidades distintas. El primer orden de juramentación del Presidente de la Repúbli-

25. El artículo 38 de la Constitución actual francesa, señala que las ordenanzas (decretos del gobierno) son dictadas en Consejo de Ministros, después de la consulta del Consejo de Estado. Igualmente los proyectos de Ley deliberados en Consejo de Ministros deben tener el "visto bueno" del Consejo de Estado.

ca y ocupación temporal del cargo de Presidente de la República. En segundo orden, le corresponde juramentar igualmente a Magistrados o Jueces de otras jurisdicciones y por último a los funcionarios judiciales de la misma Corte Suprema de Justicia.

### 2.1.1. EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

Una vez elegido el Presidente de la República por votación universal, directa y secreta, debe tomar juramento de su cargo ante las Cámaras Legislativas en sesión conjunta, dentro de los diez primeros días de aquél en que debe instalarse en sus sesiones ordinarias del año en que comience el período constitucional<sup>26</sup>. Es decir, el Jefe de Estado debe juramentarse, en principio, delante del Poder Legislativo. Sin embargo, si por una razón determinadas las Cámaras no pueden reunirse para juramentar al Presidente, la Corte suple en su defecto el rol del Congreso Nacional.<sup>27</sup>

Por otra parte, el Presidente de la Corte Suprema puede suplir las faltas temporales del Presidente de la República ya en su ejercicio, cuando este último, ni el Presidente del Congreso, ni el Presidente de la Cámara de Diputados lo pueden secundar, le corresponde entonces, al Presidente de la Corte<sup>28</sup> ejercer la función de Presidente.

Aquí el Constituyente venezolano jerarquizó en cuanto al ejercicio del Poder Político-Administrativo, el orden de suceder en caso de ausencia del Presidente de la República, y encuadró al Poder Judicial en tercer lugar en orden de jerarquía. La juramentación del Presidente de la República ante la Corte, tiene su antecedente en las Constituciones anteriores a la de 1961. Así el artículo 97 de la Constitución de 1936 señala, que si el Presidente de la República por cualquier circunstancia no podía prestar el juramento ante el Congreso, lo hacía ante la Corte Federal y de Casación, con la particularidad de que mientras el

26. Artículo 186 C.N.

27. Artículo 186 último aparte: "Si por cualquier circunstancia no pudiere prestar el juramento ante las Cámaras en sesión conjunta, lo hará ante la Corte Suprema de Justicia".

28. Aparte último del artículo 187 C.N.

Presidente electo no tomare por cualquier causa la posesión del cargo, el Presidente de la República anterior, continuaría en el ejercicio del Poder del Presidente anterior, con el nombre de Encargado del Poder Ejecutivo Federal <sup>29</sup>.

La normativa que regula actualmente la suplencia del Presidente de la República, es relativamente reciente. Normalmente, en las Constituciones anteriores, el Presidente de la República designaba en forma discrecional a uno de sus Ministros, para que lo supliera; costumbre que se continúa en la actualidad, con la designación casi siempre del Ministro de Relaciones Interiores <sup>30</sup>. La juramentación por la Corte Suprema de Justicia, se presenta dentro del contexto venezolano con un carácter eminentemente supletorio pues, ella no interviene sino estrictamente dentro del cuadro de una situación política comprometida y autorizada principalmente por la norma constitucional comentada.

#### 2.1.2. A LOS JUECES.

Los jueces en Venezuela, a excepción de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, son designados por el Consejo de la Judicatura <sup>31</sup>.

En tal sentido, los jueces de la jurisdicción ordinaria son nombrados por el Consejo de la Judicatura, y dentro de la jurisdicción contencioso administrativo a los magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, los designa la Corte Suprema de Justicia, en su Sala Político-Administrativa. Modalidad de designación, debida principalmente, al hecho de que, la Corte Primera es un órgano jurisdiccional desconcentrado de la Sala Político-Administrativa de la Corte. Pareciera, que las actividades jurisdiccionales del Alto Tribunal en su Sala Político-Administrativa fueron, hasta la creación de la Ley Orgánica de

29. Artículo 97 de la Constitución de 1936 en índice Constitucional de Venezuela. Editorial Elite-Caracas 1944.

30. Ver artículo 114 de la Constitución de 1830.  
Ver artículo 70 de la Constitución de 1893.  
Ver artículo 77 de la Constitución de 1922  
Ver artículo 97 de la Constitución de 1928.

31. El Consejo de la Judicatura es un órgano que tiene tanto atribuciones administrativas como jurisdiccionales, creado por la Ley Orgánica del Poder Judicial Art. 34.

1977, concentrados en su máxima expresión, de ahí que los proyectistas del 77 se hayan visto obligados a crear otra Sala Político-Administrativa, pero de rango inferior, como es la actual *Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, con el fin único y exclusivo de desconcentrar las actividades de la Corte en su Sala Político-Administrativa*. Quizás, sea la razón por cierta lógica, de que los magistrados de la Corte Primera, están excluidos de designación por el Consejo de la Judicatura. Es interesante observar que, en cuanto a la jurisdicción Contencioso-Administrativo en Venezuela, una parte es designada por el Consejo de la Judicatura, y por otra parte, no menos importante es designada por el Congreso Nacional. Designación indirecta de los magistrados de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema. En Venezuela a diferencia del sistema francés de designación de jueces, interviene el Poder Legislativo mismo, cuando en el Consejo de la Judicatura existen dos representantes de dicho poder. En conclusión, los magistrados de la Corte, en todas sus Salas son designados como se señaló anteriormente, por el Congreso de la República en sesión conjunta<sup>32</sup>. Luego su juramentación, debe ser ante el Congreso de la República.

### 2.1.3. OTROS FUNCIONARIOS.

Señala el artículo 44 en su ordinal 7 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia que dentro de las atribuciones de la Corte, está la de elegir los altos funcionarios de la Corte. Más adelante, en su ordinal 18, dice: "nombrar y remover el Secretario, el Alguacil y los demás funcionarios de su dependencia...". Así no hay duda del poder de designación que tiene la Corte misma, en relación a sus funcionarios. En consecuencia, la Corte Suprema tiene la carga de hacer la juramentación de otros funcionarios judiciales. Esto se encuentra determinado por las disposiciones del artículo 44. El conjunto de funcionarios presenta una importancia creciente para el buen funcionamiento de las tareas encomendadas al Alto Tribunal. Sin embargo, en razón de su estatuto de jerarquía inferior, no es necesario que la Corte se reúna en sesión plenaria para juramentar dichos funcionarios. Ellos pueden prestar su juramentación delante de su res-

32. Artículo 214 C.N.



pectiva Cámara<sup>33</sup>. Igualmente, la Corte tiene la competencia de designar a otros funcionarios, tales como: los defensores en su Sala Penal y sus respectivos suplentes<sup>34</sup>.

## 2.2. ATRIBUCIONES DISCIPLINARIAS Y DE CONTROL.

Por otra parte, la Corte tiene atribuciones de carácter disciplinario y de control. Ella ejerce controles y puede dictar sanciones. Este poder extrajurisdiccional se encuentra repartido entre sus tres funcionarios más importantes: su presidente, vicepresidente y secretario respectivamente.

En efecto, el Presidente de la Corte, debe dar cuenta de la inasistencia de aquellos funcionarios o empleados que se hubieran separado de sus cargos, sin licencia previa. Puede imponer el orden cuando crea conveniente y hasta ordenar la sanción correspondiente, haciéndolos ejecutar por él mismo o por la Corte. Esta atribución disciplinaria, es compartida por el Vicepresidente de la Corte, actuación que se deduce del artículo 47 ordinal 4 de la Ley Orgánica.

A su vez, estos altos funcionarios ejercen un poder de control no jurisdiccional, sobre otros órganos del Estado, como por ejemplo, el control ejercido sobre el Consejo de la Judicatura y los jueces en general. En efecto, el ordinal 6 del artículo 44 de la Ley, instituye "...ordenar al Consejo de la Judicatura, cuando lo crea procedente; abrir averiguación para determinar la responsabilidad en que puedan incurrir los jueces u otros funcionarios de la Administración de Justicia". De esta norma, se puede inferir, sin temor a equivocación, que la función esencial del Consejo de la Judicatura, cual es la de asegurar la independencia, eficiencia, disciplina y decoro de los tribunales, es compartida por la Corte Suprema de Justicia. Situación que mezcla dos atribuciones de control disciplinario sobre los jueces por parte de dos órganos del Estado. Quizás, el control que ejerce el Consejo de la Judicatura es un control disciplinario y de sanción de carácter Jurisdiccional. Por el contrario, la Corte ejerce un poder administrativo. Más que control, la Corte puede tener atribución de inspección por medio del Consejo de la Judicatura.

33. Artículo 45 último aparte L.O.C.S.J.

34. Artículo 44 ordinal 20 L.O.C.S.J.

El poder de control de la Corte se ejerce a este nivel sobre órganos de la administración de justicia. Ella puede, según su criterio, ordenar la sanción a un tribunal en tanto que entidad, dado su funcionamiento defectuoso o tardío. Como ocurre cuando las escrituras y documentos no son bien llevados por un tribunal. El mal funcionamiento de un tribunal puede ser señalado por un funcionario del Consejo de la Judicatura a través de un inspector o la Corte puede dirigir circulares a los tribunales para que se corrijan las faltas e irregularidades que observe en el caso de los juicios, imponiendo además, las sanciones que creyere conveniente <sup>35</sup>. Por ello, la Corte puede, por intermedio del Consejo de la Judicatura, ordenar una investigación para tomar las medidas necesarias cuando un Juez de la jurisdicción ordinaria o especial, no cumpla con su función. De esta forma, demostramos que la atribución esencial del Consejo de la Judicatura es compartida por la Corte Suprema de Justicia.

### 3. LAS ATRIBUCIONES ESTRICTAMENTE ADMINISTRATIVAS.

La Corte, como hemos visto, no solamente tiene atribuciones de sanción y de control, ella además posee una serie de facultades que le permiten situarse dentro de la esfera de su posición frente a los demás poderes; es una situación muy especial. Quizás, se solidifica aquí la idea ya comúnmente aceptada, de que cada una de las tres parcelas de poder, Legislativa, Ejecutiva y Judicial sean ejecutoras de las diversas funciones recibidas. En tal sentido que el Poder Ejecutivo no solamente tiene la atribución de ejercer la función administrativa, sino que igualmente tiene la de ejecutar la función legislativa y judicial. Asimismo, el Poder Legislativo, no obstante su facultad principal de ser creador de normas jurídicas, así también, le corresponden las funciones judiciales y administrativas. Pues bien, en lo que respecta al Poder Judicial en sí mismo, es ejecutar la función administrativa como se demuestra en esta sección que denominamos atribuciones estrictamente administrativas.

En efecto, las tareas puramente administrativas de la Corte venezolana, vienen divididas en dos grandes categorías. Unas atribuciones de consejera de ciertas reglas y proposiciones y otras de administración interna o estatutarias de la Corte.

35. Ver ordinal 5 artículo L.O.C.S.J.

### 3.1. FUNCION DEL CONSEJO.

La actual Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, fue elaborada por iniciativa de los magistrados de la misma Corte. En efecto, dicha Ley es creación del Dr. Martín Pérez Guevara, quien para la época era su Presidente. Así se deduce de la exposición de motivos y de las recomendaciones propuestas por los magistrados, al proyecto de Ley que luego se aprobó en el Congreso Nacional. Con esta iniciativa el Presidente de la Corte hace realidad los postulados normativos de la antigua Ley Orgánica de la Corte Federal y de la actual en su artículo 44 ordinal 2 que textualmente dice: "Iniciar proyectos de Ley relativos a la organización y procedimientos judiciales y designar a aquellos de sus miembros que deban representar en las sesiones en que ellas se discutan...". Entonces le corresponde a la Corte, como función importante, la de aconsejar a los otros órganos del Estado, lo referente a cualquier proyecto de Ley o Reglamento que tenga relación con la estructura interna de la Corte o de cualquier otro órgano jurisdiccional.

Esta ocupación de la Corte, que ante todo es un Tribunal, no puede ser comparada, desde luego, con la actividad de "consejo" que realiza el Consejo de Estado Francés. Este posee unas competencias jurisdiccionales que han sido desarrolladas a mitad de siglo, siendo un hecho, que sus atribuciones **ab-inicio** eran estrictamente de consejo, de ello se deriva y tiene su fuente el nombre de Consejo de Estado<sup>36</sup>. Las funciones atribuidas a la Corte para aconsejar, son facultativas y en consecuencia de característica residual. Al contrario, el Derecho francés le reserva al Consejo de Estado, una importancia capital dentro de la elaboración de las Leyes en general. La iniciativa en materia de legislación conferida a la Corte, no es reciente. De los textos constitucionales que dieran inicio a la República de Venezuela, se observa que, en cuanto a las facultades otorgadas a la Corte, estaba la de "...informar al Congreso todo lo conveniente para la mejora de la administración de Justicia..." y entre esas mejoras estaba la de proponer proyectos de Ley<sup>37</sup>. Esta norma fue olvidada por los constituyentes posteriores y por último consagrada en la actual Ley en el artículo antes citado.

36. El desarrollo de las atribuciones jurisdiccionales se manifestaron gradualmente a partir del famoso "Arret Cadot" quien marcó el inicio de situar a la Administración Pública sobre la vigilancia y control del Juez.

37. Ver artículo 147 ordinal 11 de la Constitución de 1830.

### 3.2. LA FUNCION ADMINISTRATIVA (stricto sensu).

Por último y en virtud de lo dicho, la Corte tiene atribuciones estrictamente administrativas típicas en el sentido de que está facultada por la Ley, que rige, a ejercer su función administrativa. Dada esta idea, la Corte dicta su Reglamento interno, dicta normas concernientes a los derechos y obligaciones de los empleados al servicio de la Corte..." artículo 44 ordinal 13, y textualmente dice: la Ley organiza el sistema de administración del personal.

Asimismo, dicta actos administrativos de nombramiento, tal es el caso de la designación del Secretario, Alguacil y demás funcionarios y empleados de sus dependencias respectivas. La Corte tiene facultades de dictar sanciones, por motivos de la disciplina interna. En fin el Presidente de la Corte tiene la atribución de "...velar por el mantenimiento del orden e imponer a quienes lo infrijan, las sanciones correspondientes". Como bien lo señala el Profesor Allan Brewer Carías, que "estos actos de la Corte Suprema no serían actos jurisdiccionales, sino actos administrativos de efectos generales" (y de efectos particulares), por lo que no se les aplicaría la disposición constitucional que prohíbe oír o admitir alguno contra sus decisiones, que recoge la propia Ley Orgánica<sup>38</sup>.

Es así, que la Corte Suprema de Justicia, tiene la responsabilidad en la elaboración de su propio reglamento interno. Ella dicta reglas sobre los derechos y obligaciones de personas a su servicio, a quienes, y por este hecho, no les corresponde el estatuto general de la función pública<sup>39</sup>. La Corte Suprema organiza igualmente, el sistema de personal en materia de promoción, ascenso, vacaciones, etc.

En conclusión, se indica que la Corte en virtud de las disposiciones de su Ley Orgánica acumula atribuciones muy variadas, que le confieren a su funcionamiento un carácter bastante complejo. Sin embargo, todas estas atribuciones extra-jurisdiccionales o administrativas, no tienen un carácter más que residual,

38. Ver Allan Brewer Carías. El Control de la Constitucionalidad de los actos Estatales. Colección Estudios Jurídicos N° 2. Caracas 1977. Págs. 98 y 99.

39. Como bien se sabe la Ley de Carrera Administrativa, es un estatuto que ampara a los funcionarios de la Administración Pública, excluido expresamente los jueces y magistrados de la Nación.

si se quiere, en relación a la misión fundamental de la Corte, cual es, la asegurar un control jurisdiccional sobre la actuación del Poder Público.

#### 4. EL EJERCICIO DE LAS ATRIBUCIONES JURISDICCIONALES.

Dado que la Corte Suprema de Justicia es el más alto Tribunal de la República y que contra sus decisiones, bien sea en pleno o en algunas de sus Salas no se oye, ni se admite ningún recurso, es importante ver y explicar cómo es elaborada la *sentencia jurisdiccional*, cuáles son sus efectos, y cuáles los elementos que la integran.

##### 4.1. LA SENTENCIA DE LA CORTE.

La sentencia vendría a ser, la manifestación de un órgano del Poder Judicial, dentro del ejercicio de su competencia y que tiene por objeto, declarar una sanción jurídica general o individual, o un hecho en cuya decisión está implícita el adquirir la fuerza de la verdad jurídica. Una sentencia dictada en última instancia por la Corte Suprema de Justicia es vinculante, jurídica e imperativa. La palabra sentencia procede del latín "sintiendo" que equivale a sintiendo por expresar la decisión, lo que siente u opina el Juez en su definitiva. La sentencia de la Corte, tiene dentro del ordenamiento jurídico venezolano, un valor supremo. No solamente constatado en el artículo 1º de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, sino su máxima política de ser *el más alto Tribunal, la expresión última y definitiva cuando a éste se le encomienda el mandato de controlar*, para que el Poder Público, no se aparte del propósito del estado de Derecho consagrado en el texto constitucional. El parecer propio, la sentencia de la Corte, es indiscutible por las partes que hayan intervenido en el proceso instaurado en presencia del Juez Supremo.

Es a través de estas decisiones llamadas sentencias, donde se materializa y concretiza, la voluntad del Estado, a través de la Corte Suprema de Justicia. No se entienda lo dicho, como la única expresión dada a la Corte para resolver controversias o declarar el derecho cuando le sea expuesto. De otro lado, dentro del proceso, existen otras decisiones no menos importantes, en que la Corte es titular de dictar y que constituyen asimismo



decisiones de carácter jurisdiccional. Tales son los llamados "autos" o como bien lo demuestra el Profesor Charles Debbasch al denominarlos "juicios antes de decir el derecho" para señalar sólo su equivalencia gramatical. En efecto, los autos o "juicios antes de decir el derecho" intervienen dentro del proceso, pero antes del juicio definitivo, normalmente estos autos pueden tener por objeto el ordenar medidas de carácter provisional, como por ejemplo acordar la suspensión temporal de los efectos jurídicos de un acto administrativo, siempre de efectos particulares. Los autos pueden igualmente, ordenar determinadas medidas de instrucción destinadas a permitir al Juez pronunciar un dictamen dentro de las condiciones más esclarecidas. Los autos en su fondo, son también decisiones jurisdiccionales, pero casi siempre se dictan en atención a su menor importancia en cuanto al fondo del asunto, igualmente se señala que no están sujetos a los requisitos que establece el artículo 162 del C.P.C. cuales son: decisión expresa, positiva y precisa con arreglo a las acciones deducidas y a las excepciones o defensas opuestas, etc. Siempre suele haber confusiones entre sentencias, decretos y autos, debido a que nuestra legislación carece de una clasificación precisa sobre los actos judiciales. Estos actos del Juez, son de difícil diferenciación debido, muy principalmente, a las confusiones que el propio Código de Procedimiento Civil posee en su normativa. Así los autos dictados en el Tribunal Superior, aparecen, al igual que la sentencia definitiva, inapelables. Estos autos constituyen pues, decisiones parciales, como ocurre cuando dicta una decisión resolutoria de una incidencia en juicio. El magistrado y los jueces en general, dirigen el proceso, con la ayuda de estos autos y resuelven la cuestión de fondo por medio de la sentencia.

#### 4.1.1. CONDICIONES DE VALIDEZ DE LA SENTENCIA.

Para que la sentencia sea válida, esto es, que produzca hacia el orden jurídico establecido, su consecuencia real, sana y lógica, debe reunir unas determinadas condiciones, que se materializan en cuanto a la adopción por ellas de los magistrados y al nivel de su publicación.



#### 4.1.1.1. SU ADOPCION.

Para que la decisión surta efectos, la Ley exige que un número determinado de magistrados deliberen previamente. En efecto, la ley en su artículo 54 señala que: El quórum requerido para deliberar en la Corte en pleno y en cada una de sus Salas, el de las cuatro quintas partes de los magistrados que respectivamente la formen, y agrega que, cuando por aplicación de esta regla resultare una fracción, ésta no será tomada en cuenta. Igualmente, se señala: hay un orden de votar, siendo el Presidente, el último en hacerlo, por ello, a él le corresponde el informar a los demás magistrados, el día en que se resuelve la votación. Es evidente, que como órgano colegiado, se presume ciertamente, la existencia de un voto salvado, el cual se consignará dentro de las cinco audiencias siguientes a la fecha del voto de los otros magistrados. Voto Salvado que se exige, sea debidamente razonado. Este voto opuesto a la decisión, será agregado al fallo definitivo (Art. 59 L.O.C.S.J.). Sólo un día después, se hará público el fallo acordado. Se exige la firma del voto salvado a los fines de conferirle a la decisión, la fuerza legal correspondiente. Firma deseada, ya que el legislador venezolano, para evitar maniobras abusivas, en caso de no firmar el voto salvado, previó un lapso en razón del cual, el magistrado pueda consignar su voto de protesta o de lo contrario se le aplica la regla "silencio vale aprobación". Su publicación, será entonces, finalizada a través de la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, la cual al aparecer en diario público, tendrá efectos de sentencia.

#### 4.1.1.2. ROL DE PONENTE.

Es una norma, que en todo Tribunal de carácter colegiado, se escoja a uno de los magistrados que lo componen, para ser el autor del acto jurisdiccional sometido a consideración de todos. En efecto, un ponente es un magistrado, que va a proponer una solución a todos los demás magistrados del tribunal. Así, el rol del ponente, dentro del contencioso administrativo en Venezuela, es un personaje fundamental.

Al ponente le corresponde, dentro de sus variadas obligaciones, la de informar a los otros magistrados, las cuestiones de derecho y de hecho sobre el problema sometido a su conside-

ración. Sobre esta base, él propone una sentencia que es producto de su libre valer, inteligencia, experiencia, el conocimiento sobre la materia, además de haber estudiado los medios procesales, búsqueda de texto, en que fundamentará sus informes. El ponente, logrará que su opinión prevalezca en los demás integrantes de la Corte; en fin, será un éxito, si no producen sus criterios un voto salvado<sup>40</sup>. Es de señalar, que el ponente es un magistrado designado, bien sea en la Sala simple o en Sala Plena. El es entonces, de rango igual a sus compañeros, a los cuales se someterá el proyecto por él propuesto.

La función del ponente, en el Derecho venezolano, no es equivalente a la del "Commissaire du gouvernement" francés. En el sentido de que, estos últimos son designados en puestos por los cuales, representan a la parte del gobierno. Normalmente estos personajes en el Derecho francés, se inician dentro de lo contencioso. Al contrario, los Presidentes de las Salas en el tribunal venezolano se reservan generalmente, la función de ponente para aquellos casos que interesen, ya que son ellos quienes designan a los ponentes para cada problema<sup>41</sup>.

El ponente presentará un proyecto sentencia, según dice la Ley dentro del plazo de treinta días, a contar de haberse finalizado el lapso para que las partes presenten sus informes respectivos. Asimismo, los demás magistrados disponen de quince días para pronunciarse sobre el proyecto, si el término corre sin pronunciamiento expreso, será presumido su acuerdo total al proyecto del ponente.

Después de haber visto la organización y el funcionamiento de la Corte, podemos desde ahora y a la luz de lo expuesto en los capítulos anteriores, pasar al estudio del dominio de la competencia de la Corte, examinando sobre cuáles actos y sobre cuáles actividades, se ejerce su control jurisdiccional. Esto nos acompaña a consagrar nuestra segunda parte a la competencia de la Corte Suprema de Justicia.

40. Artículo 65 L.O.C.S.J.

41. Ver Auby y Drago. *Traité de Contentieux Administratif* (Págs. 195 y 55).

**LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL  
DE LA ADMINISTRACION PUBLICA POR HECHO ILICITO.  
PROCEDIMIENTO PARA SU EXIGIBILIDAD**

**Carlos Miguel Escarra Malavé**

1974, Bogotá, Colombia  
2013, Bogotá, Colombia

## CAPITULO I

### INTRODUCCION

La Revolución Francesa, ciertamente, marcó un hito en las relaciones que se producen entre los ciudadanos que integran una sociedad determinada, por una parte; y por la otra, el poder en su concepción estructural e institucional. Así, se plantea una nueva relación entre administración y administrado sobre la base de cuatro principios fundamentales, a saber:

A.—El Principio de Legalidad: Cuya noción nos induce a entender que toda la actividad del poder público debe necesariamente ser hecha con arreglo al bloque del Derecho. En tal virtud no puede entenderse ninguna actuación pública que se aparte de los estrictos linderos que el ordenamiento jurídico establece en cuanto a las competencias.<sup>1</sup>

B.—La Denominada separación de los Poderes, que la moderna politología ha entendido, más bien, como una distribución funcional y orgánica de competencias de atribuciones; de ello podemos inferir que el Poder Público es uno solo, y que la personalidad jurídica de la Nación también es una; lo que ocurre es que este Poder Público se manifiesta a través de distintos órganos a los cuales la Constitución y las leyes<sup>2</sup> le atribuyen funciones propias pero no exclusivas.

La importancia de este principio está signada por la garantía que de él se desprende para los administrados en lo atinente a los mecanismos de control entre los diferentes órganos. En este orden de ideas, modernamente, no podemos circunscribirnos a la tríptica distinción entre los órganos legislativos, ejecutivos y judicial; ha trascendido un "Cuarto Poder" repre-

1. V-CN (72), Artículo 117 de la Constitución Nacional.

2. V-CN (72), Artículo 118 de la Constitución Nacional.

sentado por aquellos organismos de moralidad y control público tales como la Contraloría General de la República, el Consejo Supremo Electoral, el Consejo de la Judicatura y la Fiscalía General de la República. Todos estos órganos que integran el Poder Público nos hacen afirmar la vigencia de aquel precepto en razón del cual "el Poder controla el Poder".<sup>1</sup>

C.—El Principio de Reconocimiento de los Derechos Públicos Subjetivos que nos conduce a entender que el Estado reconoce en los ciudadanos un conjunto de potestades y atribuciones necesarias para el desenvolvimiento de éste en la colectividad de la cual forma parte. Estos Derechos Públicos Subjetivos van a estar establecidos no tan sólo por las diferentes leyes; sino que las propias Constituciones los han venido preceptuando.

Aún más, se ha llegado, en la moderna teoría constitucional, a establecer los calificados "*Derechos Públicos Innominados*".<sup>2</sup> Normalmente, como es el caso de nuestra carta fundamental se les distingue entre *Derechos individuales, sociales, políticos y económicos*.<sup>3</sup>

D.—El Cuarto Principio, que sin minusvalorar los otros tres, es el más importante a los efectos de nuestro ensayo es el de responsabilidad del Estado. Por él debemos entender a la conjunción de los tres principios anteriores para armonizarlos en la siguiente fórmula: El Estado cuando traspasa los límites de la legalidad y lesiona los derechos públicos subjetivos, puede y debe ser juzgado por uno de sus órganos, que en atención a las reglas del Ordenamiento Jurídico puede no tan sólo anular los actos del Poder Público, sino que también puede condenar al pago de sumas de dinero, la reparación de los daños y perjuicios, y al restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la administración.<sup>1</sup>

Es importante señalar que la noción de responsabilidad está muy estrechamente vinculada a la teoría de la personalidad jurídica, y a todos esos elementos que el Derecho Civil

1. Montesquieu, "El Espíritu de las Leyes", Ediciones Libertad. Buenos Aires, 1944, pág. 33.

2. V-CN (72). Artículo 50 de la Constitución Nacional.

3. V-CN (72). Artículos 58 al 116 de la Constitución Nacional.

1. V-CN (72) Artículo 206 de la Constitución Nacional.

ha venido decantando durante más de cinco mil años. Ciertamente, en conformidad con lo establecido en el artículo 19 del Código Civil son las personas jurídicas las que tienen capacidad —el vocablo capacidad al ser transferido al Derecho Público, por razones relativas a la voluntad, adquiere la denominación de competencia— de ser titulares de derechos y de obligaciones. Y la responsabilidad no es más que la concepción jurídica de una obligación. Por tanto para que hablemos de personalidad es impretermitible hacer referencia a un sujeto capaz de obligarse.

Es por ello que nuestro Ordenamiento Jurídico Civilista, cuando trata las obligaciones (especial referencia a las que se derivan de los hechos ilícitos) establece las reglas de la capacidad, de la imputabilidad y del discernimiento.<sup>2</sup> En tal virtud una "cosa", un animal, un entredicho, y un menor no son imputables, y por lo tanto no son responsables; entonces, la regla de responsabilidad debe necesariamente buscar a la persona jurídica que sea responsable por la guarda de la cosa, al dueño del animal, al padre, la madre o el tutor según el caso.

La problemática de la responsabilidad de las organizaciones públicas se encuentra, también, muy vinculada a la evolución económica y social del Estado. En efecto, bajo una concepción liberal burgués del Estado y frente a la inercia de esta tipología estructural en relación a las actividades de los particulares, sino imposible, por lo menos era muy difícil plantearse un postulado en razón del cual la organización pública pudiese originar daños a los particulares.

Por el contrario, es un Estado denominado "Social de Derecho", en el cual la administración amplía su ámbito de competencia, en base a un sinnúmero de cometidos, debiendo, por tanto, intervenir en las más variadas áreas del acontecer social, es necesario la regulación de la responsabilidad del Estado, para compaginar la justicia social con la seguridad jurídica.<sup>1</sup>

Son estos cuatro principios los que nos dan la fórmula del denominado estado de Derecho. La circunstancia de que toda actuación del Poder Público esté presidida por normas jurídicas, y que el Poder del Estado —en aspiración del estamento jurí-

1. Pablo Lucas Verdú. "Del Estado Liberal al Estado Social del Derecho". Editorial Cometa, Zaragoza 1975, pág. 93.  
2. Código Civil Venezolano, Artículos 1.185 al 1.196.



dico— respete los derechos de los ciudadanos porque cualquier transgresión lo hace responsable, nos impone una reflexión acerca de los mecanismos que tienen los ciudadanos para hacer exigible la responsabilidad del Estado.

No basta el predicamento de que el Estado es responsable, en tanto y cuanto, si no se establecen los mecanismos procesales y procedimentales para hacer valer el derecho, sería nugatorio el Derecho en sí mismo.

Las teorías procesales sobre responsabilidad del Estado han llevado al análisis hasta de la competencia; es decir, ¿Quién juzga la Administración? También, a la naturaleza de la acción de resarcimiento de daños, al estudio de los métodos de la determinación y cuantificación de la responsabilidad. Y al deficiente elemento relativo a la ejecución de las sentencias del contencioso en contra de la administración.

Dentro de ese estudio resulta "interesante" destacar lo relativo a los privilegios que tiene la República en un juicio, y los elementos justificativos de ellos.

Trataremos, en lo posible, de hacer un análisis particular del caso, sin recargarlo de citas relativas al Derecho Comparado, por cuanto éstas además de uniformes entre sí, se nos presentan con variantes en relación al sistema venezolano.

Es importante señalar que en la actualidad se discute sobre la existencia del denominado recurso de plena jurisdicción (denominación cuya paternidad se le atribuye a J. Lafarriére.<sup>1</sup> La discusión se plantea por la consagración del artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia que le permite al Juez que conoce, del recurso de anulación, pronunciarse —en los términos de la solicitud— sobre el pago de sumas de dinero, reparación de los daños y perjuicios y el restablecimiento de las situaciones jurídicas lesionadas.

1. El Dr. Antonio Moles Caubet en el prefacio que le hace al libro "El Sistema Contencioso Administrativo de la Carrera Administrativa" de la Dra. Hildegard Rondón de Sanso. Ediciones Magón, 1974, en la pág. 23, señala: "Sin embargo, en su contextura moderna, es consustancial a la Revolución Francesa y resulta una de sus más perfectas realizaciones. El problema se plantea y resuelve, en efecto, de diversa manera. Es así que, desde sus inicios, se perfilan dos tipos de recurso, desarrollados en un doble plano: el ordinario, único auténticamente contencioso, motivado por el desconocimiento de derechos subjetivos e intereses legítimos (al que denominará J. Lafarriére "de pleine juridiction") y el prematuro recurso de anulación, primero jerárquico, convertido luego en contencioso y que llega a obtener un destino privilegiado con el nombre de recurso de ilegalidad o "d'exces de pouvoir".

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Corte se postulaba que en el artículo 206 de la Constitución se estaban consagrando (con el límite gramatical del punto y coma) tanto el recurso de anulación cuyo objeto y efecto era anular los actos administrativos contrarios a Derecho, como el denominado de plena jurisdicción en el cual el Juez tenía plenos poderes para condenar a la administración desde el punto de vista patrimonial. Esta fue la enseñanza que durante mucho tiempo sirvió de base para la diferenciación de los dos recursos contenciosos administrativos a tal punto que el Dr. Brewer Carías en su tesis de Doctorado (debemos advertir que estamos haciendo un análisis de tiempo, y que el autor a citar superó el postulado clásico en publicaciones más recientes; de igual forma el referido Dr. Brewer cuando hace el planteamiento a que haremos referencia se fundamenta en la derogada Ley Orgánica de la Corte Federal y de Casación vigente para la fecha de publicación de su tesis doctoral) señala: "Pero antes de analizar esos dos supuestos, debemos señalar que el artículo 206 de la Constitución ha completado la disposición del artículo 47 **ejusdem** en materia de responsabilidad administrativa, al atribuir competencia a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa para condenar a la Administración "a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración".

El medio jurídico puesto a disposición de los particulares para exigir esa responsabilidad de la Administración y para obtener reparación por decisión de la jurisdicción contencioso-administrativa, es el recurso de plena jurisdicción. Por otra parte, sólo a la jurisdicción contencioso-administrativa le corresponde pronunciar jurisdiccionalmente condenas a la Administración por su responsabilidad".<sup>1</sup>

Como puede observarse el precitado autor identifica el contencioso que tiene por objeto pretensiones patrimoniales con el recurso de plena jurisdicción, no obstante el devenir y la evolución del Derecho y sus Instituciones nos llevan a señalar que hoy el Juez que conoce de la anulación, también tiene potestades de condenas. En este sentido el Dr. Tomás Polanco

1. Allan Randolph Brewer Carías, "Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana" Colección de tesis de Doctorado, Volumen IV. U.C.V. Imprenta Universitaria, Caracas, 1964. págs. 419 y 420.

señala: "En el procedimiento relativo a actos de efectos particulares, el legislador faculta al Tribunal para que tome decisiones adicionales, entre las cuales se encuentran, la condena al pago de suma de dinero, la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración y una última facultad, muy importante, cuya interpretación tendrá que hacer el Tribunal en cada caso, como es disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas lesionadas por la actividad administrativa. No basta que el acto sea declarado nulo, sino que, si de esta nulidad se deriva alguna responsabilidad para la Administración, el derecho del particular de cobrar alguna suma de dinero o si ha sido lesionada una situación jurídica subjetiva, que esa situación jurídica subjetiva sea restablecida conforme a derecho. En esa forma, el Juez, al dictar sentencia, trata de restablecer la legalidad alterada por el acto ilegal o mantiene la legalidad que el acto de la administración no ha vulnerado.

Así, controla el Juez si en el acto de la administración ha habido o no violación del derecho; cuando se redactó el artículo 206 de la Constitución (hay que hacer un recuerdo emocionado a nuestro maestro Sayagués Laso, a cuya pluma debemos los principios fundamentales de este artículo), se habló de que se anulaban los actos "contrarios a derecho", incluso, por desviación de poder; Sayagués insistió mucho ante la Comisión del Congreso encargada de redactar la Constitución, de la necesidad de establecer este principio general "contrario" a derecho "que iba a abarcar todo caso o toda posibilidad en que, en alguna forma, se lesione el derecho por actos de la Administración y de que el Juez al sentenciar, restableciere el imperio del derecho".<sup>1</sup>

De igual forma se plantean problemas referentes a los intereses moratorios y a las costas procesales, a cargo de la administración, originados en los artículos 211, 60 y 61 del Código Orgánico Tributario, el 659 del Código de Procedimiento Civil que entrará en vigencia el 16 de marzo de 1987 (?), artículos éstos que entran en contradicción con los artículos 47 y 48 de

1. El Control Jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la U.C.V. Imprenta Universitaria, Caracas, 1979. Conferencia "Los Poderes del Juez Contencioso Administrativo", Tomás Polanco, pág. 253.

la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y los artículos 10 y 11 de la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional.

Como se puede observar existe una normativa cambiante y dinámica que influye en todos los aspectos relativos a la exigibilidad de responsabilidad patrimonial a la Administración Pública.

Como el objeto preciso del trabajo está relacionado con el contencioso de la responsabilidad patrimonial de la administración estableceremos dos breves capítulos relacionando al primero con la personalidad jurídica del Estado, y el segundo con las nociones generales sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración para luego hacer un análisis de las distintas leyes que regulan el procedimiento general y ordinario de las demandas contra la República.

## CAPITULO II

### LA PERSONALIDAD JURIDICA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

Toda sociedad para la consecución de sus fines requiere de diversas formas de organización y de canalización de la conducta de sus miembros. Es así como surge el Estado, la noción de poder y los distintos controles que en un Estado de Derecho van del poder hacia los ciudadanos y de los ciudadanos hacia el poder. Para Heller "lo que crea el Estado y el Poder del Estado es la conexión sistemática de actividades socialmente efectivas, la concentración y articulación, por la Organización de actos que intervienen en la conexión social de causas y efectos".<sup>1</sup> En tal virtud, existe una relación de causalidad entre los valores, necesidades y recursos de una comunidad y las decisiones políticas y jurídicas que deban tomar quienes detentan el poder para lograr así la concreción diaria de los fines del Estado.

1. Hermann Heller. "Teoría del Estado", Fondo de Cultura Económica, 1974, págs. 256 y siguientes.

Los fines del Estado frente a la noción genérica de su inmutabilidad, en razón del orden, el bien común, la paz y la justicia, se ven sujetos al proceso dinámico de cada sociedad. Las sociedades "como sistemas de relaciones de Poder cuyo carácter puede ser político, social, económico, religioso, moral, cultural o de otro tipo (...) requiere de un núcleo que yace en las ideologías, instituciones y técnicas que entran en juego en el marco de la sociedad estatal con el fin de obtener, ejercer y controlar el Poder Político (...) Un enfoque ideológico de la historia de las instituciones políticas para quizás mostrar que las ideologías sociopolíticas han creado en cada caso las Instituciones adecuadas para servir las, seguro es que la mayor de las Instituciones están fundadas, condicionadas y acuñadas por una ideología".<sup>2</sup>

Este sentido de mutabilidad sobre la ejecución y desarrollo de los fines del Estado ha traído al campo del Derecho Administrativo el vocablo "cometidos", entendiéndose a éstos como "las diversas actividades o tareas que tienen a su cargo las entidades estatales conforme al derecho vigente y que van a depender de las ideas predominantes acerca de los fines del Estado".<sup>1</sup>

Ahora bien para que el Estado pueda desarrollar estos cometidos requiere de una estructura organizacional a la que el Ordenamiento Jurídico le atribuya competencias y así pueda gestionar esas tareas y actividades diarias.

### 2.1. Personalidad Jurídica del Estado.

Conforme a lo establecido en el artículo 1º de la Constitución, en relación con el artículo 19 del Código Civil venezolano la Nación es una persona jurídica de Derecho Público y por lo tanto titular de derechos y obligaciones.

2. Karl Loewentein. "Teoría de la Constitución", Editorial Ariel, Barcelona, 1976, págs. 26 y siguientes.

1. Enrique Sayagués Laso. "Tratado de Derecho Administrativo", Talleres Gráficos Barreiro y Ramos, Montevideo 1974. Cuarta Edición, Tomo I. pág. 48. Es interesante ver la tesis de Bonnard en su "Précis de droit administratif", Citado por Sayagués, en cuanto al distingo entre atribuciones, funciones y fines del Estado.



La Nación o República se manifiesta a través de diferentes órganos, siendo uno de ellos la rama u órgano administrativo. No obstante que, en forma expresa, "en el texto constitucional, a los únicos que se califican como personas jurídicas en concreto, es a los Municipios. El artículo 25 de la Constitución, en efecto, establece que los Municipios son personas jurídicas y su representación la ejercerán los órganos que determine la Ley. No se utiliza, directamente, en ninguna otra norma el calificativo de persona jurídica respecto de la República o de los Estados.

Sin embargo, es claro, que el sistema de descentralización territorial derivado del principio de distribución vertical del Poder, conlleva la existencia de estos tres niveles político-territoriales de personas jurídicas. Indirectamente la Constitución lo establece en diversas normas que debemos comentar. Particularmente en el artículo 124 de la Constitución es en el cual podemos fundamentar el calificativo de esos tres niveles territoriales como personas jurídicas. Este artículo se refiere a los efectos de establecer una prohibición de contratar con entes públicos, a "nadie que esté al servicio de la República, los Estados y Municipios y demás personas jurídicas de Derecho Público". La norma, ciertamente no califica a la República, a los Estados y los Municipios, como personas jurídicas de Derecho Público, directamente, sin embargo, en este artículo, conseguimos la base de la distribución vertical del Poder, como descentralización territorial, que implica la personalidad jurídica de los tres niveles, acompañada, por supuesto, de autonomía.

Insistimos en la idea: la personalidad jurídica está íntimamente unida a la idea de descentralización. No puede haber descentralización sin existencia de una personalidad jurídica propia y autónoma, sea a nivel territorial, sea a nivel funcional, en cada uno de los niveles nacionales, estatales y municipales.<sup>1</sup>

Esta configuración del Estado como persona jurídica del Derecho Público es lo que hace inferir que tenga derechos y obligaciones; facultades y cargas; atribuciones y derechos.

El Estado dejó de ser un simple gendarme para adquirir una personalidad unitaria que le sirve de un lado para ejercer sus atribuciones. Y del otro para ser sujeto pasivo en una rela-

1. Allan Brewer Carías. Instituciones Políticas y Constitucionales, Tomo I, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985, pág. 360.



ción procesal. "Siendo la Entidad Estatal una persona jurídica, crea y participa en relaciones jurídicas por lo que el quehacer de la misma se desarrollará en función de una serie de situaciones subjetivas que constituirán por una parte, potestades públicas, y por otra, limitaciones a la actividad del Estado. Estas situaciones subjetivas que serán de naturaleza activa y pasiva, deberán ejercerse y ser observadas de acuerdo con el ordenamiento (...) En la teoría general del derecho las diversas situaciones subjetivas se incluyen tradicionalmente en los términos generales derecho y obligación, a las cuales se suman las que se consideren accesorias a la relación jurídica..."<sup>1</sup>

Ahora bien, este Estado-sujeto, que lo hace titular de derecho y obligaciones se presenta como un complejo orgánico que comprende a la totalidad de entidades estatales; pero que también representa la persona jurídica mayor. Es por ello que entendemos importante aclarar que nos referiremos en todo momento a la segunda acepción; es decir, al Estado como persona jurídica mayor equivalente a los vocablos Nación y República. Y en tal virtud la persona jurídica a que nos estaremos refiriendo es a la que hace referencia —en primer término— el ordinal 1º del artículo 19 del Código Civil.

## 2.2. De la Administración Pública.

El Estado, como persona jurídica mayor está compuesta —en principio, y con la acotación hecha referida al cuarto poder— por tres órganos con funciones delimitadas, a saber: El Legislativo, el Judicial y la Administración Pública.

La Administración Pública, objeto de nuestro ensayo con prescindencia de las distintas nociones y corrientes que existen para su definición podemos entenderla como aquel conjunto de órganos del Estado que en forma permanente y continua tienen por objeto la realización de los cometidos, sobre la base de una actuación (primordialmente) de carácter sublegal, y estructurada en forma jerárquica y dependiente.

1. 20 años de Doctrina de la Procuraduría General de la República, "Responsabilidad Civil del Estado por los Hechos Ilícitos de los Organos de la Administración Pública", Luis Beltrán Guerra, Tomo V, págs. 183 y 184, Avilarte, Caracas.

En este orden de ideas la Administración Pública podemos entenderla en una estimación subjetiva que hace referencia al órgano, y en una estimación material que nos las vincula a la acción o relación de actividades destinadas a un fin. En la perspectiva orgánica se vincula a la estructura u organización de los entes administrativos; en la perspectiva material nos da la premisa de la función administrativa.

En la primera noción —la estructural— es importante señalar que sus características de jerarquía, subordinación y coordinación las van a hacer diferentes de los órganos jurisdiccionales (los cuales son autónomos e independientes entre sí, y en relación a los demás órganos del Poder Público). La segunda visión —la material— que atiende a la naturaleza de su actividad o función y que cuenta con las características de ser sublegal, concreta, permanente y especial, nos sirve para diferenciarla del órgano legislativo (cuya función es de carácter general y abstracto, ocasional y de ejecución directa de la Constitución Nacional; por tanto su actividad es de carácter legal).

En relación a la personalidad jurídica de la Administración Pública consideramos importante transcribir las apreciaciones de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, quienes señalan: "La Administración Pública no es tampoco para el Derecho Administrativo un complejo orgánico más o menos ocasional. La relación estructural entre la realidad constituida por la Administración Pública y el ordenamiento jurídico no se efectúa por la consideración de la misma como un conjunto de órganos, sino a través de su consideración como persona. Para el Derecho Administrativo la Administración Pública es una persona jurídica. Este de la personificación es el único factor que permanece siempre, que no cambia como cambian los órganos y las funciones, y por él se hace posible el Derecho Administrativo. Todas las relaciones jurídico-administrativas, se explican en tanto la Administración Pública, en cuanto persona, es un sujeto de Derecho que emana declaraciones de voluntad, celebra contratos, es titular de un patrimonio, es responsable, es justiciable, etc. La personificación de la Administración Pública es así el dato primario y *sine qua non* del Derecho Administrativo (...) Desde el punto de vista del ordenamiento interno no aparece, en cambio, esa personalidad un tanto mística del Estado, sino sólo la personalidad propiamente jurídica de uno de sus elementos: la Administración Pública (...) Pero para

un análisis jurídico un poco atento, el Estado no se presenta como un ente místico y totalizador, antes bien, como un simple **compositum** estructural del que interesa retener, y no difuminar sus elementos reales y sustantivos (...) Desde esta perspectiva se impone así la consideración de la Administración como una organización dotada de personalidad jurídica, nota que basta para individualizarla de los órganos que actúan en otras funciones públicas".<sup>1</sup>

Entonces, la Administración Pública goza de la personalidad de la Nación, y, en definitiva usa los atributos de la Personalidad Jurídica del Estado. Ello no excluye, por supuesto que el Congreso o el Poder Judicial actúen también en nombre de la República. Lo que ocurre es que la actividad administrativa se nos presenta más intensa en forma diaria y permanente, los órganos de la administración pública están actuando en nombre de la Nación, por otro lado la actividad administrativa se vincula más directamente a los particulares, y, de suyo es la administración pública quien entra en relaciones más estrechas con la comunidad.

### 2.3. Formas de actuación de la Administración Pública.

En el campo de las personas naturales no existen inconvenientes en cuanto a las formas de manifestarse por cuanto son los propios sujetos los que expresan su voluntad.

En el campo de las personas jurídicas "los autores han dado numerosas explicaciones al hecho de que la voluntad de los seres de la especie humana se tenga como voluntad misma de las personas jurídicas en cuyo nombre actúan, y que en consecuencia, las manifestaciones volitivas, actos y hechos de aquéllos, comprometan la responsabilidad de las últimas".<sup>1</sup>

Las personas jurídicas son reconocidas por el derecho como aquel conjunto de seres humanos, y de recursos materiales y financieros, que organizados en diferentes formas se integran para el logro de los fines que los llevaron al **pacto societate**. El problema en cuanto a la expresión de voluntad de las perso-

1. Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I, págs. 24 y 27, Civitas, Madrid 1980.

1. Eloy Lares Martínez, "Manual de Derecho Administrativo, 5ª Edición. pág. 389, Imprenta Universitaria. Caracas, 1983.

nas jurídicas surge al preguntarse ¿Quién manifiesta la voluntad?, ¿De quién es la voluntad?, ¿Quién se responsabiliza por esa voluntad?

En este orden de ideas han surgido diversas teorías que tienen por objeto tratar de esclarecer las interrogantes, a saber:

A.—Existe la denominada teoría del mandato en razón de la cual se señala que hay una persona natural que actúa por mandato de una persona jurídica; la persona jurídica sería el mandante y la persona natural el mandatario.

Esta teoría presupone la existencia de dos personas diferentes y de una relación contractual que presupone un acuerdo de voluntades previos. De donde puede inferirse que ya la persona jurídica para poder otorgar el mandato debe expresar una voluntad, que es precisamente el punto cardinal de las interrogantes. Quizás esta postura pudiese tener algún sentido en las relaciones de los sujetos contratantes del mandato frente a terceros; pero no resuelve los problemas relacionados con las relaciones existentes entre mandante y mandatario, y menos aún resuelve el problema de cómo manifiesta su voluntad la persona jurídica.

B.—Se postuló también la denominada teoría de la representación en razón de la cual los seres humanos actúan en nombre y en ejercicio de una representación legal en relación a las personas jurídicas. Normalmente se señala, a manera de ejemplo, que existiría la misma relación que se presenta en el Derecho Privado en cuanto a la representación de los incapaces. Aquí también estamos en presencia de dos personas jurídicas diferentes a saber: el Representante y el Representado.

Uno de los problemas de esta teoría estriba en el hecho de que los representados en el derecho privado tienen su personalidad jurídica, tienen voluntad e incluso tienen capacidad pero con las limitantes que la Ley establece. Además cómo se respondería la interrogante del nombramiento del representante sin la existencia de una persona y una voluntad previa.

C.—La Doctrina predominante se inclina por la llamada teoría del órgano, que postula que existe un solo sujeto de derecho, siendo ese sujeto el órgano (el Estado en nuestro ensayo) y que la voluntad de la persona jurídica se materializa a través de una persona natural que no es más que un órgano de esa persona jurídica.

Weber cuando analiza la esencia y los supuestos de la burocracia nos informa que existe una jerarquía funcional, con distribución de competencias, donde el funcionario —integrante de la estructura burocrática— es una pieza, un eslabón dentro de una organización que tiene autonomía y personalidad en sí misma. Y que este funcionario burócrata expresa la voluntad del órgano burocrático.<sup>1</sup> Este es el mismo criterio sostenido por Gierke, Kelsen, Adolf Merkl, Carré De Malberg, Sayagués Laso, André de Laubadère, y en definitiva por la casi totalidad de la doctrina mundial.<sup>2</sup>

En definitiva, se entiende que la persona jurídica administrativa se expresa a través de sus órganos los que, al actuar en forma legítima comprometen la responsabilidad de la administración pública, en conformidad con lo establecido en los artículos 46, 47, 121, 206, 220 y 232 de la Constitución Nacional, 19 y 1.185 a 1.196 del Código Civil 1º de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, entre otros textos.

#### 2.4. El Estado y la Administración Pública como sujetos de la responsabilidad.

"Al concebir al Estado como sujeto de derecho, es decir, dotado de personalidad jurídica, con posibilidad, por lo tanto, para ser centro de referencia de determinados intereses, y por ende titular y obligado de situaciones jurídicas subjetivas (potestades y deberes públicos) se está dando el paso inicial para configurarlo al mismo tiempo como sujeto pasivo de responsabilidad.

La pretensión del particular lesionado para hacer efectiva esta responsabilidad nacerá del quehacer administrativo ilícito, es decir, de la acción realizada a través de hechos y actos jurídicos ilegales (o de meros comportamientos materiales). En la amplia actividad administrativa quedaría comprendida la función propiamente dicha, es decir, el ejercicio de la potestad administrativa, y los cometidos de la administración. De manera, que es necesario que quede claro que la actividad administra-

1. Max Weber. Economía y Sociedad. Tomo II, pág. 716 y siguientes. Fondo de Cultura Económica, México.

2. Lares Martínez "Manual..." o. c., págs. 391 a 393.



tiva debe ser entendida en su sentido más amplio por lo que respecta a la determinación de la responsabilidad civil del Estado".<sup>1</sup>

Consideramos que debe hablarse, más bien, de responsabilidad patrimonial del Estado en tanto y en cuanto la responsabilidad civil atiende a un sistema jurídico de relaciones intersubjetivas entre particulares, cuyas reglas no pueden ser aplicadas exactamente a los sujetos de derecho público, que además de gozar de potestades públicas gozan de privilegios por ser los tutores del interés general.

El ejercicio de las potestades puede conducir a la realización de actos y negocios jurídicos, y a la producción de hechos que trasgredan los derechos de los administrados y que por tanto hagan responsable a la administración ya sea en la perspectiva contractual o en la extra contractual.

La Administración, dentro de un Estado de Derecho se hace responsable por su actividad, en la medida en que incumpla con las obligaciones que el derecho le impone o en el supuesto de que no observe el deber general de abstenerse en aquellas actuaciones que puedan lesionar los derechos de los administrados. Se entiende que se produce un hecho ilícito que debe ser diferenciado del ilícito penal.

#### 2.5. Breve referencia al Ilícito Penal y el Ilícito Administrativo.

Se entiende por ilícito o contravención de carácter administrativo, a todos aquellos actos positivos o negativos que contrarían los intereses de la Administración, oponiéndose al normal desenvolvimiento de su actividad social, la cual tiene por objeto proveer la producción de bienes y la satisfacción de las necesidades físicas, económicas, espirituales entre otras que en suma persiguen la prosperidad, el bienestar público y el perfeccionamiento de la existencia civil de la sociedad.

Por otra parte, nos encontramos con el ilícito penal, que está dirigido a tutelar el derecho con medidas tendientes a la conservación de los bienes individuales y colectivos.

1. 20 años de Doctrina de la Procuraduría General de la República, "Responsabilidad Civil del Estado por los Hechos Ilícitos de los Organos de la Administración Pública, Luis Beltrán Guerra, Tomo V, págs. 186 y 187, Avilarte, Caracas.



El Dr. Alberto Arteaga Sánchez, nos expresa en este sentido que "la Doctrina se ha esforzado en la búsqueda de diferencias cualitativas entre uno y otro. De esta manera, se han señalado diversos criterios: entre otros, que el ilícito penal constituiría un ataque contra los supremos valores éticos de la vida social, en tanto que el ilícito administrativo implicaría fundamentalmente un ataque a los intereses de la administración (Bettioli), o que el ilícito penal vulneraría los intereses generales de la colectividad y el ilícito administrativo tan sólo constituiría una violación del interés o el buen orden de la administración.

Muchos ilícitos administrativos constituyen ataque contra valores éticos de gran importancia para el conglomerado social o afectan intereses generales de la colectividad. En todo caso, ante la imposibilidad de una distinción material de *lege lata*, sólo podemos señalar que los anteriores criterios deben servir de guía al legislador al momento de formular las leyes. Sólo nos queda atender en cada caso a criterios formales y externos. Debemos tomar en cuenta el carácter mismo de la sanción, su finalidad, el órgano que la impone, la existencia o no de un procedimiento jurisdiccional, las características y garantías del proceso, el contexto legislativo en que se encuentra la norma que describe el hecho y fija la sanción, y otros criterios externos similares a los enumerados.<sup>1</sup>

Bielsa, identificando al ilícito penal como delito y al ilícito administrativo como contravención, nos expresa que "el delito es un ataque al orden jurídico que la Ley quiere restablecer, mientras la contravención consiste en no cumplir el deber impuesto por la Ley a todo administrado o vinculado con la administración pública por una obligación de colaborar en el interés colectivo. El incumplimiento de este deber genera lo que se ha llamado obligación delictual del Derecho Administrativo, a la cual debe corresponder, no una sanción civil, ni una sanción disciplinaria, sino una simple pena administrativa".<sup>2</sup>

Para finalizar este punto recordaremos con Constancio Bernardo de Quiroz, "nunca el Código Penal agota por sí solo el contenido entero de la legislación penal de un país, aunque represente siempre la parte más extensa y ordinaria de la misma.

1. Alberto Arteaga Sánchez. "Derecho Penal Venezolano", parte General, 1982, págs. 124 y 125.

2. Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo IV, Cons-Cost, pág. 699.

A su lado queda siempre, como un residuo inincorporable, no sólo la serie de leyes penales posteriores, sino también otras anteriores que no pueden incluirse, sea porque se refieren particularmente a circunstancias excepcionales, de anormalidad jurídica, sea por contener delitos de tipo muy distintos de los comunes.

Tanto los delitos como las contravenciones convergen en la misma objetividad jurídica, defendiendo el interés público referente a la inviolabilidad de determinados bienes, por lo que ambos merecen la protección que mediante la sanción punitiva dispensa el ordenamiento jurídico, ya que, como dijera Ferri, ambos son acciones antisociales, vedados por la Ley y antijurídicos, diversos por moralidad y por grado, pero no por íntima esencia".<sup>1</sup>

Si bien es cierto que esta diferenciación entre los ilícitos penales y administrativos sirven más para el establecimiento de la responsabilidad de los administrados frente a la administración, consideramos de interés hacer la breve referencia por cuanto algún sector de la doctrina del Derecho Comparado<sup>2</sup> tiende a asimilar la falta de servicio con un ilícito administrativo cometido por la administración pública al inobservar su deber genérico de atender y mantener en buen estado los servicios públicos. No obstante somos del criterio de que el ilícito administrativo da origen es a una sanción de carácter administrativo impuesta por la Administración; y mal podríamos entender a la administración sancionándose a sí misma. Pudiese servir más bien, esta noción a los efectos de determinar la responsabilidad del funcionario en tanto y en cuanto su falta personal, separable de la función que le es propia en cuanto funcionario público. En este sentido surge una responsabilidad del funcionario frente a terceros; y una responsabilidad del funcionario frente a la Administración.

La separación entre la falta del servicio —imputable al órgano— y la falta personal imputable al funcionario ha sido difícil de determinar. No obstante De Laubadère, siguiendo a Laferrière señala: "Hay falta del servicio cuando el acto perju-

1. Libardo Rodríguez R. "Derecho Administrativo General y Colombiano". 2ª Edición, Editorial Temis. Bogotá 1984, pág. 336.

2. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. Cit. pág. 697.

dicial es impersonal y revela un administrador más o menos sujeto a error, y falta personal si revela al hombre con sus debilidades, sus pasiones y sus imprudencias".

Según la jurisprudencia hay entonces falta separable: 1º) En primer lugar y eso se cae de su peso, cuando se trata de un acto realizado por el funcionario fuera del ejercicio de sus funciones, completamente en su vida privada o por lo menos al margen del ejercicio propiamente dicho de sus funciones. 2º) En razón del fin, cuando el acto realizado en el ejercicio de las funciones, ha tenido mala intención (tirria, venganza contra la víctima).

En razón de la gravedad, cuando el acto, realizado siempre en el ejercicio de las funciones, ha consistido en una irregularidad burda en un error flagrante; es, por ejemplo, el caso de la vía de hecho, o también la hipótesis en que el hecho perjudicial ha constituido un delito penal. Pero éstas no son más que directrices básicas, pues la jurisprudencia tiene más matices; para ella la gravedad es solamente un elemento de evaluación y no un criterio absoluto: por eso la culpa penal lo mismo que la vía de hecho, a veces pueden constituir culpas de servicio".<sup>1</sup>

En este capítulo hemos tratado de establecer los presupuestos de la personalidad jurídica del Estado y de la Administración Pública, como elementos necesarios para que podamos sostener la responsabilidad. También, hemos tratado de diferenciar la responsabilidad del órgano, y la que se deriva de una falta personal del funcionario.

### CAPITULO III

#### LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION

Una vez estudiados los elementos relativos a la personalidad jurídica del Estado y habiendo establecido que es la Administración Pública, en ejercicio de la función administrativa la que entra en mayores relaciones jurídicas con los administra-

1. André de Laubadère, "Manual de Derecho Administrativo", Editorial Temis, Bogotá, 1984, pág. 111.

dos; es importante destacar que por ser la función administrativa del carácter permanente, el Estado a través de ella entra en mayores conflictos con los intereses particulares.

Estos conflictos pueden originar daños estimables económicamente motivando las reclamaciones de las personas afectadas. Para que esas reclamaciones puedan verificarse en una indemnización efectiva o reparación del daño causado, se hace necesario determinar previamente la responsabilidad de la Administración.

Ahora bien, la responsabilidad en sentido lato tiene diversas manifestaciones. Así, si se tratara de una persona natural ésta podría incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa (incluso esta última con su acepción disciplinaria en el caso de los funcionarios públicos conforme a lo establecido en los artículos 46 y 121 de la Constitución Nacional). No obstante, en el caso de las personas jurídicas se excluye, a éstas, de la responsabilidad penal en tanto y en cuanto ésta es eminentemente subjetiva y personal y sólo le es aplicable a las personas naturales cuya conducta se considere típica, antijurídica y culpable (algunos agregan que también debe lesionar los intereses protegidos por la norma). Entonces, siendo el Estado —y por derivación la Administración Pública— una persona jurídica, no es imputable penalmente y por ello no es susceptible de personalidad penal. Ello, por supuesto, dejando a salvo la circunstancia en razón de la cual los funcionarios públicos que cometieran un ilícito penal en supuesto ejercicio de sus funciones, serían sujetos de dicha responsabilidad penal.

Por otro lado se entiende que la Administración Pública tampoco es sujeto pasivo de la responsabilidad administrativa en virtud de que la precitada responsabilidad tiene por fundamento un ilícito administrativo, y éstos están significados por las transgresiones e inobservancias de las reglas de funcionamiento de los servicios, teniendo como destinatarios, en principio, a los administrados, y como sujeto competente para la imposición de las sanciones al Ente Público afectado por la transgresión. No obstante es importante señalar que una Administración Pública frente a otra (ya sea en la perspectiva territorial-vertical, o funcional-horizontal), sí puede ser responsable administrativamente, por ejemplo si la Nación o un Instituto Autónomo realiza construcciones contrarias ya sea a los Planes

de Ordenación del Territorio o a las Ordenanzas de Urbanismo, Arquitectura y Construcciones en general. También podría ocurrir cuando Entidades Públicas Territoriales o Funcionales violenten normas relativas a los servicios públicos nacionales (vgr. Seguro Social, Control Aeronáutico, entre otros).

Se debe destacar que la responsabilidad administrativa en que pudiesen incurrir los órganos administrativos nunca podría ser de orden disciplinario, por la naturaleza y el carácter individual que tiene este tipo de responsabilidad administrativa.

En el campo de la responsabilidad civil —o, siguiendo a Moles Caubet, patrimonial— se suele establecer la diferencia entre la responsabilidad por convenios (y dentro de ésta la contractual), y la responsabilidad por actos y hechos de la Administración (denominada por la mayor parte de la doctrina responsabilidad extracontractual).

*La responsabilidad patrimonial por convenio, vale decir, aquella que en virtud del artículo 1.333 del Código Civil se produce por violación o incumplimiento de un acuerdo de voluntades, está íntimamente vinculada a la Teoría General del Contrato y a las reglas que sobre el incumplimiento prevé el Derecho Privado. En el campo de los contratos de la Administración o contratos privados celebrados por la Administración tiene aplicación, en todo su vigor, las normas que establece el Código Civil.*

En cuanto a los denominados Contratos Administrativos debe significarse que su especialidad deriva tanto del fin u objeto del contrato (servicio público y/o interés general); como de la existencia de las denominadas cláusulas exorbitantes (entendidas éstas como la posibilidad cierta que tiene el Ente Público contratante de modificar, resolver, o rescindir unilateralmente el contrato, siempre que esté motivada su decisión en razones de interés público). Si bien es cierto que el estudio de estos elementos y sus vínculos con la responsabilidad patrimonial de la Administración son de inagotable interés, ello no constituye el objeto principal de este ensayo. Sin embargo el capítulo siguiente (relativo al contencioso de la responsabilidad patrimonial) es aplicable en la esfera de la exigibilidad de la responsabilidad contractual, tanto en lo que se refiere al antejuicio administrativo, como al procedimiento judicial.

En lo que se refiere a la responsabilidad patrimonial de carácter extracontractual, ésta se puede originar tanto por los



actos jurídicos de la administración (actos administrativos); o por los hechos u operaciones materiales realizadas por los entes públicos. La responsabilidad patrimonial por actos administrativos tiene como presupuesto la existencia de una manifestación de voluntad de los órganos del Poder Público (aun cuando el artículo 7 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en una visión orgánica, los circunscribe a la Administración Pública), de carácter sublegal, en ejercicio de la función administrativa (ya sea ésta de carácter normativo, por ejemplo los reglamentos, o de carácter concreto e individual), en cumplimiento de las formalidades establecidas por la Ley (se entiende que deben ser la de los artículos 18 y 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), que en acatamiento de la legalidad administrativa tienen por objeto llevar a nivel prácticos y permanentes los fines generales del Estado. Además, para que pueda existir responsabilidad patrimonial se requiere que opere una disminución gravosa, y no querida, en el patrimonio de los administrados.

En este caso, responsabilidad patrimonial por actos puede suceder que la administración conozca "... a priori los efectos del acto administrativo, así por ejemplo tenemos la expropiación forzosa en la cual la administración sabe el daño que causará a la propiedad privada..."<sup>1</sup> y, existen otros supuestos en los que la administración desconoce si el acto producido por ella va a originar una lesión patrimonial consideramos que lo importante en la responsabilidad patrimonial por actos administrativos estriba en el hecho de determinar si la acción de nulidad puede y debe ir acompañada de la pretensión patrimonial; o, si el interesado legítimo debe incoar las dos acciones en forma separada.

Ya habíamos señalado que con la entrada en vigencia la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia se presentaba una discusión relativa a la posibilidad que tenía el Juez contencioso de la anulación (en base al artículo 131 de dicho texto legal), de condenar —en los términos de la solicitud— a la administración al pago de sumas de dinero. Independientemente de que consideramos que la ubicación de dicho artículo (disposiciones comunes a los juicios de nulidad de actos de efectos generales o de actos de efectos particulares) puede ser

1. Sabino Alvarez-Gendín, "Tratado General de Derecho Administrativo", Tomo I, pág. 516. Bosch, Barcelona, 1959.



equivoca, a menos que se quiera establecer —en forma clara y determinante— la responsabilidad patrimonial del Estado por actos legislativos; pareciera que se refiere únicamente a los actos de efectos particulares. No novedoso está en que el Juez de la nulidad además de sus facultades propias en cuanto a la nulidad del acto, se le están confiriendo potestades de condena dentro de un procedimiento diferente al de las demandas contra la República. En tal virtud deberá el legitimado activo *interponer conjuntamente la acción de nulidad y de condena*, en los casos de responsabilidad patrimonial de la administración originada en actos administrativos.

De igual forma, se desprende del ordinal 3º del artículo 124, en conformidad con el ordinal 1º del artículo 84, ambos de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que no podrá interponer el legitimado —paralelamente— el recurso de nulidad por ilegalidad, y una acción patrimonial (denominado recurso de *plena jurisdicción*) contra la administración, en el supuesto que estamos analizando.

En lo que respecta a la responsabilidad por hechos, debemos observar que uno de los puntos más importantes, y mayormente debatido en la Doctrina es aquel que atañe a diferenciar la responsabilidad personal que puede incumbir a los funcionarios públicos, y la responsabilidad autónoma y directa de las personas públicas.

Tal como lo señalaremos a continuación, el régimen de la responsabilidad de la administración ha atravesado diversas etapas, siendo que en la mayor parte del Derecho Comparado se aceptó —sin reparo— la responsabilidad de los agentes públicos; y no fue sino, hasta mediados de este siglo, cuando se admitió una responsabilidad autónoma de la Administración.

El problema hoy se centra en determinar si pueden ser acumulables las dos responsabilidades. Jean Rivero al respecto nos señala: "Al término de esta evolución la acumulación de las responsabilidades se admite cada vez que la falta personal no está desprovista de todo vínculo con el servicio. Todo sucede como si la persona pública estuviera obligada a indemnizar a los particulares en razón del riesgo de la falta personal al cual ella los expone al darle a sus agentes los medios o la ocasión de la falta. La falta personal aparece, pues, como un nuevo hecho generador de la responsabilidad de las personas

públicas, fuera del caso en que ella permanezca totalmente ajena al servicio". La víctima tiene una opción: ella puede escoger entre los dos responsables, las dos órdenes de jurisdicción, los dos regímenes jurídicos correspondientes; sea cual sea la opción, ella puede demandar a quien ella impute la reparación, la indemnización integral del perjuicio".<sup>1</sup>

En Venezuela se consagran supuestos de responsabilidad subsidiaria; vale decir, que frente a la inexecución de una sentencia contra un funcionario, se podría demandar a la Administración a la cual pertenece el precitado agente público. Es el problema entre la acumulación solidaria de responsabilidades, y la responsabilidad subsidiaria. En este sentido la Procuraduría General de la República ha señalado: "Nuestro derecho positivo consagra tanto la responsabilidad directa del Estado por los daños y perjuicios causados por sus autoridades legítimas (artículo 47 de la Constitución), como la responsabilidad penal, civil y administrativa de los funcionarios públicos, por los hechos ilícitos que cometan (artículos 46 y 121 ejusdem)". Es lo que la doctrina administrativa comúnmente califica como cúmulo de responsabilidad.

El Profesor Brewer Carías se pronuncia por la tesis de la solidaridad de responsabilidad en los siguientes términos: "En este cúmulo de responsabilidades, tanto el Estado o la administración, como el funcionario, personalmente, responden de los daños causados. Por tanto, hay responsabilidad solidaria, de suerte que el particular lesionado puede dirigirse contra la administración y contra el funcionario público. Entra en juego entonces, el artículo 1.195 del Código Civil". (*Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, páginas 425 y siguientes).

En la Ley de Tránsito Terrestre, el legislador estableció que cuando el daño ha sido producido por vehículos de la administración pública, hay una responsabilidad principal del conductor y una responsabilidad subsidiaria de la administración (artículo 56) (sic, debe ser 59)".<sup>2</sup>

1. Jean Rivero, "Derecho Administrativo", Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, U.C.V. Imprenta Universitaria págs. 319 y 320. Caracas 1984.

2. "20 años de Doctrina...", o. c. Tomo IV, volumen I, págs. 260 y 261.

Por supuesto, en los casos en que la Administración se haga responsable, y a tal efecto indemnice aquellos daños originados en la acción de un funcionario, dicha administración *podrá intentar una acción para repetir o rescatar del funcionario, lo que ella ha tenido que erogar.*

En este sentido la Corte Suprema de Justicia en Sala Política Administrativa, en *Sentencia del 5 de febrero de 1984* acogió la teoría —de gran raigambre en el Derecho francés— de las faltas separables, en razón de la cual si el funcionario ha actuado *con dolo, o con negligencia grave, la responsabilidad va a ser de él.* La administración tan sólo responderá cuando se trate de falta de pericia del funcionario, errores u omisiones menos graves, y siempre que las faltas sean cometidas en ejercicio de la función pública.

También es importante destacar el supuesto en razón del cual la administración realiza operaciones materiales sin que exista un acto que le sirva de fundamento. Esto es lo que la Doctrina ha denominado las vías de hecho dentro de la Administración. Se trata aquí de actos y hechos administrativos de ejecución de un acto principal; y la problemática se plantea cuando *dichos actos o hechos de ejecución se realizan ya sea sin el acto principal, o en contradicción con éste.* En este sentido la Procuraduría General de la República (siguiendo a Sayagués Laso), ha señalado que los hechos de ejecución deben ajustarse a lo dispuesto en el acto cuyo cumplimiento procuran; la violación de este principio constituye una irregularidad que compromete la responsabilidad de la administración. También existirá responsabilidad si el acto principal era ilegal y los hechos de ejecución *se ajustaron a él.*<sup>1</sup> Estos principios son recogidos por el artículo 78 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Hemos de aclarar que, salvo lo señalado en las páginas precedentes, nuestro estudio se limitará a la responsabilidad patrimonial específica de la administración, por los hechos ilícitos de ella.

### 3.1. Antecedentes.

El principio de responsabilidad del Estado, o en nuestro caso concreto, la admisión de que el Estado sea sujeto pasivo

1. "20 años de Doctrina..." idem, pág. 273.

de responsabilidad patrimonial por su actividad, ha sido el resultado de un largo proceso evolutivo que se remonta al origen mismo del Derecho Administrativo y que hoy aún no ha concluido.

Hasta el tercer cuarto del Siglo XIX regía el principio de la irresponsabilidad de la potestad pública, esto es que la administración no era responsable del daño que ocasionare por el ejercicio de sus potestades públicas, y sólo se admitía su responsabilidad cuando ésta actuase como persona privada. Este principio era ligeramente atenuado por las contadas excepciones consagradas por textos legales expresos que determinaren la responsabilidad del Estado, así tenemos como ejemplo la Ley francesa del 28 pluvioso del año VIII que permitía la reclamación a la Administración Pública de los daños causados a particulares por las obras públicas. Igualmente quedaban excluidos del principio de irresponsabilidad aquellos daños "causados por las colectividades locales no soberanas".<sup>1</sup>

La justificación de esta posición, sostenida en Francia principalmente por Eduardo Laferrière, se basaba en que el ejercicio de las potestades públicas era consecuencia necesaria de la soberanía y siendo la esencia de ésta el imponerse a todos sin compensación, la irresponsabilidad quedaba como uno de los corolarios de la soberanía. Ello también justificaba la admisión de la responsabilidad por la gestión de carácter privado de la administración, así como la de las colectividades locales no soberanas, en aquéllas porque no se actuaba en ejercicio de la soberanía y en éstas por no poseer tal soberanía.

La segunda etapa de este proceso, marcada en su inicio por la Sentencia Blanco, del Tribunal de los conflictos, de fecha 8 de febrero de 1872, en la que se admite la responsabilidad de la Administración en el ejercicio de la potestad pública por el hecho de las personas empleadas en el servicio público, sin necesidad de la existencia de texto legal que la consagre, aunque la restringe señalando que ella "...no es ni general, ni absoluta; tiene sus reglas especiales..."<sup>1</sup> En esta etapa se admite la responsabilidad como excepción, pero se mantiene la irresponsabilidad como regla.

1. Jean Rivero, "Derecho Administrativo", Imprenta Universitaria, 1984, pág. 292.

1. Jean Rivero. Op. cit., pág. 293.

Finalmente, se acepta de manera general, como principio la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados a los particulares por su actividad, siendo la irresponsabilidad la excepción a la regla.

En Venezuela los antecedentes se remontan a la Colonia en la que encontramos las leyes de Indias en las que se consagran la institución de la intendencia, cuerpo éste que ejerció una jurisdicción especial —contencioso— en las causas de hacienda y economía de guerra. Ante ella se reclamaban los perjuicios ocasionados por los funcionarios coloniales a los particulares, aunque se deba señalar que la responsabilidad del hecho que ocasionaba el daño recaía personalmente sobre el funcionario que lo realizare y no sobre la Corona que en todo caso era el responsable.

Esta competencia pasa en la República a los Intendentes Departamentales y en segunda instancia ante las Cortes Superiores del Distrito Judicial, con la Ley del 2 de octubre de 1821, pasando luego con las leyes del 3 de agosto de 1824 y del 17 de mayo de 1826 a los Jueces letrados de Hacienda. La Ley del 28 de julio de 1824, por la cual la República toma para sí el derecho de patronato estableció que la Alta Corte y las Cortes Superiores conocerían "los asuntos contenciosos que se suscitan en esta materia detallada en la propia Ley (artículo 3º, ordinal 5º y además los artículos 9 y 10)".<sup>1</sup>

La responsabilidad del Estado en Venezuela, se asoma como principio en la Constitución de 1830, en cuyo artículo 147 se establece como atribución de la Corte Suprema de Justicia el "conocer de las controversias que resultaren de los contratos y negociaciones que celebre el Poder Ejecutivo por sí o por medio de agentes",<sup>2</sup> y es con la Ley del 17 de mayo de 1877 que se consolida tal principio, al permitirse reclamar a la Nación la indemnización por expropiación y perjuicios, con lo cual entramos en la última fase de la evolución en esta materia a nivel nacional al consagrarse el principio de responsabilidad del Estado por las lesiones al interés de los particulares ocasionadas por su actividad.

1. Antonio Moles Caubet. Prefacio al Libro Sistema Contencioso... o. c. pág. 29.

2. Tomado de "Las Constituciones de Venezuela". Ediciones de la Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, 1985, pág. 349.



Este principio ha sido modificado gradualmente por las diferentes Constituciones y cuerpos legales que han tenido vigencia en nuestro país después de las citadas disposiciones hasta llegar a la actual, artículo 47 de la Constitución del 61; en este sentido Brewer Carías (citando a José Guillermo Andueza) señala: "Sobre el origen de esta norma, consagrada en el artículo 47 de la actual Constitución, el Decano José Guillermo Andueza nos señala que la finalidad de ese artículo, incorporado por primera vez en la normativa constitucional en el año 1901, "fue exonerar de responsabilidad al Estado por los hechos ilícitos cometidos por los revolucionarios en las guerras civiles y evitar así las constantes reclamaciones de daños y perjuicios que provenían principalmente de los extranjeros. Por eso se exige, para empeñar la responsabilidad del Estado, que el daño sea causado por una autoridad competente (las anteriores Constituciones decían autoridad legítima) en ejercicio de sus atribuciones legales.

Sin embargo, esas constantes reclamaciones de parte de los extranjeros al Estado, no solamente dieron origen a esa norma constitucional, sino que también dieron nacimiento a una legislación especial de extranjeros donde se establecen normas particulares reguladoras de esas reclamaciones y de la responsabilidad del Estado respecto a aquéllos".<sup>1 2</sup>

### 3.2. Fundamentos de la Responsabilidad

Tanto en el Derecho comparado como en Venezuela, el fundamento de la responsabilidad por parte de la Administración se ha visto en el reconocimiento de los derechos públicos subjetivos; en el principio de igualdad en las cargas públicas; y, en las denominadas faltas de servicio.

En cuanto a las garantías o derechos públicos subjetivos hemos señalado que la Ley fundamental consagra un conjunto de derechos (individuales, sociales, económicos y políticos y aun los innominados —artículo 50 de la Constitución— que van a constituir, a su vez un límite a la actuación pública.

1. Allan Brewer Carías, "Las Instituciones Fundamentales..." o. c. pág. 419.
2. Para la preparación del presente punto, han sido consultadas y tomados los siguientes textos: Eloy Lares Martínez, Manual de Derecho Administrativo, Cursos de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas 5ª Edición, Caracas, 1983; Jean Rivero: "Derecho Administrativo" o. c.; Antonio Moles Caubet, Prefacio al Libro "Sistema Contencioso..." o. c.; Allan Brewer Carías, "Las Constituciones..." o. c.



La protección de todos estos derechos, mediante la creación de mecanismos procesales al efecto, son esenciales a la *idea misma de la democracia y del Estado del Derecho*. De nada sirve que un Estado declare y reconozca los derechos a los ciudadanos si ese mismo Estado los puede violentar impunemente. En este orden de ideas en el artículo 3º de nuestra Constitución dentro de los atributos del Gobierno establece que es y será democrático y responsable.

En este orden de ideas, frente a la legalidad administrativa y en la circunstancia de cualquier violación a este principio por parte de la administración, que menoscabe las garantías de los particulares surge como imponderable que se establezca la responsabilidad del Estado.

Otros, han visto la justificación o fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado en la igualdad de los ciudadanos, tanto entre ellos, como frente a las cargas públicas. En este sentido Jean Rivero expresa: "Desde el punto de vista teórico, un gran número de autores ven, en la responsabilidad de la potestad pública una consecuencia necesaria del principio de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas. La acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos. Pero si bien la igualdad de todos ante las cargas públicas es ciertamente la justificación teórica de la responsabilidad, de ello no resulta de ninguna manera que todo atentado a esta igualdad debe ser reparado; se verá que sólo aquellos, provocados por actos que presentan ciertos caracteres jurídicos —falta o creación de riesgos— *comprometen la responsabilidad. Hay que distinguir, pues, muy netamente, el problema práctico del hecho generador de la responsabilidad*".<sup>1</sup>

Este principio de igualdad ante las cargas públicas se encuentra recogido en nuestro texto constitucional en una interpretación progresiva e integral de los artículos 45, 56, 61 y 223. En virtud de tales artículos todos los habitantes de la República, sean venezolanos o extranjeros, y sin discriminación de ningún

1. Jean Rivero, "Derecho Administrativo". o. c. pág. 293.

tipo, están en la obligación de contribuir, según su capacidad económica a los gastos y cargas públicas. De igual forma el artículo 57 de la Constitución Nacional establece el principio de solidaridad de los ciudadanos de las obligaciones que le corresponden al Estado.

Si el Estado, a través de la Administración Pública tiene por objeto o justificación la satisfacción y tutela de los intereses colectivos; y, si la administración en ejercicio de sus atribuciones, y por órgano de una autoridad legítima le origina daños a un particular, éste no puede sufrir individualmente las cargas de la actividad dañosa de la administración. En razón de ello la carga, entendida aquí como la obligación de reparar el daño debe ser asumida por el Estado como ente colectivo, del cual participan todos los ciudadanos, y así se restablece el equilibrio que se había roto al originársele daño a un sujeto individualmente considerado.

También se fundamenta la responsabilidad fundamental del Estado en el deber que tiene éste de crear y mantener en buen estado los servicios públicos. Si el Estado cobra impuestos, y los administrados contribuyen a sostener toda la estructura pública, teniendo como correlativo el derecho de usufructuar los servicios, resulta de perogrullo afirmar que al ser deficientes éstos, se está lesionando a la colectividad, e individualmente al sujeto perjudicado por la ineficiente prestación del servicio.

Consideramos que al ser el Estado un sujeto de Derecho, y siendo un principio de que todo aquel que cause un daño debe repararlo (artículo 1.185 del Código Civil), la "obligación de reparación se traduce en la responsabilidad del causante del daño".<sup>1</sup> En este sentido el Estado como sujeto de derechos y obligaciones, y en atención al deber de tutelar los intereses colectivos y de mantener la igualdad de los ciudadanos, cuando actúe no tan sólo contrario a derecho, sino que, aun cuando su actuación —siendo legal— violenta el derecho de los demás, originando una disminución en el patrimonio de otro sujeto de derecho, debe responder, y en consecuencia reparar el daño (artículos 43, 46 y 47 de la Constitución Nacional).

1. Libardo Rodríguez R. "Derecho Administrativo...". o. c. pág. 329.

### 3.3. Elementos de la Responsabilidad.

En el campo de la actividad administrativa, y de la responsabilidad que se derive para la administración de reparar, y por tanto de ser responsable por un daño, se entiende que deben existir tres condiciones o elementos, a saber: una actuación administrativa que se manifiesta como un hecho generador, conducta o culpa; en segundo lugar un daño, es decir una disminución en el patrimonio de otro sujeto de derecho; y un nexo causal que permita vincular ese daño con la actuación de una persona determinada, denominado también imputabilidad del daño.

La Procuraduría General de la República así lo ha asentado, en dictamen de fecha 30 de mayo de 1977 cuando señala: "La responsabilidad por hecho ilícito que consagra el artículo 1.185 del Código Civil, requiere, para su procedencia, tres elementos esenciales, que son, en primer término, la culpa (comisión con intención por imprudencia o negligencia de un hecho generador de daño); en segundo lugar la existencia del daño y tercero la relación de causalidad entre la culpa (conducta culposa) y el daño".<sup>1</sup>

De igual forma en el denominado sistema de legalidad socialista también han sido aceptados esos tres elementos como necesarios para que podamos hablar del daño resarcible; así Héctor Garcini Guerra, señala: "El Derecho Soviético, según Serebrovsky y Jalfina, fundamenta la responsabilidad civil por la producción de un daño en: 1) la existencia del daño causado a una persona o a sus bienes, 2) la antijuricidad del acto lesivo, 3) la existencia del nexo causal entre la acción antijurídica y sus consecuencias nocivas y 4) la existencia de culpa del causante del daño.

1. El daño en la persona puede consistir en el quebrantamiento de su salud o en su muerte, acompañados de la disminución o pérdida de su salario o del menoscabo material irrogado a las personas que viviesen a cargo del fallecimiento. El daño a los bienes, valorado en dinero, puede consistir en su disminución o desaparición y también en el beneficio omitido, o sea, la pérdida de la suma que la víctima pudo recibir si no hubiera acaecido el acto lesivo.

<sup>1</sup> "20 años de Doctrina..." o. c. págs. 247 y 248.

2. Acto antijurídico es la acción u omisión que viola la ley y el derecho protegido por ella, causando un daño al titular de ese derecho, siempre que la actuación no se hubiera realizado dentro de los límites de los derechos de que es titular el causante del daño.
3. La responsabilidad sólo nace, si la acción u omisión antijurídica y sus consecuencias dañosas son causa del daño causado.
4. Y por último aunque no se tenga intención de causar el daño —en cuyo caso existe siempre responsabilidad— ha de concurrir negligencia, integradora de la culpa, por parte del causante del daño, negligencia que se presume y que el imputado tiene que demostrar que no existe para eximirse de responsabilidad".<sup>1</sup>

Haremos una breve referencia a cada uno de estos elementos, y tan sólo destacaremos los elementos especiales de ellos en el Derecho Administrativo. Entendemos que estas condiciones del daño resarcible han sido analizadas y estudiadas con suficiencia con el Derecho Privado.

### 3.3.1. El Daño.

Siguiendo a Rivero podemos decir que el daño es aquella circunstancia lesiva, representada por una disminución en el patrimonio de un sujeto de derecho. Ese daño debe reunir las siguientes características.

1.—Deber ser real o cierto, por lo tanto se excluyen los daños eventuales. Implica la existencia de una lesión efectiva en el patrimonio del perjudicado, por lo que debe ser nacido, presente y actual. Se incluiría también el daño futuro cuando su concreción material sea inevitable, y por lo tanto dé u origine una presunción cierta de lesión.

2.—Debe ser especial en tanto y en cuanto sea posible la individualización de la persona o las personas lesionadas. La individualización del daño se opone al sentido de generalidad, porque de ser esta última la circunstancia se entraría en el supuesto de las cargas generales, y por lo tanto no sería reparable sino en la medida en que la Administración restablezca el funcionamiento del servicio.

1. Héctor Garcini Guerra. "Derecho Administrativo", Editorial Pueblo-Educación, La Habana 1982, págs. 233 y 234.

3.—Debe ser *anormal*, esto es que debe traspasar los obstáculos propios del funcionamiento del servicio.

4.—El daño debe lesionar un derecho jurídicamente protegido, con lo cual se quiere excluir los daños que se puedan causar a aquellos sujetos de derechos que se encuentren en una situación ilegal. Sería absurdo que el Estado indemnizara a los traficantes de drogas por los estupefacientes incinerados, y a los indocumentados.

En cuanto a la reparación del daño moral consideramos importante transcribir la opinión de André de Laubadère, quien señala: "Desde hace mucho tiempo la jurisprudencia administrativa admite la reparación de los daños morales, tales como una ofensa contra la reputación (C. E., 3 de abril de 1936, *Sudre*) o contra una libertad de orden espiritual (7 de marzo de 1934, *abate Belloncle*), pero hasta hace poco descartaba, contrariamente a la jurisdicción ordinaria, la reparación del perjuicio del afecto (dolor moral causado por la pérdida de un ser querido). Sin embargo, ha abandonado esta posición y actualmente acepta este tipo de reparación (C. E., 24 de noviembre de 1961, *Letisserand*, D., 1962. 34, vista fiscal de HEUMANN).

Por otra parte, dentro de la hipótesis del accidente mortal el Consejo del Estado, después de haber determinado, contrariamente a la jurisprudencia judicial, que únicamente podían reclamar reparación las personas que tuvieran derecho a pensión alimenticia respecto a la víctima, abandonó esta regla restrictiva (25 de enero de 1952, *Simon D.*, 1952. 549)".<sup>1</sup>

Por su parte, en Venezuela se ha aceptado la reparación del daño moral por parte de la Administración, y en este sentido la Procuraduría General de la República ha expuesto: "Ahora bien, es de doctrina que la lesión recibida en el cuerpo o salud de una persona por el hecho ilícito de otra, ocasiona un innegable daño moral a la víctima, al vulnerar un bien de carácter extra patrimonial como lo es la integridad física. El subtrato del daño moral ocasionado por una lesión sufrida en el cuerpo o en la salud consiste en el dolor físico o moral ocasionado por lesión, la angustia y el miedo soportados, en fin, el sufrimiento acarreado a la víctima por la lesión. El daño moral, en casos

1. André de Laubadère "Manual de..." o. c. pág. 103.



de lesiones deformantes o mutilantes, como es el caso en estudio, se caracteriza por el menoscabo espiritual que ocasiona a la víctima la alteración de su estética personal.

Con respecto a éste procedimiento, podemos decir que el artículo 1.196 del Código Civil, establece:

"La obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito".

"El Juez puede, especialmente, acordar una indemnización a la víctima en casos de lesión corporal, de atentado a su honor, a su reputación o a los de su familia, a su libertad personal, como también en el caso de violación de su domicilio o de un secreto concerniente a la parte lesionada".

"El Juez puede igualmente conceder una indemnización a los parientes, afines o cónyuge, como reparación del dolor sufrido, en caso de muerte de la víctima".

El primer aparte del artículo anteriormente transcrito, nos indica que, demostrados los hechos constitutivos de un daño moral por la persona que los haya sufrido, y comprobada la responsabilidad de un tercero en cuanto al origen de ese daño, procede la reparación acordada por la Ley; hechos éstos que en el caso de autos, se encuentran plenamente comprobados.

Como consecuencia de lo antes expuesto, este Despacho opina que al sufrir el señor R. G. la amputación del pie derecho, queda configurado el daño moral ocasionado; de ahí que la indemnización solicitada como reparación por el daño sufrido es procedente, ya que la obligación de reparar, consagrada, abarca no solamente los daños materiales sino también los daños morales sufridos, pero en cuanto a la suma por él reclamada, estima esta Procuraduría General de la República, que su monto debe ser fijado por el Ejecutivo Nacional, si es posible de común acuerdo con la víctima, teniendo en cuenta, siempre lo consagrado en el segundo aparte del referido artículo 1.196 del Código Civil".<sup>1</sup>

1. "20 años de Doctrina..." o. c. págs. 276 a 278.



### 3.3.2. La actuación administrativa, hecho generador o culpa.

El hecho generador va a ser aquel presupuesto cuya realización origina el daño. Para que un sujeto de derecho —y dentro de ellos las personas públicas— pueda ser considerado responsable debe, ante todo, haber producido una actuación que le sea imputable. Es decir, debe ser autor de una conducta que le sea imputable.

En este sentido se plantea que para que la administración sea responsable, y por tanto surja la obligación de reparar el daño, es necesario que la actuación administrativa sea irregular, y, a su vez, le sea imputable directamente a la administración. En este sentido queda la administración excluida de responsabilidad en los casos de culpa de la víctima (artículo 1.189 —de acuerdo a la contribución de ésta para la prohibición del daño, y a la gravedad de dicha culpa— puede ser una razón de eximente de la responsabilidad, o de concurrencia atenuante, del Código Civil); debe observarse que la culpa de la víctima en los términos de la norma citada.

De igual forma la Administración puede ser eximida de responsabilidad (o le puede ser atenuada) en aquellos casos en que obre en un estado de necesidad civil, en los términos del artículo 1.188 del texto legal citado.

Tampoco será responsable la administración si el hecho le es imputable a un tercero. Si por ejemplo, un extraño a la administración utiliza bienes de la administración y mediante ésta origina un daño a otro particular, la administración tendrá la eximente contemplada en el artículo 1.193 del Código Civil.

Se sostiene en Doctrina que cuando el hecho gravoso no se ha podido realizar sin la intervención de un tercero, y que por tanto entre la administración y el daño no exista un vínculo de causalidad directa, no será imputable la administración; y, por ello aun cuando la administración haya concurrido en la realización de la actividad, no podrá ser ésta inquirida a reparar el daño.

De igual forma, la administración no responderá —siguiendo la regla de derecho común establecida en el artículo 1.193 del Código Civil— cuando haya ocurrido un álea extraordinaria, irre-

sistible e imprevisible, que es lo que la doctrina denomina como *la fuerza mayor*. Entonces, en los casos de fuerza mayor, la administración no será responsable.

No ocurre lo mismo en el supuesto del caso fortuito en tanto y en cuanto éste no es exonerativo de la responsabilidad de la administración, ya que la administración responde por riesgo, así lo establece, entre otras leyes el artículo 21, en relación con el 59 de la Ley de Tránsito Terrestre siguiendo a Brewer: "la doctrina refiere con frecuencia casos de "responsabilidad administrativa" no fundamentados en la idea de culpa o en la idea de riesgo, y que tienen su origen en daños causados por el ejercicio legal y legítimo del poder administrativo. Estos casos, hemos dicho, no los consideramos como casos de responsabilidad administrativa, sino que entran en los supuestos de lo que en Derecho Administrativo se ha denominado la Teoría de la Indemnización".<sup>1</sup>

En la denominada responsabilidad por riesgo se parte del presupuesto de que la administración desarrolla una función administrativa, y si en virtud de ella (aun cuando no haya existido culpa o dolo) se ha originado un daño, un nexo causal se establece entre la actividad y el daño. Ejemplo de éstos podría estar en: a) los daños causados por la construcción de obras que sean peligrosas en sí mismas; b) los accidentes de tránsito, como ya lo hemos señalado; c) por actividades realizadas en situaciones de urgencia y emergencia (la requisita sería el ejemplo típico); d) al igual que los patronos en el derecho laboral por los accidentes de los funcionarios cuando éstos estén ejerciendo sus funciones (aquí se trata de los típicos accidentes de trabajo, en donde por razones de higiene y seguridad industrial deben guardarse determinadas reglas de comportamiento).

Dentro del hecho dañoso, generador, imputable y culposo se suele destacar la denominada falta de servicio que implica un incumplimiento de los deberes de la administración en su obligación genérica de mantener el buen estado de funcionamiento a los servicios. La colectividad espera de la administración el que ésta realice su actividad con arreglo a los principios de eficacia y eficiencia (artículo 30 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), por lo que en el funciona-

1. Brewer Carías. "Las Instituciones Fundamentales..." o. c. pág. 428.

miento del servicio se tiene la presunción de un nivel medio-óptimo. Por lo tanto si el servicio se presta por debajo de ese nivel se entiende que existe una falta de servicio que puede ser dañosa y que origina la responsabilidad patrimonial de la administración competente.

En el derecho comparado se ponen como ejemplos típicos los supuestos de prestación de los servicios médico-hospitalario, transporte colectivo, agua, luz, entre otros. De igual forma, en el Derecho comparado (sobre todo en Francia) ha tenido una excepcional aplicación el denominado recurso por carencia o abstención, en razón del cual los particulares pueden dirigirse a los tribunales para que éstos constriñan a la administración a que presten eficazmente un servicio.

Lamentablemente en Venezuela el recurso por carencia o abstención (regulado en el artículo 42, ordinal 23, y en el artículo 182, ordinal 1º, ambos de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia) no ha tenido el mismo nivel de aplicación que en el Derecho comparado, e incluso, algunos autores patrios sostienen su no aplicación en el ámbito de los servicios públicos.

En un país ahogado en una crisis de inercia, en el que la administración pública evade las responsabilidades que tiene con respecto a la comunidad, sería importantísimo la aplicación del recurso; o, en su defecto, la exigibilidad de responsabilidad a la administración por las faltas de servicio.

Nos señala Rivero, en cuanto a la prestación de la falta de servicio, lo siguiente: "El Juez, para apreciarla, no se refiere a una norma abstracta; para decidir, en cada especie, si hay falta o no, él se pregunta, lo que en ese caso debía esperarse, teniendo cuenta de la dificultad más o menos grande de su misión, de las circunstancias de tiempo (período de paz, o momento de crisis), de lugar, de los recursos de que disponía el servicio en personal y en material, etc.

De ello resulta que la noción de falta de servicio tiene un carácter relativo, pudiendo el mismo hecho, según las circunstancias, ser reputado como culposo o como no culposo"<sup>1</sup>.

¿Qué podemos esperar nosotros de un servicio Público? En los términos de Houriou, a la noción general de servicios públi-

1. Jean Rivero. "Derecho Administrativo", o. c. págs. 304 a 305.

cos debe agregársele un elemento técnico, consistente en la verdadera eficacia y eficiencia en cuanto a su prestación. Por lo tanto esperamos que el servicio sea eficiente; y si no lo es tendríamos dos vías, a saber: a) Interponemos un recurso por carencia para que se constriña la administración a que cumpla con su deber general (esto, antes de que se produzca un daño), y así se restablezca el equilibrio roto por la negligencia administrativa; o, b) esperamos que se origine un daño y demandamos a la administración para que lo repare.

La aplicación de estas dos vías va a depender del grado de madurez y desarrollo tanto de la ciudadanía, como de la administración. Si asumimos la tesis contractualista del servicio público, se dirá que lo que procede es una acción por incumplimiento de contrato. Esto, aun cuando nos negamos a aceptar dicha teoría, podría ser válido en los casos del agua, luz, teléfono, en los que supuestamente existe un contrato de adhesión, y se podría demandar al INOS, a la Electricidad de Caracas o a la C.A.N.T.V. Pero qué ocurre en los casos de los servicios hospitalarios, vialidad, parque y recreación, educación, entre otros? Aquí, ni la más radical teoría contractualista puede insinuar la existencia de un contrato.

En la tesis estatutaria, y aun en la mixta, sobre el servicio público, se postula que existe una administración responsable frente a la cual se pueden y se deben incoar —de acuerdo a los supuestos— cualquiera de las dos vías que anunciamos.

### 3.3.3. El Nexo Causal.

“La doctrina uniforme de los escritores señala que para que un daño deba repararse jurídicamente es preciso que haya sido causado por el responsable, por sus subordinados o por sus cosas, animadas o inanimadas. A este requisito alude también en diversos preceptos nuestra Ley civil, al legislar sobre los supuestos en que procede la reparación: el daño indemnizable es el que se causare o se hubiere causado u ocasionado a otro”<sup>1</sup>.

1. Alfredo Orgaz. “El Daño Resarcible”, Editora Córdova (Marcos Lerner, pág. 29, Buenos Aires 1980).

Sin entrar a la problemática de la teoría de la causa, donde a menudo se confunde la cuestión de la causalidad con la de la culpabilidad; y donde partiendo de una indagación filosófica se ha llegado a afirmar que la causa que: "es la suma de las condiciones positivas y negativas tomadas juntas, el total de las contingencias de toda naturaleza que, siendo realizado, hacen que se sigan el consiguiente, de toda necesidad"<sup>2</sup>. Nos interesa señalar qué nexo causal va a ser aquel vínculo entre la actuación imputable a la administración y el daño efectivamente causado.

Es necesario para que exista relación de causalidad, que el hecho debe no tan sólo ser determinante en la producción del daño sino que debe ser idóneo para causarlo.

El problema de la relación causal estriba en determinar bajo qué circunstancia una actuación imputable puede originar un daño resarcible. En este sentido "hay conexión causal entre un acto y un resultado, cuando este acto ha contribuido de hecho a producir un resultado —esto es, ha sido una de las condiciones *sine qua non* de él— y además, debía normalmente producirlo, de acuerdo con el orden natural y ordinario de las cosas (artículo 901). A la inversa, no hay conexión causal cuando la acción deba considerarse indiferente según la experiencia de la vida, para la producción del daño, o bien, cuando el acto, aunque factor esencial del resultado, solamente lo ha producido por la intervención de circunstancias extraordinarias e imprevisibles.

Para que estas circunstancias excluyan la relación causal, es necesario que sean sobrevinientes a la acción del presunto responsable: las preexistentes y las simultáneas, en cambio, sólo interesan para apreciar si la acción del agente era o no adecuada al resultado"<sup>2</sup>.

En el caso de la responsabilidad patrimonial de la administración se requiere un vínculo entre su conducta, manifestada a través de un hecho imputable, como un daño cierto, directo e imputable que origina una disminución de carácter patrimonial en un sujeto de derecho que ha actuado dentro del marco de

2. Stuart Mill, Citado por Kries en "Sistema de Lógica Inductiva y deductiva", Lib. III, Cap. 5 pág. 332. (Traducción por Eduardo Ovejero y Maury, Madrid, 1927).

1. Alfredo Orgaz. "El Daño...", o. c., pág. 59.

la legalidad. Tan sólo así podemos hablar de un daño resarcible de una administración responsable, y de un sujeto lesionado en un derecho legítimo.

#### 3.4. La Reparación del Daño.

Se discute en Doctrina si la administración puede reparar en especie, o, si por el contrario debe indemnizar mediante el pago de una suma de dinero equivalente al daño sufrido.

Se sostiene —siguiendo a Jean Rivero— que en virtud del principio de la separación de los Poderes, no le es dable a la jurisdicción acordar, en contra de la administración, la reparación en especie, que consistiría en obligar a la administración a reparar el daño mediante el restablecimiento de las cosas al estado en que se encontraban antes de producirse el hecho imputable.

Otro de los elementos que se suele discutir, es el relativo a la modalidad de la reparación y al monto de la misma. En este sentido Laubadère señala: "El principio es el de la reparación íntegra del perjuicio. Con todo, en este dominio de la evaluación del perjuicio se ha hecho observar con frecuencia que el Juez administrativo se muestra más parsimonioso que el juez civil. Además, en el curso de estos últimos años el juez administrativo ha realizado un esfuerzo de liberalismo, especialmente en lo que concierne a la fecha de evaluación del perjuicio: después de haber admitido estrictamente durante mucho tiempo que la evaluación debe hacerse en la fecha del daño y no en la de la sentencia (contrariamente a la solución judicial), admite ahora reglas destinadas a compensar las posibles variaciones de los precios entre estas dos fechas el día de la liquidación para los daños a las personas"<sup>1</sup>

Hemos de señalar, recapitulando que existen dos formas ordinarias de reparar los daños ocasionados por un hecho ilícito, a saber: a) la denominada reparación *in natura* o natural, o en especie, que significa el restablecimiento, por cuenta del responsable, de las cosas al momento o al estado en que se encontraban antes de producirse el hecho que originó el daño. En

1. Andre de Laubadere, "Manual de..." o. c., págs. 120. y 121.



este caso el responsable tiene una obligación de hacer. La reposición o restablecimiento, constituye una modalidad de reparación del daño aceptada comúnmente en el derecho privado.

No obstante, esta fórmula válida en el Derecho Privado, se entendería —en Derecho Administrativo— como una intromisión de una rama del Poder Público en la esfera de competencia de otra; originándose un grave conflicto de funciones. Ahora bien, somos del criterio de que en Venezuela sí pueden los órganos jurisdiccionales condenar a la Administración al restablecimiento de la situación jurídica lesionada, conforme a los términos de los artículos 47 y 206 de la Constitución Nacional en relación con el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte.

La Administración podrá escoger entre la reparación **in natura**, y el pago indemnizatorio de una suma de dinero. Nos parece que en atención a los intereses colectivos que tutela la administración, a ésta se le debe dar la opción, para que escoja aquella alternativa que, tanto por orden presupuestario como en atención a las actividades propias de ella, le resulte menos gravosa a la colectividad.

b) También, existe la satisfacción al lesionado, mediante el pago de una suma de dinero suficiente y equivalente para restaurar los valores afectados. Aquí se trata de una obligación de dar que se manifiesta mediante la acción que tiene por objeto la entrega de una suma de dinero. Se entiende que la reparación pecuniaria implica un restablecimiento de carácter aritmético, en relación a la magnitud del daño originado.

En el derecho comparado esta es la postura aceptada, ya que se entiende que al ser el derecho una ciencia de la cultura, trabaja con los objetos bajo el sistema de una relación del valor. Y ese valor es el producto de una tasación pericial en razón de la cual se establecen los correspondientes atributos del derecho lesionado, se determina la disminución del elemento axiológico del derecho en virtud del hecho imputable, y la diferencia sería el valor a indemnizar.

Este resarcimiento no puede nunca ser mayor que el efectivo daño causado, ya que originaría un enriquecimiento ilícito del damnificado original, y pondría en manos de la administración la posibilidad de repetir el excedente pagado. En este sentido la Procuraduría General de la República ha señalado: "El prin-

cipio es que la indemnización que ha de acordarse a la víctima debe cubrir la integralidad del perjuicio, o de la fracción del perjuicio imputable a la Administración Pública, caso de ocurrir causa extraña; pero no puede en ningún caso, exceder de ese perjuicio o de esa fracción.

El resarcimiento debe consistir en la atribución de un valor pecuniario que llene el vacío formado en el patrimonio de la víctima, de forma que dicho patrimonio quede en igual situación a aquella en que se habría encontrado de no haberse producido la lesión de un derecho.

Si bien el principio es, según se ha señalado arriba, que ha de proceder la reparación integral del perjuicio, un segundo principio viene a completar aquél: la reparación no debe procurar un beneficio a la víctima del daño<sup>1</sup>.

Ya hemos señalado en otro lugar de este ensayo que en caso de acumulación de responsabilidades (hecho de la víctima, de un tercero, entre otros) la administración tan sólo estaría obligada a resarcir el perjuicio proporcional a su participación en el daño. En este sentido existiría un cúmulo de responsabilidades en donde el Juez deberá tratar de diferenciar la participación de los distintos sujetos causantes del daño, y la influencia de la conducta de cada uno de ellos en el daño efectivamente producido.

Por otro lado, al igual que en el Derecho común tan sólo es reparable el daño sufrido, efectivamente experimentado y que sea probado. En el mismo dictamen la Procuraduría ha sostenido lo siguiente: "No es reparable sino el perjuicio sufrido, o efectivamente experimentado (Dictamen de la Procuraduría General de la República de fecha 12-7-1976).

No es reparable sino el perjuicio probado. Esta regla es la aplicación del Derecho Común que tiende a que el reclamante haga la prueba de su derecho. No es procedente la indemnización de daños y perjuicios cuando el reclamante no acredita suficientemente la existencia de los mismos ni demuestra con datos exactos e irrecusables la cuantía en que los fija. Y ello

1. "20 Años..." o. c., pág. 255, Tomo IV, Volumen I.

es así porque no puede convertirse el derecho a una indemnización en fuente de riqueza, con daño del patrimonio de la República que está obligada tan sólo al abono de lo justo"<sup>1</sup>.

Otro punto de gran interés, en cuanto a la reparación del daño es el relativo a la fecha de evaluación del perjuicio. La postura común señala que el perjuicio debe ser evaluado (y por lo tanto la base de la reparación sería esta fecha), al momento de producirse el daño. Esta fórmula que pareciera justa tiene como obstáculo la variación de la moneda y otros áleas que hacen que la suma de dinero recibida (ejecutoriada la sentencia) no sea suficiente para reparar el daño causado. Frente a ello Rivero señala: "La solución actual distingue:

1º Para los daños a los bienes, la regla anterior subsiste; la víctima, por lo general, procede a la reparación del bien después del daño; es normal indemnizarla sobre la base de lo que ella ha realmente gastado. Sin embargo, si en realidad la reparación no ha podido ser inmediata, el juez modifica la indemnización en consecuencia.

2º Para los daños a las personas, la evaluación se sitúa en el día de la sentencia, salvo si la víctima ha retardado ésta, voluntariamente.

Sin embargo, no se trata sino de directrices generales. El juez no duda en apartarse de ellas, cuando las circunstancias propias del caso hacen más equitativa las soluciones inversas: *toma en consideración la situación en el día de la sentencia, en el caso de daños a bienes, o del día del accidente en caso de daños a las personas*"<sup>1</sup>.

En Venezuela existen, en materia de Carrera Administrativa, sentencias contradictorias en relación al pago de los salarios dejados de percibir. En efecto, como se trata de un pago indemnizatorio se había sostenido —con mucha razón jurídica— que éstos se pagaban hasta el momento de la sentencia. No obstante, habida cuenta de la contumacia de la Administración y al ya tradicional problema de la ejecución de las senten-

1. "20 Años..." o. c., pág. 254. Tomo IV, Volumen I.

1. Jean Rivero. "Derecho Administrativo", o. c., pág. 314.

cias del contencioso administrativo, últimamente se ha adoptado el sistema vigente en el derecho laboral; en virtud del cual el pago de los salarios dejados de percibir se acumulan hasta el momento de la efectiva reincorporación del funcionario al cargo del cual fue destituido; aquí privó una verdad real, por sobre la razón jurídica.

En otros casos de responsabilidad patrimonial de la administración, se sujeta el monto de la indemnización a un avalúo (por ejemplo, en la expropiación forzosa); y las técnicas y modalidades de éste han ido variando de acuerdo a un principio de justicia distributiva. En efecto, los valores obligatorios para establecer el avalúo del justiprecio (artículo 35 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Interés Social), tiene legalmente como punto de referencia la fecha del Decreto de Expropiación; la Jurisprudencia ha cambiado el momento referencial y lo ha trasladado al momento en que se practique efectivamente el avalúo. Y ello, porque el impulso del procedimiento expropiatorio es a cargo del ente expropiante.

En los supuestos de hechos ilícitos, se ha acogido la fórmula de la experticia; y por tanto serán los expertos quienes fijen el monto a indemnizar.

En tal virtud la fecha referencial para el cálculo de la indemnización, así como las reglas sobre el cálculo en sí mismo va a ser materia del debate probatorio, al igual que en el Derecho Privado. Consideramos que lo más importante estriba en el hecho de destacar que la reparación debe tener por objeto el restablecimiento íntegro del perjuicio sufrido, sin que implique enriquecimiento o empobrecimiento para alguna de las partes en conflicto. Es por ello que entendemos que la indemnización constituye un valor económico asignado por el Derecho, que permite armonizar la situación del sujeto lesionado con el hecho imputable al autor de la lesión.

En tal virtud se trata, pues, de un valor equitativo, de restablecimiento puro y simple; la acción de daño no puede buscar un enriquecimiento del sujeto lesionado, pero tampoco un empobrecimiento.

Debe señalarse, finalmente, que la indemnización genera intereses a cargo del sujeto cuyo hecho lo hace responsable por el daño sufrido. Somos del criterio de que el monto de los

intereses debe ser el de los intereses legales que establecen el Código Civil y el Código de Comercio, o en su defecto aplicar por analogía el artículo 60 del Código Orgánico Tributario que establece una tasa equivalente al doce por ciento anual, teniendo como elemento adicional la fijación que pueda hacer el Banco Central de Venezuela, sin que, en ningún momento, pueda exceder del dieciocho por ciento anual sobre la cantidad adeudada.

#### CAPITULO IV

#### IV.— PROCEDIMIENTOS PARA LA EXIGIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION, POR LOS PARTICULARES

Una vez que hemos establecido que el Estado —y concretamente la Administración Pública, que es el objeto de nuestro tema— tiene personalidad jurídica; que por tanto es titular de derecho y obligaciones. Hemos señalado, también, que el Estado se hace responsable, siempre y cuando concurren los elementos necesarios para el daño resarcible, patrimonialmente frente a terceros. Consideramos que es necesario hacer un breve análisis del procedimiento, ordinario y general, que debe seguirse para hacer exigible, y por tanto verificable económicamente la aludida responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

En este sentido entramos al campo de los procedimientos administrativos y de los procedimientos contenciosos.

Los Procedimientos Administrativos pudiéramos definirlos como aquel conjunto de instancias, trámites, actos y diligencias que se mantienen unidas axiológicamente, con el objeto de producir un acto administrativo de carácter definitivo, revisable en sede administrativa o impugnabile ante la jurisdicción competente.

Estos Procedimientos Administrativos pueden ser (conforme al régimen ordinario de la anulación), de la siguiente manera: a) de primer grado, constitutivos o "prenatales", que consisten en el conjunto de instancias, trámites y diligencias que tienen por objeto la producción de un acto administrativo definitivo, que era inexistente para el momento en que se inicia el pro-

cedimiento; b) procedimientos de segundo grado, de revisión en sede administrativa o de ejercicio de la potestad de autotutela de la administración, que tienen por objeto que una vez producido un acto que pone fin a un procedimiento constitutivo, la administración vuelva a revisarlo con el objeto de que lo modifique, confirme, revoque o reponga al procedimiento; c) los procedimientos de tercer grado de revisión en sede contencioso-administrativa o de control jurídico externo que tienen por significado que, una vez producido un acto que causa estado y que ponga fin a la vía administrativa, procederán los Tribunales —a instancia de parte— a revisar la actuación de la administración.

Estos procedimientos, regulados los dos primeros en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y el tercero en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia —de manera general— tienen vinculación a nuestro tema en tanto y en cuanto conforme al artículo 131 del texto legal citado en el último lugar, el Juez de la anulación tiene plena competencia para condenar a la administración al pago de sumas de dinero, la reparación de los daños y perjuicios y al restablecimiento de la situación jurídica lesionada.

Considero que en el caso del artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia se produce una acumulación legal entre la pretensión de anulación y la pretensión patrimonial, cuando esta última haya tenido por origen un acto administrativo. Entonces, de producirse un acto de la Administración que además de ilegal, lesione patrimonialmente, a un sujeto de derecho (por ejemplo una orden de demolición emanada de un Concejo Municipal por violación de la Ordenanza sobre Urbanismo, Arquitectura y Construcciones en general; o, la orden de cierre de un negocio por violar normas sanitarias, de zonificación o de construcción; o una multa, entre otros), este interesado legítimo personal y directo (conforme a lo establecido en los artículos 22 al 24 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos; y 112 y 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia), deberá intentar los recursos administrativos en sede administrativa, y una vez agotada la vía administrativa sin que haya desaparecido la lesión, deberá intentar el recurso de anulación, y establecer en su solicitud judicial los elementos constitutivos del daño resarcible, con



el objeto de que el Juez dé la anulación (conforme al 131 de la Ley de la Corte) además de anular el acto ilegal, condene a la administración al pago de los daños y perjuicios originados.

Ahora bien, hemos señalado (páginas 6 y 7) que la consagración de este artículo en la Ley de la Corte puede traer una serie de inconvenientes a saber: a) Si es aplicable o no a los procedimientos de nulidad contra actos de efectos generales. Pareciera que conforme a lo establecido en los artículos 46, 206 y 215 de la Constitución Nacional, en armonía con este artículo 131 de la Ley de la Corte, se estaría consagrando la responsabilidad del Estado en su función legislativa. Vale decir la responsabilidad patrimonial que se deriva con la promulgación de una Ley; b) Otro de los problemas es el referente a si el administrado-lesionado debe agotar la vía administrativa, cuando el acto administrativo origine daños y perjuicios, mediante la interposición de los recursos en sede administrativa (en los términos del artículo 93 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en relación con el ordinal 2º del artículo 124 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia); o, si debe agotar la vía administrativa en la forma establecida en los artículos 30 al 37 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en relación con el ordinal 5º del artículo 84 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Consideramos que en este caso la acción principal es de nulidad, al punto que está dentro de los poderes del juez —discrecionales por lo demás— el hecho de condenar a la administración a la reparación de un daño originado en un acto administrativo. En tal virtud somos del criterio que la vía administrativa —en estos casos— debe agotarse con la interposición de los recursos en sede administrativa, a los que hace referencia el precitado artículo 93 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos; c) En el supuesto de aceptar el agotamiento de la vía administrativa por intermedio de los recursos —y no del antejuicio administrativo— se presenta la duda de si el particular está obligado a plantear en sus recursos administrativos, además de las razones de legalidad y de mérito que vician el acto administrativo, los elementos determinantes del daño resarcible y su monto. En principio la demostración y cuantificación de un daño no es materia de un recurso de reconsideración, ni de un recurso jerárquico; no obstante, por los efectos gravosos de carácter patrimonial del acto admi-

nistrativo, y en razón del pleno y cabal ejercicio de la potestad de autotutela por parte de la administración, nos parece que debería ser un elemento necesario para que la administración pueda ponderar no tan sólo la legalidad de su actuación, sino también los efectos de la misma; d) También se presentaría el problema en cuanto a las formalidades que debe reunir, entonces, el recurso contencioso de anulación ya que pretensión de reparación de daños (por muy subsidiaria que sea) debe cumplir con los extremos formales que preceptúa el artículo 237 del Código de Procedimiento Civil, en su parte **in fine**. La referida norma legal señala que "Si se demandare la indemnización de daños y perjuicios, se especificarán éstos y sus causas"; y por lo tanto, se establece como una obligación formal del demandante (cuyo incumplimiento puede dar lugar a una excepción dilatoria en conformidad con el ordinal 7º del artículo 248 del Código de Procedimiento Civil), en aras de hacer válida y efectiva su pretensión. Consideramos que sí debe cumplirse tal requisito, en tanto y en cuanto el mismo artículo 131 de la Ley de la Corte establece que... "la Corte podrá, de acuerdo con los términos de la respectiva solicitud...", establecer la condena patrimonial de la administración. Del análisis integral de las normas se infiere que en la solicitud de nulidad deben especificarse los daños y sus causas.

No pretendemos agotar el análisis del artículo 131 de la Ley de la Corte, entre otras razones porque el objeto de nuestro ensayo (y de este capítulo) radica en establecer el procedimiento para exigir la responsabilidad patrimonial de la administración, cuando ésta se haya originado en un hecho de la administración.

En razón de ello, y al igual que en los supuestos de anulación, podemos hablar de un procedimiento de segundo grado representado por el antejuicio administrativo; y de un procedimiento de tercer grado, o contencioso, representado por la demanda judicial contra la administración.

En este orden de ideas pensamos hacer un análisis comparativo entre el antejuicio administrativo, y los elementos que de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos pudiesen resultar aplicables. Asimismo, en el procedimiento contencioso trataremos de hacer un análisis, igualmente comparativo, entre

la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y las disposiciones aplicables del Código de Procedimiento Civil.

No plantearémos procedimientos de primer grado, en tanto y en cuanto partimos del postulado de que el origen de la responsabilidad patrimonial es un hecho u operación material de la administración.

En este orden de ideas trataremos, en lo posible, de ver la incidencia del nuevo Código de Procedimiento Civil en el procedimiento Contencioso.

#### 4.1. El Origen de la Responsabilidad.

Como hemos señalado con anterioridad se ha escogido como postulado referencial (del contexto de supuestos que pueden dar origen a la responsabilidad patrimonial) a los hechos. En tal virtud excluirémos el análisis de los actos y de los negocios jurídicos como hechos generadores de la obligación de reparar un daño.

Circunscribiéndolo a los hechos, podemos significar que éstos constituyen un acontecimiento físico, natural y humano, que da origen al nacimiento de la obligación.

Un hecho constituye un suceso, acción u obra que da motivo a la causa; y, si ésta es la razón física, jurídica o humana que hace surgir en el campo del Derecho a un derecho u obligación, entonces el hecho es la causa en la obligación de reparar.

En el capítulo tercero (punto 3.3.2) ya hicimos referencia al hecho y sus componentes dentro del daño resarcible, por lo que nos remitimos a esas consideraciones.

Sí importa advertir ahora que el hecho debe estar vinculado al daño. Y el surgimiento de ese suceso equivaldría (*mutatis mutandi*) al procedimiento constitutivo. Es decir, producido el hecho, lo que sigue es la reclamación ante la administración para que ésta ejerza su potestad de autotutela.

Veamos, en un procedimiento administrativo normal (regulado por la Ley Orgánica de Procedimientos), la iniciación —ya sea de oficio o a instancia de parte— va a desembocar

en un acto administrativo de carácter definitivo<sup>1</sup>, que una vez notificado<sup>2</sup>, y siempre que origine una lesión en los intereses legítimos personales y directos<sup>3</sup>, va a dar lugar a los procedimientos de segundo grado o de revisión en sede administrativa<sup>4</sup>.

En el caso de los hechos, éstos no se inician por un proceso volitivo y querido; sino que acontecen y de ahí surge la lesión que va luego a ser reclamada, primero en sede administrativa, y en caso de no satisfacción, por ante los organismos judiciales.

Entonces, el hecho, como acontecimiento generador del daño, y por la esencia misma de él hace obviar los procedimientos constitutivos. Por lo que producido el hecho ilícito se pasa directamente a los procedimientos de segundo grado.

#### 4.2. El Antejudio Administrativo.

En criterio de la doctora Sanso: "Se entiende por antejudio, un procedimiento que, atendiendo al valor semántico de la denominación, precede a un procedimiento jurisdiccional. El antejudio actúa como condición de admisibilidad de la demanda o recurso que se ha de interponer ante el juez"<sup>1</sup>.

Los antejudios administrativos constituyen, a mi modo de ver, un privilegio que tienen los órganos administrativos, fundamentados en el interés general que éstos tutelan. En el Derecho Administrativo se plantea la clásica dicotomía o conflicto entre los intereses individuales, y el interés colectivo que deben preservar y hacer prevalecer los órganos administrativos.

Uno de estos privilegios va a estar significado por la posibilidad cierta que va a tener la administración de revisar en sede administrativa su actuación, con el objeto de evitar futuras e innecesarias controversias. Es una suerte de gestión extrajudicial; lo que ocurre es que el caso de querer deman-

1. Artículo 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

2. Idem..., artículos 73 y 74.

3. Idem..., artículos 22 y 85.

4. Idem..., artículos 81 al 99.

1. Hildegard Rondón de Sanso, "Procedimiento Administrativo". Colección de Estudios Jurídicos N° 1, Segunda Edición, Editorial Jurídica Venezolana, págs. 75 y 76. Caracas 1983.

dar a la administración es de carácter obligatorio, ya que constituye un requisito de admisibilidad del recurso contencioso o demanda contra la República. Esta afirmación se desprende del artículo 36 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y el ordinal 5º del artículo 84 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, lo que en conformidad con lo establecido en el ordinal 4º del artículo 257 del Código de Procedimiento Civil, nos da la visión de la inadmisibilidad del recurso contencioso por no cumplimiento del antejuicio administrativo<sup>1</sup>.

En criterio del doctor Lares Martínez, el antejuicio administrativo es conveniente por su vínculo con los supremos intereses de la colectividad y por lo tanto justificable como condición necesaria para accionar judicialmente. En este sentido señala el precitado autor lo siguiente: "A nuestro modo de ver, como ya expresamos, el antejuicio administrativo objeto del presente trabajo constituye principalmente una ventaja para la Administración, pues permite a ésta conocer anticipadamente las pretensiones de quienes se propongan demandar a la República por ante los órganos del Poder Judicial.

En España se ha sostenido que el requisito de la reclamación previa ante el Gobierno como presupuesto de la instauración de acciones contra la Administración tiene el objetivo práctico de evitar procesos inútiles, lo mismo que el ejercicio de los recursos administrativos contra las decisiones de la Administración. Se supone que una y otra vía puedan conducir a la Administración a un examen sereno de las cuestiones planteadas, que podría culminar, en el primero de los casos, a una solución razonable de los problemas planteados, y en el

1. El artículo 36 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, señala: "Los funcionarios judiciales no darán curso a ninguna acción que se intente contra la República, sin que se acredite el cumplimiento de las formalidades del procedimiento administrativo previo a que se infieren los artículos anteriores, o el contemplado en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, según el caso". Por su parte el ordinal 5º del artículo 84 de la Corte, expresa: Artículo 84. "No se admitirá ninguna demanda o solicitud que se intente ante la Corte: ... omisis ... 5º Cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la acción es admisible; o no se haya cumplido el procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República". Y el Código de Procedimiento Civil, señala: Artículo 257. "Las excepciones de inadmisibilidad proceden: ... omisis ... Cuarto. Por la prohibición de la Ley de admitir la acción propuesta, o cuando sólo permite admitirla por determinadas causales que no sean de las alegadas en la demanda".



segundo, a la revocación o modificación de los actos administrativos impugnados" (...) "...calificamos de evidente conveniencia, para tutelar los supremos intereses de la colectividad, que el ejercicio de las acciones judiciales contra la República o el Fisco Nacional, esté sometido, como condición necesaria, al agotamiento de la reclamación gubernativa previa"<sup>1</sup>.

Entonces, el antejuicio administrativo se nos presenta como importante y fundamental por las razones siguientes: Porque sirve para una mayor protección de los intereses colectivos que tutela la Administración; porque sirve "para procurar la transigencia de las partes, con el objeto de evitar el pleito que una de ellas quiere entablar"<sup>2</sup>; porque es una condición de inadmisibilidad para una acción judicial; y, porque sirve para que la administración ejerza su potestad de autotutela.

Debe observarse que el antejuicio se ventila por ante la propia administración que ha originado el daño; en él participa un órgano consultivo —como lo es la Procuraduría General de la República— mediante la producción de un dictamen de requerimiento obligatorio, pero no vinculante para la administración activa y, el antejuicio, conduce a la producción de un acto que pone fin a la vía administrativa; pudiendo también ocurrir que vencidos los lapsos sin que la administración se pronuncie, se entienda negada la solicitud<sup>3</sup>.

El objeto primordial del antejuicio administrativo consiste en el hecho de que la administración ejerza su potestad de autotutela, y en tal virtud revise su actuación antes de que ésta vaya a la vía judicial.

#### 4.2.1. El Procedimiento del Antejuicio Administrativo.

El referido procedimiento está previsto en los artículos 30 al 37 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la

1. Eloy Lares Martínez, en "Libro Homenaje a la Procuraduría General de la República", Editorial Arte, pág. 55, Caracas 1986.
2. Hildegard Rondón de Sanso, "El Sistema Contencioso de...", o. c., pág. 208.
3. El artículo 34 de la Ley Orgánica de la Procuraduría señala: "Vencidos los lapsos previstos en los artículos anteriores, contados desde la fecha de la presentación del escrito respectivo conforme al artículo 31 de esta Ley. Sin haberse notificado al reclamante el resultado de su presentación, quedará éste facultado para acudir a la vía judicial".



República, y le son aplicables algunas disposiciones de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Las fases de ese procedimiento serían las siguientes:

A) La iniciación del procedimiento.

Este procedimiento se inicia, conforme a lo establecido en el artículo 30 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (L.O.P.G.R. en adelante), mediante un escrito dirigido al Ministerio al cual corresponde el asunto. En nuestro criterio este escrito tiene el carácter de solicitud administrativa, y por tanto tiene su fundamento en los artículos 67 y 206 de la Constitución Nacional; en los artículos 2 y 49 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (L.O.P.A. en adelante).

Al constituir la reclamación una solicitud administrativa, se le obliga al administrado a cumplir con las formalidades y requisitos establecidos en el artículo 49, en donde consideramos importante destacar el numeral 4º y el numeral 5º, en virtud de los cuales debe el administrado expresar los hechos, razones y pedimentos, con expresión clara del objeto de su reclamación e indicación de los anexos que se están acompañando.

Decimos que es importante este elemento, por cuanto si el particular no aclara los hechos y razones de su pedimento, no lo fundamenta, o no acompaña los anexos correspondientes, no le permitirá a la administración ejercer cabalmente su potestad de autotutela. La Procuraduría General de la República y la Jurisprudencia, han sostenido, que una errónea solicitud, o la existencia de deficiencias en ella, al igual que una diferencia de lo reclamado en sede administrativa y lo reclamado en sede jurisdiccional, implica (o tiene las mismas consecuencias) que equivale al no agotamiento de la vía administrativa.

Ahora bien, la L.O.P.A. establece en su artículo 50 que si el escrito del interesado tiene errores u omisiones, la Administración está obligada a comunicarse a fin de que éste proceda dentro de un lapso de quince días a subsanar dichos errores u omisiones.

Es importante destacar que conforme a la L.O.P.G.R., en su artículo 30, de la presentación del Escrito se dará recibo a menos que haya sido hecha por intermedio de un Juez o de un Notario. La L.O.P.A. establece todo un articulado (artículos 44

al 46) en donde se señala que se debe establecer un registro de presentación de documentos, que el funcionario del registro está en la obligación tanto de recibir los documentos o solicitudes como de advertir a los interesados de las omisiones e irregularidades. De igual forma en fecha 30 de diciembre de 1981 se dictó, por el Ministerio de Transporte y Comunicaciones, la Resolución N° 1.304 reglamentaria sobre recepción y remisión de documentos por correo.

En definitiva, la reclamación o solicitud se puede presentar en la forma siguiente: 1) Personalmente por el interesado o por su representante, llevando copia del escrito el cual será recibido, registrado y numerado, con indicación del día, la hora y el número de folios; 2) Por intermedio de un Juez o de un Notario, siguiendo las pautas que establece el Código de Procedimiento Civil en cuanto a las notificaciones no contenciosas; 3) Lo puede enviar por correo, en los términos de la resolución reglamentaria ya señalada.

#### B) Formación y Sustanciación del Expediente.

Una vez recibido el escrito por el Ministerio éste deberá formar el expediente en los términos de los artículos 7° y 31 de la L.O.P.G.R. El referido expediente debe prepararse con arreglo a los principios de unidad, uniformidad y respeto en cuanto al orden de prelación (artículos 31, 32 y 34 de la L.O.P.A.).

La formación de este expediente debe hacerse en un lapso de quince días hábiles. El precitado expediente va a estar integrado por todos los documentos, recaudos, informes, pruebas y demás escritos necesarios y que tengan relación con el asunto. Asimismo deberá contener la opinión que, previamente se haya formado el Ministerio sobre el asunto.

Formado el expediente se remitirá a la Procuraduría General de la República con el objeto de que ésta emita su opinión. Debemos señalar que la opinión de la Procuraduría es obligatoria en cuanto a sus requerimientos, pero no vinculante para la decisión que debe tomar el Ministro.

El requerimiento que se le hace a la Procuraduría además de estar regulado en los artículos 8°, 31 y 32 de la L.O.P.G.R., está, también, regido por los artículos 54 y 55 de la L.O.P.A.

Frente a esta razón legal, es de mayor importancia la razón procesal. Y ésta consiste en que conforme a lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 202 de la Constitución Nacional, en relación con el artículo 1º de la L.O.P.G.R., le corresponde a esta institución representar, sostener y defender los intereses de la República en un juicio. Por lo cual su conocimiento previo del asunto, servirá para desarrollar sus funciones en la forma más idónea posible.

El Procurador tiene treinta días hábiles para emitir su dictamen y remitirlo al Ministerio.

Como hemos señalado este Dictamen del Procurador no tiene carácter vinculante; y en este sentido podrá el Ministro apartarse de ese criterio.

Consideramos que en este procedimiento pueden los particulares hacer uso de los derechos que le consagran los artículos 58 y 59 de la L.O.P.A. En efecto, y sobre todo en materia de demostración de daños, pueden los particulares hacer uso de todos los medios de prueba establecidos en el Código Civil, Código de Procedimiento Civil, de Enjuiciamiento Criminal y en otras leyes. Es importante destacar que el nuevo Código de Procedimiento Civil contempla a las reproducciones, grabaciones, fotografías, videos como medios de prueba. Y al existir la remisión de la L.O.P.A., al Código es de perogrullo concluir que esos medios probatorios también podrán ser utilizados en los Procedimientos Administrativos, y dentro de ellos en el *antejuicio administrativo*.

De igual forma podrán los interesados y sus representantes *examinar, leer y copiar cualquier documento, recaudo o informe* que se encuentre en el expediente administrativo, a menos que uno de esos elementos haya sido calificado como confidencial por un acto motivado.

### C) Decisión del Procedimiento.

Remitido como fuere el Dictamen del Procurador al Ministerio, éste tiene ocho días hábiles para tomar su decisión y notificársela a los interesados, en conformidad con lo establecido en el artículo 32 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Somos del criterio de que la notificación deberá ser hecha con arreglo a lo dispuesto en el artículo 73 de la L.O.P.A. Y en este sentido la notificación deberá contener el texto íntegro del acto e indicar los recursos o acciones que proceden, con indicación de los términos para ejercerlos y de los órganos o Tribunales ante los cuales deban interponerse.

Si la notificación no llenare todos esos requisitos, en conformidad con el artículo 74 **ejusdem**, se considerarán defectuosas y no producirán ningún efecto.

La decisión del antejuicio administrativo constituye un acto administrativo y en tal virtud surgen dos modalidades o problemas, a saber: 1) Si el acto que decide el antejuicio puede ser impugnado autónomamente, donde acogemos el criterio de la doctora Sanso cuando expresa: "A nuestro juicio no lo es, por cuanto el mismo actúa como un requisito de admisibilidad de la acción y, constituyendo como tal un presupuesto procesal las consecuencias que deriven del mismo han de ser ventiladas con el ejercicio de dicha acción. Es decir, que razones de lógica jurídica y de economía procesal impiden que lo que ha sido establecido como un régimen de autotutela de la Administración, se convierta en un motivo autónomo de controversias. Respecto a esta cuestión de la impugnabilidad hay que dejar a salvo, sin embargo, la hipótesis de que el legislador establezca los medios para que la misma pueda ser efectuada"<sup>1</sup>.

2) La otra situación que se puede plantear estriba en determinar ¿Qué ocurre si la Administración no contesta? En este sentido Lares Martínez señala: "El artículo 34 de esa misma Ley dispone que "vencidos los lapsos previstos en los artículos anteriores, contados desde la fecha de la presentación del escrito respectivo conforme al artículo 31 de esa Ley, sin haberse notificado al reclamante el resultado de su presentación quedará éste facultado para acudir a la vía judicial".

El silencio de la Administración se interpreta en este caso, por mandato de la Ley, como una contestación negativa.

Tal disposición es por cierto, en orden cronológico, el primer texto legal venezolano que atribuye al silencio administrativo el valor de una decisión. Posteriormente, la Ley Orgánica

1. Hildegard Rondón de Sanso, "Procedimientos Administrativos", o. c. pág. 77.

de Procedimientos Administrativos, promulgada en el año 1982, interpretó el silencio de la Administración como un rechazo a la petición formulada, pues el artículo 4º de la citada Ley dispone que en los casos en que un órgano de la administración no resolviera un asunto o recurso dentro de los correspondientes lapsos, *se considerará que ha resuelto negativamente* y el interesado podrá intentar el recurso inmediato siguiente, salvo disposición expresa en contrario”<sup>1</sup>.

El silencio administrativo constituye una técnica procedimental que, en virtud de una función legal y sobre la base del derecho a la oportuna respuesta (artículo 67 de la Constitución Nacional), tiene por objeto habilitar a los interesados para que prosigan en las instancias siguientes de un procedimiento, aun y a pesar de la negligencia de la administración en producir un acto. No consideramos que se produce una respuesta negativa y/o un acto tácito negativo; sencillamente la Ley le da un efecto a la no actuación de la administración. *A tal punto es así que el particular interesado puede optar entre esperar que la administración se pronuncie, o interponer el recurso subsiguiente.* Si se le da el carácter de contestación o acto negativo surge contra el administrado la carga procesal de un lapso preclusivo en el que él debe intentar el recurso siguiente. El silencio administrativo, es, más bien, una garantía que concurre con el Derecho de petición que le consagra el constituyente.

Por otro lado consideramos que el artículo 34 de la Ley Orgánica de la Procuraduría está vinculado a los artículos 92 y 93 de la L.O.P.A., en tanto y en cuanto se trata de la decisión de la máxima autoridad del organismo. Mientras que el supuesto del artículo 4º de la L.O.P.A. obedece a solicitudes administrativas dentro de un procedimiento de primer grado; o, al recurso de reconsideración cuando el órgano decisor no sea la máxima autoridad del organismo.

#### 4.2.2. Efectos y problemas de la Decisión del Antejudio Administrativo.

Puede ocurrir que el Ministro no acoja el dictamen del Procurador, y entonces se susciten los siguientes problemas:

1. Lares Martínez, en Libro Homenaje ..., o. c., pág. 59.



1) Que está obligado el Ministro a señalárselo al particular interesado, debiendo motivar por qué disiente del criterio del Procurador.

2) Conforme a lo establecido en el artículo 35 la L.O.P.G.R. (encabezamiento). Si el Procurador disiente del criterio sustentado por el Ministro, dicha divergencia se arreglará conforme a lo dispuesto en el artículo 18 del mismo texto legal. En este sentido el Procurador debe abstenerse de actuar, debiéndole informar al Ejecutivo Nacional, en un plazo no mayor de cinco días hábiles, a fin de que el Ejecutivo nombre un Procurador **ad-hoc** para el asunto, quien se entenderá, entonces, como representante de la República en ese caso.

Si la divergencia se produce durante un juicio en curso el Procurador tendrá el mismo lapso de cinco días hábiles para notificárselo al Tribunal respectivo quien deberá suspender el procedimiento hasta tanto se nombre la persona llamada a suplir al Procurador titular. Lamentablemente la Ley no establece un lapso para que se nombre el Procurador **ad-hoc**; pero entendemos que debe ser lo más brevemente posible a fin de no perjudicar al administrado que nada tiene que ver con las divergencias internas que se puedan suscitar en la Administración Pública.

Debe señalarse que este Procurador **ad-hoc** debe ser designado por el Presidente de la República y deberá reunir las mismas condiciones exigidas para ser Procurador General de la República; debiendo en principio ser el Director de mayor antigüedad en el servicio y en su defecto el Director que designe el Procurador (artículo 17 de la Ley Orgánica de la Procuraduría).

Este Procurador **ad-hoc** será responsable en los mismos términos que lo sería el titular y en tal virtud ejercerá la defensa ampliamente en el juicio. (Art. 21 de la L.O.P.G.R.).

3) Si el Procurador acepta el criterio del Ejecutivo deberá ejercer la plena defensa de los derechos de la República, ya que: "La circunstancia de que el Procurador General haya expresado inicialmente un parecer no acogido por el Ejecutivo, no impide que posteriormente el Procurador General rectifique, y acepte en definitiva el criterio sustentado por el Ejecutivo. En tal caso, el Procurador podrá ejercer la defensa de la Administración en la **litis** que surja"<sup>1</sup>.

1. Lares Martínez, "Libro Homenaje...", o. c., pág. 60.



Otro efecto del antejuicio estriba en el hecho de que, conforme a lo que establece el artículo 33 de la L.O.P.G.R., el interesado (una vez notificado de la decisión) deberá responder por escrito al Ministerio que conozca del asunto si se acoge o no al criterio comunicado. Aquí existen, también, varias situaciones, como lo son: 1) El primer gran problema es que la Ley tampoco le establece lapso al interesado para manifestar su conformidad o inconvencimiento. Pensamos que el lapso debe ser, de igual manera, lo más breve posible y dentro del término que él tiene para ir a la jurisdicción contencioso. De igual forma creemos que el no manifestar su criterio al organismo debería impedirle acudir al contencioso por cuanto colocaría a la administración en una espera indeterminada, que equivaldría a indefensión. No obstante dicho elemento no aparece como razón de inadmisibilidad del recurso.

2) Puede ocurrir que el administrado acoja el criterio del Ministro y en tal virtud la controversia se arreglará con arreglo a dicho criterio. En este supuesto lo que ocurriría es que se realizarían los actos tendientes a materializar el arreglo convenido.

3) Si el interesado no está de acuerdo con el criterio queda facultado para ir a la vía judicial.

#### **4.3. El Procedimiento Contencioso o de demandas contra la República.**

Cumplido como fuere el antejuicio administrativo y no estando de acuerdo el interesado con el criterio del Ministro respectivo, queda abierta la vía contenciosa, la que se verificará con arreglo a lo establecido en los artículos 103 al 111 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia siendo de aplicación supletoria las disposiciones del Código de Procedimiento Civil. Debemos señalar que se trata de una verdadera demanda. En este sentido el doctor Brewer señala: "Sin embargo, la labor de la jurisdicción contencioso-administrativa no se limita a un control de la legalidad de los actos administrativos, sino que también se extiende al control de la legitimidad de la actividad administrativa que se manifiesta por los hechos, actos y relaciones jurídico-administrativos, y que se realiza por el recurso contencioso-administrativo de plena jurisdicción".

El recurso contencioso-administrativo de plena jurisdicción es aquella acción intentada por un sujeto de derecho, fundamentada en un derecho subjetivo, contra la Administración por su actividad ilegítima para la obtención de una satisfacción jurisdiccional de su pretensión.

"En primer lugar debemos señalar que, a pesar de que la tradición doctrinal califique a esta acción como recurso, se trata en su esencia de una demanda contra la Administración. Aquí, contrariamente a lo que sucede en el recurso de anulación, se demanda a alguien, a la Administración, y no se impugna solamente un acto"<sup>1</sup>.

En este sentido entendemos que el denominado recurso de plena jurisdicción (siguiendo la denominación de Lafarriére) constituye una verdadera acción, donde se enfrentan y dilucidan intereses subjetivos controversiales entre sí, mediante un procedimiento de carácter dispositivo que tiene por objeto declarar o negar las pretensiones patrimoniales del que acciona contra la administración.

Para Rivero el recurso de plena jurisdicción está constituido por una categoría variable de acciones en materia contractual y de responsabilidad, abierto tan sólo al titular del derecho violado, y en el que el Juez tiene potestades para condenar a la administración. Agrega luego que la decisión dictada por el Juez de la plena jurisdicción tiene la autoridad relativa de la cosa juzgada<sup>2</sup>.

#### 4.3.1. Competencia General en este Recurso.

Salvo lo que dispongan las leyes especiales (Código Orgánico Tributario, Ley de Carrera Administrativa, Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Interés General). Las acciones que se propongan contra cualquier ente de la Administración Descentralizada y que sean de carácter patrimonial, tienen la siguiente competencia judicial:

1. Brewer Carías. "Las Instituciones Fundamentales...", o. c., págs. 411 y 412.

2. Jean Rivero. "Derecho Administrativo...", o. c., págs. 232 a 234.

**A) En Primera Instancia.**

1.—Si la cuantía no excede de un millón de bolívares y la competencia no está atribuida a otro tribunal por las leyes especiales, serán competentes los Tribunales Superiores con competencia en lo Civil, Mercantil y Contencioso-Administrativo. Estos Tribunales, por mandato expreso de los artículos 180 y 181 de la *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*, fueron creados por Decreto del Presidente de la República, sobre la base del Decreto de Regionalización Administrativa. (Ordinal 2º del artículo 182 de la *Ley de la Corte*).

2) Si la cuantía excede de un millón de bolívares pero no pasa de cinco millones, en conformidad con lo establecido en el ordinal 6º del artículo 185, será competente la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo.

3) Si la cuantía excede de cinco millones de bolívares será competente la *Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia*, en conformidad con lo establecido en el ordinal 15º del artículo 42 de la *Ley de la Corte*. Debe observarse que aquí, en conformidad con lo establecido en el artículo 211 de la *Constitución Nacional*, se trata de una primera y única instancia.

**B) En Apelación.**

1.—De las decisiones que tomen los juzgados superiores regionales en primera instancia, y conforme al ordinal 2º del artículo 182 de la *Ley de la Corte*, se oirá apelación para ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo quien fungirá de segunda y última instancia —en conformidad con lo establecido en el ordinal 4º del artículo 185 de la *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*.

2.—De las decisiones que dicte la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo —actuando como primera instancia, en conformidad con el ordinal 6º del artículo 185 de la *Ley de la Corte*— conocerá de las apelaciones la *Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia*, en conformidad con lo establecido en el ordinal 18 del artículo 42, en relación con el artículo 43 de la *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*.

**C) Jurisdicciones Especiales.**

Los artículos que hemos señalado sobre la competencia ordinaria y general, en materia de acciones de exigibilidad de la responsabilidad patrimonial de la República, deja a salvo lo que establezcan las leyes especiales. En este sentido existen diversas leyes administrativas que crean jurisdicciones especiales, y citaremos a manera de ejemplo, pero sin agotar el tema algunas de ellas:

1.—La Ley de Carrera Administrativa crea, mediante su artículo 71, el Tribunal de la Carrera Administrativa, quien conocerá —de conformidad con lo establecido en el artículo 73 **ejusdem**— de cualquier reclamación que formulen los funcionarios cuando se consideren lesionados en sus derechos por la actividad de la administración. Este Tribunal conocerá en primera instancia de las acciones que interpongan los funcionarios públicos. Y las apelaciones serán del conocimiento de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en conformidad con lo establecido en el ordinal 4º del artículo 185 de la Ley de la Corte.

2.—En materia tributaria, y en conformidad con lo establecido en el artículo 213 del Código Orgánico Tributario, conocerán en primera instancia los Tribunales superiores de lo Contencioso Tributario, y las apelaciones serán del conocimiento de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia.

3.—En materia de expropiación debemos distinguir entre si el ente expropiante es la República, o lo es cualquier otro órgano con potestad expropiatoria. En primer supuesto —cuando el ente expropiante es la República— conoce en primera instancia la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en conformidad con lo establecido en el ordinal 5º del artículo 185 de la Ley de la Corte; en el segundo supuesto —cuando sea otro el ente expropiante— conocerán en primera instancia los Tribunales de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial donde se encuentre el inmueble, en conformidad con lo establecido en el artículo 19 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Interés Social. En segunda instancia, o apelación, conocerá siempre la Sala Político Administra-

tiva de la Corte Suprema de Justicia, en conformidad con lo establecido en el ordinal 19 del artículo 42 de la Ley de la Corte, en relación con el artículo 19 de la Ley de Expropiación.

Como hemos señalado existen otras jurisdicciones especiales, pero por el contenido específico de la responsabilidad por hecho ilícito, consideramos que no se hace relevante su enumeración.

#### 4.3.2. Condiciones de Inadmisibilidad del Recurso.

Tratándose de una acción o demanda contra la República, le son aplicables los requisitos establecidos en los artículos 237 y 257 del Código de Procedimiento Civil.

De igual forma la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia establece en su artículo 84 lo siguiente: "No se admitirá ninguna demanda o solicitud que se intente ante la Corte:

- 1º Cuando así lo disponga la Ley.
- 2º Si el conocimiento de la acción o el recurso compete a otro tribunal.
- 3º Si fuere evidente la caducidad de la acción o del recurso intentado.
- 4º Cuando se acumulen acciones que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles.
- 5º Cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la acción es admisible; o no se haya cumplido el procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República.
- 6º Si contiene conceptos ofensivos o irrespetuosos o es de tal modo ininteligible o contradictoria que resulte imposible su tramitación.
- 7º Cuando sea manifiesta la falta de representación que se atribuya al actor.

Ahora bien, hemos señalado que en conformidad con lo establecido en el artículo 81 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, se desprende que en los procedimientos en que sea parte la República se aplicará un orden preferen-

cial de normas, que es como sigue: 1) En primer lugar la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia; 2) Luego sería de aplicación preferente el Reglamento interno de dicha Ley; 3) Los Códigos y Leyes Nacionales, especialmente en las materias que constituyan su especialidad. Aquí es importante destacar la aplicación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; y 4) En conformidad con lo establecido en el artículo 88 de la L.O.C.S.J., las Reglas del Código de Procedimiento Civil, son de aplicación supletoria.

En este sentido la Ley de la Corte establece —artículo 83— que las demandas o solicitudes se dirigirán a la Corte Suprema de Justicia —cuando éste sea el Tribunal competente— con indicación de la sala a que corresponda el conocimiento del asunto; no obstante este requisito no impide que se remita a la Sala correspondiente, cuando se desprenda con evidencia la competencia de la suma.

De igual forma, el artículo 85 de la Ley de la Corte permite a los demandantes no residenciados en Caracas, que presenten su demanda ante alguno de los Tribunales Civiles de la respectiva Circunscripción Judicial.

En este orden de ideas se establece que: "...en las demandas en que sea parte la República, el artículo 104 ordena que junto con las demandas contra la República, se consignará una copia simple de ella y de los anexos, a los fines de la citación del Procurador General de la República, la que se verificará por oficio (Art. 39), y que practicada no se requerirá notificar al Procurador sino cuando lo exige alguna disposición del Código de Procedimiento Civil"<sup>1</sup>.

En tal virtud, por un análisis integral de los artículos 39 de la Ley Orgánica de la Procuraduría y 104 de la Ley de la Corte, "La compulsión", cuando se haya de citar al Procurador debe ser acompañada no tan sólo del libelo, sino también de todos los recaudos y anexos que se le hayan acompañado, con el objeto de que el alto funcionario de representación judicial de la República se forme un criterio pleno del asunto.

A los efectos del ordinal 3º del artículo 84 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y tratándose de demandas cuyo contenido es patrimonial, en contra de la República, regi-

1. Eduardo Ramírez López, en "Libro Homenaje a...", o. c., pág. 91.



rán las normas que sobre prescripción y caducidad establece el Título XXIV del Código Civil (artículos 1.952 al 1.988).

Es importante "...llamar la atención sobre la contenida en el artículo 84, conforme a la cual la Corte puede, **in limine litis**, no admitir ninguna demanda que se intente ante ella, en los casos señalados en dicho artículo" (...) lo que destruye, en esos casos, el sistema de excepciones dilatorias y de inadmisibilidad existente en el proceso común y coloca en manos de la Corte o del Juez de sustanciación, la posibilidad de no darle entrada al juicio, y aun la de dictar una decisión definitiva sin oír las partes, como ocurre en el caso de la caducidad de la acción, y todo esto guiándose, según se vislumbra en la disposición, fundamentalmente en el propósito de disminuir el trabajo del Supremo Tribunal.

Habría sido preferible ocurrir a otros medios con ese fin, tales como la creación de otras Salas o la dotación de asesores de los Magistrados, antes que abrir camino a esas resoluciones extremas, que resultan un tanto exageradas y hasta injustificadas desde el punto de vista de los derechos de las partes. Esto, por supuesto, cuando es la República la demandada, porque si el demandado es un particular los asuntos tienen que ser tramitados y decididos conforme a las disposiciones del derecho común o especial, aplicables"<sup>1</sup>.

#### 4.3.3. El Procedimiento Judicial.

Debemos señalar, previamente que no existe en Venezuela una Ley o Código que regule los Procedimientos Contenciosos Administrativos. En este sentido señala Farías Mata lo siguiente: "La ausencia de una legislación **ad-hoc** para la organización y funcionamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa ha sido suplida por el legislador venezolano de manera parcial y transitoria —transitoriedad excesivamente prolongada ya— colocando disposiciones rectoras de la misma dentro del contexto de las leyes tradicionalmente destinadas a regular la organización y el funcionamiento del más alto Tribunal, y la vigente Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 20 de julio de 1976 responde también a idéntica tradición.

1. Idem ..., págs. 99 y 100.

Solución censurable, por una parte, si se tiene en cuenta que la gama de los recursos contencioso-administrativos requiere de una especial y cuidadosa normativa a tono con la importancia del asunto y con los requerimientos de aquéllos, en modo alguno justificada tal situación de provisionalidad por el hecho de que a nivel del más alto Tribunal dichos recursos cobren todo su esplendor, puesto que también es posible la tramitación de los mismos en otras instancias. Pero solución, al mismo tiempo, excusable, cuando se piensa que la aplicación jurisprudencial de esa normativa provisoria servirá, y ha servido en efecto, de fuente sin par para la futura normación legislativa **ad-hoc** del contencioso".

"Además, y por otra parte, fuente subsidiaria predilecta de los recursos contencioso-administrativos el Código de Procedimiento Civil —tal como lo disponen, principalmente, los artículos 81, 88, 107 y 130 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia— no tuvo sin embargo, pero ha de tenerla ahora su texto reformado, una influencia trascendental sobre dichos recursos..."<sup>1</sup>.

*En este sentido trataremos, en lo posible, de hacer un análisis concordado entre los diferentes textos legales que pueden incidir en la materia. Utilizaremos para ello las siglas siguientes: 1) Al referirnos al actual y vigente Código de Procedimiento Civil, colocaremos CPC; al utilizar el Código que entrará, en principio, en vigencia el 16 de marzo de 1987 utilizaremos las siglas NCPG; en cuanto a la Ley de la Corte y la Ley de la Procuraduría seguiremos utilizando las siglas LOCSJ y LOPGR.*

De igual forma, y a fines sistemáticos dividiremos el procedimiento en las siguientes etapas, a saber:

#### A) **Iniciación.**

La iniciación del procedimiento contencioso de las responsabilidades, por hecho ilícito, de la administración al constituir una acción de reparación de daños de naturaleza civil, se inicia mediante una demanda que debe cumplir, no tan sólo, con los requisitos del artículo 237 del CPC, sino que además debe

1. Luis Enrique Farías Mata, en "Libro Homenaje...", o. c., págs. 133 y 134

cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 84 y 105 de la LOCSJ. En el NCP los requisitos de la demanda están consagrados en los artículos 340 y 341. Es importante acotar que el NCPC recoge el contenido del ordinal 6º del artículo 84 de la LOCSJ, al señalar que una demanda no será admitida si es contraria a las buenas costumbres, y dentro de ellas pueden considerar a los "conceptos ofensivos o irrespetuosos".

Presentada la demanda por ante la Secretaría del Tribunal, ésta la remitirá al Juzgado de Sustanciación —en los casos de Tribunales colegiados— para que éste se pronuncie sobre la admisión.

En conformidad con lo establecido en la parte *in fine* del artículo 84, en relación con el artículo 105, ambos de la LOCSJ, el Juzgado de Sustanciación puede admitir o no admitir la demanda. En caso de no admisión, que deberá ser hecho mediante auto motivado, el recurrente podrá apelar de dicho auto dentro de las cinco audiencias siguientes, para ante la Sala respectiva. Entendemos que en los Tribunales unipersonales la apelación la conocerá el Tribunal Superior correspondiente.

Este auto de admisión o no admisión debe ser dictado dentro de las tres audiencias siguientes al recibo del expediente.

Un sector de la doctrina sostiene, que en conformidad con lo establecido en el artículo 97 de la LOCSJ, el auto de admisión también es apelable (este es el criterio del doctor Duque Corredor, manifestado desde la Cátedra Universitaria, y en el seno de la Corte Primera de la Contencioso-Administrativo). No obstante este criterio ha sido rechazado por nuestra jurisprudencia.

Si el auto de no admisión dictado por el Juzgado de Sustanciación, es confirmado por la Sala respectiva (o por el Tribunal Superior según el caso), queda firme y se entiende como no presentada la demanda. En el caso de que dicho auto de no admisión fuese revocado, y en el supuesto de que se hubiese dictado un auto de admisión, se ordenará la citación del Procurador General de la República, en los términos de los artículos 106 de la LOCSJ y 39 de la LOPGR.

El Procurador General de la República tiene un lapso de quince días hábiles, contados a partir de la fecha de la consignación por el alguacil en el expediente de la constancia de haber entregado el oficio de citación al Procurador, para que se consuma la citación y a partir del día siguiente comenzará a correr el término para la contestación de la demanda. Ello, por supuesto, no obsta para que el Procurador pueda darse por citado en cualquier momento dentro del lapso de citación.

#### B) Contestación a la Demanda.

Siendo el día y hora fijado por el Tribunal se procederá al acto de contestación de la demanda, pero "Si el Procurador General de la República o los Directores, Adjuntos o Auxiliares, no asisten a los actos de contestación de demandas intentadas contra la República, o de excepciones que le hayan sido opuestas, se tendrán unas y otras como contradichas en todas sus partes, sin perjuicio de la responsabilidad que dicha omisión comporte para los referidos funcionarios (Art. 40); en consecuencia no hay lugar a la República. La responsabilidad de los funcionarios que se deja a salvo, en verdad carece de alcance o efecto jurídico, toda vez que la negligencia de ellos no causa ningún perjuicio a la Nación, por efecto de la misma disposición que se comenta. Quedaría solamente la aplicación de la pena disciplinaria de destitución, si ello es procedente según la Ley de la materia"<sup>1</sup>.

Debe señalarse que conforme al CPC (artículos 244 y 246) el demandado tiene diez días hábiles después del emplazamiento, al vencimiento del cual en el día y hora fijada debe contestar la demanda. En el NCPC (artículos 344 al 347) se le dan al demandado veinte días siguientes a la citación, para que **dentro** de ese lapso proceda a la contestación de la demanda. Como se observa, por el NCPC no se fija hora y día para la contestación, como ocurre con el actual CPC; de igual forma el NCPC establece un lapso mayor (20 días siguientes) que el actual CPC (Décimo día hábil).

Debe señalarse que la República puede tener un número de representantes —en un juicio y por ante un mismo Tribunal— mayor de tres. Con lo que se le consagra otro privilegio

1. Eduardo Ramírez López. "Libro Homenaje...", o. c., pág. 107.

procesal, habida cuenta de los intereses que tutela la República en un Juicio. Es importante también advertir que en conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la LOPGR los Representantes de la República no están facultados para realizar ningún acto de autocomposición procesal, sin la previa *autorización por escrito del Ejecutivo Nacional*. En este sentido cualquier contradicción a esta norma —que debe entenderse de orden público— traería como consecuencia la nulidad del acto.

En cuanto a las medidas preventivas debe señalarse que en conformidad con lo establecido en los artículos 68 y 197 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, en relación con los artículos 45 y 46 de la LOPGR, los bienes, rentas, derechos y acciones pertenecientes a la República no están sujetos a ninguna clase de medidas precautelativas.

Puede ocurrir que al momento de contestar la demanda, el Representante de la República reconvenga, y en tal virtud "... La Corte podrá, a solicitud del Representante de la República, fijar el acto de la contestación de la contrademanda para la vigésima audiencia si aparece de los autos que la reconvencción es independiente de la causa que sirve de fundamento a la acción intentada", artículo 106, primera parte de la LOCSJ. Como se observa, es un privilegio procesal que se otorga al requerimiento del Representante de la República.

Verificada la contestación a la demanda (ya sea en forma expresa, o por la forma implícita del artículo 40 de la LOPGR) y/o contestada la reconvencción (en los términos del artículo 106 de la LOCSJ), se pasa a la etapa probatoria del Juicio.

### C) Etapa Probatoria.

A diferencia del Recurso de nulidad por ilegalidad, en las demandas contra la República, por mandato expreso del artículo 107 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que reenvía a las reglas del CPC, la apertura del lapso probatorio es de pleno derecho. Así lo establece el artículo 278 del CPC y el artículo 388 del NCPC.

El término probatorio actual es el siguiente: Existe un lapso de promoción de pruebas de diez audiencias en conformidad con lo establecido en el artículo 289 del CPC; un lapso de admisión de tres audiencias conforme a lo que establece

el artículo 291 **ejusdem**; y un lapso de evacuación de veinte audiencias conforme a lo establecido en el artículo 294 del mismo texto legal.

En el NCPC, y conforme a lo que establece el artículo 392, existe un lapso de quince días (que deben entenderse como días de despacho, y por lo tanto tan sólo no son computables los sábados, domingos y días feriados, así como los no laborables —artículo 197 del NCPC) para la promoción, que deberá ser hecha en los términos del artículo 396 de dicha Ley. Si no existiese oposición (que en conformidad con lo establecido en el artículo 397 se puede hacer dentro de los tres días siguientes a la promoción), se pasará a la admisión de pruebas. La referida admisión —conforme al artículo 398— se hará dentro de los tres días siguientes al vencimiento del término fijado para la oposición de las pruebas promovidas por la contraparte.

Conforme a lo establecido en el artículo 400, existe un lapso de treinta días destinados a la evacuación de las pruebas.

Debe señalarse que por ser la Ley de la Corte especial, y el CPC supletorio existen algunas normas sobre la admisión y la negación de la admisión a las que debemos acotar.

En este sentido el artículo 108 de la Ley de la Corte remite al artículo 92 del mismo texto legal y éste señala que si se niega la admisión, y conforme al artículo 97 **ejusdem** —la parte perjudicada tiene tres audiencias para apelar, y dicha apelación se oirá en ambos efectos. En el caso de que se admitan, existe el mismo lapso para apelar (se entiende que apela la otra parte del auto que admite las pruebas de su contraparte), pero la apelación se oirá en un solo efecto. El término para decidir estas apelaciones sobre pruebas, es de quince audiencias, debiendo señalar que en los Tribunales colegiados esta fase se cumple por el Juzgado de Sustanciación y la Apelación se hace ante la Sala o Corte en pleno (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo). En los Juzgados Superiores la Apelación la conoce la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

En cuanto a los medios probatorios debe señalarse que conforme a lo que establecen los artículos 89 al 91 de la LOCSJ, ni las autoridades ni los representantes legales de la República están obligados a absolver o a prestar posiciones



juradas y juramento decisorio. Lo que no obsta para que contesten al interrogatorio, por escrito, mediante cuestionario que se les enviará al efecto. En cuanto a la inspección ocular, el artículo 90, ratifica el carácter subsidiario de este medio de prueba, al punto que quien lo pida para determinar la existencia de planos y documentos en los archivos de la administración, debe probar —previamente— que no puede traerse al escribiente de ninguna otra forma.

En la prueba de inspección ocular sobre documentos y en la de exhibición existen las limitantes de los artículos 55, 59 y 60 de la Ley Orgánica de la Administración Central, en relación con el artículo 91 de la Ley Orgánica de la Corte; y por ello dos documentos o informes declarados confidenciales no podrán ser objetos de estos medios de pruebas.

En cuanto al resto de los medios de pruebas (testimonial, documental, experticias) rigen los principios establecidos en los artículos 288 al 367 del CPC, haciendo la observación de las limitantes especiales que establece la LOCSJ.

En cuanto al NCPC, y dejando a salvo las disposiciones especiales de la Ley de la Corte, rigen las reglas establecidas en los artículos 395 al 510. Debiendo destacarse que el NCPC establece un principio de libertad probatoria mucho más amplio que el vigente CPC. Y en tal virtud serán medios probatorios los videos, cintas magnetofónicas, películas, fotografías, entre otras. Estableciendo el artículo 395 que estos medios se promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones contenidas en dicho Código, relativas a medios de pruebas semejantes; y en su defecto el Juez tendrá la más amplia libertad para establecer las pautas correspondientes a la promoción y evacuación de las mismas.

En cuanto a la valoración de las pruebas y a la carga probatoria se establece lo siguiente: 1) En cuanto a la carga de la prueba el artículo 506 recoge el principio establecido en el artículo 1.354 del Código Civil; por lo tanto cada parte tiene la obligación de probar sus respectivas afirmaciones de hecho. Conteniendo —como novedad el NCPC— el señalamiento expreso de que los hechos notorios no son objeto de prueba.

2) En cuanto a la valoración de las pruebas los artículos 507 al 509 establecen que, siempre que no exista una regla

legal, expresa y especial de valoración, el Juez deberá apreciar las pruebas de acuerdo al principio de la sana crítica. En cuanto a la prueba testimonial se le exige al Juez que las examine integral y comparativamente con los demás medios de pruebas existentes en los autos, y con los elementos personales (que puedan ser desprendidos de los autos) del deponente.

El artículo 510 establece una interesante regla de valoración de los indicios, obligando al Juez apreciarlos en su conjunto, y concordancia con los demás elementos probatorios. De igual forma se establece como un deber insoslayable del Juez (artículo 509) el analizar y juzgar todas las pruebas que se hayan producido, independientemente de su idoneidad, obligándosele a pronunciarse respecto de cada una de ellas. Este artículo 509 confirma los principios de la libertad probatoria y de la sana crítica.

#### D) Relación e Informe.

De conformidad con lo establecido en el artículo 109 de la LOCSJ, una vez concluida la evacuación de las pruebas, el Juzgado de Sustanciación (en caso de Tribunales colegiados o pluripersonales) devolverá el expediente a la Sala con el objeto de que continúe el procedimiento. Recibido, como sea, por la Sala el expediente remitido por el Juzgado de Sustanciación; se dará cuenta y se designará el ponente. En ese mismo auto se fijará una de las cinco audiencias siguientes para que se dé inicio a la relación de la causa (artículo 93).

Debe señalarse que la relación de la Causa en los Procedimientos Contenciosos Administrativos, tiene dos etapas divididas por el acto de informes. En efecto, conforme a lo que establecen los artículos 94 al 96 la relación de la causa comenzará con una primera etapa de quince días continuos, y al vencimiento de éstos —en el primer día hábil siguiente y a la hora que fije el Tribunal— se procederá al acto de informe.

Debe señalarse que estos informes pueden ser orales o escritos. En el caso de ser escritos se consignarán las conclusiones en el día y hora que fije el Tribunal, debiendo acotar que son los informes la última actuación de las partes en relación a la materia litigiosa. En el NCPC los informes los presentarán las partes en el décimo quinto día siguiente al ven-

cimiento del lapso probatorio; pueden presentarlos a cualquier hora. También, conforme a lo que establecen los artículos 512 y 513, las partes pueden pedir que le fijen uno o varios días para leer sus informes. Pudiendo, de igual forma, las partes presentar sus observaciones sobre los informes de la parte *contraria dentro de los ocho días siguientes y a cualquier hora.*

El NCPC en la parte final del artículo 512 recoge el principio que ya había establecido el artículo 96 de la LOCSJ, en el sentido de que al ser los informes la última actuación de las partes, ya no se puede interrumpir el procedimiento por hechos imputables a ellas, por lo tanto el juicio (salvo lo que dispone el artículo 407 del CPC y 401 del NCPC, es decir, en los supuestos del acto para mejor proveer) va a ser de la única y exclusiva responsabilidad del Juez.

Al no producirse interrupción imputable a las partes, no puede operar (a partir del acto de informes) la perención de la instancia, ello en conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 96 de la Ley de la Corte, y los artículos 267 y 512 del NCPC.

Si los informes fueren orales el Juez señalará a las partes del tiempo que tiene para informar, y del que tiene para hacer uso de réplica y contrarréplica, en el caso en que las partes lo hubiesen pedido. Quienes hayan informado oralmente podrán presentar sus conclusiones escritas dentro de los tres días siguientes al vencimiento del acto de informes.

Realizado el acto de informes correrá la segunda etapa de la relación que será de veinte audiencias, pudiendo ser prorrogada —por auto razonado— hasta por treinta días más, cuando la complejidad, extensión del expediente o gravedad del asunto así lo exija.

#### **E) La Sentencia.**

En conformidad con lo establecido en el artículo 110 de la LOCSJ el Tribunal sentenciará una vez concluidas sus deliberaciones sobre el caso. Debe observarse que ni la Ley de la Corte, ni el NCPC establecen un lapso para dictar sentencia. El actual Código de Procedimiento Civil en su artículo 161 establece un lapso de tres días siguientes a la conclusión de la vista e informes de las partes, para dictar la sentencia.

Debe señalarse que los requisitos de la sentencia están contenidos en el artículo 162 del CPC y en el 243 del NCPC.

Por otro lado, debe significarse el hecho de que en conformidad con lo establecido en el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, se deberá notificar al Procurador de la publicación de la sentencia, dándosele un plazo de ocho días hábiles para que se dé por notificado, y vencido éste, comenzarán a correr las cinco audiencias para apelar, que establece el CPC en su artículo 177; igual lapso establece el NCPC en su artículo 298.

Debe observarse que otros de los privilegios procesales de la República estriba en el hecho de que si el representante de ésta no apela, se tendrá por apelada la sentencia, y se consultará con el superior, en conformidad con lo establecido en el artículo 43 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

#### **F) Otras formas de conclusión del Proceso.**

Además de la forma ordinaria representada por la sentencia, y de los actos de autocomposición procesal (con la limitante que señalamos del artículo 44 de la LOPGR), el proceso puede concluir por perención y por desistimiento.

En cuanto a la perención la LOCSJ señala que la instancia se extingue de pleno derecho en las causas que hayan estado paralizadas por más de un año. Es importante señalar que dicho término empezará a correr a partir del último acto procesal a cargo de las partes; y ya habíamos señalado que en conformidad con lo establecido en el artículo 96, después de informes el procedimiento es de la responsabilidad del Juez.

Ahora bien, antes del acto de informes, si el juicio se paraliza y dicha interrupción dura más de un año, opera la figura de la perención de la instancia. Y ésta puede ser declarada de oficio o a instancia de parte.

El NCPC recoge en su artículo 267 el mismo lapso establecido en la Ley de la Corte, derogando el lapso de tres años consagrado en el artículo 201 de la actual Código de Procedimiento Civil.

Debe señalarse que el NCPC —artículos 268 y 269— establece la procedencia de la perención contra la Nación y recoge el principio de que dicha medida se verifica de derecho y que por lo tanto puede ser declarada su consumación de oficio por el Tribunal. De los artículos 201 al 204 del actual Código de Procedimiento Civil no se evidencia que la perención pueda declararse de oficio, aun cuando señala que "la perención se verifica de derecho".

Consideramos valiosa y positiva la influencia que tuvo la Ley de la Corte en la regulación de la perención dentro del NCPC.

En cuanto al desistimiento debe señalarse que el mismo implica un acto voluntario de la parte, pero que en el caso de la República está limitado a la previa autorización del Ejecutivo Nacional, en los términos de la ya comentada disposición 44 de la LOPGR. Esta última norma legal, nos parece, está en perfecta concordancia con el artículo 264 del NCPC.

Como se trata de acciones contra la República, quien puede desistir es el demandante (un sujeto de derecho privado) por lo que son aplicables las disposiciones de los artículos 205 al 207 del CPC, y 263 al 266 del NCPC.

#### G) Las Costas Procesales.

El artículo 47 de la LOPGR señala que en ninguna instancia podrá ser la República condenada en costas, a pesar de resultar totalmente perdidos en un juicio. En este sentido el recordado Procurador, Eduardo Ramírez López señala: "Otros de los 'privilegios exorbitantes' de la República consiste en que en ninguna instancia puede ser condenado en costas, aun cuando se declaren confirmadas las sentencias apeladas, se nieguen los recursos interpuestos, se declaren sin lugar, se dejen perecer o se desista de ellos; así lo dispone el artículo 47 de la LOPGR. Esta situación de ventaja, resulta en ocasiones exagerada y hasta irritante. Cuando la República es la demandada, esa disposición casi siempre puede resultar justificada. Pero cuando es ella la demandante la situación puede resultar intolerable, pues si el particular se ve llevado por la República a un litigio que pierde totalmente la parte actora, no se ve la justificación para que el demandado triunfador tenga que cargar

con todos los gastos que generalmente el juicio le haya causado. Debería atemperarse el rigor de esta disposición introduciendo en ella las diferencias que la práctica indica como procedentes. Bien está que la República goce de ciertas ventajas como litigante, pues su posición y los intereses en juego no son de la misma clase y significación que los de los particulares y por ello reclaman consideración diferente. Pero no es justo que un particular se vea llevado a un juicio sin ninguna razón, acaso por torpeza del funcionario, o capricho suyo, o también por malquerencia personal, o por un propósito dañino o francamente corruptor. Si tal ocurriera, en esos casos el o los funcionarios se cuidarían de estudiar mejor los casos y de no promover procesos sin razón alguna, pues estarían bajo el temor de que si le causan perjuicio a la Nación se encontrarían bajo la amenaza de una sanción condigna. Esta situación resulta agravada de manera notoria en el caso inverso, si gana la República y obtiene condenación en costas contra su adversario, porque ella sí puede hacerlas en la forma que establece el artículo 48<sup>1</sup>.

Debe señalarse que al no establecer nada el vigente CPC, se aplicaba en todo su rigor la LOPGR. En el NCPC, si bien en su artículo 287 se le consagra como privilegio a la Nación —en forma expresa— la improcedencia de costas frente a ella. No obstante, en el artículo 659, en relación con el ordinal 2º del artículo 656, se le da la potestad al Juez de imponer costas por el procedimiento, en forma conjunta y solidaria, en contra de la Entidad Pública demandante y de los funcionarios fiscales que hubieren ordenado la ejecución del crédito desestimado por la sentencia. Y se establece un monto máximo de un diez por ciento (10%), tomando como referencia la cuantía de la demanda. Estas serían costas por concepto de honorarios profesionales en contra del ente público.

El actual CPC, en su artículo 684 habla de responsabilidad "**Mancomun et in solidum**" entre la Hacienda Pública y el empleado público que hayan resultado vencidos en una demanda incoada por ellos y en donde existe interés de las rentas públicas. El CPC contempla esta figura bajo la modalidad del pago indemnizatorio por responsabilidad patrimonial y solidaria del

1. Eduardo Ramírez López, en "Libro Homenaje a...", o. c., págs. 106 y 107.



*Fisco y del Funcionario accionante. El NCPC le da el carácter de costas procesales. Y son conceptos perfectamente diferenciables.*

A su vez, el artículo 211 —Primera Parte— del Código Orgánico Tributario establece también la posibilidad de que el sujeto activo del respectivo tributo que resulte totalmente vencido debe ser condenado en costas, las cuales no excederán del diez por ciento de la cuantía del recurso, acción o demanda. Señala, también, que si el asunto no tiene cuantía el Tribunal fijará prudencialmente las costas.

El mismo Código Orgánico Tributario prevé la posibilidad de que el Fisco pague intereses moratorios cuando sea deudor por el pago de lo indebido que le ha hecho un contribuyente, o cuando haya sancionado indebidamente a éstos. El monto de estos intereses —de conformidad con lo establecido en los artículos 60 y 61— será del doce por ciento anual (tal como lo establece el Código Civil y el Código de Comercio). No obstante se establece la posibilidad de que dicha tasa de intereses sea adicional a la que fije para las operaciones de descuento el Banco Central de Venezuela a la Banca e Instituciones Privadas. Pero en ningún momento los intereses pueden exceder a una tasa del dieciocho por ciento anual sobre las cantidades adeudadas.

El Procedimiento Contencioso para exigir la responsabilidad patrimonial del Estado, obedece —en cuanto a los privilegios— a los supremos intereses que tutela la administración. Este elemento es comprensible, pero, lo que sí nos resulta extralimitado es que la Administración no responda en los mismos términos que lo debe hacer un particular. Por ello pareciera que la tendencia de la legislación moderna está orientada a mantener y profundizar los privilegios procesales, pero, también, en un proceso lento pero seguro ha ido sometiendo a la Administración a reglas de igualdad dentro de una sociedad.

En este sentido, la posibilidad de que la Administración sea condenada en costas, que deba pagar intereses moratorios; y, en muchos casos, que la cantidad objeto de la reparación pueda ir aumentando hasta tanto la administración no cumpla

con su obligación de dar (por ejemplo el pago de los salarios caídos de los funcionarios públicos), nos llevan a pensar en una fortificación igualitaria del estado de derecho.

Ciertamente que ya constituye un avance significativo el solo hecho de que la administración sea responsable, y deba comparecer en juicios con la posibilidad de una condena en su contra.

## CAPITULO V

### CONCLUSIONES

El Estado se encuentra en un proceso dinámico y cambiante que ha ido perfilando como un agente efectivo del cambio y la transformación social. En esta perspectiva y frente a un proceso de intervención cada vez mayor, se exigía como contrapartida que el Estado fuera responsable.

Si bien, la Revolución Francesa ha constituido un hito dentro del Derecho Administrativo, no fue sino a mediados del siglo pasado cuando —producto de las decisiones del Concejo de Estado Francés— se fue perfilando todo un sistema para establecer la responsabilidad del Estado.

Si el Estado se despersonaliza, y por tanto, adquiere la cualidad de institución jurídica, política y social, y en diversos textos constitucionales y legales se le fue reconociendo personalidad jurídica, autónoma a la de sus agentes. Derivativo de ello se fue haciendo titular de Derechos y obligaciones, necesarios para el cumplimiento de sus cometidos esenciales.

Por ello el problema de la responsabilidad del Estado se encuentra íntimamente vinculado al proceso de desarrollo económico; y las teorías económicas han propiciado que el Estado no tan sólo actúa, sino también que responde.

En ese sentido frente al otorgamiento de potestades y competencias para pechar, y en virtud del principio de igualdad de las cargas públicas, se respondió —teóricamente— a la interrogante relativa al fundamento de la responsabilidad administrativa. Frente a este principio, y con la convergencia del postulado

de la legalidad y del reconocimiento de los derechos públicos subjetivos, comienza una etapa en razón de la cual si el Estado (como toda persona) origina un daño, debe repararlo.

Ahora bien, al igual que en el Derecho Privado, se requieren elementos constitutivos del daño resarcible. Estos elementos, identificados como el Daño, la Actuación Administrativa y el Nexa Causal van a tener connotaciones peculiares en el Derecho Administrativo.

Así surge la problemática, la doctrina y la jurisprudencia sobre las faltas de servicio, la responsabilidad sin falta y la responsabilidad por riesgo. De igual forma se plantea toda una disertación acerca de delimitar hasta dónde es responsable el funcionario personalmente, y hasta dónde lo es el órgano o entidad pública.

Pero, uno de los elementos más trascendentales, en nuestro criterio, radica en el establecimiento de todo un sistema procedimental tendente a verificar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

En ese sentido se consagra un procedimiento en sede administrativa, denominado Antejudio Administrativo, cuyo objeto primordial es que la administración ejerza su potestad de autotutela, trata de conciliar extrajudicialmente los intereses en conflicto, y evite ir a juicios innecesarios.

Este antejudio administrativo va a estar significado por la participación de órganos de la administración activa, y de órganos de la administración consultiva. Esta última será, quien en definitiva, ejerza la representación judicial de la República en juicio, por lo que el antejudio administrativo le va a servir de conocimiento previo sobre los extremos del debate procesal.

Concluido este antejudio, sin que exista conformidad o satisfacción del derecho subjetivo lesionado —y en razón del principio de colaboración funcional de los Poderes Públicos— podrá el particular afectado acudir a la jurisdicción contencioso administrativo, teniendo ésta potestad suficiente para condenar a la administración al pago de sumas de dinero, la reparación de los daños y perjuicios y al restablecimiento de las situaciones jurídicas lesionadas por la actividad administrativa.

Resulta importante la incidencia que tiene el Código de Procedimiento Civil (el vigente, y el que entrará en vigencia el año próximo), la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, Código Orgánico Tributario, entre otros textos legales, en el procedimiento contencioso. Estas normas han venido a suplir —transitoriamente— la ausencia de una Ley de organización y funcionamiento de la Administración Pública. Empero, se hace necesario que el Congreso de la República deje de estar en mora con el país y proceda a cumplir con el deber que le impone la Constitución Nacional, y así se dicte un texto coherente y sistemático que regule la materia.

Si bien existen normas de protección a los derechos de los ciudadanos, la dispersidad de textos, y las aplicaciones principales y supletorias de distintas legislaciones, pueden hacer nugatorio e inútil el derecho consagrado.

Hemos afirmado la vigencia, utilidad y validez del denominado recurso de plena jurisdicción por sobre las discusiones que existen en relación al nombre de la acción, y entendiendo que el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia constituye un paso de avance para la exigibilidad patrimonial de la administración, cuando ésta se origine en actos administrativos. Sigue siendo el problema a dilucidar, lo relativo a los contratos administrativos y los hechos de la administración, de donde se infiera una lesión de carácter patrimonial para los administrados.

Todavía, en Venezuela, queda una situación a resolver, como lo es el establecimiento de un sistema contencioso de los servicios públicos. En efecto, independientemente de que se asume una tesis contractualista, estatutaria o mixta en cuanto al vínculo que existe entre el usuario y el prestador de los servicios públicos, lo cierto es que deben establecerse pautas para que el ciudadano común pueda exigir la óptima prestación de los servicios públicos.

Ciertamente, ese ciudadano que contribuye con su esfuerzo y trabajo diario a la construcción de un país que anhela el mejor, que paga impuestos, que es sujeto pasivo de cualquier relación tributaria, debe ser compensado por el Estado cuando no se le admite en un hospital porque éste no tiene camas

suficientes o medicamentos; cuando se produce un accidente porque el mantenimiento de las vías de comunicación, el alumbrado eléctrico o el sistema de señalamiento es defectuoso.

Entendemos que los hombres y las sociedades deben marchar hacia sistemas de perfeccionamiento, que les permitan su desarrollo integral en una sociedad. Y por ello el exigirle a la Administración Pública un comportamiento adecuado al desiderátum del país, más que un derecho, debe ser una obligación ciudadana.

*Por ello somos partidarios de una racionalización efectiva del recurso por carencia de abstención, y de un ámbito mayor del recurso de plena jurisdicción. En el campo de los servicios públicos, el primero tendría por objeto que el tribunal competente instara, constriñera y obligara, de ser necesario, a la administración para que ésta cumpla con su deber fundamental de proporcionarle a los ciudadanos una situación de garantía básica para su desarrollo social.*

La ampliación, en cuanto al ámbito de aplicación del segundo tendría por finalidad que el tribunal competente condenara a la administración a reparar los daños originados en su omisión negligente; o en sus hechos que alteren la buena prestación del servicio público.

Este trabajo pretende ser un ensayo, que sirva como punto de partida para una reflexión concurrente de los deberes de los ciudadanos para con el Estado y de éste para con la comunidad.

## BIBLIOGRAFIA

- ALESSI (70<sup>3</sup>), R.: Renato Alessi, **Instituciones de Derecho Administrativo**. Bosch, Barcelona, 1970.
- ALVAREZ-GENDIN (54), S.: Sabino Alvarez Gendin, **Manual de Derecho Administrativo Español**. Bosch, Barcelona, 1954.
- (58): **Tratado General de Derecho Administrativo**. Boch, Barcelona, 1958.
- ARTEAGA SANCHEZ (82): **Derecho Penal Venezolano. Parte General**. Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. U. C. V., Caracas, 1982.
- BIELSA (47<sup>4</sup>), R.: Rafael Bielsa, **Derecho Administrativo**. Editorial Ateneo, Buenos Aires, 1947.
- BREWER-CARIAS (64), A.: Allan Brewer Carías, **Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana**. Imprenta Universitaria, Caracas, 1964.
- (79): **Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo**. Instituto de Derecho Público. U. C. V., Caracas, 1979.
- (79): **Política, Estado y Administración Pública**. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1979.
- (84<sup>2</sup>): **Fundamentos de la Administración Pública**. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984.
- (85<sup>2</sup>): **Instituciones Políticas y Constitucionales**. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985.
- (85): **Las Constituciones de Venezuela**. Ediciones de la Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, 1985.
- CHIOSSONE (73), T.: Tulio Chiossone, **Sanciones en Derecho Administrativo**. Imprenta Universitaria, Caracas, 1973.
- DOMINGUEZ NASSAR (79<sup>2</sup>), J.: Jorge Domínguez Nassar, **El Estado y sus Instituciones**. Repromul, Valencia, 1979.
- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA (69): Bibliografía Omeba. Buenos Aires, 1969.
- GARCIA-FERNANDEZ (80): Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, **Curso de Derecho Administrativo**. Editorial Civitas, Madrid, 1980.
- GARCIA-MARTINEZ (68<sup>9</sup>): Carlos García Oviedo y Enrique Martínez Useros, **Derecho Administrativo**. Editorial E.I.S.A., Madrid, 1968.
- GARCIA OVIEDO (62<sup>8</sup>), C.: Carlos García Oviedo, **Derecho Administrativo**. Editorial E.I.S.A., Madrid, 1962.
- GARCIA PELAYO (59<sup>6</sup>), M.: Manuel García Pelayo, **Derecho Constitucional Comparado**. Editorial Castilla, Madrid, 1959.
- GARCINI GUERRA (52), H.: Héctor Garcini Guerra, **Derecho Administrativo**. Editorial Pueblo Educación, La Habana, 1982.



- GARRIDO FALLA (74<sup>5</sup>), F.: Fernando Garrido Falla, **Tratado de Derecho Administrativo**. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1974.
- GUERRA (77), L.: Luis Beltrán Guerra, **El Acto Administrativo. La Teoría del Procedimiento Administrativo**. Procuraduría General de la República, Caracas, 1977.
- (84): "Responsabilidad Civil del Estado por los Hechos Ilícitos de los Organos de la Administración Pública". **20 Años de Doctrina de la Procuraduría General de la República**. Tomo V. Avilarte, Caracas, 1984.
- HELLER (65), H.: Hermann Heller, **La Soberanía**. Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1965.
- (74): **Teoría del Estado**. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1974.
- KRIES (27): **Sistema de Lógica Inductiva y Deductiva**. Madrid, 1927.
- LARES MARTINEZ (83<sup>5</sup>), E.: Eloy Lares Martínez, **Manual de Derecho Administrativo**. Imprenta Universitaria, Caracas, 1983.
- LAUBADERE (84), A.: André de Laubadère, **Manual de Derecho Administrativo**. Ed. Themis, Bogotá, 1984.
- LOEWENSTEIN (76<sup>2</sup>), K.: Karl Loewenstein, **Teoría de la Constitución**. Ed. Ariel, Barcelona, 1976.
- LUCAS VERDU (75), P.: Pablo Lucas Verdú, **Del Estado Liberal al Estado Social de Derecho**. Ed. Cometa, Zaragoza, 1975.
- MARIENHOFF (83<sup>3</sup>), M.: Miguel Marienhoff, **Tratado de Derecho Administrativo**. Ed. Abeledo-Perrot, S. A., Buenos Aires, 1930.
- MOLES CAUBET (74), A.: Antonio Moles Caubet, Prefacio, **El Sistema Contencioso Administrativo de la Carrera Administrativa**. Hildegard Rondón de Sanso. Ediciones Magón, Caracas, 1974.
- MONTESQUIEU (44): **El Espíritu de las Leyes**. Ediciones Libertad, Buenos Aires, 1944.
- ORGAZ (80), A.: Alfredo Orgaz, **El Daño Resarcible**. Editorial Córdova, Buenos Aires, 1980.
- PAREJO ALFONSO (84), L.: Luciano Parejo Alfonso, **El Concepto del Derecho Administrativo**. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984.
- POLANCO (79), T.: Tomás Polanco, "Los Poderes del Juez Contencioso Administrativo", **El Control Jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela**. Instituto de Derecho Público Facultad de Ciencias Políticas de la U. C. V., Imprenta Universitaria, Caracas, 1979.
- REY (80), J.: Juan Carlos Rey, **Ensayos de Teoría Política**. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980.
- RIVERO (84), J. Jean Rivero, **Derecho Administrativo**. Imprenta Universitaria, Caracas, 1984.
- RODRIGUEZ (84<sup>2</sup>), L.: Libardo Rodríguez, **Derecho Administrativo General y Colombiano**. Editorial Themis, Bogotá, 1984.
- RONDON DE SANZO (81), H.: Hildegard Rondón de Sanso, **Teoría General de la Actividad Administrativa**. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981.
- SAYAGUES LASO (74<sup>4</sup>), E.: Enrique Sayagues Laso, **Tratado de Derecho Administrativo**. Talleres Gráficos Garreiro y Ramos, Montevideo, 1974.
- V-C.N. (61): **Congreso Nacional, Venezuela, Constitución de la República de Venezuela**. Gaceta Oficial N° 662, Caracas, 1961.

- V-C.N. (65): Congreso Nacional de Venezuela, **Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República**. Gaceta Oficial N° 27.921, Caracas, 1965.
- V-C.N. (76): Congreso Nacional, Venezuela, **Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia**. Gaceta Oficial N° 1.893 Ext., Caracas, 1976.
- V-C.N. (76): Congreso Nacional, Venezuela, **Ley Orgánica de la Administración Central**. Gaceta Oficial N° 1.932 Ext., Caracas, 1976.
- V-C.N. (78): Congreso Nacional, Venezuela, **Ley Orgánica de Régimen Municipal**. Gaceta Oficial N° 2.297 Ext., Caracas, 1978.
- V-C.N. (81): Congreso Nacional, Venezuela, **Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos**. Gaceta Oficial N° 2.818 Ext., Caracas, 1981.
- V-C.N. (82): Congreso Nacional, Venezuela, **Código Orgánico Tributario**. Gaceta Oficial N° 2.992 Ext., Caracas, 1982.
- V-C.N. (62): Congreso Nacional, Venezuela, **Ley de Tránsito Terrestre**. Gaceta Oficial N° 794 Ext., Caracas, 1962.
- V-C.N. (82): Congreso Nacional de Venezuela, **Código Civil**. Gaceta Oficial N° Ext., Caracas, 1982.
- V-PGR (84): Procuraduría General de la República, Venezuela, **20 Años de Doctrina de la Procuraduría General de la República, 1962-1981**. Avilarte, Caracas, 1984.
- VIVANCOS (63), E.: Eduardo Vivancos, **Las Causas de Inadmisibilidad del Recurso Contencioso-Administrativo**. Bosch, Barcelona, 1963.
- WADE (71<sup>2</sup>), H.R.W.: H.R.W. Wade, **Derecho Administrativo**. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971.
- WEBER (64), M.: Max Weber, **Economía y Sociedad**. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1964.
- WHILE (84), L.: Leonard D. While, **Introducción al Estudio de la Administración Pública**. Centro Regional de Ayuda Técnica - Agencia para el Desarrollo Internacional, México D.F., 1964.
- WOLF (45), E.: Ernesto Wolf, **Tratado de Derecho Constitucional Venezolano**. Tipografía Americana, Caracas, 1945.
- RONDON DE SANSO (83<sup>2</sup>), H.: Hildegard Rondón de Sanso, **Procedimiento Administrativo**. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1983.
- V-PGR (86): Procuraduría General de la República, Venezuela, **Libro Homenaje a la Procuraduría General de la República**. Ed. Arte, Caracas, 1986.

LOS DERECHOS HUMANOS Y EL AMPARO CONSTITUCIONAL \*

**René Plaz Bruzual**

Magistrado de la Corte Suprema de Justicia

El amparo constitucional es una de las más importantes instituciones consagradas en la Constitución de 1961; está contenida en dos escuetos artículos —49 y 50— los cuales disponen que "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. . ." y en aquéllos "que, siendo inherentes a la persona humana", no figuran expresamente en la enunciación de los textos constitucionales respectivos.

Estos postulados nos llevan directamente, por efecto de una simple interpretación gramatical, a considerar que cuando el Constituyente emplea la expresión "... a todo habitante de la República. . .", se está refiriendo exclusivamente a personas naturales; lo cual quedaría confirmado por la referencia que seguidamente hace a derechos y garantías "inherentes a la persona humana". Sin embargo, ello no es así; por lo cual esa interpretación gramatical no es suficiente, como se demostrará más adelante.

De los textos constitucionales parcialmente transcritos se colige que el Estado tutela —entre otros— los derechos y garantías inherentes a la persona humana; los que se refieren a su dignidad; es decir, los también denominados derechos y libertades fundamentales o derechos esenciales del hombre.

Ya en nuestra primera Constitución, de 1811, algunas disposiciones establecían estos derechos y garantías, especialmente los artículos 151, 152 y 158, cuyos textos se mencionan a continuación:

"Artículo 151.—El objeto de la sociedad es la felicidad común y los Gobiernos han sido intituidos para asegurar al hombre en

\* Discurso de Orden pronunciado por el autor en la Sesión Solemne de Apertura de Actividades Judiciales, en la Corte Suprema de Justicia, el día 8 de enero de 1987.

ella, protegiendo la mejora y perfección de sus facultades físicas y morales, aumentando la esfera de sus goces, y **procurándole el más justo y honesto ejercicio de sus derechos**".

Artículo 152.—Estos derechos son la libertad, la igualdad, la propiedad y la seguridad".

El artículo 158 contenía ya normas de protección del derecho a la libertad, en las cuales algunos han creído encontrar atisbos del instituto de **habeas corpus** contemplado en la Disposición Transitoria QUINTA de la vigente Constitución. Dice así:

Artículo 158.—Tampoco podrán los ciudadanos ser reconvenidos en juicio, acusados, presos ni detenidos sino en los casos y en las formas determinadas por la ley, y el que provocare, solicitare, expidiere, suscribiere, ejecutare o hiciere ejecutar órdenes y actos arbitrarios, deberá ser castigado...".

Los principios contenidos en estas normas son los que guiaron el pensamiento y la acción de los forjadores de la nacionalidad. En el discurso pronunciado ante el Congreso de Angostura el 15 de febrero de 1819, dijo el Libertador: "Mi opinión es, Legisladores, que el principio fundamental de nuestro sistema, depende *inmediata y exclusivamente de la igualdad establecida y practicada en Venezuela*. Que los hombres nacen todos con derechos iguales a los bienes de la sociedad, está sancionado por la pluralidad de los sabios...".

Y en ese mismo Congreso de Angostura, el Libertador pide que en la creación de los tribunales se observe la estabilidad e independencia de los jueces y **se pronuncia por el establecimiento de jurados** y por la promulgación de códigos civiles y criminales **dictados por la voz de la naturaleza**:

"Al pedir la estabilidad de los Jueces, la creación de Jurados y un nuevo Código —dice el Libertador— he pedido al Congreso **la garantía de la Libertad Civil, la más preciosa, la más justa, la más necesaria; en una palabra, la única libertad, pues que sin ella las demás son nulas...**".

En el discurso pronunciado ante el Congreso Constituyente de Bolivia, y con motivo de presentar el proyecto de Constitución de ese país, el Libertador dice:

"El pueblo presenta los candidatos, y el Legislativo escoge *los individuos que han de componer los Tribunales. Si el Poder*

Judicial no emana de este origen, es imposible que conserve en toda su pureza **la salvaguardia de los derechos individuales...** Estos derechos, Legisladores, son los que constituyen **la libertad, la igualdad, la seguridad, todas las garantías del orden social...**”.

Y en carta de fecha 27 de agosto de 1820, que escribió al Comandante Don Francisco Doña, decía el Libertador:

“El hombre de honor no tiene más patria que **aquella en que se protegen los derechos de los ciudadanos** y se respeta el carácter sagrado de la humanidad; la nuestra es la madre de todos los hombres libres y justos, sin distinción de origen y condición...”.

Es irrefragable que los enunciados de nuestra primera Constitución, así como el pensamiento del Libertador expresado en los citados documentos, reciben el mayor influjo de los postulados que inspiraron la Revolución Francesa, contenidos en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano proclamados el 26 de agosto de 1789.

La Revolución Francesa preconizó la igualdad humana, inspirándose en el iusnaturalismo, corriente jurídico-filosófica que concibe al hombre dotado de derechos congénitos superiores a la sociedad; que exalta a la persona humana y la considera como “entidad suprema en la sociedad”; y que forma el substrátum filosófico de las relaciones entre el Estado y el individuo, de contenido eminentemente individualista y liberal, con marcado acento en la protección de los derechos naturales del hombre.

#### **De la primitiva sociedad liberal al nuevo orden social.**

La aparición de agrupaciones económicas y políticas como respuesta a las exigencias de la sociedad (producto del avance social), sustituye y desplaza la inicial concepción individualista basada en “el equilibrio del cambio”, así en lo económico como en lo político, superando la primitiva sociedad liberal. Las organizaciones colectivas, la aparición de los partidos de clase, las leyes económicas y otros factores de interés y de presión, amenazan con avasallar la libertad y demás derechos del ciudadano.

El derecho liberal había nacido como una respuesta al absolutismo de Estado; pero el crecimiento y desarrollo de “las



agrupaciones intermedias", obligó a un nuevo enfoque de la realidad, y a reconsiderar o replantear viejas teorías desarrolladas sobre esquemas discutibles.

El binomio individuo-Estado se modifica con la aparición de "nuevos sujetos" en la relación; los lazos grupales establecen aumentos de capacidad en forma desigual entre los sujetos incluidos y los terceros o extraños; ciertas agrupaciones se desarrollaban en forma tan desproporcionada que rebasaban la acción de los demás, impedidos por las "élites directivas", y todo parece revertirse contra la intención primigenia de lograr instrumentos idóneos para el desarrollo personal.

Comienza a desdibujarse el concepto de la supremacía del individuo frente al Estado y sus esferas de autonomía, lo cual amenaza la estabilidad y vigencia del orden existente. La acción de las grandes agrupaciones no solamente se desarrolla con mengua y menoscabo de la libertad individual, sino que alcanza al propio Estado —llegando a mediatizar las previsiones constitucionales— y aun a desplazarlo o competir con él en cuestiones de monopolio y otras que tradicionalmente fueron privativas del Estado.

Ante esta realidad, se vuelve la mirada hacia la concepción de un Estado protector de la dignidad de la persona, que resuelva la problemática formal y material inherente a las libertades amenazadas por los Poderes Públicos y por las organizaciones grupales, en forma efectiva.

En esta etapa de la evolución social, los derechos y garantías se despojan de su antiguo carácter individualista para tomar una dimensión diferente, ya dentro del contexto colectivo, y como fuente de transformación de la sociedad, y fruto a la vez del desarrollo en todos sus aspectos.

Nuestra vigente Constitución de 1961, responde a estos fines, es decir, amplía la protección del individuo: frente al Estado y frente a los otros individuos o grupos, en contraposición con las constituciones basadas en el modelo clásico de democracia que limitaban esa protección a la defensa del individuo frente al Estado; a la vez que promueve el desarrollo hacia el Estado Social.

En el preámbulo de la Constitución vigente, en efecto, encontramos estos propósitos:

“Proteger y enaltecer el trabajo, amparar la dignidad humana, promover el bienestar general y la seguridad social; lograr la participación equitativa de todos en el disfrute de la riqueza, según los principios de la justicia social, y fomentar el desarrollo de la economía al servicio del hombre.

Mantener la igualdad social y jurídica, sin discriminaciones derivadas de raza, sexo, credo o condición social...”.

**En este contexto, nace la institución del amparo constitucional.**

La Constitución establece que:

“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” (artículo 49) y que “la falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos” (artículo 50).

Este procedimiento “breve y sumario” está dirigido a restablecer “inmediatamente” la situación que infringe los derechos y garantías constitucionales o viola los derechos inherentes a la persona humana, aunque estos últimos no figuren expresamente en la enunciación que las normas de la Constitución hacen de aquellos derechos y garantías.

Con la afirmación anterior no se desestima el libre acceso al acto de administración de justicia por la vía ordinaria o contenciosa (Artículos 68 y 206 de la Constitución); lo que se apunta es, la vigencia de una vía extraordinaria: el amparo constitucional en defensa de los derechos humanos.

Consecuencias jurídicas de suma importancia se derivan de los artículos 49 y 50 de la Constitución:

- a) Que los derechos humanos constituyen un concepto jurídico (están consagrados jurídicamente).
- b) Que los derechos humanos están amparados por el sistema legal (“Los Tribunales ampararán”, dice el texto).

c) Que los mencionados derechos incumben al ciudadano y al hombre ("Los Tribunales ampararán a todo habitante de la República...").

La diferenciación hombre-ciudadano, aparece en la Declaración francesa de 1789 y en otros textos posteriores. El Libertador, en el discurso sobre el "Poder Moral" señala que debe crearse una institución en relación a los "derechos y deberes del hombre y del ciudadano" (Artículo 1º, Sección Tercera); y en la vigente Constitución se establece que "Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos que los venezolanos, con las limitaciones o excepciones establecidas por esta Constitución y las leyes" (artículo 45). En este orden de ideas se observa que los derechos del hombre son naturales, inalienables y fundamentales (por ejemplo: el derecho a la vida, al honor, la libertad y seguridad personales; el acceso a la justicia; el derecho de defensa y el amparo, etc), mientras que los derechos del ciudadano comprenden también derechos privativos, como serían los derechos políticos, con la salvedad establecida en el artículo 45 de la Constitución y <sup>111</sup> **ejusdem**. No obstante, en el ámbito del derecho internacional, en un sentido global, la distinción entre los derechos del hombre y del ciudadano ha desaparecido, y se sostiene que los derechos reconocidos en las constituciones son considerados como pertenecientes a la categoría de los derechos del ciudadano; mientras que los derechos del hombre son los cubiertos por el derecho internacional.

Pero, ¿qué se entiende por estos derechos?

Se les considera como derechos naturales en cuanto se corresponden con la naturaleza humana y pertenecen por lo tanto a toda persona humana. Se les califica como derechos del hombre y del ciudadano para definirlos frente al poder del Estado. Son derechos fundamentales por tratarse de derechos sustanciales del hombre. Se les denomina derechos fundamentales y libertades públicas del hombre, para evidenciar los derechos que, en general, tiene cada hombre ante los demás y así mismo, los derechos que tiene para el ejercicio de las libertades individuales. En fin, en la actualidad se utiliza el concepto "derechos humanos" como expresión que comprende los derechos civiles y políticos necesarios para la convivencia social y reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico.

Los derechos humanos son inviolables, inalienables, limitados en su ejercicio; iguales y comunes en todos los hombres; indivisibles e interdependientes entre sí; protegibles a nivel interno e internacional; son ejercitables *erga omnes*, frente a los poderes públicos o frente a los particulares, personas jurídicas y privadas nacionales y organismos internacionales. . .

Principalmente, los derechos humanos presentan una connotación política y filosófica; mas, nadie puede negarle su juridicidad. En efecto, la consagración, protección y garantía de los derechos humanos constituyen la nota predominante de la contemporaneidad, y se configuran como la medida justa y precisa de una organización sociopolítica democrática y de una convivencia civilizada y armoniosa. En tal sentido, la doctrina establece tres requisitos principales para la plena eficacia de los derechos humanos:

Primero: Un Estado de *jure* que comprende la autodeterminación, o sea, la posibilidad de determinar libremente el estatus político y el modelo de desarrollo, y, el imperio de la Ley, obra de un parlamento elegido por los ciudadanos.

Segundo: Un marco legal específico, que significa, por una parte, un sistema legal pre-establecido con el propósito de facilitar su ejercicio teniendo en cuenta tres factores indispensables: los derechos humanos de "los demás"; la vida del grupo considerada como entidad, y la vida de la humanidad como conjunto.

Tercero: Garantías efectivas. Las personas que han de disfrutar de los derechos humanos, deben contar con los medios para obtener reparación por las violaciones de las que han sido víctimas.

En el ordenamiento jurídico venezolano, los mencionados requisitos encuentran su expresión en la Constitución y en las leyes que desarrollan las normas constitucionales. Debemos precisar que dichas normas no son programáticas; todo lo contrario, son vinculantes y de obligatorio cumplimiento, de manera que, cualquier disposición que colidiera con la Constitución es susceptible de ser anulada por razones de inconstitucionalidad (artículo 215). Esta observación presenta particular significado para el tema que nos ocupa. Por el momento, veamos sucintamente, la regulación de los derechos humanos a nivel constitucional y su dimensión internacional.

### A.—Esquema Constitucional.

1.—El preámbulo.—Se menciona como finalidad de la Constitución "proteger y enaltecer el trabajo, amparar la dignidad humana, promover el bienestar general y la seguridad social; lograr la participación equitativa de todos en el disfrute de la riqueza, según los principios de la justicia social, y fomentar el desarrollo de la economía al servicio del hombre; mantener la igualdad social y jurídica, sin discriminaciones derivadas de raza, sexo, credo o condición social...".

2.—Los derechos y garantías se recogen textualmente en: disposiciones generales y derechos individuales, sociales, económicos y políticos. Estos son:

a) **Disposiciones Generales:** dignidad de la persona, que consiste en el libre desenvolvimiento de la personalidad, la reserva constitucional y legal en cuanto a las restricciones de los derechos, el amparo constitucional de los derechos y garantías y el ejercicio de los mismos.

b) **Individuales:** derecho a la vida, al honor, la integridad física y moral (seguridad personal); la igualdad (ésta incluye el derecho a la diferencia); la inviolabilidad del hogar doméstico y de la correspondencia; la libre circulación; la libertad de cultos; la libertad ideológica; el derecho de petición; el libre acceso a los órganos de administración de justicia; el derecho de defensa; el derecho a ser juzgado por jueces naturales; los derechos de asociación y de reunión.

c) **Sociales:** la protección por parte del Estado, de las agrupaciones colectivas; de la familia, la maternidad, la filiación, la salud; el mejoramiento de la vida de la población campesina; el derecho a la educación, la cultura y el trabajo.

d) **Económicos:** se consagra la justicia social como fundamento del régimen económico de la República; el derecho de empresa; la prohibición de monopolios; la protección de la iniciativa privada; el derecho de propiedad; el derecho de autor, etc.

e) **Políticos:** el derecho de participación en los asuntos públicos y de acceso a cargos públicos (sistema electoral); el derecho de asociación en partidos políticos; el derecho de manifestación y de asilo.

Haremos un breve paréntesis en cuanto a la enunciación de los derechos —y esto no tan sólo para satisfacer las exigencias del discurso— sino también, para recordar algunas teorías que justifican los señalados derechos.

1) **La teoría naturalista:** que como se dijo anteriormente, considera que el hombre tiene derechos innatos, sustanciales e irrenunciables, que por ser anteriores al Estado y constituir la base de la vida social dentro del Estado, deben ser reconocidos por éste, regulados y defendidos por él.

2) **La teoría positivista:** sostiene que los derechos tienen efectividad si están consagrados por el ordenamiento jurídico.

3) Se relacionan también los derechos humanos con los **acontecimientos históricos**, con la evolución de la sociedad.

4) **Una teoría dualista:** califica los derechos humanos como valores en la fundamentación de la Ley positiva.

5) **Teoría pragmática:** sostiene que han de abandonarse teorías, dogmas y doctrinas, y es suficiente el razonamiento empírico y casuístico para afirmar la necesidad de defender los derechos humanos.

6) **La teoría de la fundamentación ética:** los considera como fundamentales; conforman la dignidad del hombre, deben respetarse, y será al Estado a quien corresponda su defensa cuando hayan sido vulnerados. Tienen dichos derechos un fundamento moral antes que jurídico.

Se ha considerado por algunos autores que el enfoque doctrinario de los derechos humanos debe ser ecléctico, en vista de que ninguna de las señaladas teorías agota por sí misma el tema; sin embargo, cada una de ellas presenta presupuestos comunes y criterios aprovechables, aptos para integrarse en una **teoría teleológica**, y no por esto menos en acuerdo con la naturaleza del hombre o con la idea positivista.

En definitiva, creemos que no podrá considerarse como una barrera infranqueable dentro de un procedimiento judicial en defensa de los derechos humanos, la circunstancia de invocarse una u otra de las teorías señaladas, o la de no haberse esgrimido ninguna.



**B.—La dimensión internacional de los derechos humanos.****(1) Derechos Fundamentales.**

En el pensamiento moderno prevalece la idea de la indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Esa idea presupone la existencia de un "bloque único". Sin embargo, la Carta de las Naciones Unidas reconoce en su preámbulo que los pueblos se muestran dispuestos "a reafirmar su fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y valor de la persona humana..." Se trataría en este contexto de algunas normas metapositivas o supraleales, como el derecho a la vida, a la libertad, al libre ejercicio de la religión y conciencia; la eliminación del racismo y de la discriminación racial; el derecho a no ser sometido a torturas y a tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes; a no ser sometido a esclavitud o servidumbre; a no ser encarcelado por el simple incumplimiento de una obligación contractual; la prohibición de la aplicación retroactiva de una ley penal; el derecho al reconocimiento como persona ante la ley. Es de notar que según el convenio internacional sobre derechos civiles y políticos y según las Convenciones regionales, dichos derechos humanos no pueden derogarse en ninguna circunstancia, precisamente porque se les considera suprapositivos.

También otras organizaciones internacionales han convenido en reconocer ciertos valores de los derechos humanos como fundamentales. Por ejemplo, el principio constitucional de la Organización Internacional del Trabajo se refiere a la libertad de asociación, libertad que debe ser respetada por todos sus miembros. La Organización de Estados Americanos y en particular la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aboga en favor de señalar ciertos derechos humanos como de naturaleza fundamental: el derecho a la vida, la libertad y seguridad personal; el derecho a la igualdad ante la ley; el derecho a la libertad religiosa y de credo; el derecho a la libertad de investigación, opinión, expresión y comunicación; el derecho a un juicio justo; el derecho a la protección ante decisiones arbitrarias; el derecho a un proceso legal rápido.

La Convención para la represión y castigo del delito de genocidio o la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y

crímenes contra la humanidad, nos proporciona la indicación de la existencia de normas suprapositivas, vinculantes para los Estados, incluso en ausencia de una aceptación expresa (por no haberse adherido a la Convención).

**(2) Derechos civiles y políticos; derechos económicos, sociales y culturales.**

La Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el Convenio internacional sobre derechos civiles y políticos, y el Convenio internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales, son los instrumentos más importantes sobre la materia.

Los derechos civiles se refieren a la protección de la libertad, seguridad e integridad física y espiritual de la persona humana.

Los derechos políticos: derecho a la libertad de opinión y expresión; el derecho a la libertad de reunión y asociación; el *derecho a tomar parte en la conducción de los asuntos públicos*, incluido el derecho a votar y ser elegido.

Los derechos económicos, sociales y culturales; el derecho al trabajo, incluido el derecho a unas condiciones de trabajo justas y favorables; los derechos sindicales, el derecho a la seguridad social; el derecho a una alimentación, vestuario y albergue adecuados; el derecho a un nivel de vida adecuado; el derecho a la salud; el derecho a la colocación y los relativos a la cultura y la ciencia.

**(3) Derechos individuales, derechos colectivos.**

Ciertos derechos por su naturaleza son individuales: el derecho a la intimidad, a la libertad de pensamiento y de conciencia y el *derecho a la libertad y seguridad de la persona*. Por otra parte, otros son colectivos, como los derechos económicos y sociales.

Existen también derechos que presentan aspectos mixtos, por ejemplo, *la libertad de religión y de expresión*.

En el cuadro de los derechos individuales es importante señalar las relaciones sociales del individuo. En este sentido el artículo 1º de la Declaración Universal establece que "todos los seres humanos... deben tratarse unos a otros con espíritu de hermandad".

Los derechos colectivos consagran la protección de grupos, por ejemplo, la de las minorías, en cuanto al desarrollo de sus características. Los tratados y declaraciones sobre las minorías se refieren específicamente a las garantías respecto al uso del idioma o al mantenimiento de ciertas instituciones de las minorías, garantía de autonomía, de fueros tradicionales, etc.

Concluyendo la parte correspondiente a los derechos humanos, queremos enfatizar que los mismos deben considerarse en su conjunto, o sea, en el orden interno e internacional, pues sólo en el sentido universal, su consagración y defensa encuentran su justificación y razón de ser.

Cabe destacar que por medio de estos derechos nos vinculamos unos con otros, no únicamente por la idea de solidaridad, sino más bien por nuestra simple condición humana.

Retornando al tema de la defensa de los derechos humanos, entramos de nuevo en la materia del Amparo Constitucional en Venezuela, conforme al cual:

"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". (Art. 49).

La tutela o defensa de tales derechos y garantías no está limitada por la enunciación que de los mismos hacen los textos constitucionales. Por el contrario, el artículo 50 establece que tal enunciación no debe entenderse como negación de otros derechos y garantías que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella; e igualmente, que la falta de ley reglamentaria de estos derechos, no menoscaba el ejercicio de los mismos.

**Tesis restrictiva: El carácter programático de la norma.**

Con fecha 24 de abril de 1972, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, con fundamento en el artículo 148 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y a solicitud del Fiscal General de la República, dictó un Acuerdo por el cual declaró que "la competencia de los Tribunales de Primera Instancia y Superiores en lo Penal de la República, a que se refiere la Disposición Transitoria Quinta de la Constitución, se limita exclusivamente al conocimiento del recurso de **Habeas Corpus** previsto en dicha norma; y que, toda decisión que no esté apoyada en la competencia específica de dichos Tribunales o que invada la atribuida por la Constitución y las leyes a otros órganos judiciales, constituye una usurpación o extralimitación de atribuciones".

En esta forma, los Tribunales penales quedaban sin competencia para conocer de recursos de amparo respecto de derechos civiles u otros asuntos cuyo conocimiento no formaba parte de su competencia específica. La Corte reprodujo así los fundamentos de su sentencia del 14 de diciembre de 1970, según los cuales "de conformidad con el artículo 206 de la Constitución, corresponde solamente a esta Corte y demás Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, conocer de la nulidad de los actos de la Administración Pública Nacional, Estatal o Municipal, y eventualmente suspender los efectos del acto administrativo impugnado, por vía de previo pronunciamiento". La Corte Suprema de Justicia calificó la norma del artículo 49 de la Constitución como una norma de carácter programático, no aplicable directa e inmediatamente por los jueces.

**Los Convenios Internacionales y el Amparo.**

En el año 1977, el Congreso Nacional aprobó por ley, la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y en 1978, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Y en ese último año, aprobó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por el cual los Estados signatarios o partes se obligan a garantizar el ejercicio de los derechos humanos. Concretamente la Convención Americana estableció el derecho de toda persona "a un recurso sencillo y rápido o

a cualquier otro recurso efectivo" jurisdiccional —ante los Tribunales competentes— "que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúan en ejercicio de sus funciones"; y los Estados Partes quedaron comprometidos: "a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".

#### **El nuevo criterio de la Corte Suprema de Justicia.**

Por sentencia de fecha 20 de octubre de 1983, la Corte Suprema admitió la posibilidad de ejercicio del Recurso de Amparo, al considerar que la norma reguladora de dicho recurso (artículo 49 de la Constitución), es vinculante y no programática.

En el caso, se alegó que el Consejo Supremo Electoral había dictado una Resolución discriminatoria con respecto al espacio destinado en los canales de televisión oficiales, para los candidatos a la Presidencia de la República, acordándolo sólo para los candidatos con representación mayoritaria ante dicho organismo.

La Corte admitió la posibilidad de ejercicio del recurso de amparo, al considerar que la norma constitucional (artículo 49) es obligatoria. A tal efecto, al señalar el aparte único del artículo 50 **ejusdem** "La falta de la ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos", consideró que "con esta declaración el constituyente ha reafirmado su voluntad en el sentido de mantener la integridad de los derechos humanos y de ponerlos a cubierto de cualquier intento o acto que pudiese vulnerarlos, ya que, en su concepto, la diferencia que ha pretendido hacerse entre derechos y garantías es inadmisibles, desde el momento que haría de aquéllos, meras declaraciones retóricas sin contenido real".

Al admitir la posibilidad del ejercicio del recurso de amparo, la Corte Suprema advirtió que los Tribunales de la República deben hacer un uso prudente y racional del artículo 49 de la

Constitución, "tratando de suplir por medio de la analogía y demás instrumentos de interpretación de que los provee el sistema jurídico venezolano, la lamentable ausencia de una ley reglamentaria de la materia".

Dice el fallo de la Corte refiriéndose a los Tribunales que "Al efecto, deben limitar su facultad para admitir recurso de amparo, de acuerdo con la afinidad que con su competencia natural tengan los derechos que se pretendan vulnerados". Así, en sentencia del 23 de octubre de 1986, para decidir un recurso de amparo, la Sala Político-Administrativa consideró en primer término su competencia, y en este sentido verificó la materia a la cual se refieren los derechos constitucionales que se pretenden vulnerados. Al constatar que los derechos se ubican en el ámbito del derecho penal, declinó la competencia en la Sala de Casación Penal. Así mismo, en la última sentencia dictada por la misma Sala fue reiterada su jurisprudencia con respecto a la afinidad que con su competencia natural tengan los derechos que se pretenden vulnerados, y por lo tanto, declinó la competencia en la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, por considerar que los actos cuya constitucionalidad se cuestionan, son de efectos particulares y emanan de un Colegio de Abogados. (Sentencia del 16-12-86).

Varias consecuencias se derivan del contenido de los mencionados artículos 49 y 50 de la Constitución:

1) En primer lugar, el amparo es **"un medio judicial de protección"** de derechos y garantías destinado a restablecer la situación jurídica infringida o el derecho vulnerado. No obstante que el texto emplea el término "habitante", el amparo no sólo comprende a "todo habitante de la República", sin distinción; comprende también a personas jurídicas o morales.

2) Como medio judicial puede afirmarse además que el constituyente creó un **procedimiento especial de amparo**. El Art. 49 dispone: "El procedimiento será breve y sumario", lo cual establece características propias en función de la necesidad de restablecer "inmediatamente" la situación jurídica infringida, procedimiento distinto de los previstos en los artículos 68 y 206 **ejusdem**", normas que se refieren al acceso a los órganos de Administración de Justicia de una manera genérica, y al contencioso-administrativo, respectivamente.



No hay duda de que el constituyente concibió una vía especial: el procedimiento de amparo; que la competencia se asigne a tribunales ya existentes, o que se creen nuevos tribunales, no cambia la situación. En todo caso, se tratará **siempre** de protección o tutela de un **derecho constitucional**, y de satisfacer en forma "inmediata" el requerimiento de restablecer la situación jurídica violada.

3) El Amparo protege no solamente los derechos individuales, como el derecho a la vida, el honor y la reputación, etc., sino también los **derechos sociales** del Capítulo IV, los **derechos económicos** (Capítulo V), y los **derechos políticos** contenidos en el Capítulo VI, todos incluidos dentro de la categoría de **derechos humanos**; e igualmente los otros derechos que, aunque la Constitución no menciona, son inherentes a la persona humana (artículo 50 de la Constitución). Por consiguiente, **está fuera** de lugar la posición restrictiva que pretende limitar el amparo constitucional a los solos derechos individuales del Capítulo III.

4) **Competencia múltiple:** La Constitución se limita a señalar en forma escueta que el conocimiento del amparo corresponderá al "juez competente...". Por otra parte, el Decreto con fuerza vinculante de la Corte Suprema de Justicia del año 1972, prohibió a los jueces penales conocer del recurso de amparo, limitando su competencia al amparo de la libertad personal, **Habeas Corpus**, (Disposición Transitoria Quinta). Con excepción de lo pautado en el Código Orgánico Tributario, que sí prevé un procedimiento y una competencia, la jurisprudencia de los tribunales ha seguido los dictados de la sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 20 de octubre de 1983.

La ausencia de ley reglamentaria de la materia obliga a recurrir a la analogía (artículo 4º del Código Civil): la afinidad de competencia es el principio fundamental que ha permitido determinar los órganos competentes en relación con el amparo. La Corte parece referirse fundamentalmente a la competencia por la materia y por el territorio. En este sentido, por ejemplo, serían competentes —dentro de su especialidad— los jueces de Primera Instancia de la jurisdicción ordinaria o especial; la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en lo referente a su competencia prevista en el artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte, y la Sala Político-Administrativa de

la Corte Suprema de Justicia en los casos de recursos de amparo interpuestos contra "los máximos representantes del Poder Ejecutivo y demás organismos constitucionalmente previstos..." (artículos 42 y 43 *ejusdem*).

**5) El sujeto del cual emana el acto lesivo:**

Tradicionalmente se consideró que el Estado era el único sujeto capaz de lesionar un derecho constitucional; como consecuencia, el amparo sólo procedería frente al Estado, único posible agresor de los derechos y garantías constitucionales. Sin embargo, el desarrollo social, y con él la evolución doctrinal y jurisprudencial, han ampliado ese limitado concepto: actualmente lo importante es la protección del derecho lesionado, no importa quien sea el autor de la lesión. Ello obedece, ciertamente, a un enfoque distinto de los derechos subjetivos públicos que, conforme a los nuevos principios constitucionales, pertenecen al sujeto por el solo hecho de ser persona humana.

Conforme a esas nuevas corrientes doctrinales acogidas en la Constitución, el amparo se extiende a los particulares que lesionan los derechos constitucionales, porque éstos no tienen "más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás" (artículo 43) y del orden público y social.

Por ello, conforme a la doctrina, el amparo constitucional "busca asegurar la protección de los derechos y garantías constitucionales" contra las lesiones que provengan tanto "de autoridades públicas como de particulares".

**6) Brevedad y sumariedad del procedimiento.**

La norma exige un procedimiento breve y sumario capaz de restablecer "inmediatamente" la situación jurídica infringida, lo cual presupone su carácter rápido y efectivo; y, desde luego, que el recurso de apelación, de considerarse procedente, se oiga en el solo efecto devolutivo. La celeridad del procedimiento es una de las notas más características de la institución.

**El Amparo Constitucional en la Doctrina.**

**a) Violación directa de la Constitución.**

En el caso Andrés Velásquez, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia del 20-10-83) decidió que:

"... como reconoce el propio recurrente, el Consejo Supremo Electoral ha actuado en virtud de una norma expresa contenida en el artículo 154 de la Ley Orgánica del Sufragio, cuya constitucionalidad debe presumirse mientras no haya sido declarado lo contrario por el órgano jurisdiccional competente y por las vías legales establecidas para el ejercicio de tal tipo de recursos.

No siendo por tanto manifiesta la alegada inconstitucionalidad de la Resolución impugnada del Consejo Supremo Electoral, y en razón de que no puede esta Corte hacer un pronunciamiento al respecto sino de acuerdo con los procedimientos establecidos para la tramitación y decisión de los respectivos recursos de nulidad, se declara la improcedencia del recurso de amparo para dirimir la cuestión planteada por el recurrente".

En esta forma, la Corte Suprema de Justicia estableció que la violación de la Constitución debe ser directa y que el acto no puede provenir de la aplicación de una ley, cuya constitucionalidad debe presumirse mientras no se haya declarado su inconstitucionalidad por el órgano jurisdiccional competente.

#### b) Violación actual.

Para la doctrina, lo determinante en cuanto a la admisibilidad del amparo es que la lesión se esté produciendo o sea inminente, y que no sea una situación pasada o ya cumplida; que sea una situación actual y no un hecho concluido. Se excluye la protección de las situaciones que se han consolidado con el tiempo. En este sentido, la Corte declaró inadmisibles un recurso de amparo por considerar que el no ejercicio oportuno del recurso Contencioso-Administrativo, debe interpretarse como el consentimiento tácito por parte del presunto agraviado y, consecuentemente, su recurso es tardío. (Sentencia del 30-6-86).

#### c) El amparo como vía subsidiaria.

Una corriente doctrinal concibe el amparo como una acción judicial autónoma y subsidiaria, porque no exige que se hayan agotado vías judiciales previas para poder intentarse; ni se configura como un recurso contra sentencias judiciales; y que sólo procede cuando no existen en el ordenamiento jurídico, otros

recursos o acciones judiciales que permitan mediante procedimientos breves y sumarios, obtener protección de los derechos y el restablecimiento inmediato de los mismos.

Según estos autores, el "derecho de amparo", como se lo denomina, y que prevé el artículo 49 de la Constitución, permite asegurar la protección de los derechos fundamentales infringidos por actos estatales, a través del recurso de inconstitucionalidad de las leyes (acción popular); o de la desaplicación de una ley por cualquier juez (el denominado control difuso de la constitucionalidad); a través del recurso de casación respecto de sentencias; y mediante el recurso contencioso-administrativo de anulación de actos administrativos; a la vez que permite asegurar la protección de los derechos fundamentales vulnerados por otros particulares a través de las vías judiciales del proceso ordinario. Pero además, el amparo permite lograr la adecuada protección de los derechos y garantías constitucionales a través de la "acción de amparo" como vía subsidiaria absolutamente diferenciada de las demás.

Esta doctrina encuentra su mayor obstáculo y resistencia, en las notas de brevedad y sumariedad del procedimiento que establece la señalada norma constitucional, y en la celeridad que supone "...restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida", lo cual nos lleva a la firme convicción de que el constituyente creó para el amparo un procedimiento extraordinario y distinto —pero no subsidiario— con características propias y definidas que responden a una necesidad específica de celeridad. Por lo tanto, el amparo es un recurso extraordinario que resulta de la absoluta necesidad de ofrecer protección al agraviado ante la a priori ineficacia de las medidas jurídicas ordinarias; y no es un recurso subsidiario.

#### d) El amparo y la cosa juzgada.

Al conocer de un recurso de amparo contra una sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia consideró que en principio, la doctrina admite dicho recurso contra sentencias judiciales si se tratara v. gr. de una usurpación de autoridad (artículo 119 de la Constitución) o de violación flagrante de un derecho fundamental, como sería, por ejemplo, condenar un reo a la pena de muerte. Pero como en el caso sub

judice la recurrida dictó un fallo dentro de su competencia y calificó el acto en ejercicio de su soberano derecho de apreciación, la Corte decidió que no puede desconocer los efectos de la cosa juzgada producida y, consecuentemente, declaró improcedente el recurso (Sentencia. 5-6-86).

También la Corte Suprema de Justicia declaró inadmisibles un recurso de amparo contra una sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, en vista de que contra esa categoría de decisiones, la ley establece que no se oirá recurso alguno y "en esta negación ha de incluirse, sin duda, el amparo, pues no ha sido dictada la ley especial que contempla el artículo 49 de la Constitución y que pudiese derogar el artículo 185 de la ley de la Corte (Sentencia 25-11-86). En este contexto, y a pesar de que esta modalidad de recurso no produce cosa juzgada, la Corte Suprema de Justicia al sentenciar un recurso de amparo contra lo decidido en otro recurso de amparo consideró que tal posibilidad resultaría ser una acción judicial *ad perpetuam* y, consecuentemente, declaró inadmisibles el recurso (Sentencia 10-11-86).

En este orden de ideas la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia estableció que las actuaciones o procedimientos seguidos para acordar o negar un mandamiento de amparo constitucional no constituye juicio en los términos señalados por el artículo 418 del Código de Procedimiento Civil,\* y en consecuencia, ninguna actuación procesal que directa o indirectamente se relacione con el amparo constitucional estaría sometida al recurso de casación (Sentencia 31-01-85).

En síntesis, por cuanto el juicio de amparo no constituye un proceso que dirima controversias entre partes, sino que tutela un derecho que se pretende vulnerado, la sentencia que se dicta para resolver la situación jurídica infringida, no produce cosa juzgada. Por lo tanto, las partes tienen acceso al acto de administración de justicia por las vías legales distintas a las del amparo, en base a los artículos 68 y 206 de la Constitución.

\* C.P.C., derogado, del 14 de julio de 1916.

## CONCLUSION

Señores:

Escogimos como tema del discurso para la inauguración del año judicial 1987 "Los derechos humanos y el amparo constitucional" por considerarlo actual y controvertido.

El amparo no tiene una finalidad en sí; es sólo un medio para la defensa de los derechos humanos. Es un camino que rebasa la "dura lex sed lex". En efecto, el amparo no tan sólo resuelve la problemática de la tutela de los derechos humanos; además, abre un nuevo horizonte jurídico, en el sentido de que, en el porvenir, pudiera surgir una vía paralela, capaz de producir cosa juzgada, basada en la equidad, que no en la aplicación rígida de la ley. En esa nueva vía podría instaurarse el juicio por jurados, como lo pidió el Libertador ante el Congreso de Angostura, y como expresamente fue consagrado en la Constitución de 1811, en los artículos 117 y 161.

Vista la naturaleza del amparo, se requiere para su perfeccionamiento, la contribución de filósofos, politólogos y sociólogos, y en última instancia, de los juristas para el momento de su instrumentación jurídica. Una comisión interdisciplinaria para el estudio y redacción del proyecto sobre la ley de amparo, sería aconsejable; y, mientras se logra expresar en la ley el mandato constitucional, queda abierta la vía judicial por aplicación directa del artículo 49 de la Constitución.

En cuanto a la tarea legislativa, una labor difícil y delicada espera el esfuerzo de todos: estudio adecuado, entrega desinteresada, afirmación y defensa de los derechos humanos, para los cuales el amparo es el medio idóneo. —No puedo dejar de advertir, sin embargo, al considerar esta materia, que los errores por la falta de un ponderado análisis de la institución, no sólo perjudicarían los derechos que se pretende tutelar, sino que podrían incluso convertirse en factor perturbador y hasta paralizante del acto de administración de justicia, como ha ocurrido en otros países. Esta última advertencia es el resultado de una objetiva preocupación y no fruto del pesimismo.

Reitero que el amparo constitucional, como una de las más modernas y nobles instituciones, responde a la realización del ideal de justicia del ser humano. Por lo tanto, la necesidad de su debida reglamentación legal es una permanente exigencia.



**"LA CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE DERECHO  
INTERNACIONAL PRIVADO"**

**Gonzalo PARRA-ARANGUREN.**

## SUMARIO:

### I.—LOS ANTECEDENTES:

1. - Las ideas de Juan Voet.
2. - Los esfuerzos de Mancini.
3. - a) en el Consejo Contencioso Diplomático (1863).
4. - b) en la Cámara de Diputados (1863).
5. - c) como Relator Parlamentario en 1866.
6. - d) gestiones en 1867 ante Francia, Bélgica y Prusia.
7. - Los esfuerzos españoles en 1867.
8. - Nuevas tentativas de Mancini en 1873.
9. - La iniciativa holandesa de 1874.
10. - La actitud del Instituto de Derecho Internacional en 1874.
11. - Las gestiones del Ministerio de Justicia italiano (1877).
12. - La Circular de la Cancillería italiana de 1881.
13. - La Memoria de Mancini en 1882.
14. - La sesión de 1882 del Instituto de Derecho Internacional.
15. - La Circular de la Cancillería italiana de 1882.
16. - La Resolución de 1883.
17. - La Circular de la Cancillería de 1884.
18. - Comunicación de la Legación italiana a la Cancillería venezolana en 1884.
19. - La Resolución anexa a la comunicación.
20. - El acuse de recibo por la Cancillería venezolana.

21. - La Circular de la Cancillería italiana de 1884.
22. - La favorable respuesta venezolana.
23. - Nueva Circular de la Cancillería italiana en 1885.

## II.—LA CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO:

### PRIMERA ETAPA (1893-1904):

24. - La convocación hecha por Holanda.
25. - La actitud de los invitados al Congreso.
26. - Las primeras cuatro reuniones.
27. - El anteproyecto holandés y su restricción.
28. - El resultado de la Primera Reunión en 1893.
29. - El tratamiento del Orden Público.
30. - La Comisión de Estado Neerlandesa creada en 1897.
31. - El idioma oficial de la Conferencia.
32. - La publicidad de los resultados en el Congreso de St. Louis (1904).
33. - Los efectos de la Primera Guerra Mundial sobre las Convenciones.

### III.—LA SEGUNDA ETAPA DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (1925-1928):

34. - Nuevas gestiones holandesas.
35. - La apertura de las Convenciones aprobadas en la primera etapa.
36. - Los Estados asistentes a las reuniones.
37. - Las materias examinadas.
38. - Los problemas de metodología.
39. - La ausencia de resultados concretos.

**IV.—LA TERCERA ETAPA DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA  
SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (1951-1985):**

**A.—LA INSTITUCIONALIZACION DE LA CONFERENCIA:**

- 40. - La aprobación del Estatuto.
- 41. - Finalidad y Funcionamiento de la Conferencia.
- 42. - Naturaleza de las sesiones.
- 43. - Relaciones con otros organismos internacionales.
- 44. - Los Miembros.
- 45. - La incorporación de Venezuela.

**B.—LAS CONVENCIONES APROBADAS:**

- 46. - Las materias examinadas.
- 47. - Las "reglas de conflicto de segundo grado".
- 48. - Los asuntos administrativos objeto de estudio.
- 49. - Las materias de Derecho Procesal Civil Internacional.
- 50. - Los asuntos de Derecho de Familia.
- 51. - Los temas de Derecho Mercantil Internacional.
- 52. - Clases de Convenciones: de validez universal y fundadas sobre la reciprocidad.
- 53. - Determinación de su naturaleza a falta de norma.
- 54. - El abandono de las codificaciones globales.
- 55. - El procedimiento para la selección de los temas.

**C.—LA ADOPCION DEL TEXTO:**

- 56. - El sistema de votación.
- 57. - La tentativa de revisión en 1985.
- 58. - La inclusión de los textos aprobados en el Acta Final.
- 59. - El idioma oficial.

- 60. - Las dificultades lingüísticas.
- 61. - La utilización de facultades y de declaraciones interpretativas.
- 62. - La traducciones diferentes de los mismos textos auténticos.
- 63. - Las gestiones venezolanas para lograr su uniformidad.
- 64. - La traducción de la Convención sobre compra-venta de 1985.
- 65. - La corrección de los errores.

#### **D.—LA SUSCRIPCION Y LA RATIFICACION**

- 66. - La estructura formal de las convenciones.
- 67. - La suscripción.
- 68. - Los Estados facultados para firmarlas.
- 69. - La ratificación.
- 70. - Los límites temporales para su firma.
- 71. - Diferencia entre obligatoriedad y entrada en vigencia de la Convención.
- 72. - El número de ratificaciones necesario.
- 73. - Lapso posterior para su entrada en vigencia.

#### **E.—LAS RESERVAS:**

- 74. - Su utilidad.
- 75. - Definición de las reservas.
- 76. - Las declaraciones interpretativas.
- 77. - Sistemas sobre la validez de las reservas.
- 78. - La regulación de las reservas en La Haya.
- 79. - a) su prohibición absoluta.
- 80. - b) enumeración de las posibles y prohibición de cualquier otra.
- 81. - c) enumeración de las posibles sin prohibición expresa de cualquier otra.

- 82. - d) silencio al respecto.
- 83. - La forma de las reservas.
- 84. - Aspectos temporales.
- 85. - Efectos generales de las reservas.
- 86. - Efectos respecto al Estado reservante.
- 87. - Efectos frente a otros Estados Parte.
- 88. - Dificultades de aplicación de la Convención de Viena.
- 89. - El artículo 23 de la Convención de Viena.
- 90. - Las Convenciones de La Haya a partir de la Novena Sesión.
- 91. - Forma y tiempo de las reservas.

#### F.—LAS FACULTADES (OPCIONES):

- 92. - Procedimientos utilizables para satisfacer a Estados disidentes.
- 93. - Naturaleza de las facultades.
- 94. - Sus eventuales inconveniencias.
- 95. - El artículo 17 de la Convención de Viena.
- 96. - Diferencia entre facultades y reservas.
- 97. - Las facultades utilizables.
- 98. - Sus efectos frente al Estado que las utiliza.
- 99. - Efectos frente a otros Estados Parte.
- 100. - Diferencia de efectos de las facultades y de las reservas.
- 101. - Aspectos formales.
- 102. - Tiempo para utilizarlas.

#### G.—LA ADHESION:

- 103. - Su posibilidad.
- 104. - Estados facultados para adherir las Convenciones de La Haya.



- 105. - Aspectos temporales.
- 106. - Forma de la adhesión.
- 107. - El régimen de la adhesión en las Convenciones de La Haya.
- 108. - a) adhesión pura y simple.
  - b) a falta de oposición.
  - c) entre adhiriente y Estados que no objeten.
  - d) entre adhiriente y Estados que la acepten.
- 109. - Plazos para adherir.

#### H.—**AMBITO DE VIGENCIA TERRITORIAL DE LAS CONVENCIONES:**

- 110. - La cláusula colonial y la cláusula federal.
- 111. - Las cláusulas coloniales.
- 112. - Su crítica.
- 113. - Las declaraciones de extensión de la vigencia de la Convención.
- 114. - Las cláusulas federales.
- 115. - Las declaraciones de extensión y la independencia de los territorios.
- 116. - El examen del problema por la Oficina Permanente en 1976.

#### I.—**AMBITO DE VIGENCIA TEMPORAL DE LAS CONVENCIONES:**

- 117. - Su regulación en las Convenciones de La Haya.

#### J.—**LOS SISTEMAS JURIDICOS NO UNIFICADOS:**

- 118. - El documento de la Oficina Permanente de 1975.
- 119. - El resultado de la Comisión Especial de 1976.
- 120. - El fracaso de algunos factores de conexión.
- 121. - La asimilación a un Estado de las unidades territoriales.
- 122. - Los conflictos interterritoriales.

**K.—EL REGISTRO DE LOS TRATADOS:**

- 123. - La obligación de registro.
- 124. - El silencio de las Convenciones de La Haya.
- 125. - La sanción de su incumplimiento.

**L.—LA INTERPRETACION:**

- 126. - La interpretación auténtica.
- 127. - La interpretación por Tribunales internacionales.
- 128. - El protocolo de 1931.
- 129. - Las normas de interpretación establecidas por el Derecho Internacional Público.
- 130. - La Convención de Viena.
- 131. - La regla general.
- 132. - Los métodos complementarios.
- 133. - Las reglas expresas en la propia Convención.
- 134. - La interpretación de las fórmulas flexibles.
- 135. - Las Convenciones en varios idiomas oficiales.

**M.—LA MODIFICACION DE LOS TRATADOS:**

- 136. - La Convención de Viena.
- 137. - Estados facultados para intervenir.

**N.—RELACIONES ENTRE CONVENCIONES:**

- 138. - Los principios *lex posterior lex specialis*.
- 139. - La Convención de Viena.
- 140. - Dificultades en su aplicación.
- 141. - El problema en las Convenciones de La Haya.
- 142. - La sustitución de la primera por la segunda Convención.

143. - Las otras soluciones aceptadas en las Convenciones de La Haya.
144. - La segunda Convención no afecta las anteriores ni las posteriores.
145. - Silencio respecto a las Convenciones futuras.
146. - Regímenes intermedios.
147. - Aplicación de reglas menos rigurosas o más favorables.
148. - Sistemas más complejos: a) Convención sobre notificación de 1965.
149. - b) Convención sobre sentencias de 1971.
150. - c) Convención sobre procedimiento de 1980.
151. - d) Convención sobre compra-venta de 1985.

**O.—TERMINACION:**

152. - La Convención de Viena.
153. - Las Convenciones de La Haya con duración fija.
154. - La denuncia: lapso y forma.
155. - Las Convenciones de La Haya de duración indefinida.
156. - La terminación por consentimiento.
157. - Los tratados posteriores.
158. - Otras causas de Derecho Internacional Público.
159. - Las consecuencias de la terminación.

**V.—LA APERTURA DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO:**

160. - Las posibilidades de apertura.

**A. - En razón de la materia:**

161. - Su examen por la Oficina Permanente (1979).
162. - El estudio de la Comisión Especial (1980).

163. - La actitud de la Cuarta Comisión.

164. - La Decisión D. 1 de la Décima Cuarta Sesión.

**B. - En la revisión de Convenciones:**

165. - El documento de diciembre de 1979.

166. - El examen de la Comisión Especial.

167. - La Decisión D. 2 de la Décima Cuarta Sesión.

**C. - Cooperación con otras organizaciones:**

168. - El planteamiento del Unidroit en 1979.

169. - Su análisis por la Oficina Permanente (1979).

170. - Las posibilidades con organismos unificadores de derecho material.

171. - Las posibilidades en los esfuerzos paralelos de unificación.

172. - Su examen por la Comisión Especial (1980).

173. - Estudio por la Cuarta Comisión.

174. - La Resolución D. 3 de la Décima Cuarta Sesión.

**D) Leyes modelo o Recomendaciones:**

175. - El documento de 1980.

176. - La importancia de las Recomendaciones.

177. - El examen del asunto en la Cuarta Comisión.

178. - La Decisión D. 4 de la Décima Cuarta Sesión.

179. - La Recomendación de la Comisión Especial de 1978 sobre la Convención de Obtención de Pruebas en el extranjero.

180. - Los modelos de la Convención tendente a facilitar el acceso internacional a la Justicia (1980).

181. - La Decisión E. 1 de la Décima Cuarta Sesión.

182. - Los trabajos preparatorios y la reunión de la Conferencia Diplomática sobre la ley aplicable a los contratos de compra-venta internacional de Mercaderías.

## LA CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO:

### I.—LOS ANTECEDENTES:

1.- En la época contemporánea los antecedentes más remotos de la codificación se encuentran en JUAN VOET, a pesar de su categórica defensa del principio de la soberanía de los Estados y de su derecho absoluto para impedir toda aplicación de leyes extranjeras dentro de sus fronteras territoriales. Sin embargo, también sostuvo la necesidad de tomarlas en cuenta en algunos casos, por razones de **comitas gentium**, a fin de evitar que la independencia mutua se convirtiera en aislamiento funesto, y, por tanto, aconsejaba la celebración de Tratados para determinar los límites de su aplicación (**Commentarius ad Pandectas**, libro I, título IV, **De statutis**)<sup>1</sup>.

2.- Eminentes autores del siglo XIX reiteraron la importancia de los convenios internacionales, pero fue PASCUAL STANISLAO MANCINI (1817-1888) quien hizo mayor énfasis en la necesidad de celebrar Tratados para suprimir la diversidad legislativa en el campo del Derecho Internacional Privado. Sus primeros aportes doctrinarios encuentran punto de partida en su "Prelezione", lección inaugural de la cátedra de Derecho Internacional Público y Privado dictada el veintidós de enero de 1851 en la Universidad de Turín<sup>2</sup>; pero sus esfuerzos no se limitaron a meras elucubraciones teóricas, antes al contrario, también pretendió su realización práctica cuando tuvo oportunidad de intervenir en la vida política italiana.

3.- En efecto, apenas constituido el Reino de Italia (1860-1861) y en proceso de estudio su codificación legislativa, PASCUAL STANISLAO MANCINI, ya a finales de 1861, llamó la atención

1. DE LA PRADELLE, Paul. "Conférences de Droit International Privé de La Haye", en "Repertoire de Droit International", Tomo IV, nr. 5, p. 555.
2. A este respecto cabe recordar que en 1808, en el primer reino de Italia fue instituida, en el Liceo de Brera, en Milán, una cátedra especial bajo el título de "Escuela de Derecho Público y Comercial en las relaciones del Estado con los otros Estados", a cargo de Francesco Salfi de Cosenza durante cinco años. Cuarenta años más tarde, en 1848, se creó en la Universidad de Génova una cátedra de Derecho constitucional e internacional, ocupada por Casanova (CATELLANI, Enrico. "Les Maitres de l'École italienne du Droit International aux XIX siècle", en Recueil des Cours", Año 1933 IV, Tomo 46, pp. 711-712).

en el seno del Consejo Contencioso Diplomático, bajo el Ministerio de Ricasoli, sobre la conveniencia de establecer los medios más adecuados para resolver los conflictos surgidos por causa de la diversidad legislativa existente en los países de Europa y América. Sus planteamientos fueron considerados favorablemente y el Gobierno italiano le encomendó preparar un proyecto de *Convenio*, que sería sometido a la aprobación de Francia, para luego invitar a otros Estados a prestarle su adhesión. Sin embargo, la idea encontró graves obstáculos, porque "la jurisprudencia francesa es una de las que menos se presta al tratamiento benévolo y favorable a los extranjeros", al decir de FRANCOIS LAURENT.<sup>3</sup>

4. - No obstante el fracaso de esta iniciativa Mancini presentó a la Cámara de Diputados una nueva propuesta el **treinta de marzo de 1863**, orientada a emprender negociaciones diplomáticas para la revisión de los Tratados vigentes, en especial los relativos a la garantía de los derechos civiles de los nacionales en el extranjero. La sugerencia fue recibida con beneplácito pero no se produjeron resultados concretos.<sup>4</sup>

5. - Tres años más tarde, en 1866, con el carácter de Redactor del Informe parlamentario sobre el Tratado de Paz con Austria, Mancini exhortó de nuevo al Gobierno para que gestionara la celebración de un Convenio donde se incluyera tanto un sistema de garantías de derecho privado en los países extranjeros, como las facilidades internacionales de reciprocidad necesarias para la administración eficaz de la justicia civil y penal. Aun cuando la propuesta fue aprobada, tampoco condujo a resultados inmediatos<sup>5</sup>.

6. - En 1867 el Ministro de Asuntos Exteriores italiano, RATAZZI, encomendó a Mancini el inicio de gestiones oficiosas

3. LAURENT, Francois. "Le Droit Civil International", Tomo I, Bruxelles - París, nr. 446, p. 668.

4. CONTUZZI, Francesco Uaolo. "Diritto Internazionale Privato", Milano, 1911, p. 186.

5. Así lo informa PASCUAL STANISLAO MANCINI en su comunicación al Instituto de Derecho Internacional de 1874, bajo el título: "De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les Etats, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du Droit International privé pour assurer la décision uniforme de conflits entre les différentes législations civiles et criminelles" ("Journal de Droit International", 1874, p. 236).



sia a fin de establecer algunas normas comunes sobre la condición civil de los extranjeros, la garantía de sus derechos y su más fácil participación en los beneficios concedidos en las respectivas legislaciones. De igual modo debería procurarse la unificación de los criterios para determinar la ley aplicable al estado y capacidad de las personas, a la propiedad mueble e inmueble, a los actos jurídicos y a las sucesiones.

Bélgica y Prusia recibieron con beneplácito la iniciativa italiana. Por el contrario, el Gobierno francés solicitó la presentación de algunos textos provisionales, que fueron preparados de inmediato por Mancini; y gracias a la hábil intervención del ministro italiano, NIGRA, pero después de largas discusiones con los Ministros ROUHER, MOUSTIER, LAVALETTE y BAROCHE, Francia convino en celebrar un Tratado con Italia, al cual podrían adherirse otros países<sup>6</sup>.

Sin embargo, acontecimientos posteriores impidieron los resultados prácticos: por una parte, la nueva intervención política de Francia en Italia condujo a suspender indefinidamente las negociaciones; y, por la otra, la anexión de los Estados Pontificios al Reino de Italia, la constitución del Imperio alemán y la guerra franco-prusiana alejaron toda posibilidad de acuerdo inmediato<sup>7</sup>.

7.- Aun cuando menos conocida, en **veinte de octubre de 1869** el Ministro de Estado español Don MANUEL SILVELA, propuso al Gobierno de Napoleón III la convocatoria de un Congreso de diplomáticos y jurisconsultos a reunirse en París con el propósito de "fijar la capacidad legal del extranjero para contratar, determinar su estado civil, regular las condiciones externas de validez de un contrato, cualquiera que sea el país donde se formalice, establecer algunos preceptos generales sobre testamentificación, acordar las relaciones oficiales entre los tribunales de justicia y los principios cardinales sobre extradición en materia criminal". La sugerencia fue rechazada, pero

6. MANCINI, Pascual Stanislao. "Journal de Droit International", Año 1874, pp. 236-237. La Memoria preparada por Mancini para atender el requerimiento del Gobierno francés se encuentra anexa a la Circular de 1881 (Journal de Droit International, Año 1886, pp. 35-36).

7. BUZZATI, G.C. "Tratado di Diritto Internazionale Privato secondo Le Convenzioni dell'Aja", Vol I, Milano 1907, p. 6; LAURENT, op. cit. Tomo I, nr. 446, pp. 659-660.

el Gobierno francés sugirió la posibilidad de unificar "ciertos aspectos de la legislación comercial, como, por ejemplo, la letra de cambio o el derecho comercial marítimo"<sup>8</sup>.

8.- **El veinticuatro de noviembre de 1873**, la Cámara de Diputados italiana aprobó la moción presentada por Mancini en los términos siguientes: "que el Gobierno debe perseverar en la meritoria iniciativa tomada desde hace algunos años, de proponer la celebración de Convenios entre Italia y los otros Estados, para convertir en uniformes y obligatorias, en interés de sus pueblos, las reglas esenciales de Derecho Internacional Privado". La propuesta fue apoyada también por el Ministro (VISCONTI-VENOSTA) y por BOSELLI, Rapporteur del Presupuesto de Asuntos Extranjeros<sup>9</sup>.

9.- Los esfuerzos orientados hacia la condificación internacional del Derecho Internacional Privado encontraron apoyo en Holanda: en el mes de **enero de 1874**, Ministro de Asuntos Exteriores. Barón GERICKE DE HERWYNEN propuso reunir una Conferencia con el propósito de estudiar las condiciones necesarias para la recíproca ejecución de las sentencias y de redactar un conjunto de normas tendentes a prevenir los conflictos de leyes civiles y mercantiles, tanto en lo relativo a la competencia de los Tribunales como en otras materias de Derecho Civil Internacional; reglas que deberían regir frente a Estados terceros, aun cuando no fueran parte del correspondiente tratado<sup>10</sup>.

La invitación fue recibida favorablemente por Austria-Hungría, Italia y Rusia, Dinamarca y Suecia la aceptaron con agrado, aun cuando expresaron dudas acerca de su éxito; Inglaterra y

8. "Textos y Materiales de Derecho Internacional Privado", Volumen I, Madrid, 1970, pp. 231-235.

9. MANCINI, "De l'utilité...", "Journal de Droit International", 1874, p. 237. La propuesta de Mancini y la aceptación del Ministro aparecen publicados en la nota a pie de página (pp. 237-238). Véase igualmente: BUZZATI, op. cit., Vol. I, pp. 6-7; CONTUZZI, op. cit., pp. 188-189; LAURENT, op. cit. Tomo I, n.º. 447, pp. 661-662.

10. PRADIER FOEDERÉ, P. "Pays Bas. Chronique", en "Journal de Droit International", Año 1874, pp. 159-164; BUZZATI, op. cit., Vol. I, pp. 18-22; CONTUZZI, op. cit., pp. 189-192; LAURENT, op. cit., Tomo I, n.º. 448, pp. 663-664.

Noruega la rechazaron; pero fue la oposición francesa la causa del fracaso de esta iniciativa holandesa <sup>11</sup>.

10.- En la sesión de Ginebra del recién creado Instituto de Derecho Internacional, PASCUAL STANISLAO MANCINI leyó el **treintiuno de agosto de 1874 su célebre Informe que lleva por título: "De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les Etats, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de regles générales du Droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre las différentes législations civiles et criminelles"** <sup>12</sup>.

Algunos días más tarde, el cinco de septiembre de 1874 el Instituto de Derecho Internacional aprobó una Resolución en la que sostuvo "la evidente utilidad y aun, en ciertas materias, la necesidad de tratados, suscritos de común acuerdo por los Estados civilizados para adoptar reglas obligatorias y uniformes de derecho internacional privado, conforme a las cuales los funcionarios públicos y, especialmente los Tribunales de los Estados contratantes, deberían decidir las cuestiones concernientes a las personas, los bienes, los actos, las sucesiones, los procedimientos y las sentencias extranjeras" <sup>13</sup>.

11. Así lo informa MANCINI en su Comunicación al Instituto de Derecho Internacional de 1874 ("Journal de Droit International", año 1874, p. 238). Véase igualmente: BUZZATI quien transcribe las partes pertinentes de la comunicación del Duque DECASEZ, Embajador de Francia en los Países Bajos; y algunos párrafos en apoyo de la actitud francesa, escritos algunos años después por el LOUIS RENAULT (op. cit., Vol. I, pp. 22-23). Por lo demás, en la Memoria que se acompañó a la invitación circulada en 1893 por el Gobierno de Holanda fueron hechos al respecto los siguientes comentarios: "Esta propuesta tuvo acogida favorable en todas partes, pero algunos países, a pesar de declararse partidarios de un yecto, sin embargo, se vieron impedidos, por consideraciones de una naturaleza especial, de aceptar la invitación a la Conferencia, que, por consiguiente, no pudo tener lugar" (LAINE, Armand. "La Conférence de La Haye relative au Droit International Privé", en "Journal de Droit International", Año 1894, p. 10).

12. *Journal de Droit International*, Año 1874, pp. 221-239; 285-304. El Instituto de Derecho Internacional había sido fundado en 1873 en la ciudad de Gantes.

13. WEHBERG, Hans. "Institut de Droit International. Tableau Général de Résolutions (1873-1856)", Basilea, 1957, p. 267. Los Proyectos respectivos serían preparados por el Instituto, aun cuando su redacción definitiva correspondería a una Conferencia de representantes estatales: no deberían imponer la uniformidad absoluta del derecho sustantivo, ni constituir un obstáculo a los progresos de la civilización, sino determinar la ley aplicable a los supuestos conectados con varias legislaciones. Sin embargo, la Resolución declaró inaceptable reconocer a los Estados la facultad de negar totalmente el reconocimiento a los derechos civiles de los extranjeros y de desconocer su capacidad jurídica de ejercerlos en todas partes aun cuando bajo el control del orden público.

1. - En 1877, bajo inspiración de Mancini, esta vez con el carácter de Ministro de Justicia, el Gobierno Italiano, a través del Canciller CRISPI, emprendió nuevas gestiones para celebrar una Conferencia diplomática sobre Derecho Internacional Privado, cuyo propósito sería el examen de la condición civil de los extranjeros. La invitación fue extendida a trece países europeos y cuatro americanos, dentro de los cuales se encontraban Argentina, Brasil y Chile, pero no tuvo resultado práctico alguno<sup>14</sup>.

12. - Poco tiempo después, el **dieciséis de septiembre de 1881**, PASCUAL STANISLAO MANCINI, en su condición de Ministro de Asuntos Extranjeros, se dirigió en una Circular a los Representantes Diplomáticos italianos en países extranjeros, para encomendarles la investigación acerca de la posibilidad de reunir una Conferencia sobre Derecho Internacional Privado con el objeto de unificar la ley aplicable al estado y capacidad de las personas, a los bienes muebles e inmuebles, a los actos jurídicos y a las sucesiones. En dicha Comunicación fue incluido el siguiente párrafo:

"Yo desearía reanudar esas conversaciones, y pienso que esta intención podría realizarse más fácilmente si, sin aspirar a un ideal demasiado atrayente como sería un acuerdo general incluyendo a todas o casi todas las naciones extranjeras, se procediera modestamente por acuerdos particulares, a medida que nuestra convicción relativa a la utilidad de la obra deseada penetrara igualmente en algunos Gobiernos que tengan con nosotros más afinidades de legislación y de tradiciones; a nuestro parecer, no convendría ambicionar un acuerdo que tratara todas las materias sobre las que la determinación de las reglas convencionales puede parecer deseable; pues en este punto, como en todas las cosas humanas, es importante no renunciar a lo que hay de posible actualmente por ambición de un beneficio mayor. Nuestra opinión es que, cuando el acuerdo se haga solamente sobre algunos puntos, la evidencia práctica de la ventaja que se derivará de ello recíprocamente no dejará de facilitar con una eficacia superior a todo razonamiento las estipulaciones de nuevos acuerdos sobre otros puntos"<sup>15</sup>.

14. BUZZATI, op. cit. Vol. I, p. 7.

15. "Textos y Materiales de Derecho Internacional Privado", Volumen I, op. cit., pp. 236-237.

Los Estados europeos y algunos sudamericanos acogieron favorablemente las gestiones; y en el deseo de avanzar los trabajos preparatorios, el Despacho Circular de **veintiocho de noviembre de 1881** pretendió averiguar los puntos sobre los cuales se consideraba conveniente la celebración de tratados concretos<sup>16</sup>.

13.- Un año más tarde, en una Memoria de **septiembre de 1882**, **PASCUAL STANISLAO MANCINI** dio cuenta del estado de las negociaciones y de las respuestas recibidas; y en esa oportunidad reprodujo la finalidad de la convocatoria en los términos siguientes:

"Respetando la independencia de la acción legislativa de cada país, en el presente y para el futuro, y dejando a cada legislador el cuidado de acordar a los extranjeros el tratamiento que juzgue equitativo, se trata únicamente de ponerse de acuerdo para la solución uniforme de una cuestión que excede el ámbito de competencia de las diferentes legislaciones nacionales. Esta cuestión, de un carácter eminentemente internacional, no es de la competencia de ningún Estado en particular; pertenece necesariamente a la competencia colectiva de los diferentes Estados que deseen asegurar recíprocamente a los derechos de sus súbditos respectivos una garantía y protección legal. La fórmula nos parece que debe ser la siguiente: "Determinar cuál, entre varias leyes en conflicto, es aplicada a cada hecho o relación de derecho concerniente a las personas, los bienes o los actos de los extranjeros: designar las materias respectivamente regidas por la ley nacional, por la del domicilio, por la del lugar de la situación de los bienes o por la del lugar donde el acto se ha realizado". Se observa que el contenido especial de cada una de estas legislaciones es indiferente: inútil buscar lo que hay de bueno o de imperfecto en estas disposiciones, pues el fin del acuerdo convencional entre varios Estados no es más que imponer a los gobiernos contratantes, y a sus tribunales, el respecto a la ley de uno o de otro Estado, a la que cada relación de derecho se reconoce estar sometida".

16. Los países sudamericanos fueron Argentina, Brasil y Chile; y en Europa respondieron favorablemente: Alemania, Austria-Hungría, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Grecia, Holanda, Inglaterra, Portugal, Suiza, Suecia-Noruega y Rusia. Los documentos relativos a esta iniciativa se encuentran en **Journal de Droit International**, Año 1886, pp. 35-56.



**Acto continuo MANCINI explicó:**

"La finalidad perseguida no es un acuerdo general entre todas las principales naciones, que comprenda la totalidad de los puntos respecto de los cuales pueden establecerse reglas fijas y convencionales. Se pretende iniciar con arreglos especiales sobre puntos donde es fácil el acuerdo y con los países con los cuales se tiene más afinidad de legislación. El resto vendrá más tarde, por el efecto natural que toda acción útil está llamada a ejercitar"<sup>17</sup>.

14.- Los nuevos esfuerzos de MANCINI fueron recibidos con entusiasmo por el Instituto de Derecho Internacional; y, en su séptima sesión, celebrada en Turín en 1882, formuló votos por el éxito de la iniciativa diplomática del Gobierno italiano con el objeto de negociar con otros Estados civilizados una codificación convencional de las materias más importantes del Derecho Internacional Privado"<sup>18</sup>.

16.- La falta de progreso efectivo explica una nueva circular de **diecinueve de septiembre de 1882**, anexa a la cual acompañó una Memoria con un resumen de las respuestas recibidas y de nuevo fue insistido en la finalidad propuesta de la manera siguiente:

"Un tal proyecto de convención, como se deduce de la memoria misma, no tiene la intención de llevar consigo ninguna modificación de la legislación en un solo país; no se preocupa tampoco de la mayor o menor liberalidad que prevalece en cada uno de estos países, respecto al tratamiento de los extranjeros; la convención se propone solamente determinar cuál, entre dos o más legislaciones en conflicto, conviene aplicar a los actos y relaciones jurídicas que conciernen a las personas, los bienes o los actos de los extranjeros y designar las materias que deben ser respectivamente regidas por la ley nacional o la ley del domicilio del extranjero, o aun por la ley del lugar donde los bienes están situados, aun la del lugar donde la obligación en cuestión ha nacido"<sup>19</sup>.

17. MANCINI, Pascual Stanislaw. "Négotiations diplomatiques du gouvernement italien avec les différents Puissances relativement à la fixation par traité de certaines règles de d.i.p. et à l'exécution des jugements étrangers", "Journal de Droit International", Año 1886, pp. 43-44.

18. BUZZATI, op. cit., Vol. I, p. 9.

19. "Textos y materiales de Derecho Internacional Privado", Volumen I, op. cit., p. 239.



Este nuevo requerimiento obtuvo contestación favorable de Argentina, Portugal, Grecia, Austria, Rusia, Suiza y de Francia. Uruguay también la aceptó, con ciertas reservas. Dinamarca, Suecia, Noruega y los Países Bajos admitieron la conveniencia del principio, aun cuando expresaron dudas acerca de su posible realización, manifestándose en desacuerdo con la celebración de tratados bilaterales para obtener el propósito perseguido; y dentro de las mismas directrices se ubicó la Gran Bretaña. *Menos favorable fue la respuesta del Perú, Brasil, Chile y Alemania, habiéndose opuesto Bélgica*<sup>20</sup>

17.—Nuevo impulso recibieron las gestiones de Mancini con la Resolución adoptada el **catorce de septiembre de 1883**, en Milán, por la "Asociación para la Reforma y Codificación del Derecho de Gentes", cuando fue decidido excitar al Gobierno italiano para que convocara a una reunión con el objeto de estudiar un Proyecto de Convenio sobre la ejecución de las sentencias extranjeras en materia civil y comercial. En cumplimiento de ese mandato, su Presidente, TRAVERS TWISS D.C.L. se dirigió el **trece de marzo de 1884**, desde Londres, al Ministerio de Relaciones Exteriores de Italia, pidiendo "su apoyo a fin de que bajo la bandera de **Roma caput mundi** se establezca inteligencia entre todos los Gobiernos, relativamente a estos juicios".

Con este motivo y en vista de la actitud poco favorable de algunos Gobiernos, PASCUAL STANISLAO MANCINI revisó los términos de la invitación en una nueva circular del **diecinueve de marzo de 1884**, dirigida a los representantes diplomáticos italianos en quince Estados europeos, en los Estados Unidos de la América del Norte y en trece Estados de la América Latina<sup>21</sup>. Se le encomendó "imponerse en todos los Gabinetes, cerca de los cuales están acreditados, si el Gobierno respectivo de cada uno está dispuesto a aceptar los principios proclamados por la Conferencia, a tomar con este fin algún empeño, o a lo menos a consentir que se haga un estudio preparatorio sobre las bases de un acuerdo relativo, y que sea confiado a una nueva conferencia de Delegados oficiales de los diversos Gobiernos que se reuniría en Roma"<sup>22</sup>.

20. BUZZATI, op. cit., Vol. I, pp. 11-14.

21. BUZZATI, op. cit., Vol. p. 14; CONTUZZI, op. cit., pp. 193-194.

22. El Libro Amarillo, 1885, p. 122.

18. - En cumplimiento del anterior mandato, la Legación italiana en Caracas, a cargo de GIUSEPPE BENSAMONI, se dirigió el diez de mayo de 1884 al Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela para acompañarle una copia de la referida Resolución, adoptada por la Conferencia de Milán de la "Asociación para la Reforma y Codificación del Derecho de Gentes", a fin de que, "después de referiros a quien corresponda, me hagáis saber las opiniones de vuestro Gobierno sobre este particular"<sup>23</sup>.

19. - La Resolución acompañada a la Nota de la Legación italiana en Caracas estuvo concebida en los siguientes términos:

"Importa que un acuerdo internacional se establezca en la ejecución de los juicios extranjeros en materia civil y comercial. Es pues, muy deseable que se reúna con este fin una Conferencia oficial internacional, como ha sido propuesto por el Gobierno neerlandés en 1874.

"La Conferencia propone las bases siguientes:

"1.-El juicio debe ser dictado por un Juez competente. Reglas de competencia uniformes deben ser determinadas por la Convención que establecerá la inteligencia internacional ya mencionada.

"2.-Las partes deben haber sido debidamente nombradas (léase: citadas).

"3.-Si se trata de un juicio por defecto (léase: en rebeldía), la parte contra la cual ha sido pronunciado, debe haber tenido conocimiento del litigio y la posibilidad de defenderse en él.

"4.-El juicio no debe contener nada que sea contrario a la moralidad ni al orden, ni al derecho público del Estado donde deba ser ejecutado.

"5.-El juicio debe ser ejecutorio en el país donde se ha pronunciado.

"6.-El Juez requerido para la ejecución no debe examinar en el fondo el debate, sino solamente imponerse de la existencia de las condiciones legales submencionadas.

"7.-Un juicio extranjero, que llena estas condiciones, debe producir los mismos efectos que un juicio nacional, sea que se exija su ejecución, sea que se sirva de ella como cosa juzgada.

23. El Libro Amarillo, 1885, pp. 122-123.

"8.-Las formas y los medios de la ejecución deben ser arreglados por la Ley del país donde la ejecución haya sido pedida.

"Para Estados que no tomen parte en este acuerdo, la Conferencia desearía que la aplicación de sus reglas se obtenga de hecho, por vía de uniformidad en sus legislaciones respectivas"<sup>24</sup>.

20.- Dos meses y medio más tarde, en **treinta de julio de 1884**, el General VICENTE AMENGUAL, con el carácter de Ministro de Relaciones Exteriores venezolano, hizo saber al Encargado de Negocios de Italia: "en vista de lo laudable e importante del propósito, que al alcanzarse se daña un gran paso en el camino de la armonía y concordia de los pueblos civilizados, Venezuela lo acepta en principio y ofrece su concurso en la misma forma en que lo hagan los Gobiernos amigos de Europa y de América.

No obstante, fueron agregados los siguientes conceptos:

"El Gobierno no ha dejado de valorar los múltiples inconvenientes que habrá que vencer en la realización de tan gigantesco pensamiento. Nacido el Derecho de Gentes mil doscientos cuarenta y cuatro años antes de la Era Cristiana, ha atravesado ya treinta siglos sin conformidad verdadera entre las Naciones y sus Gobiernos, siendo lamentable el notarse que no la promueven sus diversos intereses, pues parece que el progreso material e intelectual no ha llegado a la perfección que requiere un estado tal de equilibrio social. No embargante esto, la República de Venezuela toma parte en el concurso en la forma que he tenido la honra de expresar a v.s."<sup>25</sup>.

21.- *Quince países europeos, los Estados Unidos de América y, además de Venezuela, trece Estados de la América latina* recibieron la Circular de los Representantes Diplomáticos italianos. Aun cuando en principio, fue recibida favorablemente por la mayoría, algunos meses más tarde, en **veinticuatro de noviembre de 1884**, el Encargado de Negocios de Italia se dirigió a la

24. LA, 1885, pp. 123-124.

25. *El Libro Amarillo*, 1885, pp. 125-126. En catorce de junio de 1884 la Cancillería venezolana hizo saber a la Legación de Italia que había sometido a consideración del Gobierno la nota relativa a la Conferencia internacional en Milán para la reforma y codificación del Derecho de Gentes; "y muy en breve tendré la satisfacción de anunciar a V.S. el resultado" (LA, 1885, p. 125).

Cancillería venezolana para excusarse de su imposibilidad de informar la época de convocación de la Conferencia internacional sobre los juicios extranjeros; y también le hizo saber:

"Mi Gobierno, según la comunicación que de él he recibido, pensaba reunir la Conferencia para los primeros días del mes corriente; mas parece que las condiciones higiénicas del Reino lo han impedido, y siento no poder por el momento daros otras indicaciones"<sup>26</sup>.

22.-La mayoría de los países acogieron favorablemente la invitación italiana. Brasil, Chile y Nicaragua no respondieron. Alemania, Estados Unidos de la América del Norte y México se negaron a participar. Esta actitud germana explica, posiblemente, el retraso **sine die** de la Conferencia de Derecho Internacional privado, para preferir la celebración de un Congreso sobre materia sanitaria, también convocado por Italia con el objeto de atender los problemas inmediatos causados por la epidemia que afectó a Europa en 1884<sup>27</sup>.

23.- Sin embargo, por comunicación de **veintiocho de junio de 1885**, dirigida a los Representantes Diplomáticos italianos en el extranjero, PASCUAL STANISLAO MANCINI insistió en los firmes propósitos existentes y quiso aclarar de nuevo las finalidades perseguidas, a cuyo efecto hizo valer:

"Nuestra intención no es la de dirigir estas negociaciones hacia una reforma o una renovación de las legislaciones respectivas de cada país, sino respetando la plena autonomía que pertenece o debe pertenecer a cada Estado, solamente buscar solución a las divergencias que existen de una a otra de estas legislaciones estableciendo por medio de pactos internacionales una serie de reglas obligatorias y uniformes que, en cada caso, decidirán cuál de las leyes en conflicto debe ser aplicada, bajo qué modalidad y bajo qué forma. Con estas aclaraciones, respondía implícitamente a las objeciones de los que, apoyándose en la analogía y el parecido que existen ya entre ciertas legislaciones, tratan de sacar argumentos para declarar inútil y superfluo el acuerdo propuesto. Sería aún más fácil en estos casos determinar las reglas pro-

26. El Libro Amarillo, 1885, p. 126. El Ministro de Relaciones Exteriores venezolano, General VICENTE AMENGUAL, se limitó a acusar recibo (ID., p. 127).

27. BUZZATI, op. cit., Vol. I, pp. 15-17.

55 bel pias para resolver el conflicto, circunstancia que sólo puede ser descartada absolutamente en el caso irrealizable de una identidad perfecta entre las diferentes legislaciones" <sup>28</sup>.

138 Sin embargo, la iniciativa no tuvo desarrollos ulteriores: en **quince de diciembre de 1885** el Embajador de Italia en Alemania informó acerca de la negativa del Príncipe Bismarck de reconsiderar la solución adoptada, en el sentido de "que Alemania no debe de ninguna manera ni directa ni indirectamente, participar en una Conferencia limitada a la ejecución de las sentencias extranjeras, o que pueda comprender otras cuestiones de Derecho Internacional Privado. La abstención se fundamenta en sus principios, totalmente contrarios a las reglamentaciones y aun a un simple estudio de cuestiones semejantes" <sup>29</sup>. Algún tiempo más PASQUAL STANISLAO MANCINI fue separado de la Cancillería y su fallecimiento en 1888 trajo consigo la paralización de los múltiples esfuerzos hechos por el gobierno de Italia para lograr la codificación del Derecho Internacional Privado.

## II.- LA CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE DERECHO

### INTERNACIONAL PRIVADO: PRIMERA ETAPA (1893-1904):

24.- La iniciativa italiana pudo continuarse gracias a la intervención de TOBIAS M. ASSER, Consejero de la Cancillería holandesa. En una célebre entrevista con el nuevo primer ministro VAN TIENHOVEN en el jardín de su quinta en Oude Scheveningsche Weg (muy cerca del actual Palacio de la Paz) le propuso convocar una Conferencia sobre Derecho Internacional Privado <sup>30</sup> la idea fue acogida y el gobierno de Holanda convino en invitar a los Gobiernos europeos, excepto Grecia, Turquía y Serbia, para que concurrieran a una reunión a celebrarse en la ciudad de La Haya <sup>31</sup>.

28. "Textos y Materiales de Derecho Internacional Privado", Volumen I, op. cit., pp. 239-240.

29. BUZZATI, op. cit., 1, p. 17

30. OFFERHAUS, Johannes. "La Conférence de La Haye de Droit International Privé. Expériences et Perspectives", "Annuaire Suisse de Droit International", Año 1959, Tomo XVI, pp. 28-29.

31. No obstante es de advertir la existencia de un cierto escepticismo sobre el particular, como lo demuestra la discusión del asunto, que tuvo lugar el **veintiséis de enero de 1892** en la Primera Cámara de los Estados generales holandeses. El senador PIJNAPPEL insistió en la importancia



Con la invitación a los Gobiernos, enviada en agosto de 1892, les fue acompañado un Informe que reproducía sobre bases más extensas el programa de 1874, aun cuando se concedió menos importancia a la materia relativa a la ejecución de las sentencias extranjeras. El gobierno de los Países Bajos hizo énfasis en la necesidad de establecer reglas precisas y uniformes para la solución de los conflictos de leyes, en particular respecto al derecho de las personas, al derecho de familia y al de sucesión. De igual modo anexó un **Proyecto de Programa** en forma de cuestionario donde enumeraba los principales problemas a resolver, agrupándolos en dos capítulos: el primero sobre **Principios generales** (estado y capacidad de las personas, bienes y derechos reales, forma y fondo de los actos); y el segundo referente a **Derecho de familia** (matrimonio, paternidad y filiación, adopción, patria potestad, tutela, interdicción, sucesiones y testamentos). El cuestionario fue acompañado de un proyecto de respuesta, bajo el título "Ante-proyecto de Disposiciones generales en relación a los conflictos de leyes de derecho privado", que, de acuerdo con el Gobierno holandés, debía facilitar las discusiones en el seno de la Conferencia<sup>32</sup>.

25.- Los esfuerzos de Holanda se vieron coronados por el éxito: sólo Gran Bretaña se abstuvo con fundamento en la naturaleza especial de su sistema jurídico; y aun cuando Suecia y Noruega no estuvieron presentes, a pesar de haber aceptado la invitación, trece países europeos se reunieron el **doce de septiembre de 1893**, bajo la Presidencia de TOBIAS M. ASSER, en "**Conferencia de La Haya para reglamentar diversas materias de Derecho Internacional Privado**"<sup>33</sup>.

26.- La primera etapa de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado comprende las cuatro reuniones, que tuvieron a fines del siglo pasado y comienzos del presente (1893, 1894, 1900, 1904), todas ellas presididas por TOBIAS M.C.

---

de las reglas uniformes sobre Derecho internacional privado; pero el Senador RAHUSEN, no obstante reconocer la importancia del acuerdo, sostuvo que la tentativa era poco oportuna; y el Senador SMIDT manifestó sus dudas acerca de la posibilidad de obtenerlo (BUZZATI, op. cit., Vol. I, p. 27).

32. DE LA PRADELLE, art. cit., nrs. 9-11, pp. 556-557.

33. BUZZATI, op. cit., Vol. I, pp. 28-33; CONTUZZI, op. cit., p. 223-225.



ASSER<sup>34</sup>. A la sesión inaugural asistieron Alemania, Austria-Hungría, Bélgica, Dinamarca, España, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Rumania, Rusia y Suiza; en 1894 se incorporaron Suecia y Noruega; y en 1904 comienza a manifestarse la apertura institucional con la asistencia del Japón<sup>35</sup>.

No obstante la anterior extensión de su ámbito geográfico es preciso reconocer que la Conferencia, desde sus orígenes, enfrentó grandes dificultades porque muchos países no participaron: al decir de JULLIOT DE LA MORANDIERE, "los Estados de la América del Sur se encontraban ya comprometidos entre ellos, por intermedio de la Unión Panamericana, en la negociación de convenciones sobre conflictos de leyes; los países anglosajones, en particular los Estados Unidos, poco propios a vincularse contractualmente con Estados cuyos sistemas de conflicto de leyes se encontraban menos impregnados que los suyos por territorialidad. Los países nórdicos asistieron, pero se mantuvieron en actitud de reserva"<sup>36</sup>.

27.- El Gobierno de los Países Bajos preparó un "Ante-Proyecto" para facilitar los trabajos de la Primera Conferencia; y en ocho artículos fueron formulados los principios fundamentales para resolver los conflictos de derecho privado; estado y capacidad de las personas (art. 1), régimen de los bienes muebles e inmuebles (art. 2), sucesiones intentadas y testamentarias (art. 3), obligaciones convencionales (art. 4) y *ex lege* (art. 5), forma de los actos (art. 6), competencia y forma del procedimiento

34. En relación a la vida de TOBIAS MICHAEL CAREL ASSER (1838-1913), profesor de Derecho Internacional Privado, en la Universidad de Amsterdam desde 1877 hasta 1893: OFFERHAUS, Johannes. "L'Université d'Amsterdam et le Droit International Privé", en *et Lex Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller*, Basilea, Suiza, 1959, pp. 284-287. En el mismo artículo se encuentran rasgos biográficos de los titulares de la misma cátedra en los años subsiguientes: DANIEL JOSEPHUS JITTA (1854-1925) de 1893 a 1913; y de I. HENRI HIJMANS (1869-1937) de 1913 a 1935.

35. En el Informe de los Delegados japoneses se afirma que "el Japón es un país europeo, al menos en lo que concierne a sus instituciones fundamentales" (DE LA PRADELLE, art. cit., nr. 94, p. 575).

36. DE LA MORANDIERE, Julliot. "Le Professeur J. Offerhaus et l'oeuvre de la Conférence de Droit International Privé", en *De Conflictu Legum Mélanges offertes a Roeland Duco Kolléwijn - Johannes Offerhaus*, Leyden, Holanda, 1962, pp. 280.

to (art. 7), y en el artículo octavo, con una fórmula un poco curiosa al decir de BUZZATI, pretendió establecer la igualdad de tratamiento entre extranjeros y nacionales<sup>37</sup>.

Sin embargo, la idea fue considerada demasiado ambiciosa; en particular LOUIS RENAULT hizo énfasis en la conveniencia de examinar sólo los puntos específicos con mayor posibilidad de obtener resultados efectivos; y, por tanto, el temario se redujo a cuatro puntos: matrimonio, forma de los actos, sucesiones **ab intestat** y testamentarias, competencia judicial y otros asuntos de procedimiento. De esta manera "descartó todo método de síntesis científica derivado de principios abstractos, en favor de un método de soluciones prácticas a cuestiones concretas"<sup>38</sup>. Al concluir las deliberaciones, el **veintisiete de septiembre de 1893**, los Delegados se comprometieron a someter a sus respectivos Gobiernos una serie de disposiciones relativas al matrimonio (cinco artículos), a la comunicación de los actos judiciales extrajudiciales (cuatro artículos), a las comisiones rogatorias (seis artículos), a las sucesiones (cuatro artículos) y un preámbulo que se refería a la tutela del orden público. Sin embargo, se trataba de fórmulas provisionales sujetas a revisión y en el Acta Final se dejó constancia de la utilidad de una ulterior Conferencia para establecer su texto definitivo<sup>39</sup>.

28.- La nueva iniciativa holandesa dejó huellas perdurables; y los trabajos de la Segunda, Tercera y Cuarta Conferencias condujeron a la suscripción de las siguientes Convenciones: a) sobre procedimiento civil el **catorce de noviembre de 1894**, reemplazada por la de **diecisiete de julio de 1905**; b) para resolver los conflictos de leyes en materia de matrimonio, de divorcio y de separación de cuerpos y de tutela de menores, todas ellas de **doce de junio de 1902**; y c) sobre los efectos personales y patrimoniales del matrimonio y sobre la interdicción y medidas similares de protección, ambas de **diecisiete de julio de 1905**<sup>40</sup>. Lógica consecuencia de la composición "europea" de las reunio-

37. BUZZATI, op. cit., Vol. I, p. 31. Traducción española del "Ante-proyecto" se encuentra en: "Textos y Materiales de Derecho Internacional Privado", Volumen I, op. cit., pp. 244-245.

38. DE LA PRADELLE, art. cit., nr. 12, p. 557.

39. BUZZATI, op. cit., Vol. p. 32.

40. BUZZATI, op. cit., Vol. I, pp. 33-47; CONTUZZI, op. cit., pp. 225-232.

nes fue la importancia reconocida a la ley de la nacionalidad, en un todo conforme con las doctrinas más generalizadas en el continente a fines del siglo pasado y comienzos del presente.

29. - Con motivo de los trabajos de la Primera Conferencia, TOBIAS M.C. ASSER propuso incluir en los Proyectos de Convención una fórmula general de orden público; pero su propuesta fue contradicha por los representantes de Bélgica (BEECMAN), Holanda (BEELAERTS VON BLOKLAND) y, en particular, por LOUIS RENAULT (Francia), quien se opuso en términos categóricos, porque, según su criterio, si se hace "intervenir el derecho público y el orden público sin precisión no se llegará a una solución. Para realizar algún progreso es necesario descartar las fórmulas generales e indicar restrictivamente los casos en los cuales el orden público de un país no permite la aplicación de una Ley extranjera" <sup>41</sup>.

La decisión anterior impuso la necesidad de concretizar los casos de intervención del orden público y con tal propósito se emplearon dos procedimientos distintos: el primero, consistente en la enumeración limitativa de las excepciones a las reglas generales, fue seguido en la Convención sobre celebración de matrimonio; y el segundo establecía la obligación a los Estados contratantes de hacer de conocimiento recíproco, a través de declaraciones unilaterales, las disposiciones de su derecho interno que consideraban parte de su orden público y, por tanto, impedían la aplicación de leyes extranjeras: así se procedió en el Proyecto de Convención sobre sucesiones, donde fue permitido excluir la competencia de la ley del *de cuius* cuando fuera contraria a las leyes imperativas o a las leyes prohibitivas que, por disposición expresa, debieran aplicarse a las sucesiones de los extranjeros, o a las leyes territoriales, cuyo objeto sea impedir la división de las propiedades rurales <sup>42</sup>.

30. - El deseo de asegurar la continuidad en las tareas explica la propuesta de ASSER al Gobierno de Holanda en el sentido de crear una Comisión Especial, que se encargara de los trabajos preparatorios y de invitar a los demás países a una conducta semejante. De esta manera, por Decreto de veinte de febrero

41. MAKAROV, Alexander N. "Die Haager Internationalprivatrechtlichen Abkommen und die Vorbehaltsklausel", en "Ius et Lex", op. cit., pp. 304-305.

42. MAKAROV, "Die Haager...", art. cit., pp. 303, 308.

de 1897, fue creada la Comisión de Estado, a quien se encomendó preparar los trabajos de las posteriores Conferencias y de emitir su opinión al Gobierno sobre todas las materias incluidas en los temarios futuros. Actitud análoga fue asumida por Francia, Bélgica, Rusia e Italia; y de esta manera los Representantes a la Tercera Conferencia no asistieron a título personal, pues sin tener carácter oficial, se comprometían a someter a sus Gobiernos los proyectos aprobados: tenían así una mayor responsabilidad en la expresión de sus puntos de vista y en el ejercicio del derecho de voto <sup>43</sup>.

31.- El idioma oficial de las cuatro primeras Conferencias fue el francés, en su carácter de idioma diplomático universalmente admitido a fines del siglo pasado; pero muy pronto fue sentida la necesidad de la interpretación uniforme de las Convenciones suscritas. Certeramente destacaron F. MELLI y A. MAMELOK la imposibilidad de acudir a la *lex fori* para la debida inteligencia de los términos técnicos (**termini technici**), pues, de hacerlo, se degradaría en nacional una norma de naturaleza internacional; y sostuvieron la conveniencia de incluir las indispensables definiciones en los propios instrumentos aprobados, para superar las discrepancias interpretativas de conceptos como "**Trennung von Tisch und Bett**", tutela, u otros similares. A falta de tales nociones, la interpretación debía realizarse en forma autónoma sin pretenderse que la redacción en francés de los textos impusiera utilizar las nociones propias del derecho de Francia <sup>44</sup>; antes al contrario, era preciso tomar en cuenta los Informes de las Comisiones, las discusiones en las Asambleas Plenarias y cualesquiera otros documentos distribuidos a los Plenipotenciarios en el curso de la respectiva Conferencia. No obstante, se vieron precisados a señalar como un aspecto a

43. BUZZATI, op. cit., Vol. pp. 36-37; DE LA PRADELLE, art. cit., nrs. 65-66, p. 569.

44. Sin duda alguna, como señala M. H. VAN HOOGSTRATEN, "para un jurista francés de la época era difícil habituarse al pensamiento que un término jurídico francés, utilizado en una Convención internacional, podía tener un sentido distinto de aquél que se le asignaba en el derecho del país cuyo idioma era el oficial de la Conferencia"; y, además, no era posible desconocer el papel preponderante de Francia en la Conferencia ("**La Codification par Traités en Droit international Privé dans le cadre de la Conférence de La Haye**", en "Recueil des Cours", Año 1967 III, Tomo 122, pp. 347-348).

superar la ausencia de todo mecanismo que garantizara la interpretación uniforme de las Convenciones en los Estados contratantes <sup>45</sup>.

32. - Aun cuando tuvieron el carácter de cerradas, las Convenciones aprobadas en las cuatro primeras reuniones fueron recibidas con gran júbilo, como expresión de un paso muy importante hacia la codificación internacional del Derecho Internacional Privado <sup>46</sup>. Los comentarios favorables no se limitaron al continente europeo, habiéndose proyectado también en este Hemisferio: así lo demuestra el examen de los trabajos realizados, que tuvo lugar con finalidad divulgativa en el Congreso Universal de Abogados y Juristas, celebrado en Saint Louis, Missouri, con motivo de conmemorar el centenario de la compra de Luisiana. En efecto, en la sesión del veintinueve de septiembre de 1904 fueron leídos los trabajos de DANIEL JOSEPHUS JITTA y de F. MELLI sobre el tema: "A review of the Four Hague Conferences on Private International law, the Object of the Conferences and Probable Results". En esa oportunidad JITTA destacó su importancia como primer paso para la creación de un "federal Parliament for Europe", donde las decisiones se adoptaron por mayoría de votos: y Meili hizo énfasis en su importancia para demostrar la efectiva posibilidad de la codificación gradual de las normas sobre conflictos de leyes en derecho privado <sup>47</sup>.

45. MELLI, F. y MAMELOK, A. "Das internationale Privat- und Zivilprozessrecht auf der Grund der Haager Konventionen. Eine systematische Darstellung", Zurich, 1911, pp. 57-60.

46. Generalmente suele reconocerse la primacía del Hemisferio Americano en la codificación del Derecho Internacional Privado, aun cuando con el señalamiento de que los resultados fueron posibles debido a las condiciones particulares de los Estados de la América muy distintas de las existentes en Europa (BUZZATI, op. cit., pp. 23-27; CONTUZZI, op. cit., pp. 205-220). Muy expresivas son las palabras de FRANCESCO PAOLO CONTUZZI cuando afirma: "Sin duda alguna fue una obra que está caracterizada como un monumento de sabiduría jurídica y de habilidad práctica"; y F. MEILLI recuerda los comentarios de RAOUL DE LA GRASSERIE en su obra "Code Civil Péruvien", quien los califica como "un fait d'une importance considerable et un premier pas le reglement contractuel universel et par traité des principes du Droit International Privé" "Das internationale Civil und Handelsrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebund und Praxis Ein Handbuch", Zurich, Tomo I, 1902, p. 20).

47. "Official Report of Universal Congress of Lawyers and Jurists held at St. Louis, Missouri, U.S.A. - September 28, 29 and 30, 1904", St. Louis Missouri, U.S.A., 1905, pp. 131, 167-168. La importancia divulgativa fue destacada por el Juez SIMEON E. BALDWIN, miembro de la Supreme Court of Errors de Connecticut, quien advirtió la necesidad de diferenciar la Gran Conferencia de 1899 donde fue constituido el Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya de las Conferencias de La Haya sobre Derecho internacional privado (Op. cit., p. 172).



33.- Acontecimientos posteriores dejaron nefasta huella en el resultado de los trabajos de las cuatro primeras Conferencias de La Haya. En efecto, Francia denunció en 1913 las Convenciones sobre celebración de matrimonio, divorcio y tutela; en 1918 Bélgica adoptó la misma conducta frente a las Convenciones sobre celebración de matrimonio y divorcio. En 1916 Francia denunció las Convenciones sobre los efectos del matrimonio y la referente a interdicción; en 1922 Bélgica hizo lo mismo con la Convención sobre los efectos matrimoniales; y la Convención sobre el divorcio fue denunciada sucesivamente por Suiza (1928), Suecia (1933) y Alemania (1933). Por otra parte, también fue sentido el impacto de los Tratados de Versalles (1918), Saint Germain (1919) y Trianon (1920), que pusieron fin a la Primera Gran Guerra: de acuerdo con sus cláusulas sólo mantuvieron vigencia entre los países beligerantes los Tratados multilaterales mencionados en forma expresa; y de las Convenciones de La Haya únicamente fueron objeto de mención expresa los Tratados sobre procedimientos civil y sobre tutela, pero se guardó silencio respecto a los relativos al matrimonio y a la interdicción<sup>48</sup>.

### III.—LA SEGUNDA ETAPA DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (1925-1928):

34.- Una vez concluida la Primera Guerra Mundial el Gobierno de Holanda inició gestiones para continuar las Conferencias de La Haya sobre Derecho Internacional Privado; y desde 1921 dirigió a los países asistentes cuestionarios sobre las siguientes materias: quiebra, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, sucesiones, competencia en materia sucesoral, divorcio y separación de cuerpos, matrimonio, procedimiento civil. Gracias a estos esfuerzos pudo iniciarse una segunda etapa, que comprende la Quinta y la Sexta Conferencias, celebradas en 1925 y 1928, ambas presididas por B.C.J. LODER<sup>49</sup>.

35.- En el interregno se había pretendido superar los inconvenientes derivados de la naturaleza cerrada de las Convenciones de 1902 y 1905, que sólo permitía firmarlas a los participan-

48. MAKAROV, Alexander N. "Haager Konventionen zum Internationalen Privatrecht" en "Wörterbuch des Völkerrechts" de KARL STRUYPP-HANS JUERGEN SHLOCHAUER, Tomo I, Berlín, 1960, p. 748.

49. DE LA PRADELLE, art. cit., nr. 118, p. 580.



tes en la Conferencia y cuya ratificación era posible únicamente por quienes las habían suscrito. Con tal objeto los Estados contratantes de cada uno de los Tratados suscribieron el **veintiocho de noviembre de 1923** y el **cuatro de julio de 1924** un Protocolo Adicional a cada una de las Convenciones, que permitía la adhesión de los países no participantes. De esta manera se convirtieron en "convenciones abiertas": Polonia y el Estado Libre de Dantzig adhirió a las relativas al matrimonio; y la Convención sobre procedimiento civil fue objeto de adhesión por Polonia, Checoslovaquia, Finlandia, Estonia, Letonia y Yugoslavia<sup>50</sup>.

36.- Durante la segunda etapa se producen cambios importantes en la estructura de los países asistentes: por una parte, la Unión Soviética se abstuvo de continuar participando, como lógica consecuencia de los acontecimientos ocurridos en 1917; pero, por la otra, se incorporó la Gran Bretaña, aun cuando, originariamente, con el único propósito de intervenir en las discusiones relativas a la quiebra. A la quinta Conferencia, inaugurada el **doce de octubre de 1925** también concurren Checoslovaquia, Finlandia, Letonia, Polonia y el Reino de Serbia-Croacia-Eslovenia<sup>51</sup>.

37.- Las materias objeto de examen en este segundo período sufren el inevitable impacto de las dificultades experimentadas: se comprende la necesidad de abandonar programas muy ambiciosos y fueron comprendidos los obstáculos existentes en el derecho de familia, donde se sienten con mayor vigor las tradiciones y los intereses demográficos de los Estados. No obstante, se prosigue con los estudios sobre sucesiones y nacionalidad, pero la falta de resultados concretos orienta los esfuerzos hacia la quiebra y la eficacia extraterritorial de las sentencias, donde también se comprende muy pronto que la amplitud del examen despertaba la susceptibilidad de los Estados. Por tanto, se decide tratar asuntos más específicos, como la venta internacional de bienes muebles; sin embargo, las marcadas discrepancias legislativas impiden los acuerdos indispensables<sup>52</sup>.

50. MAKAROV, "Die Haager...", art. cit., pp. 313-314.

51. DE LA PRADELLE, art. cit., nr. 118, p. 580.

52. DE LA MORANDIERE, "Le Professeur...", art. cit., p. 280.

38.- Es interesante señalar que la cuestión de la metodología más apropiada para lograr la unificación fue objeto de extenso examen en la Quinta Conferencia. En efecto, el cuestionario enviado por el Gobierno de Holanda preguntaba en primer término si debía prepararse una convención multilateral o un modelo para ser utilizado en convenciones bilaterales. El voto mayoritario de los Estados fue favorable a una Convención modelo sobre quiebra y a otra sobre eficacia extraterritorial de sentencias extranjeras; pero sostuvo la conveniencia de una Convención multilateral en materia de sucesiones. De acuerdo con esta decisión fueron elaborados los dos Proyectos de Convención modelo, que se sometieron a la Sexta Conferencia en 1928, con la advertencia de haber fracasado la tentativa de convertirlos en Convenciones multilaterales<sup>53</sup>.

39.- A pesar de todos los esfuerzos no fue posible aprobar ningún proyecto de Convención durante la Quinta y la Sexta Conferencia. Por tanto, no deben extrañar los comentarios de JOHANNES OFFERHAUS cuando afirma los siguientes conceptos: "Antes de la Segunda Guerra no se estaba dispuesto a admirar las Convenciones de La Haya. Renombrados juristas como Niboyet, Arminjon y Gutteridge les volvía la espalda. Mi venerado maestro del Derecho Internacional Privado, I. Henri Hijmans, decía que no eran un éxito sino un fracaso completo"<sup>54</sup>.

#### IV.—LA TERCERA ETAPA DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (1951-1984):

##### A.—La institucionalización de la Conferencia:

40.—Los perseverantes esfuerzos del Gobierno holandés después de la Segunda Gran Guerra tuvieron éxito: la tercera etapa de la Conferencia de La Haya se inició en 1951 con la Séptima Sesión, que fue decisiva en los trabajos posteriores en virtud de haberse aprobado el "Estatuto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado", vigente a partir del quince de julio de 1955.

53. NADELMANN, Kurt H.- "Ways to unify Conflicts Rules", en *conflictus Legum*", op. cit., pp. 353-354. De igual modo recuerda que T.M.C. ASSER había advertido ya en 1869 sobre la posibilidad de escoger entre la unificación de las normas sustantivas y la de las reglas de Derecho Internacional Privado; punto de vista reiterado por el Gobierno de Holanda en su invitación de 1874.

54. OFFERHAUS, art. cit., pp. 30-31.

41.—Una de las finalidades perseguidas por el Estatuto fue la de impedir en el futuro largos períodos de letargia, como los ocurridos entre las dos etapas anteriores (1904-1925 y 1928-1951), y garantizar la continuidad de las reuniones mediante la creación de un organismo permanente. Estaría compuesto por todos los Estados que habían asistido a una o a varias sesiones, si aceptaban el Estatuto; y por cualquier otro Estado cuya participación fuera de interés jurídico para los trabajos de la Conferencia. Sin embargo, la incorporación de terceros países requiere el voto favorable de la mayoría de los Miembros y su aceptación del Estatuto de constitución (Arts. 1 y 14).

De acuerdo con el Estatuto, la Comisión de Estado neerlandesa, instituida por decreto de veinte de febrero de 1897 para promover la codificación del Derecho Internacional Privado, conserva su misión histórica de asegurar el funcionamiento de la Conferencia; y a tales fines le corresponde decidir sobre el temario de las reuniones, previa consulta con los Estados miembros (Art. 3), quienes se comprometen a designar un órgano nacional (Art. 6). Sin embargo, corresponde a la Oficina Permanente (**Bureau Permanent**), con sede en La Haya, compuesta de un Secretario General y de algunos auxiliares de diferentes nacionalidades, la preparación y la organización de las sesiones de la Conferencia y de las Comisiones Especiales. En principio, las reuniones ordinarias deben celebrarse cada cuatro años, no ya por invitación sino por convocación del Gobierno de los Países Bajos, a requerimiento de la Comisión de Estado (Art. 3)<sup>55</sup>. Por supuesto, los gastos son cubiertos por los Estados Miembros, de acuerdo con el presupuesto que debe aprobarse en una sesión especial (Art. 9).

42.—El organismo así creado tiene una naturaleza *sui generis*: por una parte, no se trata de una simple reunión científica, por cuanto sus miembros son Estados, pero tampoco constituye

55. En consecuencia, las sesiones ordinarias cada cuatro años se iniciaron a partir de 1956, habiendo tenido lugar la Décima Quinta en el mes de octubre de 1984. También se han celebrado dos sesiones extraordinarias, una en 1966 y otra en 1985. A este respecto GEORGES A.L. DROZ destaca la diferencia con las etapas anteriores, pues hasta 1928 se trató de Conferencias Diplomáticas *ad-hoc* reunidas por iniciativa del Gobierno huésped ("La Conférence de La Haye de Droit International Privé", *Recueil des Cours*", año 1980 III, Tomo 168, p. 135).

una Conferencia Diplomática propiamente dicha; siendo de advertir que las decisiones no vinculan a los respectivos países y se toman por mayoría simple <sup>56</sup>.

43.—La Conferencia de La Haya trata en plano de igualdad con otras organizaciones internacionales: ha concluido acuerdos con el Consejo de Europa (trece de diciembre de 1955) para delimitar sus respectivos campos de actividad; con las Naciones Unidas sobre las modalidades de colaboración entre las Secretarías; y con el Gobierno de los Países Bajos sobre inmunidades y privilegios. Colabora también con la Comunidad Económica Europea y con muy variadas organizaciones internacionales, como la **International Law Association**, la Comisión (UNCITRAL), la Organización de los Estados Americanos (OEA) y el Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano (AALC). <sup>57</sup>

44.—Al **primero de enero de 1987** la Conferencia constaba de treinta y cinco Estados Miembros, a saber: Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Checoslovaquia, Chile, Chipre, Dinamarca, Egipto, España, Estados Unidos de la América del Norte, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Federal de Alemania, Suriname, Suecia, Suiza, Turquía, Uruguay, Venezuela y Yugoslavia <sup>58</sup>.

56. Así lo dispone el artículo tercero del Reglamento Interior de las Sesiones Plenarias, aprobado en la Décima Quinta Conferencia; y en el mismo sentido se orienta la "tradicción" anterior. A este respecto debe advertirse que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados requiere el voto de las dos terceras partes de los Estados presentes y votantes, a menos que esos Estados decidan por igual mayoría aplicar una regla diferente (artículo noveno, párrafo segundo). La diferencia de régimen fue objeto de reciente discusión, con motivo de la propuesta en este sentido formulada por la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas en la Conferencia Extraordinaria de 1985, que no tuvo éxito, de aplicar el sistema previsto por la Convención de Viena (Véase luego los números 56 y 57 de este trabajo).

57. HOOGSTRAATEN, M.H. VAN.— "Conférence de La Haye de Droit International Privé", en "Repertoire de Droit International", publicado bajo la dirección de PHOCION FRANCESKAKIS, Tomo I, París, 1968, Nrs. 8-9, p. 463.

58. Brasil participó como Estado Miembro en la Décima Segunda y en la Décima Tercera Conferencia, pero se retiró inmediatamente después de concluida esta última: se trata de "un départ que nous regrettons beaucoup et qui reste toujours inexplicé", en palabras de J.C. SCHULTZ, pronunciadas el seis de octubre de 1980, en la Sesión inaugural de la Décima Cuarta Reunión ("Actes et Documents de la Quatorzième Session", Tomo I, La Haya, 1982, p. 16).

Por consiguiente, la Conferencia de La Haya no puede calificarse un "club europeo", como se ha hecho en ciertas oportunidades con propósitos diversos, generalmente para sugerir connotaciones negativas. En efecto, además de los países del continente, se advierte la participación del Lejano Oriente (Japón)<sup>59</sup> y una sólida representación del **Common Law** (Australia, Canadá, Estados Unidos de la América del Norte, Irlanda y Reino Unido). También intervienen países de habla hispana (Argentina, Chile, España, México, Uruguay y Venezuela); Estados del Cercano Oriente (Chipre, Egipto, Israel, Turquía); Representantes de Escandinavia (Dinamarca, Finlandia, Noruega, Suecia), y países del bloque socialista (Checoslovaquia, Hungría, Polonia, Yugoslavia). De esta manera resulta evidente que el intercambio de opiniones se proyecta mucho más allá de las simples fronteras regionales; aun cuando, en criterio de GEORGES A.L. DROZ, no tienen adecuada representación los países del Tercer Mundo, los Estados de la América Latina y los países socialistas<sup>60</sup>.

45.—La admisión de Venezuela fue propuesta por carta del Ministerio de Relaciones Exteriores del Reino de los Países Bajos, fechada el dieciocho de octubre de 1978; y en veintisiete de octubre de 1978, el Secretario General de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, GEORGES A.L. DROZ, se dirigió a los Jefes de las Misiones Diplomáticas de los Estados Miembros acreditadas en La Haya, requiriéndoles sugirieran a sus respectivos gobiernos comunicaran su voto sobre la propuesta neerlandesa dentro del lapso de seis meses fijado por el Estatuto Constitutivo. A tal fin les hizo saber que dicho período comenzaría a partir de la fecha de la carta, que coincidiría con la de su entrega en las Embajadas de los Estados Miembros.

Una vez transcurrido el lapso, en dos de mayo de 1979, fue levantada el acta correspondiente por el Secretario General **par interim**, MICHEL L. PELICHET, para dejar constancia del voto emitido por veintiséis países, favorable a la admisión de Venezuela.

59. En este ámbito geográfico es preciso tener en cuenta la reciente presentación de la candidatura de la República Popular de China hecha por el Gobierno de Holanda, comunicada a los Estados Miembros en **primero de diciembre de 1986**.

60. DROZ, "La Conférence...", Art. cit., p. 149.



motivo por el cual se había satisfecho la mayoría exigida por el párrafo segundo del artículo segundo del Estatuto Constitutivo<sup>61</sup>. En la misma fecha le comunicó el resultado al Embajador de Venezuela en el Reino de los Países Bajos, con el señalamiento de que el referido precepto declaraba definitiva la admisión después de la aceptación del Estatuto Constitutivo de la Conferencia por el respectivo Estado. De igual modo le hizo saber que, conforme al artículo 14, dicha declaración debía depositarse con el Gobierno de los Países Bajos; advirtiéndole también que la División de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores, conforme a la práctica internacional reciente, requería un documento formal contentivo de la declaración, suscrito por el Jefe del Estado o por el Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado adhiriente.

La aceptación venezolana fue depositada el veinticinco de julio de 1979: dos semanas más tarde, el seis de agosto de 1979 la Oficina Permanente informó a las Misiones Diplomáticas de los Estados Miembros acreditados en La Haya acerca del depósito del instrumento de aceptación, motivo por el cual, a partir de dicha fecha, se había convertido en Estado Miembro de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado; y tres días más tarde, el nueve de agosto de 1979, una notificación similar fue hecha por el Ministerio de Relaciones Exteriores del Reino de los Países Bajos, con el señalamiento expreso de que a partir del veinticinco de julio de 1979 el Estatuto Constitutivo había entrado en vigencia para Venezuela<sup>62</sup>.

61. Los votos favorables a la admisión de Venezuela fueron emitidos por Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Checoslovaquia, Dinamarca, España, Estados Unidos de la América del Norte, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Federal de Alemania, Suecia, Suiza, Suriname y Turquía.

62. La información anterior me fue suministrada, muy gentilmente y con gran rapidez, por el buen amigo ADAIR DYER, Primer Secretario de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado. Ningún informe se da al respecto en "El Libro Amarillo" correspondiente a 1979, presentado por el Ministerio de Relaciones Exteriores al Congreso de la República para dar cumplimiento al artículo 197 de la Constitución que prescribe: "Cada Ministro presentará a las Cámaras en sesión conjunta, dentro de los diez primeros días de las sesiones ordinarias, una Memoria razonada y suficiente sobre la gestión del Despacho en el año civil inmediatamente anterior y sobre sus planes para el año



### B.—Las Convenciones aprobadas:

46.—De acuerdo con el artículo primero de su Estatuto, "**La Conférence de La Haye a pour but de travailler à l'unification progressive de règles de droit international privé**". Por consiguiente, no le corresponden tareas de unificación en el campo del Derecho sustantivo; pero aún dentro de su objeto específico debe señalarse que nunca se ha ocupado de todas las materias incluidas en el Derecho Internacional Privado en sentido amplio, o sea, la nacionalidad, la condición de los extranjeros, la escogencia de la ley aplicable y el Derecho procesal civil internacional. Al decir de M.H. VAN HOOGSTRAATEN, la Conferencia "persigue la coexistencia organizada entre sistemas jurídicos tan diferentes como el **Common law**, los sistemas germano-románicos, el derecho de los países socialistas, el derecho musulmán y el derecho judío"<sup>63</sup>.

47.—Durante la tercera etapa la Conferencia de La Haya ha pretendido resolver mediante "reglas de conflicto de segundo grado" los problemas ocasionados por la diversidad de los sistemas: los **conflictos positivos**, que se presentan cuando cada uno de los Estados interesados considera aplicable su propia ley a la relación jurídica, fueron resueltos mediante la atribución de competencias exclusivas, tanto en la Convención sobre el fuero contractual en caso de compra-venta internacional de bienes muebles corporales, concluida el quince de abril de 1958<sup>64</sup>, como en la Convención sobre los acuerdos para la elección de Tribunal, de veinticinco de noviembre de 1965. Sin embargo, ninguna de las dos tuvo éxito debido a la interferencia de la Convención de Bruselas de 1978 que, revisada diez años más tarde, se aplica a los miembros de la Comunidad Económica Europea<sup>65</sup>.

siguiente". El instrumento de adhesión tampoco se encuentra reproducido en el Volumen XXIII, correspondiente a 1978-1979, de la colección "**Tratados Públicos y Acuerdos Internacionales de Venezuela**", publicada por el Ministerio de Relaciones Exteriores en 1986; y no llegó a aparecer en la "Gaceta Oficial".

63. HOOGSTRAATEN, M.H. Van.— "**La Codification par Traités en Droit International privé dans le cadre de la Conférence de La Haye**", en "Recueil de Cours", Año 1967, Tomo 122, p. 345.

64. La fecha de conclusión indicada para cada Convención es aquella en la cual fue firmada por primera vez, por uno o por varios Estados.

65. DROZ, Georges A. L.— "**La Conférence...**", art. cit. pp. 140-141.

Por su parte, la Convención de quince de junio de 1955, al regular los conflictos entre la ley de la nacionalidad y la del domicilio pretendió resolver el **conflicto negativo** que surge cuando los Estados interesados en la relación jurídica declaran aplicable una ley extranjera, la cual, a su vez, reenvía a la legislación de origen o a la de un tercer país. Aun cuando no llegó a entrar en vigencia, pues fue "**jugée trop abstraite**", al decir de GEORGES A. L. DROZ, sus soluciones fueron utilizadas en la Convención sobre la Administración internacional de las sucesiones, de dos de octubre de 1973, y en la Convención sobre la Ley aplicable a los regímenes matrimoniales, de catorce de marzo de 1978 <sup>66</sup>.

48.—La Conferencia de La Haya se ha ocupado durante la tercera etapa, en forma esporádica, de ciertos aspectos referentes a ciertas instituciones administrativas que pretenden resolver algunos problemas a personas privadas: así lo hizo la Convención suprimiendo el requisito de la legalización de los documentos públicos extranjeros, de cinco de octubre de 1961; y su éxito no puede discutirse, por cuanto se encuentra vigente en más de treinta Estados <sup>67</sup>.

49.—El Derecho procesal civil internacional ha sido objeto de consideración particular durante la tercera etapa de la Conferencia de La Haya. Además de la Convención sobre la competencia del fuero contractual en caso de compra-venta internacional de bienes muebles corporales, concluida el quince de abril de 1958, y de la Convención sobre los acuerdos para la elección de Tribunal, de veinticinco de noviembre de 1965, se han logrado los siguientes resultados concretos:

- 1) Convención relativa al Procedimiento Civil, de primero de marzo de 1954; modificada por la Convención tendiente a facilitar el acceso internacional a justicia de veinticinco de octubre de 1980;
- 2) Convención relativa al reconocimiento y la ejecución de las decisiones en materia de obligaciones alimentarias respecto a menores, de quince de abril de 1958,

66. DROZ, "**La Conférence...**", art. cit., p. 140.

67. Al primero de octubre de 1985 treinta y un Estados la habían ratificado o se habían adherido a ella.

sustituida por la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las decisiones referentes a obligaciones alimentarias, de dos de octubre de 1973;

3) Convención relativa a la competencia de las autoridades y a la ley aplicable en materia de protección de menores, de cinco de octubre de 1961;

4) Convención relativa a la competencia de las autoridades, a la ley aplicable y al reconocimiento de las decisiones en materia de adopción, de quince de noviembre de 1965;

5) Convención relativa a la significación y notificación en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, de quince de noviembre de 1965;

6) Convención sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras en materia civil y comercial y Protocolo Adicional a dicha Convención, ambos de fecha primero de febrero de 1971;

7) Convención sobre el reconocimiento de divorcios y separaciones de cuerpos, de primero de junio de 1970.

8) Convención sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial, de dieciocho de marzo de 1970.

9) Convención sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de menores, de veinticinco de octubre de 1980.

50.—A pesar del fracaso de las Convenciones de principios de siglo, en la Novena Conferencia fue sugerido reiniciar el estudio de los conflictos de leyes referentes al derecho de familia: la tarea se consideró posible por el cambio en la mentalidad de los Estados y por la diversa actitud de la opinión pública, pues, al decir de JULLIOT DE LA MORANDIERE, en la época contemporánea, existen menos preocupaciones teóricas tendientes a conectar la soberanía con la nacionalidad o el domicilio, entendidos como vínculos de naturaleza personal o territorial con el Estado<sup>68</sup>. Esta nueva perspectiva explica algunos importantes resultados concretos: además de la Convención sobre la competencia y la ley aplicable en materia de protección de menores,

68. DE LA MORANDIERE, "Le professeur...", art. cit., p. 228.

de cinco de octubre de 1961, y de la Convención sobre la competencia de las autoridades, la ley aplicable y el reconocimiento de las decisiones en materia de adopción, de quince de noviembre de 1965, la tercera etapa de la Conferencia ofrece los siguientes resultados en el campo del Derecho Civil Internacional:

- 1) Convención relativa al reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades, asociaciones y fundaciones, de primero de junio de 1956;
- 2) Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones alimentarias respecto a los menores, de veinticuatro de octubre de 1956; sustituida por la Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones alimentarias de dos de octubre de 1973, debido a su carácter más general por incluir al cónyuge y a los adultos;
- 3) Convención sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, de cinco de octubre de 1961;
- 4) Convención sobre la ley aplicable en materia de accidentes en la circulación por carretera, de cuatro de mayo de 1971;
- 5) Convención sobre la administración internacional de las sucesiones, de dos de octubre de 1973;
- 6) Convención sobre la ley aplicable a la responsabilidad por el hecho de los productos, de dos de octubre de 1973;
- 7) Convención sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales, de catorce de marzo de 1978; y
- 8) Convención sobre la celebración y el reconocimiento de la validez de los matrimonios, de catorce de marzo de 1978.

51.—Los esfuerzos de la Conferencia de La Haya durante la tercera etapa también se han orientado al campo del Derecho Mercantil Internacional; y el resultado puede considerarse satisfactorio, por cuanto han sido aprobados los siguientes instrumentos:

- 1) Convención sobre la ley aplicable a la compra-venta internacional de bienes muebles corporales, de quince de junio de 1955; sustituida por la Convención sobre la Ley aplicable a los contratos de compra-venta internacional de mercaderías, aprobada en la Sesión Extraordinaria celebrada en octubre de 1985.

2) Convención sobre la ley aplicable a la transferencia de la propiedad en caso de compra-venta internacional de bienes muebles corporales, de quince de abril de 1958;

3) Convención sobre la ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación, concluida el catorce de marzo de 1978;

4) Convención sobre la ley aplicable al fideicomiso y a su reconocimiento, aprobada en la Décima Cuarta Sesión, en octubre de 1984.

52.—Las Convenciones aprobadas durante la tercera etapa de la Conferencia de La Haya tienen diferentes esferas de vigencia; y pueden clasificarse de la siguiente manera:

a) unas pretenden validez universal y, por tanto, las reglas uniformes de conflicto reemplazan las existentes en los Estados Contratantes, debiendo aplicarse aunque el supuesto de hecho no se encuentre localizado en alguno de ellos. La terminología de la Conferencia de La Haya suele denominarlas "convenciones independientes de toda reciprocidad"; y así lo comprueba, a título de ejemplo, el artículo 11 de la Convención sobre la ley aplicable por el hecho de los productos, de dos de octubre de 1973, que luego de afirmar la "independencia de toda condición de reciprocidad, agrega de inmediato: "La Convención se aplica aun cuando la ley aplicable no sea la de un Estado Contratante".

b) Otras se encuentran estructuradas sobre la base de la reciprocidad y tienen una esfera de aplicación más restringida, por cuanto el círculo de los Estados Contratantes suele desempeñar un papel de primera importancia, ya que la Convención sólo regula algunas hipótesis, determinadas en función de la existencia de ciertos vínculos en uno de los Estados Contratantes, quedando los demás supuestos sometidos a sus reglas internas de Derecho Internacional Privado. Dentro de esta categoría puede mencionarse, por vía de ejemplo, la Convención sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de menores, de veinticinco de octubre de 1980, cuyo artículo cuarto dispone: "La Convención se aplica a todo menor que tenía su residencia habitual en un Estado Contratante inmediatamente antes de la violación de los derechos de guardia o de visita"<sup>69</sup>.

69. DROZ, "La Conférence...", art. cit. p. 152; HOOGSTRAATEN, "Conférence...", art. cit. nrs. 17-20, p. 464; OFFERHAUS, art. cit., pp. 39-40.

c) La Convención sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras en materia civil y mercantil, de primero de febrero de 1971, constituye un caso especial, por cuanto el artículo 21 supedita su eficacia a la celebración de un acuerdo complementario entre los Estados Partes. De esta manera, admite M.H. VAN HOOGSTRAATEN la única obligación asumida por los Estados Contratantes consiste en abstenerse de convenir entre ellos un régimen distinto del consagrado por la Convención; con la particularidad de que se les permite precisar o modificar bilateralmente ciertos puntos, pero sólo dentro de los límites establecidos por su artículo 23<sup>70</sup>.

53.—Ahora bien, a falta de señalamiento expreso en el texto de la Convención las ideas tradicionales permitirían considerar que un Estado no concluye tratados sino sobre la base de la reciprocidad, *quid pro quo* para sus nacionales, motivo por el cual los nacionales de los Estados no Contratantes no serían beneficiados por las normas convencionales. Sin embargo, como señala M.H. VAN HOOGSTRAATEN, el objetivo de la Conferencia de La Haya es "la unificación progresiva de las reglas de Derecho Internacional Privado" (artículo primero de su Estatuto constitutivo); y esta finalidad impone a los Estados Miembros no limitarse a la defensa de sus propios intereses en el sentido de restringir a sus nacionales el beneficio de las Convenciones<sup>71</sup>.

54.—Según se desprende de los resultados obtenidos, la tercera etapa de la Conferencia de La Haya presenta la característica de haber abandonado la idea de las codificaciones globales para tratar de resolver asuntos precisos y concretos que, en la actualidad, plantean importantes problemas en las relaciones internacionales.

Ahora bien, esta técnica legislativa fue objeto de comentarios en el Documento Preliminar N° 1 de diciembre de 1975, preparado por la Oficina Permanente bajo el título: "Nota relati-

70. HOOGSTRAATEN, "La Conférence...", art. cit. pp. 394-396. De inmediato destaca su diferencia con el procedimiento de la "Convención Modelo", que no debe ser suscrita ni ratificada como convención multilateral, por cuanto su función se reduce, en última instancia, a servir de "Modelo" para los Tratados bilaterales que puedan celebrar los Estados. También la distingue del método de las "Leyes Modelo", utilizado con tanto éxito en los Estados Unidos de la América del Norte, que, en el mejor de los casos, puede conducir a "leyes paralelas" idénticas (art. cit., p. 397).

71. HOOGSTRAATEN, "La codification...", art. cit., p. 382.



va a las obligaciones contractuales y delictuales (Acta Final, Duodécima Sesión, Parte C, punto d)": en esta oportunidad se destacó expresamente la tendencia imperante después de la Segunda Guerra Mundial dirigida a elaborar textos claros y precisos, en los cuales la ley aplicable fuera designada por factores concretos y objetivos; con la advertencia de que semejante método pudo utilizarse porque se trataba de materias muy definidas<sup>72</sup>. Por el contrario, el tratamiento de materias más amplias impone un estilo "literario", con perjuicio de la seguridad de las transacciones y estimulando a las partes contratantes a recurrir al arbitraje o a los tribunales estatales: así fue advertido en el **Documento Preliminar E de diciembre de 1963**, preparado por HANS VAN LOON, Secretario de la Oficina Permanente, donde se realiza un "Estudio de posibilidades sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales"; y en el cual fue hecho énfasis en las dificultades de regular campos muy extensos, pues sería necesario resolver satisfactoriamente el dilema acerca de cómo alcanzar el objetivo propuesto "sin afectar la seguridad jurídica, la uniformidad de resultado y la certidumbre en lo que respecta a la ley aplicable"<sup>73</sup>.

55.—El cambio de metodología utilizado después de la Segunda Gran Guerra ha impuesto una mayor atención a la escogencia de los temas, que es el resultado de concienzudas investigaciones previas, en las cuales el derecho comparado desempeña un papel predominante para determinar la existencia de un mínimo común denominador en los sistemas jurídicos de los diversos países. En efecto, se ha comprendido la inutilidad de establecer reglas uniformes de Derecho Internacional Privado si la legislación declarada competente resulta contraria a los principios fundamentales de la ley del Juez, porque en semejante hipótesis no vacila en surgir el fantasma del orden público para restablecer el necesario equilibrio; y también constituye un hecho innegable de la época contemporánea la mayor dificultad en permitir la aplicación de leyes extranjeras, debido a la creciente injerencia del derecho público en muchos sectores, antes reservados al derecho privado: a título de ejemplo basta recordar

72. "Actes et documents de la Treizième Session", Tomo I, La Haya, 1978, p. 70-76.

73. "Actes et documents de la Quinzième Session", Tomo I, La Haya, 1986, p. 104.

las disposiciones monetarias y fiscales que afectan el régimen de los contratos, o la protección de los menores, realizada en parte a través de reglas de derecho administrativo.

Esta nueva realidad impone que los trabajos preparatorios se inicie con estudios preliminares de derecho comparado: con tal propósito suele enviarse un cuestionario a los órganos nacionales de los Estados Miembros; o se les distribuye un documento explicativo o un Proyecto de Convención con el requerimiento de comentarios. Una vez recibidas las respuestas, si las perspectivas son favorables, las tareas continúan a nivel de Comisiones, que se reúnen las veces necesarias para tratar de resolver las dificultades más importantes; y sólo cuando esta etapa previa conduce a resultados satisfactorios se adopta la decisión de incluir la materia como tema de una próxima Conferencia. De esta manera, según destaca JOHANNES OFFERHAUS "la tarea principal de quienes organizan el trabajo de la Conferencia es calcular las posibilidades de unificación a través de métodos, por así decir, matemáticos"<sup>74</sup>.

#### C.—Adopción del texto:

56.—La negociación definitiva de las Convenciones de La Haya se produce en las sesiones de la Conferencia que se rigen por el Reglamento aprobado previamente, donde pretenden resolverse los asuntos de rutina, en particular, la cuestión relativa a la mayoría necesaria para tomar decisiones válidas. En épocas anteriores era requerido el consentimiento de todos los participantes, pero a partir de la tercera etapa se considera suficiente el voto favorable de la mitad más uno de los Estados presentes y votantes, sin tomar en cuenta las abstenciones: este cambio de perspectivas encuentra explicación, al menos parcial, en la apertura geográfica de la Conferencia con la consiguiente incorporación de países con tradiciones jurídicas muy diversas. De esta manera el nuevo método de votación ha permitido conservar el control de las decisiones a los Estados del continente europeo, que todavía constituyen la mayoría absoluta.

74. OFFERHAUS, "La Conférence", art. cit., pp. 33-38. No obstante, agrega: "La certidumbre absoluta no es sino un ideal, pero siempre se ha dicho que también los matemáticos deben contentarse con estimaciones".

No obstante haberse mantenido hasta el presente, el sistema de votación fue objeto de nuevo examen cuando se consideró el Proyecto de Reglamento Interior de la Conferencia Diplomática de octubre de 1985, cuyo artículo décimo cuarto preveía: "Excepto en los casos en los cuales el presente Reglamento dispone lo contrario, las decisiones de la Conferencia serán tomadas por la mayoría de los votos emitidos por las delegaciones presentes en el momento del voto; las abstenciones no serán consideradas como votos emitidos".

En efecto, en la sesión plenaria vespertina celebrada el **ca-  
torce de octubre de 1985** fue sometida la propuesta de los Países Bajos y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas tendiente a exigir una mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes para aprobar cualquier asunto de fondo; pero bastando la mayoría absoluta para las cuestiones de procedimiento, a falta de norma expresa en contrario sobre una materia determinada. La sugerencia se fundamentó en el párrafo segundo del artículo noveno de la Convención de Viena; y el Representante de los Países Bajos, SONDAAL, recordó que el método había sido utilizado con éxito en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) y en otros organismos internacionales<sup>75</sup>. El planteamiento fue objeto de antagónicos comentarios, habiéndose opuesto de inmediato la diferente costumbre de la Conferencia de La Haya; y luego examinarse con gran despliegue de energías durante casi toda la Sesión Plenaria, la propuesta obtuvo trece votos a favor, veintitrés en contra y diez abstenciones, motivo por el cual el Presidente, J. C. SCHULTSZ, la declaró rechazada<sup>76</sup>.

57.—Sin embargo, la cuestión no puede considerarse resuelta en forma definitiva: ciertamente la mayoría de dos tercios *dificulta la aprobación de los textos, pero sin duda alguna garantiza un mayor consenso y ofrece la ventaja de facilitar su*

75. Al respecto: SOHN, Louis B.— "Voting Procedures in United Nations Conferences for the Codification of International Law", en "American Journal of International Law", Vol. 69, Año 1975, pp. 310-353.

76. En verdad dicha declaratoria no se ajustó al requerimiento del segundo párrafo del artículo noveno de la Convención de Viena, que, para establecer una regla distinta, exige también el voto favorable de los dos tercios de los Estados presentes y votantes.

ratificación posterior. A este respecto la experiencia de la Sesión Extraordinaria de 1985 es invaluable para el futuro, por cuanto algunos puntos muy controvertidos fueron aprobados con exiguas mayorías, a pesar de todos los esfuerzos conciliatorios; y será de gran interés conocer si los Estados disidentes se encuentran dispuestos a ratificar la Convención, no obstante sus contrapuestos criterios durante las sesiones. De lo contrario, tendrá un éxito práctico muy limitado.

Desde otra perspectiva menos placentera, es posible que el impacto de la creciente apertura de la Conferencia de La Haya pueda hacer reflexionar a los Estados Continentales sobre su posibilidad de conservar la mayoría absoluta; y cuando el "club europeo" llegue a representar sólo una tercera parte de los votos podrá encontrar adecuado instrumento, para impedir las *soluciones que considere inaceptables, a través del sistema de votación* previsto como regla general en la Convención de Viena, cuya imposición encontraría apoyo en la práctica seguida comúnmente por otros organismos internacionales.

58.—Cuando el resultado de las negociaciones es favorable *los textos aprobados se incluyen en el Acta Final, suscrita por los asistentes*: en caso de no obtenerse el necesario acuerdo para concluir un Tratado sobre la materia objeto de examen se dejan las constancias respectivas, como ocurrió en el Acta Final de la Décima Cuarta Sesión, donde fueron incorporados algunos artículos sobre la ley aplicable a ciertas ventas a los consumidores; pero en el entendido de resolver su destino posteriormente. De esta manera, la Conferencia de La Haya establece la autenticidad y carácter definitivo del texto adoptado a través de uno de los procedimientos previstos por la letra (b) del artículo décimo de la Convención de Viena <sup>77</sup>.

59.—Durante los primeros años de la tercera etapa de la Conferencia los trabajos continuaron realizándose en francés como único idioma oficial: sin embargo, la participación de los Estados Unidos de la América del Norte con el carácter de Observador en la Novena Conferencia, explica que la Convención sobre los conflictos de leyes en materia de forma de los

77. La autenticidad del texto debe ser distinguida de su adopción, como certeramente se hace por los artículos noveno y décimo de la Convención de Viena.

testamentos y la Convención referente a la supresión de la exigencia de la legalización de los documentos públicos extranjeros, concluidas ambas el cinco de octubre de 1961, fueran suscritas en francés y en inglés, aun cuando se convino que el texto francés debía prevalecer en caso de divergencia.

Posteriormente, a partir de la Convención relativa a la competencia de las autoridades, la ley aplicable y el reconocimiento de las decisiones en materia de adopción, de quince de noviembre de 1965, todas las Convenciones posteriores se han redactado en francés y en inglés, siendo igualmente auténticas ambas versiones<sup>78</sup>. No obstante sus pretensiones universalistas, la dualidad de idiomas oficiales se mantuvo en la Conferencia Diplomática de La Haya sobre la ley aplicable a los contratos de compra-venta internacional de mercaderías, celebrada en octubre de 1985: así fue dispuesto en forma expresa por el artículo 34 del Reglamento interior aprobado en la Sesión Plenaria del catorce de octubre de 1985<sup>79</sup>.

60.—Los problemas planteados por el idioma no se resuelven con la ingenua afirmación de que la Conferencia trabaja con dos idiomas oficiales, el francés y el inglés. En efecto, existen indiscutibles dificultades terminológicas por cuanto las instituciones, vocablos y conceptos no son siempre los mismos en ambos sistemas jurídicos; y aun cuando coincidieran existe la posibilidad de atribuirles un sentido autónomo cuando se utilizan en una Convención, susceptible de ratificación por Estados con diferentes idiomas oficiales<sup>80</sup>. Por otra parte, es preciso tener presente que la mayoría de los Delegados deben participar en un difícil trabajo legislativo en un idioma que no es el propio, ni aquél en el cual se encuentra redactada su legislación. De esta manera se ha hecho cada vez más notoria "la necesidad

78. El párrafo final de ambas Convenciones lee como sigue: "Hecha en La Haya, el cinco de octubre de 1961, en francés y en inglés, prevaleciendo la versión francesa en caso de diferencia entre los textos, en un solo ejemplar, que será depositado en los archivos del Gobierno de los Países Bajos y del cual se enviará una copia certificada a cada uno de los Estados representados en la Novena sesión de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado".

79. En esa oportunidad el Representante de España, ALBERTO BERKOVITZ RODRIGUEZ CANO, aun cuando no quiso cuestionar el hecho de que los idiomas oficiales de la Conferencia de La Haya eran el francés y el inglés; sin embargo, dejó constancia de que la aprobación del artículo 34 del Reglamento interior no debería considerarse como un precedente para futuras Conferencias de carácter universal.



de un idioma internacional", y, para satisfacer este requerimiento, en las dos últimas décadas, la Conferencia de La Haya procura utilizar fórmulas fácilmente traducibles en todos los idiomas de los Estados Miembros aun cuando "no siempre con éxito" al decir de M.H. VAN HOOGSTRAATEN<sup>81</sup>.

61.—En algunas oportunidades se ha pretendido resolver expresamente las dificultades de encontrar equivalente lingüístico para los términos franceses o ingleses utilizados en las Convenciones: a tal fin se ha autorizado el ejercicio de facultades que permiten a los Estados precisar el sentido de algunos conceptos o nociones; y dentro de esta directriz GEORGES A.L. DROZ recuerda la Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y mercantil, de primero de febrero de 1971, cuyo artículo 23 permite a los Estados Contratantes precisar en acuerdos complementarios el significado de términos tales como "materia civil o comercial", "seguridad social", "residencia habitual", "derecho", "recurso ordinario"<sup>82</sup>.

La misma finalidad puede perseguirse a través de declaraciones interpretativas, formuladas unilateralmente por los Estados Contratantes, al momento de suscribir, ratificar o adherirse a una Convención; pero el propósito sólo se logra cuando es compatible con la correcta interpretación del tratado.

62.—La limitación de los idiomas oficiales al francés y al inglés deja sin resolver el problema que puede plantearse en los Estados Miembros donde el idioma oficial es uno distinto, por cuanto la uniformidad lograda a través de las normas convencionales puede perjudicarse si su texto auténtico es traducido en diversa forma por cada uno de ellos<sup>83</sup>. Ciertamente, el problema no es nuevo, aun cuando en las etapas anteriores no

80. Este posible diferente significado de los términos en derecho interno y en derecho internacional se encuentra reconocido en el párrafo segundo del artículo segundo de la Convención de Viena.

81. HOOGSTRAATEN, "La Codification...", pp. 345-347.

82. DROZ, "Les réserves...", art. cit. p. 414.

83. Por supuesto, no resulta discutible la primacía de los textos auténticos en francés y en inglés sobre las traducciones no oficiales en otros idiomas: el problema planteado es otro, y se refiere a la posible ratificación de textos diferentes debido a la preparación de traducciones distintas en los respectivos idiomas oficiales de los Estados Contratantes.



presentaba la misma gravedad, pues los países del grupo germano (Alemania, Austria y Suiza) tenían la costumbre de preparar una traducción común; pero la situación ha adquirido caracteres más agudos con el incremento de Estados Miembros con un idioma distinto de los utilizados como oficiales por la Conferencia de La Haya.

53.—A fin de superar esta causa posible de perturbación en las tareas unificadoras, la Delegación de Venezuela hizo contactos informales durante las sesiones de la Décima Quinta Conferencia, para obtener traducciones de las Convenciones en español, debidamente certificadas en su autenticidad por la Secretaría Permanente de la Conferencia<sup>84</sup>. De esta manera también se quiso facilitar la posible ratificación o adhesión venezolana de los respectivos instrumentos, y evitar la eventual vigencia de textos distintos en los diversos países. El asunto es imostergable, no sólo por la presencia de España, sino por la reciente incorporación de Argentina, Chile, México, Uruguay y Venezuela; y con la esperanza de la futura participación de otros países de habla hispana<sup>85</sup>.

64.—El problema fue considerado de nuevo en la Reunión Extraordinaria de la Conferencia de octubre de 1985, que aprobó la Convención sobre la Ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías, donde la participación de numerosos Estados No Miembros hizo sentir con más intensidad la urgencia de una traducción, debidamente autorizada, en otros idiomas distintos del francés y del inglés; y con este propósito, en la Sesión Plenaria del veintinueve de octubre de 1985,

84. Además de las versiones españolas aprobadas por el Poder Legislativo, existe una publicación de JOSE ANTONIO TOMAS ORTIZ DE LA TORRE bajo el título: "Las Convenciones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (Traducción y reseña histórica)", con Prólogo de MARIANO AGUILAR NAVARRO, Madrid, 1974.

85. El suscrito informó a la Cancillería de sus gestiones por correspondencia fechada en enero de 1985; y en su respuesta de veintiséis de septiembre de 1985 el Ministerio de Relaciones Exteriores compartió la preocupación anterior, al mismo tiempo de considerar oportuno que, con motivo "de la Sesión Extraordinaria que celebrará próximamente la Conferencia, los países de habla hispana podrían proponer a la Secretaría de la Conferencia que se traduzcan al castellano los textos de las Convenciones aprobadas, a fin de que puedan ser certificados, lo que permitirá a nuestro país adelantar los trámites correspondientes para que Venezuela se haga parte de aquellos instrumentos que se estimen aceptables".

las Delegaciones de Argentina, Chile, España, Honduras, México, Uruguay y Venezuela propusieron incluir en el Acta Final de la Conferencia el Deseo (**Voeu**) de que el texto de la Convención fuera traducido en los otros idiomas oficiales de la Organización de las Naciones Unidas, a cuyo efecto deberían establecerse los contactos necesarios<sup>86</sup>. La sugerencia tuvo amplia acogida, pero su aprobación no fue posible debido a la oposición de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas: en última instancia sólo se dejó constancia del asunto en el Acta de la referida Sesión Plenaria<sup>87</sup>.

No obstante la ausencia de pronunciamiento formal, la Secretaría General de la Conferencia de La Haya hizo los contactos necesarios; y gracias a su iniciativa el Servicio de Traducción de las Naciones Unidas preparó traducciones no oficiales en árabe, chino, español y ruso, las cuales serán incluidas en el Volumen de las "**Actas y Documentos**" de la Sesión Extraordinaria que aprobó la Convención sobre la Ley aplicable a los Contratos de Compra-venta Internacional de Mercaderías.

65.—De cometerse errores en la redacción del texto, el vicio incurrido no afecta la validez del tratado, según lo dispone el párrafo tercero del artículo 48 de la Convención de Viena; y, en principio, debe utilizarse el procedimiento establecido por su artículo 79 para la corrección de errores en los textos o en las copias certificadas conforme de los tratados. En su párrafo primero admite la corrección por mutuo acuerdo de los Estados signatarios y de los Estados Contratantes; y en el segundo párrafo consagra la facultad correspondiente al depositario de notificar el error y la propuesta de corregirlo a los Estados Contratantes, fijándoles un plazo adecuado para sus objeciones: si no se formulan el texto queda firme; y de haberlas deben comunicarse a los Estados signatarios y a los Estados Contratantes.

Particular importancia para las Convenciones de La Haya tiene el párrafo tercero del mismo artículo 79, que ordena seguir idéntico procedimiento "cuando el texto de un tratado haya

86. Documento Número 16 de la Sesión Extraordinaria.

87. Así lo comunicó el suscrito a la Cancillería venezolana el once de noviembre de 1985; y en su respuesta del veinte de diciembre de 1985 el Ministerio de Relaciones Exteriores consideró muy valiosas "las gestiones realizadas para obtener una traducción en español del instrumento adoptado durante la Sesión Extraordinaria de la Conferencia".

sido autenticado en dos o más idiomas, y se advierta una falta de concordancia que los Estados signatarios y los Estados Contratantes convengan que deba corregirse"; siendo de advertir que, a tenor del párrafo cuarto del mencionado artículo 79, el texto corregido sustituirá *ab initio* al defectuoso, a falta de convenio contrario.

#### D.—La suscripción y la ratificación:

66.—Desde el punto de vista formal las Convenciones de La Haya constan de un Preámbulo donde suele mencionarse a los países negociadores con una fórmula genérica: "Los Estados signatarios de la presente Convención"; y también se indican, en forma muy escueta, algunos de los motivos determinantes para concluir la Convención. De inmediato se reproducen las reglas aceptadas, distribuidas en varios Capítulos si es considerado necesario<sup>88</sup>, para finalizar con las "Cláusulas finales", que, algunas veces, están precedidas de un Capítulo denominado "Disposiciones generales" o de una manera análoga<sup>89</sup>; siendo de advertir que con el transcurso del tiempo se han depurado los criterios para determinar cuándo un precepto debe incluirse en el último capítulo<sup>90</sup>.

En estricto rigor las "Cláusulas Finales" deberían comprender únicamente aquellos artículos que no consagran soluciones de fondo y representan el "*service du traité*", por limitarse a re-

88. A título de ejemplo, la Convención sobre la ley aplicable a la responsabilidad por el hecho de los productos, concluida el dos de octubre de 1973, no fue distribuida en Capítulos.

89. "Disposiciones Diversas" se denomina el Capítulo Tercero de la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las decisiones relativas a las obligaciones alimentarias, de dos de octubre de 1973.

90. La Oficina Permanente preparó diversos estudios sobre esta materia que fueron presentados a la Décima Tercera Sesión: a) Documento Preliminar N° 2 de diciembre de 1975, titulado: "*Note sur certaines questions de technique d'élaboration des Conventions de La Haye*", ("*Actes et Documents de la Treizième Session*", Tomo I, La Haya, 1978, pp. 79-85); b) Documento Preliminar B de junio de 1976, con el rubro: "*Note sur les clauses protocolaires des Conventions de La Haye*" ("*Actes...*", op. cit., Tomo I, pp. 97-101); c) Documento Preliminar C de junio de 1976, denominado: "*Note sur les réserves et les facultés dans les Conventions de La Haye*" ("*Actes...*", op. cit., Tomo I, pp. 102-104); y d) Documento Preliminar D de junio de 1976, bajo el título: "*Note sur les problèmes provoqués par les systèmes non unifiés*" ("*Actes...*", op. cit. Tomo I, pp. 105-110).

gular la autenticación del texto, la constancia del consentimiento de los Estados en obligarse por el tratado, las reservas, las funciones del depositario, la manera o fecha de su entrada en vigor, y algunos otros asuntos que pueden presentarse antes de esas ocasiones. Estos preceptos, a falta de voluntad contraria de los signatarios, son obligatorios y de aplicación inmediata, desde el momento mismo de la adopción de su texto, a tenor del párrafo cuarto del artículo vigésimo cuarto de la Convención de Viena <sup>91</sup>.

En ciertas oportunidades y con el propósito de facilitar su aplicación práctica, las Convenciones de La Haya se encuentran acompañadas de anexos, como ocurre en la Convención sobre la significación y notificación de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, de quince de noviembre de 1965; en la Convención sobre la administración internacional de las sucesiones, concluida el dos de octubre de 1973, y en la Convención tendiente a facilitar el acceso internacional a la justicia, de veinticinco de octubre de 1980 <sup>92</sup>.

67.—La firma de las Convenciones de La Haya constituye un acto autónomo y expresa la conformidad de los Estados signatarios con el texto aprobado: el día de la primera firma es utilizado para designar la fecha de la Convención y en algunas oportunidades se ha producido inmediatamente después de la suscripción del Acta Final, como sucedió, por ejemplo, en el caso de la Convención sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de menores y de la Convención tendiente a facilitar el acceso internacional a la Justicia, suscritas ambas el mismo veinticinco de octubre de 1980, después de la Sesión de Clausura de la Décima Tercera Conferencia de La Haya.

91. En esta materia se advierte un perfeccionamiento progresivo en las Convenciones aprobadas durante la tercera etapa; y puede calificarse como ortodoxo el Capítulo Cuarto, contentivo de las "Cláusulas Finales" en la Convención sobre la Ley aplicable a la Compra-venta internacional de Mercaderías, aprobada en octubre de 1985. Sin embargo, en ocasiones anteriores artículos correspondientes a las Cláusulas Finales han sido incluidos en el Capítulo "Disposiciones Diversas", como ocurre, por ejemplo, en la Convención sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil y comercial, concluida el dieciocho de marzo de 1970.

92. La estructura formal de las Convenciones tiene importancia a los fines de la interpretación del Tratado, en los términos previstos por los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena (Véase sobre el particular el número 131 de este trabajo).

68.—Las Convenciones aprobadas hasta la Duodécima Conferencia de La Haya se encuentran abiertas a la firma de los Estados Negociadores<sup>93</sup>; pero a partir de la Convención sobre la administración internacional de las Sucesiones, de dos de octubre de 1973, fue convenido que podrían ser suscritas por todos los Estados Miembros de la Conferencia al tiempo de la correspondiente Sesión.

Por supuesto, el mismo derecho corresponde a los Estados No Miembros que hubieren sido invitados a participar en los trabajos de la respectiva Sesión de la Conferencia de La Haya. Así fue previsto por la Convención suprimiendo la exigencia de la legalización de los documentos públicos extranjeros, de cinco de octubre de 1961, cuyo artículo décimo menciona como autorizados también para suscribirla a Irlanda, Islandia, Lichtenstein y Turquía. De igual modo, tanto la Convención sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras en materia civil o mercantil como su Protocolo Adicional, concluidos el primero de febrero de 1971, prescriben que se encuentran abiertos a la firma de Chipre, Irlanda y Malta<sup>94</sup>. Dentro de la misma directriz, la Convención tendiente a facilitar el acceso internacional a la justicia, concluida el veinticinco de octubre de 1980, en su artículo 31 previó que podía ser firmada también "por los Estados No Miembros que fueron invitados a participar en su preparación". Por último, posiblemente debido a sus pretensiones de universalidad, la Convención sobre la Ley aplicable a los Contratos de compra-venta internacional de mercaderías, aprobada en octubre de 1985, quedó abierta a la firma de todos los Estados por mandato del párrafo primero de su artículo vigésimo quinto.

69.—Las Convenciones de La Haya no se convierten en obligatorias desde el momento mismo de su firma, y en forma expresa exigen su ratificación por los Estados Contratantes. Sin embargo, de acuerdo con las amplias directrices establecidas

93. Sobre el particular véase el Documento Preliminar N° 2 de diciembre de 1975, que preparó la Oficina Permanente para la Décima Tercera Sesión ("Actes...", op. cit., Tomo I, pp. 79-80).

94. Así fue dispuesto por tratarse de Estados Miembros del Consejo de Europa, y haberse procedido a requerimiento de este organismo a la preparación de la Convención, sobre la base del instrumento de cooperación suscrito con la Conferencia de La Haya sobre Derecho internacional privado ("Actes et Documents de la Treizième Session", Volumen I, op. cit., p. 79).



por la Convención de Viena, a partir de la Décima Segunda Conferencia, la aceptación y la aprobación fueron asimiladas a la ratificación: así lo dispuso el artículo 41 de la Convención sobre la Administración Internacional de las Sucesiones, concluida el dos de octubre de 1973, en fórmula que se ha repetido sin cambio alguno en los tiempos posteriores<sup>95</sup>.

70.—Las Convenciones de La Haya no establecen lapso alguno dentro del cual deba producirse la ratificación; y respecto a su forma se limitan a prescribir que la ratificación, aceptación o aprobación será comunicada por escrito al Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos, en su carácter de depositario, a quien corresponde la obligación de notificar a los Estados Contratantes, en un todo conforme con las pautas establecidas por el artículo 77 de la Convención de Viena<sup>96</sup>.

71.—Conceptualmente la obligatoriedad de los tratados para los Estados ratificantes debe distinguirse de su entrada en vigencia, siendo de advertir que en ocasiones ambos momentos no coinciden. En efecto, la obligatoriedad se produce cuando el

95. De acuerdo con el párrafo segundo del artículo décimo cuarto de la Convención de Viena "el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la aceptación o la aprobación en condiciones semejantes a las que rigen para la ratificación"; siendo de advertir que su artículo undécimo prescribe: "El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido". (Sobre el particular: BOLÍNTINEAUNU, Alexandru. "Expression of Consent to be bound by a Treaty in the light of the 1969 Vienna Convention", en "American Journal of International Law", Volumen 68, Año 1974, pp. 672-686). La asimilación tiene importancia para superar inevitables dificultades terminológicas en la redacción de reglas internacionales; y respecto a la materia específica conviene recordar el distingo establecido por la Constitución francesa de 1958: si los representantes de Francia actúan con poderes otorgados por el Jefe de Estado su ratificación es imprescindible; pero si el Jefe de Estado no interviene en su negociación, los tratados pueden ser "aprobados" por el Gobierno francés, correspondiendo al Ministerio de Relaciones Exteriores notificar la aprobación. No obstante, cuando la fórmula final del Tratado prevé encontrarse abierto a la "aceptación", la notificación enviada por el Canciller suele precisar que la carta de aprobación "vale aceptación en el sentido del tratado" (REUTER, Paul. *Introduction au Droit des Traités*, Ginebra, 1985, N° 96, p. 77).

96. Las primeras Convenciones aprobadas durante la tercera etapa establecieron en forma dispersa las funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores del Reino de los Países Bajos en su carácter de depositario; pero a partir de la Novena Sesión fueron reunidas en un artículo especial, que se ha perfeccionado técnicamente con el transcurso del tiempo.



consentimiento es irrevocable; por el contrario, la entrada en vigencia determina el momento a partir del cual deben cumplirse las obligaciones establecidas por el tratado. La distinción se encuentra consagrada por el artículo segundo de la Convención de Viena; de acuerdo con su letra (f) "se entiende por 'Estado Contratante' un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado, haya o no entrado en vigor el tratado"; y conforme a la letra (g) del mismo artículo "se entiende por 'parte' un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado y con respecto al cual el tratado está en vigor".

El asunto no tiene simple importancia teórica: según principio comúnmente aceptado en derecho intertemporal las reglas convencionales sólo se aplican a los supuestos de hecho posteriores a su entrada en vigencia; aun cuando en algunos casos pueden atribuírsele efectos retroactivos. Por otra parte, tan pronto el tratado es obligatorio, los Estados contratantes deben abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin del tratado "durante el período de entrada en vigor del mismo y siempre que ésta no se retarde indebidamente", a tenor de la letra (b) del artículo décimo octavo de la Convención de Viena<sup>97</sup>.

72.—De acuerdo con el párrafo segundo del artículo vigésimo cuarto de la Convención de Viena, a falta de disposición expresa "el consentimiento entrará en vigor tan pronto haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por el Tratado". Sin embargo, la práctica de los Tratados multilaterales de la época contemporánea se suele orientar por otros derroteros, por cuanto sólo exigen un determinado número de ratificaciones para su entrada en vigencia; y este sistema ha sido adoptado por las Convenciones de La Haya, siendo de advertir, durante la tercera etapa, una manifiesta tendencia a facilitar su entrada en vigencia<sup>98</sup>.

97. Idénticas obligaciones son impuestas por la letra (a) del artículo décimo octavo a un Estado "si ha firmado el tratado o ha canjeado los instrumentos constitutivos del tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado".

98. Un problema distinto consiste en determinar si, desde el punto de vista del derecho interno del Estado Contratante, la vigencia del Tratado requiere el cumplimiento de formalidades adicionales (Véase: VERDROSS, Alfred y SIMMA, Bruno. "Universelle Völkerrecht", Berlín, 1984, N° 856, pp. 544-545).

Ahora bien, durante los primeros años de la tercera etapa fueron exigidas cinco ratificaciones en la Convención sobre la ley aplicable a la compra-venta internacional de objetos muebles corporales, de quince de junio de 1955 (artículo 9); en la Convención sobre la ley aplicable a la transferencia de la propiedad en caso de venta internacional de bienes muebles corporales, de quince de abril de 1958 (artículo 12); en la Convención sobre la competencia del fuero contractual en caso de venta internacional de objetos muebles corporales, de quince de abril de 1958 (artículo 12) y en la Convención sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades, asociaciones y fundaciones extranjeras, de primero de junio de 1956 (artículo 11).

Sin embargo, es de advertir que sólo cuatro ratificaciones habían sido requeridas por el artículo 28 de la Convención sobre procedimiento civil, de primero de marzo de 1954; y cuatro ratificaciones fueron también necesarias de acuerdo con otras dos Convenciones aprobadas en la Octava Conferencia, a saber, la Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones alimentarias respecto a menores (artículo 8) y la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las decisiones en materia de obligaciones alimentarias respecto de menores (artículo 16).

Con posterioridad se han adoptado criterios más liberales, y a partir de la Novena Conferencia a las Convenciones sólo son exigidas tres ratificaciones. Sin embargo, el principio sufre excepciones: tanto el artículo 28 de la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias extranjeras en materia civil y comercial como el artículo noveno de su Protocolo Adicional, concluidos ambos el primero de febrero de 1971, pretendieron facilitar su entrada en vigencia por cuanto requieren dos ratificaciones únicamente; pero la Convención sobre la Ley aplicable a la compra-venta internacional de mercaderías, aprobada en octubre de 1985, establece un régimen más severo al requerir cinco ratificaciones en su artículo 27.

73.—Las Convenciones de La Haya no entran inmediatamente en vigencia después de haber obtenido las ratificaciones necesarias: en la Séptima, Octava, Novena, Décima y Undécima Conferencias se dispuso que entrarían en vigor el sexagésimo

día después del depósito del instrumento de la última ratificación exigida; y el mismo lapso debe transcurrir para la vigencia de las ratificaciones posteriores.

Sin embargo, en la Duodécima Conferencia fue cambiada la fórmula anterior y se convino en fijar como fecha de entrada en vigencia el primer día del tercer mes calendario después del depósito del instrumento de la última ratificación necesaria: esta nueva redacción, aplicable también a las ulteriores ratificaciones, aceptaciones o aprobaciones, se repitió en la Décima Tercera y en la Décima Cuarta Conferencias. No obstante su aparente claridad, la redacción fue modificada en la Convención sobre la Ley aplicable a la compra-venta internacional de mercaderías, aprobada en octubre de 1985, cuyo artículo 27 dispuso que "entrará en vigor el primer día del mes siguiente al vencimiento de un plazo de tres meses contados desde la fecha en que haya sido depositado el quinto instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión".

#### E.—Las reservas:

74.—Durante las negociaciones de un Tratado puede establecerse la existencia de criterios contrapuestos entre los intervinientes, derivada de la diversa solución de los mismos problemas o de la defensa de los intereses propios a cada uno de ellos. Ahora bien, cuando el antagonismo es absoluto la única posibilidad de celebrar el tratado consiste en excluir la materia controvertida de su esfera de aplicación; pero si las divergencias se mantienen dentro de límites razonables y es posible un acuerdo de principio en otros puntos esenciales, el mecanismo de las reservas no sólo facilita la ratificación por los negociadores sino también permite la adhesión de terceros Estados. Por supuesto, mientras más elevada sea la votación exigida para adoptar decisiones, menor será la necesidad de permitir reservas a fin de satisfacer los requerimientos de los Estados negociadores de la Convención; aun cuando, en todo caso, el asunto es "l'objet des discussions de fond sérieuses et souvent passionnés"<sup>99</sup>.

99. DROZ, Georges A.L. "Les réserves et les facultés dans les Conventions de La Haye de Droit International Privé", "Revue Critique de Droit International Privé", Año 1969, Tomo LXVIII, p. 421. Sobre este tema véase también el "Documento Preliminar N° 2 de diciembre de 1975", con el título: "Note concerning certain questions of technique in the prepara-

75.—De acuerdo con la letra (d), párrafo primero, del artículo segundo de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, se entiende por reserva "una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar, aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado"<sup>100</sup>. Por consiguiente, "su esencia consiste en establecer una **condición**: el Estado no se obliga a condición de que ciertos efectos jurídicos del tratado no le sean aplicados, bien sea por la exclusión o por la modificación de una regla, o por su interpretación o aplicación"<sup>101</sup>; y con vista de su contenido, las reservas pueden reducir la esfera de vigencia del Tratado "**ratione materiae**", "**ratione personae**", "**ratione loci**" y "**ratione magistratus**", pero al decir de VAN HOOGSTRAATEN han sido poco utilizadas en las Convenciones aprobadas por la Conferencia de La Haya<sup>102</sup>.

tion of the Hague Conventions", y el "Documento Preliminar C de junio de 1976", denominado "Note on reservations and options in the Hague Conventions", preparados por la Oficina Permanente para estudio por la Décima Tercera Sesión ("Actes...", op. cit., Tomo I, pp. 84-85 y 102-104).

100. REUTER, op. cit., N° 126, p. 71.

101. La anterior definición deja abierta algunas interrogantes respecto a la interpretación de las frases "declaración unilateral", "cualquiera que sea su enunciado o denominación" y "excluir o modificar", según lo destaca SINCLAIR, Ian. "The Vienna Convention on the Law of Treaties", Manchester, 1984, pp. 51-54. De acuerdo con JOSE MARIA RUDA el término "modificar" sólo puede tener un sentido restrictivo ("**Reservations to treaties**", "Recueil des Cours", Año 1975, III, Tomo 146, p. 107). De igual manera CHARLES ROUSSEAU excluye del régimen previsto por la letra (b) del artículo vigésimo primero de la Convención de Viena las "reservas extensivas", que expresan la voluntad de un Estado de asumir obligaciones más extensas que las previstas en el tratado, como ocurre, a título de ejemplo, con las declaraciones autorizadas por los artículos décimo sexto, décimo séptimo y décimo octavo de la Convención de La Haya sobre obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, de dieciocho de marzo de 1971, para permitir, en condiciones menos estrictas, la obtención de pruebas por agentes diplomáticos o consulares o por Comisionados. Sin embargo, como advierte IAN SINCLAIR, las llamadas "reservas extensivas", en última instancia no son sino declaraciones unilaterales por medio de las cuales un Estado asume obligaciones sin recibir contraprestación alguna (op. cit., p. 54). (Véanse luego los números 92 a 103 de este trabajo).

102. HOOGSTRAATEN, "La Conférence...", art. cit. N° 22, p. 464; en el mismo sentido se expresa DROZ, "Les réserves...", art. cit., p. 422.

76.—Diferentes de las reservas son las **declaraciones interpretativas**, que representan la manifestación por el Estado de aceptar una o varias reglas del Tratado sólo de acuerdo con determinada interpretación: sus antecedentes históricos se encuentran en la actitud de los Estados Unidos de la América del Norte cuando, en ciertos casos, quiso hacer pública su inteligencia de ciertas disposiciones de una Convención. Sin embargo, el distinguo práctico puede ser difícil en algunas oportunidades debido a la ambigüedad de las fórmulas utilizadas en los casos concretos: con independencia de las palabras que se empleen se estará en presencia de una reserva si se trata de restringir o de modificar una cláusula del Tratado; y de una declaración interpretativa cuando sólo se pretende aclarar la forma como el Estado la entiende. No obstante la claridad teórica de este criterio diferenciador, a veces resulta difícil establecer la línea divisoria entre ambas categorías <sup>103</sup>.

77.—La validez de las reservas ha sido una materia ampliamente discutida en Derecho Internacional Público, habiéndose propuesto diversos sistemas <sup>104</sup> pero en actualidad el asunto se encuentra resuelto por el artículo décimo noveno de la Convención de Viena, que dispone:

103. VERDROSS - SIMMA, op. cit. N° 736, p. 470. Dentro del ámbito de las Convenciones de La Haya las "declaraciones interpretativas" no han tenido mayor importancia, aun cuando podría recordarse la declaración crítica de fecha diecisiete de septiembre de 1966, formulada por la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas con motivo del artículo 30 de la Convención sobre procedimiento civil, concluida el primero de marzo de 1954, por considerar que la referencia a la posibilidad de su extensión "a los territorios cuyas relaciones internacionales le han sido encomendadas" contradice la declaración "**granting the independence to the colonial countries and peoples, which has been adopted by the XV session of the General Assembly of the United Nations Organization in December of 1960**" (DROZ, "Les réserves...", art. cit. pp. 393-394).

104. La doctrina clásica exigía la aceptación de la reserva por todos los Estados contratantes; pero el deseo de facilitar la participación de terceros Estados en las Convenciones multilaterales explica el distinto criterio admitido en Latinoamérica. En efecto, la Convención sobre Tratados, suscrita en La Habana el **veinte de febrero de 1928**, con motivo de la Sexta Conferencia Internacional Americana, dispuso en el segundo párrafo del artículo sexto: "En los Tratados internacionales celebrados entre diversos Estados, la reserva hecha por uno de ellos en el acto de la ratificación, sólo afecta a la aplicación de la cláusula respectiva, en las relaciones de los demás Estados contratantes con el Estado que hace la reserva"; y en el artículo séptimo agregó: "La falta de ratificación o la reserva, son actos inherentes a la soberanía nacional, y como tales, constituyen el ejercicio de un derecho que no viola ninguna



"Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar un tratado o de adherirse al mismo, a menos:

"(a) que la reserva esté prohibida por el tratado;

"(b) que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o

"(c) que, en los casos no previstos en los apartados (a) y (b), la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado".

78.—A fin de evitar toda duda o incertidumbre, las últimas Convenciones aprobadas durante la tercera etapa de la Conferencia de La Haya suelen regular el mecanismo de las reservas con toda claridad; y el sistema adoptado varía de acuerdo con las finalidades perseguidas por cada una de ellas, pudiendo distinguirse varias clases.

79.—En algunos casos son prohibidas en forma absoluta, como lo hace el artículo 27 de la Convención sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales, concluida el catorce de marzo de 1978; y cuando así se conviene por los Estados negociadores resulta imposible formular reservas en el momento de la suscripción, ratificación, aceptación, aprobación, adhesión o extensión del tratado a ciertos territorios <sup>105</sup>.

disposición o buena forma internacional. En caso de negativa, ésta será comunicada a los otros contratantes" ("**Conferencias Internacionales Americanas (1889-1936)**", Tomo I, Washington, 1938, p. 369. Venezuela no ha ratificado la Convención anterior, pero sus directrices fueron seguidas por la mayoría de la Corte Internacional de Justicia en la Consulta de **veintiocho de mayo de 1951**, relacionada con la Convención sobre el genocidio donde fue sometida la posibilidad de formular reservas a la condición de que fuera compatible con el objeto y finalidad del Tratado. El sistema latinoamericano fue objeto de desarrollos posteriores dentro del marco de la Organización de los Estados Americanos, que condujeron, el catorce de abril de 1973, a la aprobación de la Resolución 102, estableciendo nuevos "Cráterios sobre reservas a los tratados multilaterales interamericanos" por la Asamblea General de la Organización (RUDA, Art. cit., pp. 122-133). Sobre este asunto GEORGES A.L. DROZ recuerda que la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas y las democracias populares reconocen el derecho de formular reservas a cualquier Tratado, con la consecuencia de que sólo entra en vigor con los demás Estados Contratantes, excepto en la materia objeto de la reserva; y también señala como otra alternativa la de condicionar las reservas a la aceptación unánime por los Estados partes (DROZ, "**Les réserves...**", art. cit., p. 384).

105. Esta solución es conforme con el régimen previsto por la letra a) del artículo 19 de la Convención de Viena.



80.—En otras oportunidades las Convenciones de La Haya enumeran expresamente las reservas permitidas y agregan que ninguna otra será posible: así fue dispuesto, a título de ejemplo, en el artículo vigésimo sexto de la Convención relativa a la ley aplicable al fideicomiso, y en el artículo vigésimo primero de la Convención sobre la Ley aplicable a los Contratos de Compra-venta internacional de mercaderías, aprobadas en octubre de 1984 y de 1985, respectivamente.

En semejante hipótesis, no resulta discutible la validez de la reserva cuando se encuentra dentro de las permitidas, por cuanto el asunto fue objeto de examen y quedó resuelto durante las negociaciones. Así lo reconoce la letra b) del artículo noveno de la Convención de Viena; y de acuerdo con su artículo vigésimo la eficacia de tal reserva no requiere aceptación ulterior ni puede ser objetada por los demás Estados Contratantes. Por supuesto, cualquiera otra distinta de las permitidas no es aceptable, según lo prescribe la letra a) del artículo décimo noveno de la misma Convención de Viena.

81.—Un tercer grupo enumera las reservas posibles, pero sin agregar expresamente que se encuentra prohibida cualquier otra distinta: constituyen ejemplos de este tipo las Convenciones de La Haya aprobadas a mediados de siglo, época en la cual, al decir de GEORGES A.L. DROZ, "la formulación de las cláusulas de estilo no había obtenido el grado de uniformidad alcanzado actualmente"<sup>106</sup>; y, a título de ejemplo pueden mencionarse la Convención sobre procedimiento civil, de primero de marzo de 1954 y la Convención para regular los conflictos entre la ley nacional y la ley del domicilio, de quince de junio de 1955.

La ausencia de prohibición podría entenderse como un reconocimiento del derecho correspondiente a los Estados de formular otras reservas: de aceptarse esta conclusión la eficacia de las reservas suplementarias dependería de su aceptación por los demás Estados Contratantes, y, en caso de objeción, sería necesario observar las pautas consagradas en los artículos 20 y 21 de la Convención de Viena. Ahora bien, las Convenciones de La Haya de esta clase nada previenen acerca de la aceptación o del derecho de objetar reservas suplementarias; antes al contrario,

106. DROZ, "Les réserves...", art. cit., p. 386.

como advierte GEORGES A.L. DROZ, el examen conjunto de su texto y de las actas y documentos de las respectivas sesiones, permite establecer el espíritu de los negociadores, opuesto a la admisión de otras reservas distintas de las previstas expresamente<sup>107</sup>. En consecuencia, resulta razonable afirmar que cualquier otra reserva distinta de las permitidas debe considerarse incompatible con el objeto y el fin de dichas Convenciones, motivo por el cual no es posible admitirla a tenor de la letra c) del artículo décimo noveno de la Convención de Viena.

82.—La última clase de Convenciones de La Haya nada dispone sobre la posibilidad de formular reservas; silencio que podría interpretarse en el sentido de reconocer a los Estados absoluta libertad para asumir la actitud más conforme a sus intereses. Sin embargo, los argumentos expuestos en el párrafo anterior son válidos en el presente caso: su admisión no parece aceptable, en principio, debido a la finalidad misma de la Conferencia de La Haya, consistente en "trabajar por la unificación progresiva de las reglas de derecho internacional privado" (artículo primero de su Estatuto); con la advertencia de que los Estados participantes en las sesiones parece no pretenden admitir sino las desviaciones de los textos uniformes permitidas en forma expresa.

Esta conclusión encuentra manifiesto apoyo en el análisis hecho por GEORGES A.L. DROZ tanto de la Convención relativa a la citación y notificación en el extranjero de los documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, concluida el quince de noviembre de 1965, como de la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias extranjeras en materia civil y mercantil, de primero de febrero de 1971. En efecto, en cada una de ellas los negociadores determinaron con toda precisión las facultades reconocidas a los Estados contratantes para modificar el régimen establecido; trabajo ciertamente inútil si también pudieran formularse reservas suplementarias, las cuales, por tanto, deben considerarse inaceptables en virtud de ser incompatibles "con el objeto y el fin del tratado", según lo prescribe la letra (c) del artículo décimo noveno de la Convención de Viena. Por lo demás, es de advertir que el problema carece de im-

107. DROZ, "Les réserves...", art. cit., pp. 389-392).

portancia práctica respecto de las Convenciones de La Haya, porque ningún Estado ha pretendido formular una reserva distinta de las expresamente previstas <sup>108</sup>.

83.—Desde el punto de vista formal, las Convenciones de La Haya exigen que la reserva se haga por escrito, debiendo comunicarse al Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos, a quien, en su carácter de depositario, le corresponde notificar a los Estados Contratantes <sup>109</sup>.

84.—Las Convenciones de La Haya establecen límites temporales al derecho de formular reservas: sólo permiten su ejercicio en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación, adhesión o extensión de la Convención a uno, a varios o a todos los territorios representados internacionalmente por el Estado Contratante.

85.—Los efectos jurídicos de las reservas se encuentran regulados en términos generales por la Convención de Viena, que, según comenta FERENC MAJOROS, consagra un sistema de reciprocidad incondicional, porque se producen automáticamente y derivan de la reserva misma, sin requerirse cláusula o declaración de reciprocidad <sup>110</sup>. En este sentido dispone el artículo vigésimo primero:

“(a) modificará con respecto al Estado autor de la reserva en sus relaciones con esa otra parte de las disposiciones del tratado a que se refiera la reserva en la medida determinada por la misma”.

“(b) modificará, en la misma medida, esas disposiciones en lo que respecta a esa otra parte en el tratado en sus relaciones con el Estado autor de la reserva”.

Acto continuo agrega el segundo párrafo del mismo artículo vigésimo primero:

“La reserva no modificará las disposiciones del tratado en lo que respecta a las otras partes en el trabajo en sus relaciones *inter se*”.

108. DROZ, “Les réserves...”, art. cit. pp. 390-392].

109. Las reservas hechas en el momento de la firma deben ser reiteradas cuando se produzca la ratificación, según lo dispone el segundo párrafo del artículo 22 de la Convención de Viena; pero la hipótesis no se ha presentado en relación con las Convenciones de La Haya.

110. MAJOROS, art. cit., p. 76.

86.—Ahora bien, en las Convenciones de La Haya los efectos previstos en la letra (a) son aplicables sin dificultad alguna en relación al Estado que formula la reserva<sup>111</sup>; pero, según advierte GEORGES A.L. DROZ, no sucede lo mismo con el régimen establecido por la letra (b), aun cuando "una primera reacción, inspirada en la equidad, quiere que si un Estado formula una reserva prevista por el Tratado, no pueda exigir de los otros Estados Contratantes el respeto de una disposición o de una norma de la Convención, cuando él mismo rechaza su aplicación"<sup>112</sup>.

87.—Sin duda alguna, el régimen previsto por la letra (b) del artículo vigésimo primero de la Convención de Viena no ofrece dificultades cuando los derechos y obligaciones establecidos por un tratado presuponen la existencia de reciprocidad entre los Estados Contratantes. Así ocurre en el seno de la Conferencia de La Haya con la Convención sobre sociedades del primero de junio de 1956, cuyo artículo noveno, en el primer párrafo, permite reservar la facultad de limitar la esfera de su vigencia, mediante la exclusión de una o varias de las categorías de personas enumeradas en el artículo primero; pero de inmediato, en el párrafo segundo, consagra la cláusula de reciprocidad cuando dispone: "El Estado que haya hecho uso de la facultad prevista en el párrafo precedente no podrá pretender la aplicación de la presente Convención por los otros Estados contratantes, en lo que respecta a las categorías que él haya excluido"<sup>113</sup>.

Tampoco presenta problemas el mecanismo establecido por la mencionada letra (b) cuando se trata de Convenciones que se aplican de manera bilateral entre los Estados Contratantes, como ocurre con las relativas a la asistencia judicial; y, por tanto, no debe extrañar que la Convención sobre obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, concluida el dieciocho de marzo de 1970, dispusiera en el tercer párrafo de

111. Dentro de ellos deben incluirse también los efectos secundarios: a título de ejemplo, como atinadamente destaca GEORGES A.L. DROZ, resulta evidente que la falta de ejercicio del derecho de reserva consagrado en una Convención, impide considerar contraria al orden público del Estado Contratante la regla que pudo reservar, pues si lo fuera, la reserva ha debido ser ejercitada ("Les réserves...", art. cit., p. 409).

112. DROZ, "Les réserves...", art. cit., p. 398.

113. MAJOROS, art. cit., pp. 90-92.

su artículo 33: "Cuando un Estado haya formulado una reserva, cualquier otro Estado afectado por ella puede aplicar la misma regla contra el Estado que hizo la reserva".

88.—Por el contrario, el régimen sancionado en la letra (b) del artículo vigésimo primero no funciona satisfactoriamente cuando se está en presencia de "convenciones independientes de toda reciprocidad", es decir, aquellas que no se aplican en forma bilateral entre los Estados Contratantes, o cuyo cumplimiento debe realizarse en forma simultánea e inseparable entre todos los Estados Contratantes. En semejantes hipótesis no es posible aceptar la regla del funcionamiento automático de los efectos recíprocos y la solución correcta depende del análisis del caso concreto, por cuanto en algunas oportunidades, la naturaleza misma de la reserva implica un estado de hecho o derecho existente, desprovisto de reciprocidad: a título de ejemplo basta señalar que en la Convención relativa a los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, concluida el cinco de octubre de 1961, resulta difícil exigir reciprocidad cuando un Estado se reserva determinar según la ley del Tribunal el lugar donde se encontraba domiciliado el testador, en ejercicio del derecho que le confiere el artículo noveno. Por tanto, las "convenciones independientes de toda reciprocidad" deberían quedar excluidas del régimen previsto por la letra (b) del párrafo primero del artículo vigésimo primero, al decir de CHARLES ROUSSEAU<sup>114</sup>; y en el mismo sentido GEORGES A.L. DROZ afirma que la falta de reciprocidad en las normas convencionales puede traer consigo una ausencia de reciprocidad" deberían quedar excluidas del régimen previsto por el cual aconseja a los Estados negociadores resolver en cada caso si la reciprocidad debe intervenir y cuáles son sus consecuencias exactas<sup>115</sup>.

114. MAJOROS, art. cit., pp. 83-86.

115. DROZ, "Les réserves...", art. cit., pp. 401-402. Criterio análogo es sostenido por PAUL LAGARDE. "La reciprocité en Droit International Privé", en "Recueil des Cours", año 1977 I, Tomo 154, pp. 184-185. Por su parte FERENC MAJOROS, para evitar confusiones, se esfuerza en clarificar los aspectos terminológicos, por cuanto resulta erróneo oponer los efectos recíprocos de las reservas a "la independencia de toda condición de reciprocidad", como a veces se dispone en las Convenciones de La Haya (como ejemplo puede recordarse el artículo undécimo de la Convención sobre la ley aplicable en materia de accidentes de tránsito con motivo de la circulación por carretera, concluida el cuatro de



89.—Los aspectos procedimentales de las reservas se encuentran regulados, en términos generales, por el artículo vigésimo tercero de la Convención de Viena, que dispone:

"1. La reserva, la aceptación expresa de una reserva y la objeción a una reserva habrán de formularse por escrito y comunicarse a los Estados Contratantes y a los demás Estados facultados para llegar a ser partes en el tratado.

"2. La reserva que se formule en el momento de la firma de un tratado que haya de ser objeto de ratificación, aceptación o aprobación, habrá de ser confirmada formalmente por el Estado autor de la reserva al manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado. En tal caso, se considerará que la reserva había sido hecha en la fecha de su confirmación.

"3. La aceptación expresa de una reserva o la objeción hecha a una reserva, anteriores a la confirmación de la misma, no tendrán que ser a su vez confirmadas.

"4. El retiro de una reserva o de una objeción a una reserva habrá de formularse por escrito".

90.—Las Convenciones de La Haya durante la tercera etapa comienzan a regular con mayor cuidado estos aspectos procedimentales a partir de la Novena Sesión; y el artículo vigésimo quinto de la Convención sobre la competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, de cinco de octubre de 1961, encomendó al Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos notificar las reservas y los retiros de las reservas, tanto a los Estados representados en la Novena Sesión como a los que hubieren adherido válidamente con posterioridad.

La anterior fórmula fue objeto de los imprescindibles ajustes en los casos necesarios, para incluir a los demás países in-

mayo de 1971). En efecto, el término "reciprocidad" es susceptible de significados muy diversos, y dentro de la terminología de la Conferencia de La Haya una Convención se considera "independiente de toda condición de reciprocidad" cuando consagra reglas uniformes de conflicto que reemplazan las existentes en los Estados Contratantes, debiendo aplicarse aunque la relación jurídica no se encuentre localizada en alguno de ellos. Por consiguiente, la frase "independencia de toda reciprocidad" empleada en este sentido sólo pretende extender el campo de aplicación de la Convención más allá de los Estados Contratantes (Véase antes el número 52 de este trabajo); mientras que el concepto "reciprocidad" utilizado por la Convención de Viena para determinar los efectos jurídicos de las reservas no es sino una de las numerosas fórmulas de la reciprocidad "*trait par trait*", según la terminología de JEAN-PAULIN NIBOYET (art. cit., pp. 92-96).



vitados a participar en los trabajos: la Convención suprimiendo la exigencia de la legalización de los documentos públicos extranjeros, concluida el cinco de octubre de 1961, también ordenó notificar a Irlanda, Islandia, Lichtenstein y Turquía; la Convención sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras en materia civil y mercantil, de primero de febrero de 1971, dispuso notificar a Chipre, Islandia y Malta; y un mandato similar fue incluido en Protocolo Adicional a dicha Convención, concluido en la misma fecha<sup>116</sup>.

Excepción hecha de los casos anteriores, la fórmula se mantuvo inalterada hasta la Convención sobre la administración internacional de las sucesiones, de dos de octubre de 1973, cuyo artículo 46 impuso al Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos el deber de notificar a los Estados Miembros de la Conferencia de La Haya y a los Estados que hubieran adherido a la Convención; y desde entonces ha continuado utilizándose la misma redacción, aun cuando con las precisiones necesarias para atender circunstancias especiales. A título de ejemplo puede mencionarse la Convención sobre la Ley aplicable a los contratos de compra-venta internacional de mercaderías, aprobada en octubre de 1985, cuyo artículo 31 dispone: "el depositario notificará a los Estados Miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y a los Estados que hayan firmado, ratificado, aceptado o aprobado la presente Convención, o se hayan adherido a ella de conformidad con el artículo 25, lo siguiente: . . . d) las reservas y los retiros de las reservas a que se hace referencia en el artículo 21"<sup>117</sup>.

116. Véase antes el número 68 de este trabajo.

117. En la Convención tendiente a facilitar el acceso internacional a la justicia, de veinticinco de octubre de 1980, el artículo 36 impone el deber de notificar "a los Estados Miembros de la Conferencia y a los Estados que se hayan adherido a ella de conformidad con el artículo 32". Sin embargo, el mandato no se ajusta cabalmente al artículo 31, que permite la firma de la Convención "a los Estados Miembros al momento de su Décima Cuarta Sesión y a los Estados No-Miembros que fueron invitados a participar en su preparación"; habiéndose agregado en el artículo 32: "Cualquier otro Estado puede adherir a la Convención". Por consiguiente, los Estados No-Miembros invitados a participar, en estricto rigor, no pueden adherirse a la Convención, sino ratificarla, aceptarla o aprobarla en los términos del artículo 31; y de esta manera, si el artículo 36 es interpretado literalmente, se olvida a los Estados No-Miembros invitados a participar en los trabajos de la Décima Cuarta Sesión; pero, ciertamente, se trata de un simple aspecto semántico que no debe impedir su notificación por el Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos.

91.—Las Convenciones aprobadas durante la Séptima y Octava Sesiones de la Conferencia de La Haya exigieron la forma escrita, tanto para formular las reservas como para su retiro, pero no precisaron el momento en el cual podían retirarse las reservas.

Sin embargo, a partir de la Novena Sesión fue convenido que el retiro podía hacerse en cualquier instante, solución ésta conforme con la prevista en el párrafo primero del artículo 21 de la Convención de Viena; y también se indicó con toda claridad el momento en el cual el retiro despliega su eficacia jurídica. En efecto, la Convención sobre la competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, de cinco de octubre de 1961, en su artículo vigésimo tercero dispuso que el efecto de la reserva cesaría el sexagésimo día después de la notificación hecha por el Estado Contratante al Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos; pero dicho lapso fue modificado, para obviar algunas dificultades interpretativas, en la Convención sobre la Ley aplicable a la responsabilidad por causa de los productos, de dos de octubre de 1971, donde se prescribió que el efecto de la reserva cesaría el primer día del tercer mes calendario siguiente a la notificación del retiro.

La nueva fórmula no elimina todas las posibles dudas: puede entenderse referida a la notificación hecha al depositario o a la comunicación que éste debe efectuar a los Estados Contratantes. No obstante, se ha mantenido en las Convenciones posteriores<sup>118</sup>.

#### F.—Las Facultades. (Opciones):

92.—El mecanismo de las reservas permite convertirse en partes de un tratado multilateral a Estados que consideran aceptable las soluciones fundamentales, aun cuando no están de acuerdo con la totalidad de sus cláusulas. Sin embargo, no constituye el único procedimiento utilizable y el mismo propósito pue-

118. La importancia de estas cuestiones referentes a la publicidad ha sido destacada certeramente por GEORGES A.L. DROZ, quien recuerda que pueden parecer poco importantes a los negociadores, quienes se dedican a resolver las cuestiones de fondo, "mais l'expérience prouve que de si petit détails peuvent gêner ou améliorer considérablement l'efficacité d'une Convention" ("Les réserves...", art. cit., p. 420).

de obtenerse por otras vías: a través de cláusulas opcionales, que permiten a los Estados Contratantes asumir obligaciones más extensas dentro de los límites establecidos por la Convención; o mediante la separación de las materias en un instrumento principal y uno o varios protocolos adicionales de carácter facultativo, para incluir en estos últimos los asuntos objeto de mayor controversia<sup>119</sup>.

93.—Sin duda alguna, las facultades previstas convencionalmente facilitan la universalización geográfica de los tratados, pero tampoco es discutible que perturban la uniformidad convenida. Al decir de GEORGES A.L. DROZ constituye una técnica ampliamente utilizada por las Convenciones de Derecho Internacional Privado, por cuanto mantiene un núcleo uniforme y permite modelar la Convención a las necesidades particulares de los Estados Contratantes para facilitar su ratificación o adhesión<sup>120</sup>. De esta manera la finalidad perseguida se logra en forma distinta: "a diferencia de la reserva, donde se ve al Estado reservatario retirarse de alguna manera del tratado sobre un punto particular, la facultad permitirá simplemente una modificación, una extensión o una precisión de los términos del tratado en un marco y dentro de los límites expresamente previstos por éste". Por tanto, "la reserva en un procedimiento "quirúrgico", que amputa ciertas disposiciones del tratado; la facultad es un procedimiento más "terapéutico", por cuanto adopta el tratado a ciertas necesidades particulares"<sup>121</sup>.

119. En la Décima Segunda Conferencia de La Haya fueron aprobados, por una parte, la Convención sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras en materia civil y comercial; y, por la otra, el Protocolo adicional a dicha Convención.

120. DROZ, art. cit., pp. 383, 409-410.

121. Acto continuo advierte: "la distinción, en cuanto al fondo, a veces es difícil de hacer; ciertas disposiciones se presentan como facultades pero son más bien reservas; otras disposiciones que "reservan" ciertas posibilidades a los Estados no son sino facultades. (DROZ, "Les réserves...", art. cit., p. 383). A este respecto es de recordar que en el Documento Preliminar N° 2 preparado por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya en diciembre de 1975, luego de distinguir entre Convenciones basadas en reciprocidad y Convenciones independientes de toda reciprocidad, se explica: "Si en el caso concreto la reciprocidad no es posible o no es aconsejable, parecería preferible no utilizar la técnica de la reserva sino el procedimiento de las facultades. En efecto, en última instancia la reciprocidad parece ser el criterio útil para distinguir entre opciones y reservas" (Actes de la Treizième Session", Vol. I, op. cit., p. 85). En el mismo sentido el "Documento Preliminar C", preparado por la Oficina Permanente en junio de 1976 ("Actes...", Vol. I, op. cit., p. 104).

94.- Determinados sectores doctrinarios han recibido con franco escepticismo la creación de una categoría autónoma de "facultades", por considerar que constituye un concepto "difuso y controvertido", sin perfiles propios, que no puede distinguirse de otras reglas establecidas en los tratados; y, con referencia específica a las Convenciones de La Haya, FERENC MAJOROS sostiene en términos categóricos:

"Mientras que las reservas se reconocen por el acto diplomático formal que las constituye, el conjunto de "facultades" no es sino un grupo amorfo de disposiciones **que acuerdan opciones diversas**. Los beneficiarios de esas opciones, según los casos, son: a) los Estados contratantes que tienen derecho a legislar a su antojo, dentro del marco establecido por la "facultad"; b) los jueces, a quienes se permite la escogencia de la regla aplicable entre varias consagradas por la Convención; o c) las partes en el proceso, que podrán recurrir a una medida administrativa o de otra clase o que podrán invocar una u otra ley ante los Tribunales, pero dentro de los límites establecidos por la "facultad". Por consiguiente, toda disposición convencional que acuerde a los Estados, a los Tribunales o a las partes en el proceso, una opción cualquiera, aun cuando sea de poca importancia, constituiría una "facultad"; y en virtud de la ausencia de rigidez en estas convenciones resulta impresionante el número de sus preceptos que acuerdan facultades"<sup>122</sup>.

95.- La posible existencia de "facultades" como categoría autónoma en los Tratados se encuentra reconocida en forma rudimentaria por la Convención de Viena, cuyo artículo décimo séptimo dispone en su segundo párrafo:

"2. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado que permita una opción entre disposiciones diferentes sólo surtirá efecto si se indica claramente a qué disposiciones se refiere el consentimiento"<sup>123</sup>.

122. MAJOROS, art. cit., p. 88. De inmediato se pregunta: "**Ce groupe de réales. doit-on l'opposer au reste des dispositions substantielles des conventions?**".

123. El párrafo primero lee como sigue: "1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 19 a 23, el consentimiento de un Estado en obligarse respecto de parte de un tratado sólo surtirá efecto si el tratado lo permite o los demás Estados contratantes convienen en ello". Los referidos artículos 19 a 23 consagran el régimen de las reservas.

96.- En estricto rigor científico las "facultades" no deben confundirse con las "reservas": en primer término porque algunas de ellas son acordadas a los particulares, quienes ciertamente no pueden formular reservas; y cuando son ejercidas por los Estados Contratantes las facultades se reducen a seleccionar una de las varias opciones previstas por la propia Convención. En consecuencia, no presentan los rasgos característicos de las reservas porque no puede afirmarse que cumplan las exigencias requeridas por la letra (d) del párrafo primero del artículo segundo de la Convención de Viena, al no representar declaraciones con el objeto de "excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del Tratado en su aplicación a ese Estado".<sup>124</sup>

97.- Sin duda alguna, los Estados sólo pueden ejercitar aquellas facultades expresamente permitidas en la respectiva Convención<sup>125</sup>. No obstante, como destaca GEORGES A.L. DROZ la experiencia de las Convenciones de La Haya es muy aleccionadora: el examen de la utilización de las reservas y de las facultades por los Estados Contratantes demuestra su preocupación fundamental de establecer reglas comunes y de asegurar el mantenimiento posterior de la uniformidad lograda<sup>126</sup>.

98.- Los efectos jurídicos de las facultades frente al Estado que las utiliza no presentan mayores problemas, al decir de GEORGES A.L. DROZ, por cuanto su originalidad "en relación con las reservas es la de no amputar el Tratado de algunas de sus disposiciones, sino de modificarlo dentro de ciertos límites permitidos y previstos de antemano, en la generalidad de los casos en un sentido favorable a la extensión del tratado"<sup>127</sup>.

99.- No sucede lo mismo con los efectos jurídicos de las facultades frente a los otros Estados contratantes: la respuesta a esta pregunta no puede ser dada en términos generales y es

124. Véase antes el número 75 de este trabajo; y las consideraciones hechas en el número 88.

125. Un problema distinto es el derecho que pueda corresponder a los Estados Contratantes, no consagrado expresamente por las normas convenidas, de extender unilateralmente el ámbito de vigencia de la Convención, en particular para "convertir su régimen en más fácil" (DROZ, "Les réserves...", art. cit., p. 417).

126. DROZ, "Les réserves...", art. cit., p. 422.

127. DROZ, "Les réserves...", art. cit., p. 412.



preciso examinar cada caso particular ya que unas facultades son ejercidas unilateralmente por cada Estado Contratante, con eficacia frente a todos los demás; otras, por el contrario, sólo permiten modificar la Convención a través de acuerdos particulares entre los Estados Contratantes, como ocurre con la Convención sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras en materia civil y comercial, de primero de febrero de 1971. En esta última hipótesis se está en presencia de una "bilateralización de los tratados multilaterales", y el convenio suplementario sólo desplegaría eficacia entre quienes lo celebraron, sin extenderla a los otros Estados Contratantes.

100.- Las facultades tampoco producen efectos comparables con los de las reservas, pues, en términos generales, sólo persiguen ampliar la esfera de vigencia o facilitar las condiciones de aplicación de la Convención. Por tanto, como advierte GEORGES A.L. DROZ: "**On voit mal un Etat qui se montrerait ainsi plus royaliste que le roi, ou plus internationaliste que la Convention International, exiger de son partenaires qu'ils se montrent à son égard aussi libéraux**". En efecto, a título de ejemplo, resultaría inaceptable que un Estado Contratante pudiera exigir a los demás una conducta igual cuando ha resuelto permitir la actuación de los Cónsules sin autorización alguna, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo décimo sexto de la Convención sobre obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial, concluida el dieciocho de marzo de 1970<sup>128</sup>.

101.- Desde una perspectiva formal las facultades deben ejercitarse mediante comunicación escrita, dirigida al Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos, a quien corresponde efectuar las respectivas participaciones a los Estados Contratantes.

102.- Las facultades no están sometidas a lapsos inexorables y es posible ejercitarlas en cualquier momento, porque sólo de esa manera cumplen su finalidad. En efecto, únicamente después que un Tratado ha funcionado en la práctica puede determinarse con acierto si una solución alternativa es preferible, si conviene efectuar alguna de las clarificaciones permitidas o celebrar acuerdos particulares con alguno o varios de los Estados Contratantes.

128. DROZ, "Les réserves...", art. cit., p. 415.



**G. - LA ADHESION:**

103.- En principio, las Convenciones aprobadas durante la tercera etapa de la Conferencia de La Haya no se circunscriben a los Estados Negociadores; y expresamente admiten la posibilidad de que otros Estados puedan convertirse en Contratantes, a pesar de no haber participado en la elaboración y adopción de su texto.

104.- Sin embargo, por razones de diversa índole han variado tanto el círculo de posibles adherentes como las condiciones necesarias para el despliegue de eficacia jurídica de la adhesión. En efecto, las primeras Convenciones de la tercera etapa reconocieron el derecho de adherir a todo Estado no representado en la respectiva Sesión, sin distingos de ninguna clase; pero esta amplitud fue restringida a partir de la Convención sobre reconocimiento de divorcios y separaciones de cuerpos, concluida el primero de junio de 1970, cuyo artículo 28, en su primer párrafo, limitó la posibilidad de adhesión a "todo Estado no representado en la Undécima Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado que sea miembro de esta Conferencia o de la Organización de las Naciones Unidas o de una institución especial de esta Organización o Parte del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia".

Algunos años más tarde, en la Décima Segunda Sesión, se consideró conveniente hacer una aclaratoria; y la Convención sobre la Administración internacional de las sucesiones, de dos de octubre de 1973, en su artículo 42 reconoció el derecho de adhesión a "todo Estado que se haya convertido en Miembro de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado después de la Décima Segunda Sesión, o que sea Miembro de la Organización de las Naciones Unidas o de una agencia especializada de esta Organización, o Parte del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia".

Ciertamente se trata de una fórmula muy complicada, según es reconocido en el **Documento Preliminar B**, preparado por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya en junio de 1976; y, aun cuando ha sido objeto de críticas severas, responde al deseo de algunos Estados Miembros de evitar las dificultades resultantes de la adhesión de Países que ellos no consideran formando parte de la comunidad internacional de Naciones<sup>127</sup>.

127. "Actes de la Trezième Session", Vol. I, op. cit., p. 97.

A partir de la Décima Tercera Sesión fueron eliminadas las restricciones; y en la *Convención sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales*, concluida el catorce de marzo de 1978, se dispuso simplemente: "Todo otro Estado podrá adherir a la Convención" (artículo vigésimo tercero, primer párrafo). Esta nueva fórmula se ha mantenido en la época posterior; pero es de advertir que la *Convención sobre la Ley aplicable a la compra-venta internacional de mercadería*, aprobada en la Sesión Extraordinaria de octubre de 1985, en el tercer párrafo del artículo vigésimo quinto, consagró el derecho de adherir a "todos los Estados que no sean signatarios". Ahora bien, esta redacción es poco feliz y se presta a confusiones por cuanto de acuerdo con el primer párrafo del mismo artículo 25 la Convención "estará abierta a la firma de todos los Estados", sin límites de tiempo; y, por tanto, la inteligencia lógica de dicho tercer párrafo impone referirlo a los Estados que no sean signatarios en el momento de su entrada en vigencia, que se encuentra determinado por el artículo vigésimo séptimo.

107. - Las Convenciones aprobadas hasta la Décima Tercera Sesión supeditan el ejercicio del derecho de adhesión a su entrada en vigencia; pero este límite fue suprimido por la Convención sobre la Ley aplicable a los regímenes matrimoniales, de catorce de marzo de 1978, cuyo artículo vigésimo tercero dispuso en términos generales: "Cualquier otro Estado podrá adherir a la Convención", fórmula repetida con posterioridad. Aun cuando aparentemente pretendió mantenerse el mismo sistema, el asunto se encuentra regulado en forma confusa por la Convención sobre la compra-venta internacional de Mercaderías, aprobada en la Sesión Extraordinaria de octubre de 1985, por cuanto el párrafo primero del artículo vigésimo quinto prescribe: "la presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados"; y en el párrafo tercero del mismo artículo se agrega: "La Convención estará abierta a la adhesión de todos los Estados que no sean signatarios a partir de la fecha en que quede abierta a la firma". Por consiguiente, no fue hecho distinción entre Estados negociadores y terceros Estados, quedando eliminada la clásica diferencia entre la adhesión y la ratificación.

106. - La adhesión debe cumplir ciertas exigencias formales: es preciso comunicarla por escrito al Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos, en su carácter de depositario, a quien corresponde hacer las notificaciones pertinentes.

107.- El examen del régimen y de las condiciones establecidas para el ejercicio del derecho de adhesión durante la tercera etapa de la Conferencia de La Haya permite hacer distinciones, explicables según se trate de "convenciones abiertas", con vocación universal, y convenciones concluidas sobre la base de la reciprocidad: en estas últimas se suele supeditar la eficacia de la adhesión al cumplimiento de ciertos requisitos, que han variado con el transcurso del tiempo<sup>128</sup>.

108.- a) algunas Convenciones consagran pura y simplemente el derecho de adhesión, sin someter su ejercicio a modalidades de ninguna clase. Dentro de esta categoría se encuentra la Convención sobre la ley aplicable a la compra-venta internacional de bienes muebles corporales, concluida el quince de junio de 1955 (art. 11); la Convención sobre la ley aplicable a la transferencia de la propiedad en caso de venta internacional de bienes muebles corporales, concluida el quince de abril de 1958 (art. 14); la Convención sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, de cinco de octubre de 1961 (art. 16); la Convención sobre la Ley aplicable a la responsabilidad por el hecho de los productos, concluida el dos de octubre de 1973 (art. 18); la Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones alimentarias, de dos de octubre de 1973 (art. 22); la Convención sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales, de catorce de marzo de 1978 (art. 23); la Convención sobre la celebración y el reconocimiento de la validez de los matrimonios, de catorce de marzo de 1978 (art. 25); la Convención sobre la ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación, de catorce de marzo de 1978 (art. 24); y la Convención sobre la Ley aplicable a la compra-venta internacional de mercaderías, aprobada en octubre de 1985 (art. 25).

b) un segundo grupo de Convenciones consagran el derecho de adhesión, pero supeditan su eficacia a que no se oponga uno o varios de los Estados ratificantes; oposición que debe formularse dentro de cierto lapso, contado a partir de la notificación de la adhesión, a efectuarse por el Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos, y el cual es de seis meses en la Convención sobre Procedimiento Civil, de primero de marzo de 1954 (art. 11); en la Convención sobre la ley aplicable a las obli-

128. "Documento Preliminar B de junio de 1976", preparado por la Oficina Permanente ("Actes...", Volumen I, op. cit., pp. 97-99).

gaciones alimentarias respecto de los menores de veinticuatro de octubre de 1956 (art. 10); en la Convención concerniente a la competencia internacional de las autoridades, la ley aplicable y el reconocimiento de las decisiones en materia de adopción, de quince de noviembre de 1965 (art. 20); en la Convención relativa a la significación y notificación en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, de quince de noviembre de 1965 (art. 28); en la Convención sobre los acuerdos de elección del Tribunal, de veinticinco de noviembre de 1965 (art. 18); y en la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias extranjeras en materia civil y mercantil, de primero de febrero de 1971 (art. 29).

En caso de producirse, la oposición de alguno o de varios de los Estados Contratantes debe formularse por escrito y ser notificada al Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos en su carácter de depositario; y aun cuando nada se dispone expresamente, éste tiene la obligación de comunicarla a los Estados Contratantes.

c) una tercera clase de convenciones consagra el derecho de adhesión, pero sólo admite su eficacia entre el Estado adhiere y los Estados contratantes que no la objetan dentro de un lapso contado a partir de la notificación hecha por el Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos. Este lapso fue de seis meses, de acuerdo con el párrafo cuarto del artículo décimo tercero de la Convención sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades, asociaciones y fundaciones extranjeras, de primero de junio de 1956; pero se extendió a doce meses en la Convención sobre la Administración internacional de las sucesiones, de dos de octubre de 1973 (artículo 42, párrafo tercero); en la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de decisiones relativas a las obligaciones alimentarias, de dos de octubre de 1973, (artículo 31, párrafo tercero); en la Convención tendiente a facilitar el acceso internacional a la justicia, de veinticinco de octubre de 1980 (artículo 32, párrafo tercero); y en la Convención aplicable al fideicomiso y a su reconocimiento aprobada en la Décima Quinta Sesión, que tuvo lugar en octubre de 1984.

Debe también advertirse que, a los fines de resolver un posible problema temporal, en los tres últimos instrumentos antes mencionados se agregó: "La objeción puede ser formulada por

cualquier otro Estado Miembro al momento de la ratificación, aceptación o aprobación de la Convención realizada después de la adhesión”.

Las objeciones deben constar en escrito dirigido al Ministerio de Relaciones Exteriores, en su carácter de depositario, quien las comunicará a los Estados Contratantes.

d) una cuarta categoría de Convenciones declara que la adhesión no produce efectos sino en las relaciones entre el Estado adhiriente y los Estados contratantes que hayan declarado aceptar la adhesión. Así fue previsto en la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las decisiones en materia de obligaciones alimentarias respecto de menores, de quince de abril de 1958 (artículo 17); en la Convención sobre la competencia internacional de las autoridades y de la ley aplicable en materia de protección de menores, de cinco de octubre de 1961 (artículo 21); en la Convención sobre reconocimiento de divorcios y de separaciones de cuerpos, de primero de junio de 1970 (artículo 28); en la Convención sobre la ley aplicable en materia de accidentes de la circulación por carretera, de cuatro de mayo de 1971 (artículo 18); en la Convención sobre obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, de dieciocho de marzo de 1970 (artículo 39); y en la Convención sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de menores, de veinticinco de octubre de 1980 (artículo 38).

Las aceptaciones de la adhesión deben constar por escrito y dirigirse al Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos, en su carácter de depositario, quien las comunicará a los Estados contratantes; esta notificación debe hacerse en copia certificada y a través de la vía diplomática, según lo prescribe el tercer párrafo del artículo 38 de la Convención sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de menores, concluida el veinticinco de octubre de 1980.

109.- No obstante haberse satisfecho las condiciones establecidas, la eficacia jurídica se encuentra supeditada al transcurso de un plazo. Ahora bien, la fórmula utilizada para expresarlo se ha ajustado a los cambios de redacción de los preceptos que determinan el comienzo de eficacia de las ratificaciones; y durante la tercera etapa de la Conferencia de La Haya es posible hacer los siguientes distinguos:



a) Cuando la adhesión se consagra como un derecho puro y simple, las primeras Convenciones declararon que entraría en vigencia el sexagésimo día después del depósito del instrumento de adhesión: así fue dispuesto, a título de ejemplo, por el artículo undécimo de la Convención sobre la ley aplicable a las ventas internacionales de objetos muebles corporales, de quince de junio de 1955. Con posterioridad, el inicio de su vigencia se fijó el primer día del tercer mes calendario siguiente al depósito del instrumento de adhesión, como lo dispuso el artículo vigésimo de la Convención sobre la ley aplicable a la responsabilidad por el hecho de los productos, de dos de octubre de 1973; pero la Convención sobre la Ley aplicable a la compra-venta internacional de Mercaderías, aprobada en octubre de 1985, modificó la redacción anterior para prescribir que entraría en vigencia el primer día del mes siguiente al vencimiento de un plazo de tres meses contados desde la fecha de depósito del instrumento de adhesión (letra a) del artículo 27).

b) La Convención sobre Procedimiento Civil, de primero de marzo de 1954, y la Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones alimentarias respecto a menores, de veinticuatro de octubre de 1956, no establecen lapso alguno, aun cuando facultan a uno o a varios de los Estados contratantes para objetar la adhesión. Por consiguiente, debe entenderse que despliega eficacia tan pronto vence el lapso previsto para formular la objeción, si ésta no se ha producido.

Ahora bien, la conveniencia de evitar dificultades prácticas dentro de este régimen de adhesión, explica que la Convención sobre la competencia internacional de las autoridades, la ley aplicable y el reconocimiento de las decisiones en materia de adopción, de quince de noviembre de 1965, dispusiera en el párrafo cuarto de su artículo vigésimo que "a falta de oposición, la Convención entrará en vigor para el Estado adhiriente el primer día del mes que sigue la expiración del último de los lapsos mencionados en el párrafo precedente", a saber, el de seis meses contado a partir de la notificación de la adhesión a los Estados Contratantes por el Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos. Una fórmula similar fue utilizada en la Convención relativa a la significación y a la notificación en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, de quince de noviembre de 1965 (artículo



28); en la *Convención sobre los acuerdos de elección de Tribunal*, de veinticinco de noviembre de 1965 (artículo 18); y en la *Convención sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras en materia civil y mercantil*, de primero de febrero de 1971 (artículo 29).

c) a pesar de disponer que la adhesión sólo despliega efectos *entre el Estado adhiriente en sus relaciones con los Estados Contratantes* que no hubieren formulado objeción, la *Convención sobre reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades, asociaciones y fundaciones extranjeras*, concluida el primero de junio de 1956, no precisó el momento en el cual esos efectos comenzarían a producirse. Por tanto, es razonable entender que la adhesión entra en vigencia tan pronto vence el lapso de seis meses dentro del cual puede ser objeto de oposición, conforme el artículo décimo tercero.

La conveniencia de obviar dificultades prácticas puede explicar la actitud asumida en la *Convención suprimiendo la exigencia de la legalización para los documentos públicos extranjeros*, de cinco de octubre de 1961, donde se agregó un cuarto párrafo al artículo duodécimo para disponer: "La *Convención* entrará en vigencia el sexagésimo día después de la expiración del lapso de seis meses mencionado en el párrafo precedente", o sea, el de seis meses previsto para formular objeciones.

El mismo propósito de clarificar el régimen establecido inspira a la *Convención sobre la administración internacional de sucesiones*, concluida el dos de octubre de 1973, cuyo artículo 44, prescribió que entraría en vigencia para todo Estado adhiriente *el primer día del tercer mes calendario después de la expiración del lapso útil para oponerse*. Esta fórmula fue repetida en la *Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las decisiones referentes a las obligaciones alimentarias*, de dos de octubre de 1973 (artículo 35); en la *Convención tendiente a facilitar el acceso internacional a la justicia*, de veinticinco de octubre de 1980 (artículo 34) y en la *Convención sobre la ley aplicable al fideicomiso y a su reconocimiento*, aprobada en la *Décima Quinta Sesión de octubre de 1984* (artículo 30).

**H.—AMBITO DE APLICACION TERRITORIAL DE LAS CONVENCIONES:**

110.- Las Convenciones de La Haya se vieron precisadas a tomar en cuenta la situación de algunos Estados con sistemas jurídicos complejos de base territorial: este propósito fue atendido desde la primera etapa con la incorporación de una "cláusula colonial"; pero debido a las características del desarrollo de las relaciones internacionales propio de los últimos tiempos fue sustituida por la "cláusula federal".

111.- a) La **Cláusula Colonial**: Las Convenciones de La Haya aprobadas hasta la Décima Cuarta Sesión siguieron la tradición anterior y consagraron expresamente la llamada "**cláusula colonial**", que, en sus orígenes, satisfizo las exigencias de las grandes potencias cuando pretendieron restringir la eficacia de los tratados a los territorios "metropolitanos", a falta de manifestación expresa en contrario.

Sin embargo, la redacción del precepto ha sufrido algunos cambios con el transcurso del tiempo: a principios de siglo fue dispuesto que las Convenciones se aplican de pleno derecho "a los territorios europeos de los Estados Contratantes", con la facultad de extender su vigencia "a los territorios, posesiones y colonias situadas fuera de Europa"; fórmula ésta inutilizable a partir de 1904, con la incorporación del Japón, seguida en los tiempos posteriores por numerosos países de otros continentes, en particular durante la tercera etapa de la Conferencia de La Haya.

En consecuencia, las Convenciones aprobadas en la Séptima y Octava Sesiones fueron declaradas aplicables de pleno derecho "a los territorios metropolitanos de los Estados Contratantes"; pero, al mismo tiempo, se les reconoció la facultad de extender su vigencia "en todos los otros territorios o en algunos de los otros territorios cuyas relaciones internacionales son garantizadas por él" <sup>129</sup>. Sin embargo, en este caso era preciso una notificación escrita que debía depositarse en el Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos, para ser remitida en copia certificada a todos los Estados Contratantes.

129. Así fue dispuesto, a título de ejemplo, por el artículo 30 de la Convención sobre procedimiento civil de primero de marzo de 1954.

A partir de la Novena Sesión la fórmula fue modificada y se dispuso que todo Estado, en el momento de la firma, de la ratificación o de la adhesión podía declarar que la Convención se extendería "al conjunto de los territorios que representa en el plano internacional o a uno o varios entre ellos"; así lo dispuso ya el artículo vigésimo segundo de la Convención sobre la competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, concluida el cinco de octubre de 1958<sup>130</sup>.

112.- Las crecientes críticas a las "cláusulas coloniales" impusieron su examen en los trabajos preparatorios de la Décima Tercera Sesión<sup>131</sup>, y en el **Documento Preliminar N° 2**, preparado por la Oficina Permanente en diciembre de 1975, fue destacado que, aun cuando el problema perdía cada vez más su importancia práctica, la referida cláusula no podía abandonarse en forma total. Sin embargo, se advirtieron las dificultades, desde el punto de vista jurídico, derivadas de las declaraciones de ciertos Estados en el sentido de declarar aplicable la Convención "en la totalidad de su territorio"; y de acuerdo con los preceptos constitucionales de dicho Estado los territorios de ultramar forman parte del territorio de la República o del Estado en cuestión. Por consiguiente la fórmula utilizada deja abierta la pregunta acerca de si contiene o no una extensión territorial, en cuyo caso estaría sujeta al derecho de oposición por los Estados Contratantes<sup>132</sup>.

Aun cuando nada se resolvió en esa oportunidad, las "cláusulas coloniales" fueron abandonadas a partir de la Décima Cuarta Sesión de la Conferencia de La Haya; y, desde entonces resulta aplicable el artículo 29 de la Convención de Viena, según el cual un tratado debe considerarse obligatorio "para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo".

130. No obstante, al decir de M. H. VAN HOOGSTRAATEN, los cambios de redacción no eliminan todos los posibles problemas prácticos ("**La Codification...**", art. cit. p. 386).

131. Véase antes la nota 103 de este trabajo en relación con los comentarios críticos de la Unión de las Repúblicas Socialistas sobre la "cláusula colonial", contenidos en la nota de diecisiete de septiembre de 1966, a través de la cual depositó su adhesión a la Convención sobre procedimiento civil, de primero de marzo de 1954.

132. "**Actes...**", *op. cit.*, Vol. p. 81.

113.- Las declaraciones de los Estados Contratantes encaminadas a extender la eficacia territorial de las Convenciones a otros territorios han sido reguladas de diversa manera durante la tercera etapa de la Conferencia de La Haya; y es posible distinguir las siguientes variantes:

a) algunas Convenciones dispusieron su entrada en vigor en las relaciones entre dichos territorios y los Estados que no formularon oposición dentro de los seis meses siguientes, contados a partir de la fecha en la cual fueron notificados de la correspondiente declaración por el Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos: así fue previsto en el artículo 30 de la Convención sobre Procedimiento Civil de primero de marzo de 1954. Una pequeña variante fue introducida en la Convención sobre administración internacional de las sucesiones, de dos de octubre de 1973, cuando se extendió a doce meses el lapso para oponerse; y, al mismo tiempo, para permitir a todo Estado Miembro formular su oposición en el momento ulterior de su ratificación, aceptación o aprobación. Idéntico lapso fue previsto por el artículo 31 de la Convención sobre la competencia de las autoridades y la ley aplicable a los menores, de cinco de octubre de 1961, en su artículo vigésimo segundo dispuso que, de efectuarse en el momento de la firma, ratificación o adhesión, la declaración de extensión produciría efectos desde el momento en el cual la Convención entrara en vigor para el Estado Contratante; pero si se realizaba con posterioridad sólo desplegaría eficacia el sexagésimo día después del depósito del instrumento de ratificación o de adhesión, según fuera el caso. Sin embargo, este último distinguo fue eliminado en la Convención sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, de cinco de octubre de 1961, cuyo artículo décimo séptimo no estableció diferencias entre Estados ratificantes y adhirientes, para prescribir, en términos generales, que la extensión entraría en vigor el sexagésimo día contado a partir de la notificación de la declaración de extensión al Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos.

Dentro de esta categoría, la Convención sobre la ley aplicable a la responsabilidad por el hecho de los productos, de dos de octubre de 1973, en su artículo 19, se limitó a disponer que la declaración desplegaría eficacia en el momento en el

cual la Convención entrara en vigor para el Estado Contratante. De formularse en una oportunidad posterior, en el segundo párrafo del mismo artículo fue prescrito: "En cualquier tiempo después, toda extensión de esta naturaleza será notificada al Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos"; y sus efectos se producirían a partir del primer día del tercer mes del calendario después de la notificación de la extensión, siendo de advertir que estuvo a cargo del depositario, conforme al número 4 del artículo 22, informar a los Estados Contratantes sobre las extensiones "y la fecha en la cual desplegarán eficacia".

114.- La **Cláusula Federal**: Con ocasión de su asistencia como Observador a la Octava Sesión, los representantes de los Estados Unidos de la América del Norte sugirieron la preparación de leyes uniformes como método alternativo para lograr la uniformidad pretendida por la Conferencia de La Haya; y recordaron los exitosos resultados obtenidos durante más de sesenta años por la **National Conference of Commissioners on Uniform State Laws**<sup>133</sup>. La propuesta hecha dio origen a un nuevo examen de la facultad correspondiente al Poder Federal, de acuerdo con la Constitución, para celebrar tratados con el objeto de uniformar las reglas de derecho internacional privado<sup>134</sup>.

Ahora bien, según comenta KURT H. NADELMANN el Congreso tiene facultades para legislar sobre "comercio con naciones extranjeras", motivo por el cual no se violarían los derechos de los Estados si se firmara, por ejemplo, un tratado sobre la compra-venta; pero carece de competencia legislativa en materia de derecho de familia. Por consiguiente, a su entender, la constitucionalidad de los tratados respectivos podría afirmarse cuando se vieran envueltas las relaciones internacionales de la Nación,

133. En extracto de los documentos relativos a la propuesta de los Estados Unidos de la América del Norte se encuentra publicado en el "American Journal of Comparative Law" VII Año 1958, pp. 239-247 con breves comentarios de KURT H. NADELMANN y WILLIS L.M. REESE, quienes asistieron como Observadores a la Octava Sesión de la Conferencia de La Haya, en unión de PHILLIP C. AMARAM y JOE C. BARRET.

134. Este argumento fue esgrimido en forma constante por los Estados Unidos de la América del Norte hasta época muy reciente, para mantenerse al margen de la codificación del Derecho Internacional en este Hemisferio.



pues de lo contrario existiría un abuso de poder. Sin embargo, no serían discutibles las facultades del Presidente para celebrar tratados de cualquier naturaleza, pero subordinando su eficacia a la acción de los Estados Miembros de la Unión <sup>135</sup>.

Precisamente, una vez incorporados de manera formal los Estados Unidos de la América del Norte a la Conferencia de La Haya, a partir de la Décima Primera Sesión, y en el deseo de atender esta clase de dificultades, las Convenciones aprobadas comenzaron a incluir una "**cláusula federal**", que permite restringir el ámbito de su vigencia a una o varias unidades territoriales de los Estados Contratantes. En consecuencia, la Convención sobre reconocimiento de divorcios y separaciones de cuerpos, de primero de junio de 1970, en su artículo vigésimo tercero permitió a los Estados Contratantes que tengan dos o más sistemas jurídicos en materia de divorcio o separación de cuerpos, declarar que la vigencia de la Convención se extendería a todos o sólo a uno o a varios entre ellos; pero con facultad para modificar esta declaración por otra posterior, en cualquier momento. En ambos casos, debían comunicarse al Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos, para que efectuara las respectivas notificaciones.

La fórmula anterior fue modificada en la Convención sobre la ley aplicable a los accidentes de tránsito con motivo de la circulación por carretera, de cuatro de mayo de 1971, cuyo artículo décimo cuarto se refirió a "un Estado con un sistema jurídico no unificado"; y la Convención sobre la administración internacional de las sucesiones, concluida el dos de octubre de 1973, tuvo en cuenta "un Estado contratante que comprende dos o más unidades territoriales en las cuales se aplican distintos sistemas jurídicos" (artículo 35).

Esta última redacción se mantuvo inalterable hasta la Décima Cuarta Conferencia, oportunidad en la cual la Convención sobre la ley aplicable al Fideicomiso y a su reconocimiento, aprobada en octubre de 1984, dispuso en el tercer párrafo de su artículo 29: "Si un Estado no hace declaración de acuerdo con este artículo, la Convención se aplicará al conjunto del territorio de ese Estado". De esta manera quedó expresamente

135. NADELMAAN, KURT H. "Ways to unif Conflict Rules", en "De conflictu Legum", op. cit., pp. 351-353.



consagrada la regla general del artículo 29 de la Convención de Viena, que fue repetida por el artículo 26 de la Convención sobre la Ley aplicable a la compraventa internacional de mercaderías, aprobada en octubre de 1985.

115.- En el **Documento Preliminar N° 2 de diciembre de 1975**, la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya hizo algunas observaciones relativas a los problemas planteados por las declaraciones de extensión, cuando los respectivos territorios adquieren su independencia, pues en semejante hipótesis resulta imprescindible decidir si continúan obligados convencionalmente.

Ninguna dificultad se presenta en el caso de que el nuevo Estado manifiesta estar desvinculado de sus obligaciones y tampoco si expresa su deseo de seguir como parte de una Convención abierta, de vocación universal, por cuanto esa manifestación puede considerarse una forma simplificada de adhesión. Así ha ocurrido en época todavía reciente con las declaraciones de Botswana, Fiji y Mauritius de afirmarse Parte, desde la fecha de su independencia, de la Convención sobre la ley aplicable a la forma de los testamentos, de cinco de octubre de 1961.

Por el contrario, no sucede lo mismo cuando se trata de Convenciones estructuradas sobre la base de la reciprocidad de las obligaciones contraídas por los Estados Contratantes; y en el ámbito de la Conferencia de La Haya el asunto pudo causar problemas con las declaraciones hechas tanto por Botswana, Fiji y Mauritius como por Tonga y Lesotho, de considerarse obligados, desde la fecha de su respectiva independencia, por la Convención suprimiendo el requisito de la legalización en los documentos públicos extranjeros, de cinco de octubre de 1961, con fundamento en una declaración de extensión territorial hecha en su beneficio con anterioridad. Aun cuando no se produjeron dificultades porque ningún Estado Contratante objetó semejante manifestación, de haber ocurrido el asunto pudo haber presentado características muy complejas, por cuanto "el natural deseo de los otros Estados Contratantes de recibir al nuevo Estado en el concierto de las naciones sobre un pie de completa igualdad no es necesariamente suficiente para admitir al

Estado sucesor en una posición privilegiada en relación con Estados terceros, cuya adhesión se encuentra sometida a condiciones más o menos severas"<sup>136</sup>.

116.- Algunos meses más tarde en el "Documento Preliminar B de diciembre de 1976, la Oficina Permanente recordó de nuevo las posibles dificultades técnicas derivadas de la independencia de territorios a los cuales habían sido extendidas las Convenciones de La Haya: algunos se consideraron Estados Partes desde la fecha de su independencia; otros habían manifestado querer aplicarla en forma provisoria durante un período de dos o tres años mientras adoptaban una posición definitiva. A pesar de su importancia, el asunto no ha sido resuelto todavía"<sup>137</sup>.

#### I.—AMBITO DE APLICACION TEMPORAL DE LAS CONDICIONES:

117.- De acuerdo con el artículo vigésimo octavo de la Convención de Viena, "las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo".

Ahora bien, las Convenciones aprobadas durante la tercera etapa de la Conferencia de La Haya han procedido, en ciertas ocasiones, a establecer los límites de su vigencia temporal; y en algunos casos se limitan a prescribir su aplicación a los supuestos de hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia: a título de ejemplo, así lo dispuso el artículo 24 de la Convención sobre la Ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías, aprobada en octubre de 1985, al ordenar que "será aplicable en un Estado contratante a los contratos de compraventa que se celebren luego de haber entrado en vigor respecto de ese Estado".

136. "Actes de la Treizième Session", op. cit., Vol. I, pp. 81-82. El "Documento Preliminar Nr. 2" igualmente advierte que el mismo problema puede presentarse en los casos de fusión o de división de Estados; pero también señaló que el asunto era objeto de estudios en la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

137. "Actes...", Vol. I, op. cit., p. 99. La Comisión Especial sobre Asuntos Diversos conoció del asunto en enero de 1976 pero resolvió esperar el resultado de los trabajos emprendidos en el seno de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

En otras Convenciones aparece consagrada la misma solución, pero con inversa redacción: así ocurre en la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las decisiones en materia de obligaciones alimentarias respecto a menores, de quince de abril de 1958, cuyo artículo 12 prescribió que "no se aplica a las decisiones pronunciadas antes de su entrada en vigor".

Por el contrario, en otras oportunidades las reglas convencionales deben aplicarse con independencia de cuándo se produjo el supuesto de hecho, pero se faculta a los Estados Contratantes para reservar su eficacia a los acontecimientos ocurridos después de su entrada en vigencia. A título de ejemplo, la Convención sobre el reconocimiento de los divorcios y de las separaciones de cuerpos, de primero de junio de 1970, en el primer párrafo del artículo 24 dispone que "es aplicable sin tomar en cuenta la fecha en la cual fue pronunciado el divorcio o la separación de cuerpos". Sin embargo, en el segundo párrafo faculta a todo Estado Contratante, "a más tardar en el momento de la ratificación o de la adhesión, a reservarse el derecho de no aplicarla a un divorcio o a una separación de cuerpos obtenida antes de la fecha en la cual, en relación a ese Estado, la Convención entra en vigencia".

De manera excepcional se ha dispuesto la aplicación a hechos anteriores, sin permitir reserva sobre el particular a los Estados Contratantes: así lo hizo la Convención sobre la administración internacional de las sucesiones, de dos de octubre de 1973, cuyo artículo 40 en forma expresa ordena su aplicación "aun" a las sucesiones abiertas antes de su entrada en vigor".

Una solución intermedia fue consagrada en la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las decisiones relativas a las obligaciones alimentarias, de dos de octubre de 1973. En efecto, su artículo 24 dispuso que se aplicaría "sin tomar en cuenta la fecha en la cual la decisión hubiera sido pronunciada"; pero de inmediato agregó: "Cuando una decisión haya sido pronunciada antes de la entrada en vigencia de la Convención entre el Estado de origen y el Estado requerido, sólo será declarada ejecutoria por los pagos vencidos después de esta entrada en vigor".

**J.—LOS SISTEMAS JURIDICOS NO UNIFICADOS:**

118.- En el **Documento Preliminar N° 2 de diciembre de 1975** la Oficina Permanente hizo énfasis sobre los problemas originados por los sistemas jurídicos no unificados, de naturaleza territorial o personal; y los cuales podían presentarse tanto respecto de Estados Miembros de la Conferencia como de terceros Estados cuando pretenden adherir a las Convenciones de La Haya.

De acuerdo con la Oficina Permanente era satisfactoria la fórmula utilizada para determinar la entrada en vigencia de las Convenciones en las diversas unidades territoriales, por cuanto permite al Estado interesado declarar si la Convención se extenderá a todas ellas o solamente a una o varias, con facultades para modificar esa declaración en cualquier momento. Sin embargo, también contrapuso la diversidad de régimen en materia de adhesión, cuando se reconoce a los Estados Contratantes el derecho a oponerse; y, en semejante hipótesis, planteó la conveniencia de permitir la oposición respecto de cada unidad territorial que pretenda ser beneficiada por la adhesión, habida cuenta de que "en ciertos sectores del derecho de familia pueden existir tantas prácticas diferentes en el seno de un Estado federal como en el orden internacional en general"<sup>138</sup>.

119.- El planteamiento fue examinado por la Comisión Especial sobre Asuntos Diversos, en enero de 1976, pero, debido a su delicada naturaleza, resolvió abstenerse de recomendar la modificación del sistema imperante. Sin embargo, en el "Documento Preliminar D de junio de 1976", la Oficina Permanente hizo énfasis de nuevo en la conveniencia de consagrar el derecho de los Estados Contratantes a oponerse respecto de cada unidad territorial a la cual se pretenda extender con posterioridad, cuando se trate de Convenciones fundadas en la reciprocidad y el Estado adhiriente tenga una estructura federal<sup>139</sup>; pero el asunto no ha sido resuelto todavía.

120.- Los Estados con sistemas jurídicos complejos, de base territorial o personal, plantean otro tipo de problemas porque hacen fracasar ciertos factores de conexión aceptados

138. "Actes...", Vol. I, op. cit., p. 83.

139. "Actes...", Vol. I, op. cit., p. 105.

contractualmente para determinar la legislación aplicable al supuesto de hecho: así ocurre con la ley de la nacionalidad cuando se trata de un Estado con diversas unidades territoriales; o con la ley del domicilio o de la residencia habitual si coexisten varios sistemas jurídicos personales.

Según informan el "Documento Preliminar N° 2 de diciembre de 1975" y el "Documento Preliminar D de junio de 1976", preparados ambos por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya, estos problemas no han sido resueltos de manera uniforme: en la Décima Segunda Sesión, la Convención sobre la administración internacional de las sucesiones dispuso en el párrafo cuarto de su artículo 36 que "cualquier referencia a la ley de la nacionalidad del difunto será interpretada como refiriéndose a la ley determinada por las reglas en vigor en el Estado del cual el difunto era nacional o, a falta de tales normas, por la legislación de la unidad territorial con la cual el difunto se encontraba más estrechamente conectado"; y en el artículo 34 se limitó a tomar en cuenta la solución consagrada por las normas interpersonales del Estado en cuestión.

No obstante, en la misma Décima Segunda Sesión, la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las obligaciones alimentarias pretendió resolver el problema en términos generales; y en su artículo 16 dispuso: "Cuando deba ser tomada en cuenta la ley de un Estado que consagra, en materia de obligaciones alimentarias, dos o más sistemas jurídicos de aplicación territorial o personal —como en el caso de referencia a la ley de la residencia habitual del acreedor o del deudor o a la ley nacional común— debe aplicarse el sistema designado por las reglas en vigor en ese Estado, y si no existen, el sistema jurídico con el cual los interesados tengan los vínculos más estrechos".

Según admite la propia Oficina Permanente, la solución subsidiaria "no garantiza una gran uniformidad por cuanto esa investigación podrá ser efectuada por cada *forum* de acuerdo con sus propias concepciones". En consecuencia, el deseo de superar semejante inconveniencia explica el recurso a criterios subsidiarios de naturaleza objetiva en los artículos 17 y 20 de la Convención sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales<sup>140</sup>;

140. "Actes...", Vol. I, op. cit., pp. 106-107.



pero la imposibilidad de establecer una regla general válida para todas las hipótesis condujo en otras ocasiones a guardar silencio para resolver el problema cuando no existen normas interterritoriales o interpersonales en el Estado en cuestión, con el consiguiente fracaso de los respectivos preceptos convencionales. Así procedió el artículo 31 de la Convención sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de menores, de 25 de octubre de 1980, en el caso de Estados con sistemas jurídicos complejos de base personal.

121.- En algunas oportunidades ha sido necesario asimilar una unidad territorial a un Estado para el funcionamiento de los mecanismos convencionales respecto a Estados Contratantes con sistemas jurídicos no unificados: así se ha prescrito en varias de las Convenciones posteriores a la Décima Segunda Sesión; y a título de ejemplo basta recordar la Convención sobre la ley aplicable a la compraventa internacional de mercaderías, aprobada en octubre de 1985, cuyo artículo 19 dispone: "A los efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a la Convención, cuando un Estado comprenda diversas unidades territoriales cada una de las cuales tenga su propio régimen jurídico o sus propias normas jurídicas en materia de contratos de compraventa de mercaderías, la referencia a la ley de dicho Estado será interpretada como una referencia a la ley que esté en vigor en la unidad territorial correspondiente"<sup>141</sup>.

122.- Aun cuando los requerimientos de las relaciones internacionales pueden aconsejar la identificación de una unidad territorial particular con un Estado en el sentido de la Convención, se ha considerado necesario evitar que ese mecanismo imponga la aplicación inexorable de las normas convencionales a los supuestos de hecho de exclusivo carácter interterritorial<sup>142</sup>. Así se ha previsto desde la Décima Segunda Sesión; y sirve como ejemplo al respecto la Convención sobre la ley aplicable a la compraventa internacional de mercaderías, cuyo artículo 20 prescribe: "El Estado compuesto de diferentes unidades territoriales que tengan sus propios regímenes jurídicos o

141. En algunos casos se ha previsto también la manera de determinar la respectiva unidad territorial, como lo hicieron el artículo 36 de la Convención sobre la administración internacional de sucesiones y el artículo 28 de la Convención sobre el reconocimiento a la ejecución de las decisiones relativas a las obligaciones alimentarias ("Actes...", Vol. I, op. cit. pp. 108-109).

142. "Actes...", Vol. I, op. cit., pp. 109-110.



sus propias normas jurídicas en materia de contratos de compraventa no estará obligado a aplicar la Convención a los conflictos que surjan entre leyes vigentes en dichas unidades territoriales".

**K.—REGISTRO:**

123.- Una vez concluida felizmente la negociación, es preciso cumplir un deber suplementario impuesto por el primer párrafo del artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas que dispone: "Todo tratado y todo acuerdo internacional concertados por cualesquiera Miembros de las Naciones Unidas después de entrar en vigor esta Carta, serán registrados en la Secretaría y publicados por ésta a la mayor brevedad posible"<sup>143</sup>. Ahora bien, con vista del anterior mandato el artículo 80 de la Convención de Viena prescribe:

1. Los tratados, después de su entrada en vigor, se transmitirán a la Secretaría de las Naciones Unidas para su registro o archivo e inscripción, según el caso, y para su publicación.

2. La designación de un depositario constituirá autorización para que éste realice los actos previstos en el párrafo precedente"<sup>144</sup>.

De acuerdo con los enseñanzas de la práctica, la inscripción se realiza en dos registros: en el primero son enumerados cronológicamente, conservándose los respectivos textos como anexos; y en el segundo, en una hoja especial para cada tratado, se anotan todos los acontecimientos jurídicos de importancia, tales como adhesiones, reservas y denuncias.

<sup>143</sup> Precedente inmediato se encuentra en el artículo décimo octavo de: *Documento Constitutivo de la Sociedad de las Naciones*, donde fue incluido con la finalidad de evitar la diplomacia secreta, considerada entonces una de las causas más importantes del inicio de la Primera Guerra Mundial.

<sup>144</sup> Las condiciones de aplicación de este artículo han sido precisadas por la Asamblea General, en resoluciones de catorce de diciembre de 1946 y de tres de noviembre de 1948, que recogieron la práctica anterior de la Sociedad de las Naciones (ROUSSEAU, Charles. "*Droit International Public*", Tomo I, París, 1953, N° 44 p. 42). La Resolución de 1946 fue modificada el doce de diciembre de 1950 ("*American Journal of International Law*", Vol. 57, Año 1962, pp. 264-267).

Después de inscritos son publicadas en la **United Nations Treaty Series**; y el manejo de esta colección pretende facilitarse a través de un índice anual: "**Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General**"<sup>145</sup>.

124.- Las Convenciones de La Haya nada disponen al respecto, pero, sin duda alguna, la cualidad de depositario atribuida al Ministerio de Relaciones Exteriores del Reino de los Países Bajos le impone el cumplimiento de dicha obligación; y, aun cuando en alguna oportunidad reciente fue sugerido mencionar expresamente en las Convenciones el deber de efectuar su registro en la Secretaría General de las Naciones Unidas, la propuesta no tuvo éxito por estimarse innecesaria.

125.- La Carta de las Naciones Unidas también sanciona el incumplimiento de la obligación de registro; y en el segundo párrafo del artículo 102 dispone:

"2. Ninguna de las partes en un tratado o acuerdo internacional que no haya sido registrado conforme a las disposiciones del párrafo 1 de este artículo podrá invocar dicho tratado o acuerdo ante órgano alguno de las Naciones Unidas".

Por tanto, la falta de registro no constituye causa de nulidad del tratado; pero la sanción establecida tiene gran importancia si se recuerda que la Corte Internacional de Justicia es un organismo de las Naciones Unidas; sin embargo, el deber no parece sea cumplido efectivamente, pues numerosos tratados no se encuentran inscritos<sup>146</sup>. El incumplimiento del mandato tampoco ha originado escaramuza alguna respecto de las Convenciones de La Haya; y ningún alegato sobre el particular fue planteado con motivo del **affaire Boll**, decidido en 1958.

145. VERDROSS-SIMA, op. cit., nrs. 739-742, pp. 473-474.

146. LILLICH, R. B. "The Obligation to Register Treaties and International Agreements with the United Nations", en *American Journal of International Law*, Vol. 65, Año 1971, pp. 771-773; TABORY, Mala. - "Recent Developments in United Nations Treaty Registration and Publication Practices", en *American Journal of International Law*, Vol. 76, Año 1982, pp. 350-363.

anexos: (a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; (b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por los demás como instrumento referente al tratado".

De inmediato se previene en el párrafo tercero del mismo artículo 31:

"Junto con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

(a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

(b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

(c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes".

Por último, debe tenerse presente la regla del párrafo cuarto del artículo 31, que dispone: "Se dará a un término un sentido especial, si consta que tal fue la intención de las partes"<sup>151</sup>.

132.- La Convención de Viena consagra también "medios de interpretación complementarios": su artículo 32 permite acudir a los trabajos preparatorios y a las circunstancias concomitantes a la celebración del tratado, a los fines de confirmar el significado que resulte de aplicar el artículo 31; o para determinarlo cuando su aplicación "(a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o (b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable".

133.- Las directrices anteriores representan el denominador común de la práctica internacional y, por tanto, son de inevitable seguimiento para interpretar las Convenciones de La Haya, aun

151. Un problema distinto es el relativo a la posibilidad de una interpretación dinámica, de acuerdo con las circunstancias existentes en el momento en el cual se efectúa, en lugar de atender al tiempo de la celebración del Tratado, con la consiguiente petrificación interpretativa. La respuesta no es posible en términos generales y depende de la voluntad de los Estados Contratantes; siendo de advertir que éstos, comúnmente, no suelen pronunciarse sobre el particular, motivo por el cual es imprescindible tomar en cuenta las reglas generales de interpretación arriba indicadas.

129.- Resulta innecesario destacar la necesidad de la interpretación uniforme si se pretende que las Convenciones de La Haya realicen su principal objetivo, consistente en establecer normas comunes en los Estados Contratantes. Por tanto, deben utilizarse los principios admitidos en Derecho Internacional Público para la interpretación de los Tratados, pues como advierte FERENC MAJOROS se puede ser partidario o adverso a la codificación del Derecho Internacional Privado a través de convenciones; pero una vez concluidas no es posible oponerse a su regulación a través de las reglas propias del derecho de los tratados.<sup>149</sup>

130.- Ahora bien, la materia referente a la interpretación de los Tratados fue objeto de progresivo desarrollo en las instancias arbitrales: las soluciones alcanzadas de esta manera encontraron franca consagración en la Convención de Viena; y, por tanto, deben constituir guía fundamental para interpretar las Convenciones de La Haya sobre Derecho Internacional Privado.

131.- La "regla general de interpretación" se encuentra establecida por el artículo 31 de la Convención de Viena, que dispone en su primer párrafo: "Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin".

Por tanto, la Convención de Viena atribuye primacía al método objetivo de interpretación, pero sin limitarse a prescribir el examen de las palabras utilizadas (método textual), por cuanto también ordena tomar en cuenta la finalidad perseguida (método teleológico). De esta manera deja abierta la posibilidad de una interpretación funcional cuando el objeto del tratado así lo exige; pero abandona y desatiende el método subjetivo, que preconiza la investigación de la voluntad de los Estados Negociantes<sup>150</sup>.

Sin embargo, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 31, la interpretación no debe restringirse al examen de un texto aislado sino que debe tomarse en cuenta el Tratado en su conjunto; y dentro de esta directriz especifica que "el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y

149. MAJOROS. "Le régime. . .", art. cit., p. 74.

150. VERDROSS - SIMA, op. cit., nr. 776, pp. 401-402.

en el idioma oficial del país donde se resuelve la controversia, porque el acuerdo que consagra el tratado debe deducirse de la totalidad de los textos oficiales; y, en el caso de la Conferencia de La Haya, resultaría inaceptable pretender la primacía de la versión inglesa en los Estados Contratantes donde el inglés es el idioma oficial y el predominio del texto francés en los países de habla francesa. En efecto, los dos textos son igualmente auténticos, según es afirmado en términos categóricos en el párrafo final de las Convenciones de La Haya aprobadas a partir de la Décima Primera Sesión, y, por supuesto, ambos son obligatorios para todos los Estados Contratantes <sup>154</sup>.

No obstante su evidente utilidad para interpretar los tratados, los anteriores criterios no pueden impedir la existencia efectiva de significados distintos en cada una de las versiones auténticas. Ahora bien, si esta hipótesis ocurre, es preciso adoptar aquella interpretación que mejor se acomode a todos los textos; y no resulta posible, dentro del sistema establecido por la Convención de Viena, aceptar la interpretación más estricta o aquella que se desprende del texto originario en el cual fue redactada o preparada la Convención, porque esos elementos sólo constituyen índices para establecer su verdadero sentido <sup>155</sup>.

#### M.—MODIFICACION DE LOS TRATADOS:

136. - La posibilidad de enmienda de los tratados por acuerdo entre las partes se encuentra expresamente admitida por el artículo 39 de la Convención de Viena <sup>156</sup>; y, a menos que se haya dispuesto lo contrario, en el caso de tratados multilaterales la propuesta de reforma debe comunicarse a los Estados Contratantes y a todo Estado con derecho a ser parte. Ahora bien,

154. VERDROSS - SIMA, op. cit., nr. 783, p. 500.

155. Por supuesto, como destacan ALFRED VERDROSS y BRUNO SIMA, la traducción en un idioma distinto de los oficiales debe ceder ante el texto auténtico, a pesar de que éste se encuentre redactado en un idioma extranjero (op. cit., nr. 783, p. 501). En relación con las diferencias posibles entre traducciones de la versión auténtica, véase antes el número 62 de este trabajo.

156. La Convención de Viena estableció un régimen común, sin admitir el distingo doctrinario entre "revisión" y "modificación" de los Tratados: la primera sería una reforma completa, mientras que la segunda sólo afectaría algunas cláusulas.



cuando es de advertir que, en algunos casos se han consagrado reglas expresas que deben ser atendidas con preferencia. A título de ejemplo basta mencionar el artículo décimo sexto de la Convención sobre la Ley aplicable a los contratos de compra-venta internacional de mercaderías, aprobada en octubre de 1985, que dispone: "A los efectos de la interpretación de la Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación".

134. - En los últimos tiempos las Convenciones de La Haya se caracterizan por el esfuerzo de utilizar fórmulas fácilmente traducibles en todos los idiomas de los Estados Miembros. Por tanto, según destaca M.H. VAN HOOGSTRAATEN, este propósito impone distanciarse de la pura interpretación gramatical, aun cuando se trate de textos sin ambigüedades de ninguna especie; y resulta imprescindible investigar la voluntad de los autores, con particular énfasis en la interpretación histórica, teleológica y sistemática<sup>152</sup>.

135. - Las reglas establecidas por el artículo 33 de la Convención de Viena son de particular importancia para la interpretación de las recientes Convenciones de La Haya, en virtud del carácter igualmente auténtico atribuido a las versiones inglesa y francesa, que son los idiomas oficiales de la Conferencia.

Ahora bien, de acuerdo con el tercer párrafo del artículo 33, "se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido"; y si "la comparación de los textos auténticos revela una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 32, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y del fin del tratado"<sup>153</sup>. Por consiguiente, la interpretación no puede restringirse a considerar únicamente la versión auténtica

152. HOOGSTRAATEN, "La Codification...", ar. cit., p. 349.

153. El párrafo primero del mismo artículo 33 prescribe: "Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos". Así ocurrió durante la Décima Sesión de la Conferencia de La Haya, porque los Estados Negociadores convinieron en dar primacía a la versión francesa sobre la inglesa en la Convención sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias y en la Convención suprimiendo el requisito de la legalización de los documentos públicos extranjeros, concluidas ambas el cinco de octubre de 1961.



Nigeria fue invitada a la reunión de la Comisión Especial que analizó los problemas de la ley aplicable a las ventas a los consumidores. El mencionado Documento Preliminar N° 6 destacó la falta de receptividad de los países invitados, porque ni siquiera concurren a las sesiones; pero, sin embargo, hizo énfasis en la *conveniencia de ajustarse a los términos categóricos del artículo 40 de la Convención de Viena*<sup>158</sup>.

La actitud adoptada con posterioridad ha sido consistente con los principios establecidos por la Convención de Viena. En efecto, *con resultados satisfactorios, Estados Partes que no eran Miembros de la Conferencia de La Haya fueron invitados a los trabajos preparatorios y a la revisión de la Convención sobre procedimiento Civil, de primero de marzo de 1954, que condujeron a la Convención tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia, concluida en veinticinco de octubre de 1980*<sup>159</sup>.

#### N. - RELACIONES ENTRE CONVENCIONES

138.—La época contemporánea se caracteriza por un fabuloso incremento de Convenciones, cuyo impacto también se proyecta en la esfera del Derecho Internacional Privado; y esta nueva realidad ha impuesto examinar con particular atención el problema de las relaciones recíprocas entre varias Convenciones sobre la misma materia<sup>160</sup>. Ahora bien, debido a la igualdad de jerarquía de las obligaciones contraídas por los Estados en cada una de ellas, las dificultades encontradas se han resuelto fundamentalmente a través de los principios: *lex posterior derogat legi priori* y *lex specialis derogat legi generali*.

139.—La Convención de Viena resuelve los problemas en las relaciones entre los Estados Partes de ambas Convenciones en *en el artículo 31: su párrafo tercero y la letra (a) de su párrafo cuarto disponen que, de no quedar terminada o su aplicación suspendida, "el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del*

158. "Actes et Documents de la Quatorzième Session", Vol. I, op. cit., p. 111.

159. Véase luego los números 165 a 167 de este trabajo.

160. Es de recordar que la dificultad fue señalada en 1911 como no resuelta por F. MEILI y A. MAMELOK, con referencia a la Convención sobre procedimiento civil de 1905 que debía sustituir la celebrada en 1984.

conforme al segundo párrafo del artículo 40, "cada uno de ellos tendrá derecho a participar: (a) en la decisión sobre las medidas que haya adoptar con relación a tal propuesta; (b) en la negociación y celebración de cualquier acuerdo que tenga por objeto enmendar el tratado"<sup>157</sup>.

137.- El problema acerca de quiénes pueden intervenir en la enmienda de un tratado ha tenido importancia durante los trabajos de la tercera etapa de la Conferencia, debido a la modificación parcial o total de algunas de las Convenciones de La Haya; pero la actitud adoptada no ha sido constante, como se destaca en el "**Documento Preliminar N° 6 de diciembre de 1979**". En efecto, los Estados Partes que no eran Miembros de la Conferencia quedaron al margen de la revisión de la Convención sobre Procedimiento Civil de primero de marzo de 1954, realizada por la Convención sobre la significación y notificación de los documentos judiciales y extrajudiciales en materias civiles o mercantiles, concluida el quince de noviembre de 1965, y por la Convención sobre la obtención de pruebas en el extranjero, de dieciocho de marzo de 1970. Los Estados Parte tampoco participaron en otros trabajos preparatorios y en revisiones posteriores como lo comprueba la actitud asumida tanto en la Décima Segunda Sesión para aprobar la Convención sobre las obligaciones alimentarias respecto a menores, como en la Décima Tercera cuando se aprobaron la Convención sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales y la Convención sobre la celebración y el reconocimiento de la validez de los matrimonios.

No obstante, aun cuando no eran Miembros de la Conferencia, los Estados Parte fueron invitados a participar en la Comisión Especial que se reunió en noviembre de 1977 para el examen del funcionamiento de la Convención sobre la significación y notificación de documentos judiciales y extrajudiciales en materias civiles o mercantiles; y en su carácter de Estado Parte,

157. Desde el punto de vista de su eficacia, por supuesto, "el acuerdo en virtud del cual se enmienda el tratado no obligará a ningún Estado que sea ya parte en el tratado pero que no llegue a serlo en ese acuerdo", a tenor del párrafo cuarto del mismo artículo 39. Acto continuo, en el párrafo quinto se establecen las pautas para regular, a falta de manifestación contraria, la situación de un Estado "que llegue a ser parte en el tratado después de la entrada en vigor del acuerdo en virtud del cual se enmienda el tratado"; y el artículo 41 se refiere a los acuerdos para modificar tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente".

**L.—INTERPRETACION:**

126. - La interpretación de los Tratados puede ocurrir en forma auténtica cuando se realiza en virtud del acuerdo de todos los Estados Contratantes, que puede manifestarse expresamente o de manera tácita, a través de su conducta posterior, según lo reconoce el inciso tercero del artículo 31 de la Convención de Viena: tiene el mismo carácter obligatorio de cualquier otro Tratado, y por ese motivo funciona casi sin límite alguno, resultando muy difícil distinguir la interpretación auténtica de la modificación de los tratados. Aun cuando las Convenciones de La Haya pueden ser interpretadas auténticamente, este método no ha sido utilizado en la práctica; y los aspectos inciertos de algunas de ellas han sido resueltos a través de nuevas Convenciones sobre la misma materia.

127. - La interpretación judicial de las Convenciones de La Haya, a través de tribunales internacionales, ha presentado pocas dificultades debido a las escasas oportunidades en las cuales han sido objeto de aplicación por esas instancias: dentro de las hipótesis excepcionales cabe recordar el **affaire Boll** decidido por la Corte Internacional de Justicia en 1958.

128. - Por el contrario, mayores problemas ofrece la interpretación individual por los Estados Contratantes, en particular, por sus órganos encargados de administrar justicia; y sin gran esfuerzo se comprende la importancia de la interpretación uniforme de las Convenciones de La Haya, que ha sido destacada desde comienzos de siglo por eminentes juristas<sup>147</sup>. Sin embargo, las realizaciones prácticas para obtenerla sólo remontan a la segunda etapa, cuando, en **veintisiete de marzo de 1931** se aprobó un Protocolo con el propósito de reconocer competencia a la Corte Permanente de Justicia Internacional para decidir las controversias interpretativas; pero, en artículo publicado en 1958, M.H. VAN HOOGSTRAATEN sostuvo que dicho Protocolo ha perdido importancia en virtud de la aceptación, por la mayoría de los Estados Miembros de la Conferencia, de la cláusula facultativa consagrada por el párrafo segundo del artículo 36 de la Corte Internacional de Justicia<sup>148</sup>.

147. F. MELLI y A. MAMELOK destacaron la ausencia de toda garantía para su interpretación uniforme. (Véase antes el número 31 de este trabajo).

148. HOOGSTRAATEN, M. H. van. - "Conférence...", art. cit., nrs. 25-26. La afirmación pudo ser válida cuando fue escrita, pero, ciertamente, sufre el impacto de la incorporación de nuevos Estados Miembros que no han aceptado dicha cláusula facultativa.

tratado posterior"; siendo de advertir que un tratado debe considerarse terminado o suspendido, conforme a su artículo 59, cuando así lo resuelvan los propios Estados Contratantes, o si la nueva regulación es incompatible con la antigua de modo tal que ambas Convenciones no puedan ser aplicadas simultáneamente.

140.—Mayores dificultades se presentan cuando todos los Estados Parte del primer tratado no lo son del posterior; y en esta hipótesis la letra (b) del párrafo cuarto del artículo 30 de la Convención de Viena prescribe: "en las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocas se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean partes".

Sin duda alguna, esta última solución funciona satisfactoriamente cuando los tratados establecen obligaciones recíprocas para los Estados Contratantes; pero no ocurre lo mismo respecto a las "convenciones independientes de toda reciprocidad", es decir, aquellas que no se aplican en forma bilateral entre los Estados Contratantes, o cuyo cumplimiento debe realizarse en forma simultánea e inseparable entre todos los Estados Contratantes<sup>161</sup>.

Por supuesto, ninguna dificultad existe cuando los Estados Contratantes disponen la primacía del tratado anterior, bien por una cláusula expresa o mediante la afirmación de que el segundo tratado no debe considerarse incompatible con el primero; y tampoco surgirán problemas cuando el tratado posterior declara su primacía sólo entre los Estados Contratantes, pero manteniendo el **status quo** frente a los terceros Estados. Por el contrario, en las hipótesis restantes, la distinta naturaleza de las "convenciones independientes de toda reciprocidad", impone una solución distinta, reconocida por el párrafo 5 del artículo 30 de la Convención de Viena, cuando ratifica el derecho de los Estados Parte al tratado anterior de darlo por terminado o considerarlo suspendido, sin perjuicio de hacer efectiva la eventual responsabilidad del Estado que ha concluido el tratado posterior.

141.—La posibilidad de conflictos entre Convenciones se ha presentado en el seno de la Conferencia de La Haya en varias oportunidades; y, al decir de M. H. VAN HOOGSTRAATEN, las

161. La situación es similar a la examinada respecto a las reservas (Véase antes el número 88 de este trabajo).

eventuales dificultades surgidas hacen necesario resolver una doble interrogante: a) debe permitirse a los Estados Miembros mantener en vigor las Convenciones anteriores; y b) debe prohibirse a los Estados Miembros celebrar nuevos Tratados, contrarios a una Convención ya existente<sup>162</sup>.

142.—Los problemas planteados en el seno de la Conferencia de La Haya por la celebración de Convenciones sucesivas sobre la misma materia han sido resueltos, en las relaciones recíprocas entre los Estados Contratantes de ambas, mediante la sustitución de la primera por la segunda.

A título de ejemplo cabe recordar las provisiones adoptadas por las distintas Convenciones referentes al procedimiento civil: el artículo 19 de la Convención de primero de marzo de 1954, prescribe que reemplazará, entre los Estados Parte que la hayan ratificado, a la Convención de 17 de julio de 1905. Un pronunciamiento similar se encuentra: a) en el artículo 22 de la Convención sobre significación y notificación de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, de quince de noviembre de 1965, respecto de los artículos 1º a 7º de las Convenciones sobre procedimiento civil de 1905 y 1954; b) en el artículo 29 de la Convención sobre obtención de pruebas en el extranjero, de 18 de marzo de 1970, que prescribe el reemplazo de los artículos 8 a 17 de las referidas Convenciones de 1905 y 1954; y c) en el artículo 22 de la Convención tendiente a facilitar el acceso internacional a la justicia, de 25 de octubre de 1980, fue dispuesta la sustitución, entre los Estados Parte, de los artículos 17 a 24 de las convenciones de 1905 y 1954, respectivamente.

En la sesión extraordinaria de octubre de 1985, la Convención sobre la ley aplicable a la compraventa internacional de mercaderías dispuso en su artículo 28 que reemplazaría "a la Convención relativa a la ley aplicable a la compraventa internacional de mercaderías suscrita en La Haya el 15 de junio de 1955, respecto de los Estados Parte en ella que hayan consentido en obligarse por el presente y para los cuales ésta se encuentra en vigor". Más aún; el deseo de prevenir problemas explica la Declaración de conformidad con la inclusión de dicho artículo, suscrita por los Estados Parte de la Convención de 1955,

162. HOOGSTRAATEN, "La Codification...", Art. Cit., p. 400.



a saber: Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Italia, Noruega, Suecia y Suiza; con la advertencia de que Nigeria no la firmó, pero fue presumido su asentimiento porque no formuló objeción alguna, a pesar de haber sido notificada varias veces, a través de la vía diplomática<sup>163</sup>.

Con el transcurso del tiempo se han perfeccionado los mecanismos para atender a estos problemas; y no puede desconocerse la importancia de la previsión adoptada en 1985 por la Convención sobre la ley aplicable a la compraventa internacional de mercaderías, cuyo artículo 29 dispuso: "El Estado que se haga parte en la presente Convención después de la entrada en vigor de un instrumento por el cual haya sido modificada será considerado parte en la Convención en su forma modificada".

143.—Las posibles dificultades dentro del marco de la Conferencia de La Haya por la coexistencia de otras convenciones sobre la misma materia han sido resueltas de diversa manera, con vista de los requerimientos del caso concreto.

144.—Generalmente se consagra en forma expresa que la Convención no afecta los tratados anteriores ni los posteriores que puedan celebrar los Estados Contratantes: así lo prevé, a título de simple ejemplo, el artículo 22 de la Convención sobre la ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación, de 14 de marzo de 1978.

145.—De manera excepcional se guarda silencio acerca de las convenciones que puedan celebrar en el futuro los Estados Contratantes; y tan sólo se dispone el respeto de los tratados anteriores. Dentro de esta clase puede mencionarse la Convención sobre la competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, de 5 de octubre de 1961. En el primer párrafo de su artículo décimo octavo prescribe que reemplaza entre los Estados Contratantes a la Convención para regular la tutela de menores, suscrita en La Haya el doce de junio de 1902; pero, en el segundo párrafo agrega que "no afecta a las disposiciones de otras Convenciones que vinculen a los Estados Contratantes en el momento de su entrada en vigor".

163. Comisión Segunda, Documento de Trabajo N° 8 de la Conferencia Extraordinaria de octubre de 1985



Dentro de esta categoría puede también incluirse la Convención sobre la competencia del fuero contractual en caso de compraventa internacional de bienes muebles corporales, de 15 de abril de 1958: aun cuando guarda silencio acerca de la facultad de los Estados Contratantes de celebrar convenciones futuras sobre la misma materia, en el artículo noveno autorizó a los Estados Contratantes, en el momento de la firma, de la ratificación o de la adhesión, a "reservar la aplicación de los tratados en vigor sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras con otros Estados Parte a la Convención".

146.—Una posición intermedia adopta la Convención sobre la administración internacional de las sucesiones, de 2 de octubre de 1973: el primer párrafo del artículo 39 consagra su prioridad sobre los acuerdos bilaterales entre los Estados Contratantes, a menos disposición en contrario; y en el segundo párrafo agrega que no afecta la aplicación de otras Convenciones multilaterales que vinculen o lleguen a vincular a uno o varios de los Estados Contratantes.

Un régimen intermedio también se encuentra consagrado en la Convención sobre la celebración y el reconocimiento de la validez de los matrimonios, de 14 de marzo de 1978. El primer párrafo de su artículo vigésimo primero dispone que no afectará a las Convenciones a las cuales un Estado Contratante sea parte con anterioridad; y en el segundo párrafo añade que la Convención no afecta el derecho de un Estado Contratante de convertirse en Parte de otra Convención sobre la misma materia, cuando sea concluida para atender vínculos particulares de carácter regional de otra naturaleza.

147.—Desde otro punto de vista conviene advertir que la finalidad perseguida por la Convención puede explicar la autorización de aplicar reglas menos rigurosas o más favorables, establecidas en ley interna o en otras convenciones vigentes en el Estado Contratante. Dentro de esta directriz, el artículo octavo de la Convención suprimiendo la exigencia de la legalización de los documentos públicos extranjeros, de 5 de octubre de 1961, permite la aplicación de tratados que contemplan formalidades menos rigurosas que las establecidas por los artículos 3º y 4º; la Convención relativa a la significación y notificación en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, de 15 de noviembre de 1965, en su artículo

19 afirma la posibilidad de utilizar otros procedimientos previstos por la ley interna de los Estados Contratantes; la Convención sobre reconocimiento de divorcios y separaciones de cuerpos, de primero de junio de 1970, permite aplicar en un Estado Contratante las normas más favorables al reconocimiento de divorcio y separaciones de cuerpos pronunciados en el extranjero (artículo 17); y el artículo décimo tercero de la Convención sobre celebración y el reconocimiento de la validez de los matrimonios, de 14 de marzo de 1978, también autoriza la aplicación de los preceptos más favorables.

148.—Regímenes de mayor complejidad han sido establecidos en determinados casos con el propósito de atender problemas de naturaleza diversa, según lo demuestra la Convención sobre la significación y notificación de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, de 15 de noviembre de 1965. En efecto, su artículo 20 permitió la celebración de acuerdos entre los Estados Contratantes para derogar algunas de sus reglas; en el artículo 22 dispuso que reemplazaría los artículos 8 a 16 de las Convenciones relativas al procedimiento civil, suscritas en La Haya el 17 de julio de 1905 y el primero de marzo de 1954, respectivamente, en la medida en que dichos Estados Parte fueran Miembros de una o de otra de dichas Convenciones; en el artículo 23 se convino que no afectaba la aplicación del artículo 23 de la Convención de 1905 ni el artículo 24 de la Convención de 1954; en el artículo 24 se declararon aplicables los acuerdos suplementarios a las Convenciones de 1905 y 1954, a menos que los Estados interesados convinieran lo contrario; y en el artículo 32 agregó: "Sin perjuicio de la aplicación de los artículos 29 y 31, la presente Convención no deroga las convenciones a las cuales los Estados Contratantes son o lleguen a ser parte y que contengan disposiciones sobre las materias reguladas por la presente Convención"<sup>164</sup>.

149.—La Convención sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras en materia civil y comercial, concluida el 1º de febrero de 1971, también estableció un régimen muy detallado. De acuerdo con su artículo 24 no resultaron afectadas las Convenciones anteriores a menos que se hubieren celebrado

164. Un régimen similar fue consagrado en los artículos 28, 29, 30, 31 y 32 de la Convención sobre obtención de pruebas en el extranjero, concluida el 18 de marzo de 1970.

los acuerdos suplementarios permitidos, los cuales debían aplicarse con preferencia, a falta de convenio contrario de los Estados Contratantes. Acto continuo el artículo 25 prohibió a los Estados Contratantes concluir entre ellos otras Convenciones sobre reconocimiento y ejecución de sentencias en los asuntos regulados convencionalmente, "a menos que lo consideren necesario, en particular, en virtud de sus vínculos económicos o de aspectos especiales de sus ordenamientos jurídicos". Por último, en el artículo 26 fue reconocido el principio de la *lex specialis* cuando dispuso que no prevalecería sobre otras convenciones que estuvieran o llegaran a estar en vigencia entre los Estados Contratantes en materias especiales y que consagran normas para el reconocimiento y la ejecución de sentencias.

150.—Otro ejemplo de regulación pormenorizada se encuentra en la Convención tendiente a facilitar el acceso internacional a la justicia, de 25 de octubre de 1980: su artículo 21 declara que no debía interpretarse en el sentido de limitar los derechos correspondientes a una persona de acuerdo con la ley de cualquier Estado Contratante o conforme a cualquier otra Convención de la cual el Estado Contratante fuera o llegara a ser Parte. De inmediato, en el artículo 22 declaró que reemplazaba a los artículos 17 a 24 de la Convención relativa al procedimiento civil firmada en La Haya el 17 de junio de 1905, o a los artículos 17 a 26 de la Convención sobre procedimiento civil suscrita en La Haya el primero de marzo de 1954, según fuera el caso; y en el artículo 23 declaró aplicables los acuerdos adicionales a dichas convenciones, a menos de voluntad contraria de los Estado Parte.

151.—La Convención sobre la ley aplicable a la compraventa internacional de mercaderías, aprobada en octubre de 1985, también reguló la materia con bastante cuidado. En el primer párrafo de su artículo vigésimo segundo dispuso: "La presente Convención no prevalecerá sobre las convenciones o acuerdos internacionales ya concertados o que se concerten en el futuro y que contengan cláusulas relativas a la determinación de la Ley aplicable a los contratos de compraventa; sin embargo, tales convenciones o acuerdos únicamente serán aplicables cuando el vendedor y el comprador tengan sus establecimientos en Estados Parte". De inmediato agregó, en el segundo párrafo del mismo artículo, que tampoco debía prevalecer "sobre otra convención

internacional en que un Estado contratante sea parte o se haga parte en el futuro y que establezca la ley aplicable a una categoría determinada de contratos de compraventa incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Convención". Seguidamente, en el artículo vigésimo tercero, previno que no sería obstáculo a la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 11 de abril de 1980) y a la Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías (Nueva York, 14 de junio de 1974), o al Protocolo por el que se enmienda dicha Convención (Viena, 11 de abril de 1980). En última instancia, su artículo vigésimo octavo dispuso que reemplazarían "a la Convención relativa a la ley aplicable a la compraventa internacional de mercaderías suscrita en La Haya el 15 de junio de 1955 respecto de los Estados Parte en ella que hayan consentido en obligarse por la presente y para los cuales ésta se encuentre en vigor".

#### O. TERMINACION

152.—De acuerdo con el párrafo segundo del artículo 42 de la Convención de Viena, "la terminación de un tratado, su denuncia o el retiro de una Parte no podrán tener lugar sino como resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado o de la presente Convención. La misma norma se aplicará a la suspensión de la aplicación de un tratado"; y en forma concordante agrega el artículo 54: "la terminación de un tratado o el retiro de una parte podrán tener lugar: a) conforme a las disposiciones del tratado ...".

Las reglas anteriores son aplicables a las Convenciones de La Haya. También se encuentran sometidas, a falta de precepto en contrario, al mandato del artículo 44 de la Convención de Viena, según el cual el derecho de denuncia "no podrá ejercerse sino con respecto a la totalidad del tratado"; y al artículo 55 que dispone: "Un tratado multilateral no terminará por el solo hecho de que el número de partes llegue a ser inferior al necesario para su entrada en vigor".

153.—Las primeras Convenciones de La Haya aprobadas en la tercera etapa establecieron una duración de cinco años a partir de la fecha de su entrada en vigencia aun para los Esta-

dos que la ratificaran o se adhirieran con posterioridad; y al mismo tiempo se convino en su renovación automática de cinco en cinco años, a falta de denuncia por alguno o varios de los Estados Contratantes. En este caso, la Convención mantenía su vigencia para los demás Estados Contratantes, pues sus efectos de la denuncia quedaban restringidos al Estado que la formuló; siendo de advertir que fue permitido limitarla a todos o a algunos de los territorios cuyas relaciones internacionales fueran garantizados por el Estado denunciante.<sup>165</sup>

154.—Desde el punto de vista formal la denuncia debe notificarse al Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos, por lo menos seis meses antes del vencimiento del lapso de vigencia de la respectiva Convención; a quien corresponde, en su carácter de depositario, hacerla de conocimiento de todos los Estados Contratantes.

El sistema anterior, utilizado en la Convención sobre procedimiento civil de primero de marzo de 1954, se mantuvo sustancialmente hasta la Décima Cuarta Sesión, con las siguientes variantes: a) a partir de la Convención sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, de cinco de febrero de 1961, fue especificado que la denuncia debía formularse dentro de los seis meses anteriores a la expiración del plazo de cinco años; y b) después de la Convención sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales, de 14 de marzo de 1978, debido a la inclusión de la "cláusula federal", se aclaró la posibilidad de las restricciones geográficas y fue establecido que la denuncia podía restringirse "a ciertos territorios o unidades territoriales"<sup>166</sup>.

155.—La Convención sobre la ley aplicable al fideicomiso y a su reconocimiento, aprobada en la Décima Cuarta Sesión, nada dispuso acerca del lapso de su duración, y por ese motivo tuvo una duración indefinida. En consecuencia, su artículo 31 suprimió los límites temporales para efectuar la denuncia, que pudo hacerse en cualquier momento, mediante una notificación formal por escrito al Ministro de Relaciones Exteriores de los Países Bajos; y se convino que produciría sus efectos a partir

165. En relación a los cambios terminológicos para denominar estos territorios, recuérdense los señalamientos hechos antes bajo el número.

166. Respecto a las cláusulas coloniales y federales, véanse los números 111 a 114 de este trabajo.



del primer día del mes siguiente a la expiración de un lapso de seis meses, contado a partir de la fecha de recepción de la notificación de la denuncia por el depositario, o en la oportunidad posterior indicada en la propia denuncia.

La Convención sobre la ley aplicable a los contratos de compra-venta internacional de mercaderías, aprobada en octubre de 1985, también tiene una duración indefinida; y al permitir la denuncia en cualquier tiempo, el párrafo segundo del artículo 30 dispuso que sus efectos comenzarían el primer día del mes siguiente al vencimiento de un plazo de tres meses, contado a partir de la fecha en la cual la notificación de la denuncia hubiera sido recibida por el Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos, en su carácter de depositario, o en la oportunidad posterior señalada en la denuncia.

156.—De acuerdo con la letra b) del artículo 54 de la Convención de Viena, la terminación de un tratado o el retiro de una parte puede producirse "en cualquier momento, por consentimiento de todas las partes, después de consultar a los demás Estados Contratantes". Sin embargo, esta causa no ha funcionado respecto de las Convenciones de La Haya.

157.—La Convención de Viena también dispone en el primer párrafo de su artículo 59: "Se considerará que un tratado ha terminado si todas las partes en él celebran ulteriormente un tratado sobre la misma materia, y: a) se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que ha sido intención de las partes que la materia se rija por ese tratado...". Esta hipótesis se ha presentado en varias ocasiones durante la tercera etapa de la Conferencia de La Haya, porque han sido concluidas Convenciones sucesivas sobre la misma materia: para resolver los problemas se ha dispuesto que la segunda reemplaza a la primera en las relaciones entre los Estados Contratantes<sup>167</sup>.

158.—La terminación de las Convenciones de La Haya también puede producirse por cualquiera otra de las causas admitidas en Derecho Internacional Público, consagradas en los artículos 60 y siguientes de la Convención de Viena<sup>168</sup>; y a fin de evitar conclusiones precipitadas debe tenerse presente el

167. Véase antes el número 142 de este trabajo.



mandato de su artículo 63, según el cual "la ruptura de relaciones diplomáticas o consulares entre Partes en un tratado no afectará a las relaciones jurídicas establecidas entre ellas por el tratado, salvo en la medida en que la existencia de relaciones diplomáticas o consulares sea indispensable para la aplicación del tratado". Sin embargo, el asunto no ha tenido incidencia sobre las Convenciones aprobadas durante la tercera etapa de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado.

159.—Corresponde también al Derecho Internacional Público determinar las consecuencias de la terminación de los tratados; y por cuanto las Convenciones de La Haya nada han dispuesto sobre el particular, resultan aplicables las pautas establecidas por el artículo 70 de la Convención de Viena, que prescribe:

"1.—Salvo que el tratado disponga o las partes convengan otra cosa al respecto, la terminación de un tratado en virtud de sus disposiciones o conforme a la presente Convención: a) eximirá a las partes de la obligación de seguir cumpliendo el tratado; b) no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las Partes, creados por la ejecución del tratado antes de su terminación.

"2.—Si un Estado denuncia un tratado multilateral o se retira de él, se aplicará el párrafo primero a las relaciones entre ese Estado y cada una de las demás Partes en el tratado, desde la fecha en que surta efectos tal denuncia o retiro"<sup>169</sup>.

169. A este respecto puede recordarse que ya en 1911 F. MEILI y A. MAMELOK se referían al problema de las consecuencias de la violación del Tratado por alguno de los Estados Contratantes, con el señalamiento de haberse imputado a Suiza la violación reiterada de la Convención sobre tutela; luego de examinar el asunto concluyeron que la Convención no se extingue y que tampoco pueden considerarse nulos los acontecimientos ocurridos como consecuencia de la violación, por ejemplo, la tutela organizada en el país del domicilio o de la residencia del menor y no en el de su nacionalidad (op. cit., pp. 48-49).

## V. LA APERTURA DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

160.—El problema de la apertura fue examinado formalmente el **catorce de octubre de 1980** en la Cuarta Comisión de la Décima Cuarta Sesión. En esa oportunidad el Secretario General Adjunto, MICHEL L. PELICHET analizó las diversas posibilidades desde cuatro perspectivas distintas, de importancia decreciente, a saber: a) la participación de Estados No Miembros cuando así lo recomendara la materia objeto de estudio; b) la intervención de todos los Estados No Miembros, que fueran parte de las Convenciones que la Conferencia pretendiera revisar; c) la cooperación con otras organizaciones internacionales; y d) la apertura resultante de la utilización de medios técnicos nuevos<sup>170</sup>.

### a) Apertura a los Estados-No Miembros de la Conferencia en razón de la materia objeto de examen.

161.—En el **Documento Preliminar número 2 del dos de noviembre de 1979**, relativo a la revisión de la Convención de quince de junio de 1955 sobre la ley aplicable a la compra-venta internacional de bienes muebles, y en el **Documento Preliminar número 3**, fechado también en **noviembre de 1979**, referente a los efectos de comercio, se hizo énfasis en la necesidad de la apertura de la Conferencia de La Haya a los Estados No Miembros, debido a la importancia universal de las materias objeto de consideración<sup>171</sup>; y con tal propósito fueron indicadas las siguientes alternativas:

a.—La primera posibilidad consiste en la preparación del respectivo Proyecto en el seno de la Conferencia, aun cuando con el compromiso de distribuir los documentos correspondientes a todos los Estados miembros de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCI-

170. "Note sur les problèmes d'ouverture de la Conférence de La Haye" "Actes et documents de la Quatorzième Session...", Vol. I, op. cit., pp. 193-194.

171. "Actes...", Vol. I, op. cit., pp. 83-85. En el Documento N° 3 se recordaron los planteamientos hechos en la Nota 1 de septiembre de 1976, relativa a los instrumentos negociables, cuando fueron destacadas las dificultades inherentes a la organización práctica del trabajo y a la política general de la Conferencia.

TRAL) y de tomar en cuenta sus sugerencias; una vez concluido el trabajo preparatorio la revisión final sería hecha por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), antes de someterlo a una conferencia diplomática.

Sin embargo, este sistema de "subcontratación" se consideró poco satisfactorio por varias razones: 1.—Resulta imposible garantizar que los Estados miembros de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) aceptaran discutir un Proyecto sobre base de un texto en cuya elaboración no han intervenido; 2.—Existe grave peligro de que las soluciones obtenidas en el seno de la Conferencia de La Haya por vía de una fácil o difícil transacción no sean respetadas en su discusión posterior por quienes no participaron en el compromiso; 3.—El prestigio de la Conferencia de La Haya sufre indudable deterioro por cuanto no terminaría los trabajos iniciados dentro de su seno; y 4.—Algunos Estados miembros pueden no estar dispuestos a dedicar al servicio de otras organizaciones una parte importante del presupuesto de la Conferencia de La Haya<sup>172</sup>.

b.—La segunda alternativa estaría representada por la admisión, con el carácter de Observadores, de todos los Estados Miembros de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), o a una parte de ellos, en las Comisiones Especiales y en las Sesiones Plenarias de la Conferencia de La Haya.

Aun cuando más satisfactoria, esta solución tampoco fue considerada aconsejable, no sólo por sus matices discriminatorios entre los asistentes sino porque más de la mitad de los participantes carecerían del derecho de voto, necesario para adoptar las decisiones finales. Por otra parte, se provocaría un grave resentimiento en los Estados del Tercer Mundo, cuya influencia no es posible desconocer en las decisiones de las Naciones Unidas<sup>173</sup>.

172. "Actes...", Vol. I, op. cit., p. 90.

173. "Actes...", Vol. I, op. cit., p. 91.

c.—La última posibilidad implica admitir con el carácter de Miembros **ad-hoc** a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, reconociéndoseles tanto el derecho de voto y de suscribir el Acta Final como de ratificar las Convenciones. De seguirse este método el resultado de los trabajos tendría mayor impacto y aceptación mundiales; y al mismo tiempo se reforzaría la posición de la Conferencia de La Haya frente a las organizaciones ocupadas de la unificación del Derecho Material. Sin embargo, no deben olvidarse las repercusiones presupuestarias de esta alternativa, las cuales podrían distribuirse entre los Estados Miembros de la Conferencia o entre todos los Estados Participantes<sup>174</sup>.

162.—En vista de la favorable actitud del Gobierno holandés, la Comisión Especial sobre Asuntos Diversos, reunida del **cuatro al ocho de febrero de 1980**, por unanimidad, recomendó a la Décima Cuarta Sesión la apertura de la Conferencia de La Haya a los Estados No Miembros. Sin embargo, la solución no fue propuesta como un imperativo categórico de necesaria aplicación en todos los casos, pues se consideró que su funcionamiento práctico debía depender de la materia concreta, para restringir la apertura a los asuntos de interés mundial, como el relativo a la ley aplicable a los efectos de comercio o la compra-venta internacional de bienes muebles.

La Comisión Especial consideró dos posibles procedimientos para realizar la apertura: a) la convocatoria a una Sesión Extraordinaria de la Conferencia de La Haya, a la cual serían invitados todos los Países; o b) la organización, en forma conjunta con las Naciones Unidas, de una Conferencia diplomática. Después de haber analizado sus ventajas e inconvenientes se pronunció en favor del primero, aun cuando hizo énfasis en la necesidad de considerar diversos aspectos prácticos, como los referentes al local y a los idiomas oficiales que serían utilizados. Por otra parte, la Comisión Especial contempló tres vías para atender a los gastos ocasionados por la apertura: su pago en forma voluntaria por el Gobierno de los Países Bajos, habida cuenta de que sus obligaciones convencionales se reducían a

174. "Actes...", Vol. I, op. cit., p. 91. Acto continuo, a las páginas 92 y 93 se encuentra un documento con el título: "Posición adoptada por las Naciones Unidas sobre la posibilidad de preparar, en el seno de la Conferencia de La Haya, una convención sobre la ley aplicable a los efectos de comercio".

sufragar los gastos de las Sesiones ordinarias; su cancelación por los Estados Miembros de la Conferencia únicamente; o su pago por los Estados Miembros y por los No Miembros que asistieran a la reunión<sup>175</sup>.

163.—La Cuarta Comisión de la Décima Cuarta Conferencia discutió el tema el **catorce de octubre de 1980**: aun cuando con sus comentarios no pretendía enterrar a la Conferencia de La Haya (**he had not come to bury the Conference**), el Delegado del Reino Unido (A.E. ANTON) hizo énfasis en los problemas inherentes a la apertura. En primer término se refirió a las mayores dificultades para lograr los niveles de entendimiento y de claridad de expresión obtenidos en las sesiones ordinarias, con el consiguiente riesgo de aprobar Convenciones que no fueran ratificadas. Por otra parte, no podía descartarse la *posible intervención de ingredientes políticos en las decisiones convencionales*, aspecto éste poco trascendente en las reuniones de los Estados Miembros debido a las altas calificaciones de los participantes; y también destacó las diversas *implicaciones derivadas de la aceptación de más de dos idiomas como oficiales en los trabajos previos y en los distintos documentos preparatorios*, con la inevitable necesidad de un mayor número de intérpretes, aparte de las dificultades de local y el incremento en los costos<sup>176</sup>.

Acto continuo, el Representante de Noruega (S. ROGNLIEN) recordó que la Conferencia de La Haya no reflejaba los intereses mundiales en toda su plenitud, persistiendo todavía en muchas partes la impresión de que era una especie de **"private club, which was itself dominated by a powerful inner circle"**; y, no obstante las indudables ventajas de pertenecer a un **"exclusive club"**, sostuvo que la Conferencia **"must adapt itself to changing conditions or eventually cease its activities"**. En efecto, aun cuando cualquier Estado puede convertirse en Miembro, se trata de una alternativa más bien teórica para los Países del Tercer Mundo, donde existen prioridades más importantes que la unificación del Derecho Internacional Privado. Por tanto, se pronunció en favor de la apertura, pero sin descuidar los problemas relativos al financiamiento y al número de idiomas oficiales, los cuales, sin embargo, no debían exagerarse:

175. "Actes...", Vol. I, op. cit., pp. 195-197.

176. "Actes...", Vol. I, op. cit., pp. 216-217.



en este sentido podrían obtenerse cifras concretas a través de un primer proyecto, como el intento de revisar la Convención sobre la Ley aplicable a la compra-venta internacional de mercaderías.

De particular interés fueron los comentarios del Representante del **Commonwealth Secretariat** (J. D. McCLEAN), en su carácter de Observador, para advertir que la apertura de la Conferencia no plantearía ningún problema de idioma a los cuarenta y un Países Miembros del **Commonwealth**. Sin duda alguna existían entre ellos diferentes grados de desarrollo, pero no debía olvidarse que algunos muy pequeños como Fiji y Tonga eran Parte de una o dos Convenciones aprobadas en la Conferencia de La Haya. Por lo demás, la dificultad de muchos para incorporarse como Miembros de la Conferencia de La Haya, debido a su tamaño y limitados recursos, explicaba la conducta de los respectivos Ministros de Justicia cuando encomendaron al **Commonwealth Secretariat** la preparación de documentos explicativos del trabajo de la Conferencia de La Haya y la formulación de Leyes modelo y de Recomendaciones basadas en las respectivas Convenciones. Por tanto, se pronunció categóricamente en favor de la apertura a los Estados No Miembros<sup>177</sup>.

De inmediato el Delegado de Suiza (J. VOYAUME) sostuvo la conveniencia de la apertura, pero siempre que la Conferencia no perdiera sus rasgos característicos; y aun cuando, según su criterio, debía mantenerse dentro de justos límites, una mayor participación era inevitable si se consideraban materias de interés mundial<sup>178</sup>. Criterio análogo fue defendido por los Representantes de Francia (J. LEMONTEY), Países (C. D. VAN BOESCHOTEN), Suecia (J. BECR-FRIIS), Australia (H. T. BENNETT), Dinamarca (T. MELCHIOR), Italia (G. BARILE), Portugal (I. M. DE MAGALHAES COLLACO), Estados Unidos de la América del Norte (P. H. PFUND) y España (A. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO). Por último, el Delegado del Reino Unido (A. E. ANTON) explicó sus palabras iniciales advirtiendo que había

177. "Actes...", Vol. I, op. cit., p. 218.

178. "Actes...", Vol. I, op. cit., p. 217.



actuado *not as a dissenter but as a cautioner*; y el Representante de Austria (F. SCHWIND) insistió en el carácter excepcional de la apertura de la Conferencia<sup>179</sup>.

Con vista de las exposiciones hechas, el Presidente de la Cuarta Comisión, B. WALSH (Irlanda), dejó constancia del asentimiento de todas las delegaciones en favor de una apertura de carácter limitado y restringida a ciertas materias de interés mundial.

164.—Los antecedentes expuestos y el propósito de obtener el respeto de la esfera propia de su actividad por otras organizaciones internacionales, en particular por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), explican la **Decisión D. 1**, adoptada el **veinticinco de octubre de 1980** por la **Décima Cuarta Sesión de la Conferencia de La Haya**: expresamente admitió la posible participación de los Estados No Miembros cuando fuere aconsejable en vista de la materia objeto de examen: apertura cuya implementación en cada caso particular debía decidirse por los Gobiernos de los Estados Miembros o ser resuelto por la Comisión Especial sobre los Asuntos Generales y la Política de la Conferencia<sup>180</sup>.

**b.—Apertura a los Estados Partes de las Convenciones que la Conferencia pretende revisar:**

165.—En el **Documento Preliminar número 6**, fechado en **diciembre de 1979**, la Oficina Permanente llamó la atención de los Estados Miembros sobre los problemas que se presentan cuando se pretende revisar una Convención, ratificada por Estados No-miembros; y sobre la diversa actitud asumida por la Conferencia de La Habana en la época anterior<sup>181</sup>. Por tanto, debido a la importancia del asunto, surgió su examen en la **Décima Cuarta Conferencia** a fin de adoptar una política uniforme en el futuro.

La Oficina Permanente hizo énfasis en el mandato del artículo 40 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, a pesar de no encontrarse vigente para la fecha, que, por ele-

179. "Actes...", Vol. I, op. cit., pp. 218-219.

180. "Actes...", Vol. p. 63.

181. En algunos casos los Estados Parte habían sido invitados, a pesar de no ser Miembros de la Conferencia; en otras oportunidades nada se les informó sobre los trabajos de revisión.

mentales razones de cortesía, reconoció a los Estados Parte el derecho a intervenir en la revisión: aun cuando, en estricto rigor, dicho precepto no se encuentra en perfecta armonía con el artículo tercero del Estatuto de la Conferencia, ningún obstáculo impide cumplirlo en forma voluntaria cuando se pretenda revisar por la Conferencia de La Haya una Convención concluida dentro de su seno o bajo los auspicios de otras organizaciones.

Por último, el Documento Preliminar Número 6 recordó la importancia práctica del asunto, en vista de las recientes iniciativas, orientadas a preparar un Proyecto de Convención sobre la Ley aplicable a los efectos de comercio y el cual, necesariamente, afectaría el régimen sancionado por las Convenciones suscritas en Ginebra en 1930 y 1931<sup>182</sup>.

166.—La Comisión Especial sobre Materias Diversas conoció del asunto durante sus sesiones del **cuatro al ocho de febrero de 1980**: algunos expertos sugirieron abstenerse de solucionar el problema en términos generales y resolviendo caso por caso. Sin embargo, muy pronto se obtuvo **consensus** en el sentido de aconsejar una invitación automática a todos los Estados Parte de una Convención que se pretendiera revisar, aun cuando no fueran Miembros de la Conferencia de La Haya. Más aún: fue resuelto cumplir de inmediato con el artículo 40 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y solicitar del Gobierno de los Países Bajos que invitara a todos los Estados Parte a la revisión de la Convención sobre Procedimiento Civil de 1954, de la Convención sobre la Ley aplicable a la compra-venta internacional de mercadería de 1955, ambas aprobadas en el seno de la Conferencia de La Haya, y de las Convenciones sobre letra de cambio y cheque concluidas en Ginebra en 1930 y en 1931<sup>183</sup>.

167.—Las recomendaciones anteriores no fueron objeto de comentario, al considerarse el asunto en la Comisión Cuarta, el

182. "Actes...", Vol. I, op. cit., pp. 89, 111-113.

183. "Actes...", op. cit., pp. 197-198. La excitación tuvo acogida y para la revisión de los últimos capítulos de la Convención de 1954 sobre Procedimiento Civil fueron invitados como Miembros *ad-hoc*, con derecho de voto, Brasil, Hungría, Líbano, Marruecos, Polonia, Rumania, Santa Sede y Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas. De acuerdo con GEORGES L. DROZ su participación fue "muy fructífera y es buen augurio de una probable apertura mucho más importante". ("La Conférence...", art. cit., p. 147).

catorce de octubre de 1980<sup>184</sup>; y la Décima Cuarta Sesión, con apoyo en el artículo 40 de la Convención de Viena; por su Decisión D. 2, aplaudió la iniciativa del gobierno de los Países Bajos, y declaró que, en el futuro, debía continuarse la práctica de invitar a la revisión de las Convenciones a todos los Estados Parte, aun cuando no fueron Miembros de la Conferencia de La Haya<sup>185</sup>.

c.—Cooperación con otras organizaciones internacionales:

168.- La Comisión de Estudio encargada por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) de la preparación de normas materiales uniformes sobre el contrato de **factoring**, muy pronto se percató de la necesidad de llenar las inevitables lagunas del Proyecto con reglas uniformes de Derecho Internacional Privado; y a tales fines, en un **Informe de comienzos de 1979**, propuso entrar en contacto con la Conferencia de La Haya, debido a su gran experiencia sobre la materia<sup>186</sup>.

169.- De esta manera fue planteada a la Conferencia de La Haya un problema de gran importancia, que afecta no sólo al **factoring** internacional sino a la naturaleza misma de su cooperación con otras organizaciones internacionales dedicadas a la unificación del Derecho Material. A este respecto, en el **Documento Preliminar Número 4**, de noviembre de 1979, la Oficina Permanente recordó los sistemas utilizados en épocas anteriores, a saber: a) el convenio suscrito con el Consejo de Europa para que éste le encomendara el estudio de las cuestiones referentes a Derecho Internacional Privado; b) el cruce de correspondencia con la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y con el **Commonwealth Secretariat** para el intercambio recíproco tanto de Informaciones como de Representantes, con carácter de Observadores en las respectivas Conferencias; y (c) los contactos directos con otras organizaciones, tales como la Secretaría de la Organización de los Estados Americanos (OEA), el Comité Jurídico Consultivo Asiático-africano (AALC), la Comisión de las Comunidades Europeas (CEE), el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC)<sup>187</sup>.

184. "Actes...", Vol. I, op. cit., p. 220.

185. "Actes...", Vol. I, op. cit., p. 63.

186. "Actes...", Vol. I, p. 94.

187. "Actes...", Vol. I, op. cit., p. 95.

Aun cuando el funcionamiento de los anteriores mecanismos podía considerarse satisfactorio, el Documento Preliminar Número 4 hizo énfasis en la necesidad de ciertos cambios para atender las exigencias impuestas por la unificación del derecho en la época contemporánea<sup>188</sup>. En efecto, originariamente la Conferencia había intentado realizar codificaciones generales de Derecho Internacional Privado, pero después de la Segunda Gran Guerra sus actividades se dirigieron a reglamentar los conflictos de leyes y de jurisdicciones en ciertas materias específicas, y a garantizar la asistencia judicial internacional. No obstante, sus trabajos han carecido de vínculos reales con los esfuerzos de unificación del derecho material, que en la actualidad evolucionan constantemente en forma vertical o de manera paralela<sup>189</sup>.

a.—**Concentración vertical de los esfuerzos de unificación:**

170. - De acuerdo con la Oficina Permanente, las organizaciones encargadas de la unificación del derecho material, cuando encuentran posibilidades efectivas de cumplir su propósito pretenden completar la tarea mediante la unificación de las reglas de conflicto de leyes y, algunas veces, de jurisdicciones. De esta manera, la Conferencia de La Haya queda al margen de los trabajos, con el consiguiente impacto sobre su prestigio; y, además, la generalización de semejante procedimiento conduce a la atomización de las soluciones de Derecho Internacional Privado. Ahora bien, en muchos casos son necesarias soluciones de conjunto aplicables a categorías más extensas, y a estos fines los técnicos de la Conferencia de La Haya ofrecen un conocimiento y una experiencia poco superables<sup>190</sup>. En consecuencia, parece conveniente la cooperación con otras instituciones y organismos internacionales dentro del marco de una unificación vertical, referida a asuntos concretos; y en el Documento Preliminar Número 4 fueron indicadas las siguientes posibilidades:

1) Los miembros de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya podrían aportar sus conocimientos a las otras organizaciones, como una especie de **"expers consultants"**, con

188. "Actes...", Vol. I, op. cit., p. 95.

189. "Actes...", Vol. I, op. cit., pp. 95-96.

190. "Actes...", Vol. I, op. cit., pp. 96-97.

el encargo de preparar las normas de conflicto de leyes que llenen los vacíos dejados por las reglas sustantivas uniformes. Sin embargo, es una vía poco recomendable por cuanto la experiencia demuestra que las soluciones aceptadas en definitivas representan un compromiso entre los puntos de vista de los principales sistemas jurídicos interesados; y los miembros de la Oficina Permanente de la Conferencia no podrían profetizar las posibles transacciones a realizarse entre los defensores de los distintos criterios.

2) El organismo encargado de la unificación del Derecho material podría requerir de la Conferencia de La Haya la convocatoria de un Comité de Expertos para el estudio de los problemas de Derecho Internacional Privado en una materia concreta y la preparación del correspondiente Anteproyecto, que luego sería discutido en el seno del organismo solicitante. De esta manera la Conferencia se convertiría en una especie de "subcontratista", resultado poco satisfactorio por el negativo impacto sobre su prestigio; y el procedimiento tampoco podría utilizarse si los Estados Miembros se oponen a la utilización del presupuesto para estos fines.

3) La tercera posibilidad consistiría en la creación de un "Comité Mixto", compuesto de especialistas en Derecho sustantivo y en Derecho Internacional Privado, que representara los diversos sistemas jurídicos. Sin embargo, los Estados Miembros de la Conferencia de La Haya podrían ver con disgusto el trabajo de sus expertos en un "Comité Mixto" encargado de la preparación de un texto, que posteriormente pudiera adoptarse sin reflejar vínculo alguno con la Conferencia; pero, al decir de la Oficina Permanente, se trataría de un "conflicto de paternidades" que no debería ser insuperable, "**in the interest of the child**"<sup>191</sup>.

4) En última instancia sería posible elaborar algunas reglas sustantivas de carácter uniforme cuando la Conferencia de La Haya preparara un Proyecto de Convención sobre Derecho Internacional Privado; en cuyo caso podría solicitar la necesaria colaboración de algún organismo especializado, como el Consejo de Europa o el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT).

191. "Actes...", Vol. I, op. cit., pp. 97-98.



**b.—Esfuerzos paralelos de Unificación:**

171.- Los trabajos de unificación del Derecho sustantivo en un sector jurídico concreto revelan, en muchos casos, la conveniencia o facilitan la oportunidad para unificar las reglas de Derecho Internacional Privado: así ha ocurrido durante la revisión de las Convenciones de Ginebra sobre letra de cambio y cheque; y también en las tareas cumplidas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL). En ambas ocasiones se ha reconocido la especialidad de la Conferencia de La Haya y sus representantes han participado, hasta ahora, con carácter de Observadores en las reuniones, particularmente en las referentes al "nuevo orden económico internacional"; pero si esta coordinación de esfuerzos a nivel de Secretaría resultare insuficiente en el futuro, comenta el referido "Documento Preliminar Número 4", puede ocurrir que los miembros de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), o los de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), tomen interés en estudiar materias actualmente reservadas al campo de acción específico de la Conferencia de La Haya. Por tanto, parece aconsejable evitar esta inclinación a cuyo efecto pueden seguirse dos vías distintas:

1) La primera posibilidad sería que la Conferencia de La Haya preparara, de acuerdo con sus propios métodos de trabajo, un Proyecto de Convención sobre una materia propia del comercio internacional, aun cuando permitiendo, a nivel de las Comisiones de Expertos, la intervención de terceros países, por ejemplo de los Miembros de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) o del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT); y una vez concluido el Proyecto lo enviaría a la Organización de las Naciones Unidas para la convocatoria de una Conferencia diplomática *ad-hoc*. Sin embargo, de esta manera no quedaría reconocido adecuadamente el mérito de los trabajos realizados en el seno de la Conferencia y el éxito de las gestiones se atribuiría a la Organización de las Naciones Unidas<sup>192</sup>.

192. "Actes...", Vol. I, op. cit., p. 99.



2) La segunda alternativa consistiría en la apertura de la Conferencia de La Haya a otros Estados, Miembros de la Organización de las Naciones Unidas o del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), cuando se *examinen materias propias al comercio internacional*; y, según señala el "Documento Preliminar Número 4", esta posibilidad ha sido utilizada ya en los trabajos relativos a la revisión de los efectos de comercio<sup>193</sup>.

172. - La Comisión Especial reunida del **cuatro al ocho de febrero de 1980**, luego de examinar el asunto, consideró imprescindible una efectiva cooperación, en plano de igualdad, con otras organizaciones encargadas de uniformar el Derecho sustantivo, particularmente cuando se trata de unificación vertical. Sin embargo, los métodos a utilizarse pueden ser distintos de acuerdo con las circunstancias y consistir en el envío de un miembro de la Oficina Permanente con el carácter de Observador; en la constitución de una Comisión *ad-hoc* de la Conferencia o en la creación de una Comisión Mixta, integrada con representantes de las organizaciones interesadas. Este último procedimiento fue considerado como el más satisfactorio, aun cuando quedó pendiente la forma de nombrar los expertos y los inevitables problemas presupuestarios, que deberían solucionarse a través de negociaciones entre los participantes<sup>194</sup>.

La Comisión Especial también examinó la posibilidad de "subcontratación": estuvo de acuerdo en calificar como "**subcontratación mala**" el encargo de realizar todos los trabajos preliminares hasta la elaboración del proyecto, para ser considerado por una Conferencia Diplomática convocada por otro organismo internacional. Por el contrario, se trataría de "**subcontratación buena**" cuando se le encomiende tanto el estudio de un tema específico de Derecho Internacional Privado como la realización de todas las gestiones hasta la adopción del texto definitivo<sup>195</sup>.

173. - La Cuarta Comisión de la Décima Quinta Conferencia examinó las anteriores posibilidades en su sesión vespertina del **catorce de octubre de 1980**; y de inmediato intervino el Secre-

193. "Actes...", Vol. I, op. cit., p. 99.

194. "Actes...", Vol. I, op. cit., p. 199.

195. "Actes...", Vol. I, op. cit., p. 200.

tario General Adjunto, MICHEL PELICHET, para sostener la necesidad de una cooperación estrecha bajo la forma vertical, con particular señalamiento de las dificultades encontradas en materia de **leasing** y **factoring** por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)<sup>196</sup>.

Acto continuo el Secretario General de dicho Instituto, RICARDO MONACCO, hizo énfasis en la magnitud de las lagunas en los diversos trabajos de unificación del Derecho sustantivo: en primer término, entre los Estados Parte de la Convención Uniforme y los terceros países; y, en segundo lugar, entre los mismos Estados Parte en todos los asuntos donde no pudo obtenerse acuerdo o que simplemente no fueron objeto de regulación. De seguida, el Delegado de Francia (J. LEMONTEY) se pronunció en favor de las conclusiones contenidas en el Documento Preliminar distinguido con la letra "B", que prepara la Oficina Permanente; pero el Representante del Reino Unido (A.E. ANTON), con base en la experiencia de la **Law Commission for Scotland**, hizo públicos sus temores de que la subcontratación trajera consigo desviar a la Conferencia de La Haya de su tarea primaria, consistente en la unificación del Derecho Internacional Privado. Dudas análogas expresaron los Delegados de Suiza (J. VOYAUME), Portugal (L.M. DE MAGALHAES COLLAÇO) y España (J.M. LACLETA).

Una vez concluido el examen del asunto, el Presidente de la Cuarta Comisión, B. WALSH (Irlanda), dejó constancia del acuerdo existente en el sentido de que cada organismo debía mantenerse dentro de su propia esfera de acción, sin perjuicio de una recíproca colaboración, en beneficio de todos<sup>197</sup>.

174. - El resultado de las consideraciones anteriores fue sometido a la Décima Cuarta Sesión de la Conferencia de La Haya; y la **Resolución D. 3**, aprobada el **veinticinco de octubre de 1980** declaró la conveniencia de estrechar la cooperación, ya existente a nivel de Secretaría, utilizando los métodos más conformes con las materias a examinarse. De igual modo fue autorizado el Secretario General para intercambiar ideas con los funcionarios responsables de las correspondientes organizaciones internacionales, a fin de someter a los Estados Miembros las propuestas de cooperación en los casos apropiados<sup>198</sup>.

196. "Actes...", Vol. op. cit., p. 220.

197. "Actes...", Vol. I, op. cit., pp. 220-221.

198. "Actes...", Vol. I, op. cit., p. 63.

c.—**Leyes Modelo o Recomendaciones:**

175.- Según informa el "**Documento Preliminar "B" junio de 1980**", con motivo del examen de las diversas formas de posible cooperación con otros organismos internacionales surgió de nuevo la interrogante de la conveniencia de abandonar, en ciertas materias, el sistema inflexible de las convenciones multilaterales para adoptar un método más elástico como la elaboración de **Leyes Modelo** <sup>199</sup>.

La Oficina Permanente recordó el fracaso de una propuesta análoga en la Novena Sesión de la Conferencia de La Haya. Sin embargo, a su entender, las razones de seguridad jurídica esgrimidas en aquella ocasión para fundamentar el rechazo sólo resultan justificables si la materia a unificarse impone una necesaria reciprocidad, como ocurre en el derecho de familia, de sucesión o en el estatuto personal, y en algunos asuntos mercantiles, donde la certidumbre jurídica tiene una importancia fundamental.

Ahora bien, un nuevo examen del asunto permitió establecer un sector muy complejo del derecho mercantil donde el elemento de la reciprocidad es prácticamente intrascendente; motivo por el cual resulta más aconsejable el sistema de las **Leyes Modelo** que el método de las convenciones multilaterales: así ocurre respecto de los contratos de licencia y de **know-how**, de la transferencia de tecnología, de las garantías mobiliarias o de las transferencias electrónicas de sumas de dinero. En apoyo de esta sugerencia, la Oficina Permanente recordó que Estados No Parte de Convenciones elaboradas por la Conferencia de La Haya habían utilizado algunas de ellas como "leyes modelo". En efecto la Convención sobre forma de los testamentos, fue adoptada por África del Sur y por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte; el Estado de Yukon, Estados Unidos de la América del Norte introdujo en su derecho interno las normas de la Convención sobre la ley aplicable a los accidentes de la circulación por carretera. Por tanto, son innegables las ventajas de este procedimiento para Estados como Canadá o los Estados Unidos de la América del Norte, habida cuenta de que el Gobierno de la Federación no tiene facultades para ratificar cualquier clase de Convenciones de derecho privado con carácter obligatorio para sus diversas unidades territoriales <sup>200</sup>.

199. Véase antes el número 38 de este trabajo.

200. DROZ, "La Conférence...", art. cit., p. 154. Véase también antes, el número 114 de este trabajo.

176.- La Oficina Permanente examinó también en el Documento Preliminar "B" la conveniencia de utilizar el procedimiento de las **Recomendaciones** como un método más flexible para el logro de la uniformidad, con fundamento en un sabio principio: "**il faut mieux convaincre que contraindre**"<sup>201</sup>; y en su apoyo hizo énfasis en el éxito práctico de las Recomendaciones de la Comunidad Económica Europea o del Consejo de Europa, por ejemplo, al sugerir dieciocho años como límite de la mayoría de edad o la admisión del domicilio separado de las mujeres casadas.

De igual modo fue recordado por la Oficina Permanente que una conducta análoga es seguida por los actores del comercio internacional, quienes han aceptado, sin constreñimiento, reglas comunes para facilitar sus relaciones: así lo demuestran tanto los "**Incoterms**" (**international commercial terms**), como las condiciones generales de contratación; y las mismas directrices inspiran la Resolución de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas del **cinco de diciembre de 1976**, cuando se imitó a recomendar la aplicación del "Reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL)"<sup>202</sup>.

Por otra parte, el método de las Recomendaciones se consideró especialmente aconsejable para los Modelos, preparados con la finalidad de facilitar el funcionamiento tanto de la Convención sobre obtención de pruebas en el extranjero como de la Convención para practicar notificaciones: al tratarse de simples recomendaciones, los Modelos podrían ajustarse a las cambiantes necesidades de la vida diaria sin necesidad de cumplir con el laborioso procedimiento de revisar la Convención<sup>203</sup>.

177.- La Comisión Cuarta de la Décima Sesión examinó el asunto el **catorce de octubre de 1980**: los Representantes de Estados Unidos de la América del Norte (P. H. PFUND) Holanda (C. C. VAN BOESCHOTEN) y Dinamarca (T. MELCHIOR) se pronunciaron expresamente en favor de la utilización del método de las Recomendaciones para promover la uniformidad legislativa<sup>204</sup>.

201. DROZ, "La Conférence...", art. cit., p. 155.

202. DROZ, "La Conférence...", art. cit., p. 155.

203. "Actes...", Vol. I, op. cit., pp. 200-201.

204. "Actes...", Vol. I, op. cit., p. 222.

178.- El asunto se consideró en el Plenario de la Décima Cuarta Sesión de la Conferencia de La Haya; y la **Decisión D. 4**, aprobada el **veinticinco de octubre de 1980**, luego de reiterar como objetivo principal la elaboración de Convenciones, admitió la posibilidad de procedimientos menos vinculantes, como la Recomendación o la Ley Modelo, cuando fueron más apropiados en el caso concreto <sup>205</sup>

La Décima Cuarta Sesión no se limitó a aprobar la Decisión D. 4; En efecto, la **letra F) del Acta Final** incluye una Recomendación a los Estados Parte de la Convención sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de menores, relativa a un modelo de formulario para pedir la devolución de los menores desplazados o retenidos ilegítimamente <sup>206</sup>; y bajo la **letra G)** fue hecha formal Recomendación a los Estados Miembros y a los Estados No-Miembros pero partes de la Convención de quince de noviembre de 1965 sobre la significación y notificación en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, en el sentido de que cualquier requerimiento estuviera acompañado de un resumen, según el formulario anexo a dicha Convención, y de una explícita advertencia al destinatario de la importancia del asunto, en los términos establecidos en la propia Acta Final <sup>207</sup>.

179.- El método de la Recomendación había sido utilizado por la Comisión Especial, reunida en **junio de 1978**, con el objeto de examinar el funcionamiento de la Convención de 18 de marzo de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en asuntos civiles o mercantiles. En efecto, numerosos expertos presentes destacaron la conveniencia de un modelo de formulario de carta rogatoria que facilitara su funcionamiento práctico;

205. "Actes...", Vol. I, op. cit., p. 63.

206. "Actes...", Vol. I, op. cit., pp. 65-66.

207. "Actes...", Vol. I, op. cit., pp. 67-69. Al respecto: Véase el Documento Preliminar N° 5 de noviembre de 1979, preparado por la Oficina Permanente bajo el título: "Note about the proposal of the Secretary General of the Council of Europe concerning, information of accompany judicial and extrajudicial documents to be sent or served abroad in civil or commercial matters" (Actes..., Vol. I, op. 1.010-103). La Convención de quince de noviembre de 1965 estuvo acompañada de varios formularios anexos; a) de solicitud para pedir la significación o notificación en el extranjero de un documento judicial o extrajudicial; b) de certificación de haber cumplido el requerimiento; y c) de un resumen de los elementos esenciales del acto que será significado o notificado. En el mes de **noviembre de 1977** se reunió una Comisión Especial para examinar su funcionamiento práctico; y los expertos de acuerdo en la



y fue efectivamente preparado, aun cuando sin carácter obligatorio, pero con la esperanza de que sería ampliamente seguido por las autoridades de los Estados Contratantes, pues su única finalidad era favorecer y facilitar la asistencia judicial internacional<sup>208</sup>.

180.- Requerimientos similares se dejaron también sentir en la Convención tendente a facilitar el acceso internacional a la Justicia, de 25 de octubre de 1980, aprobada en la Décima Cuarta Sesión con dos modelos de formularios: uno para transmitir la solicitud de asistencia judicial; y otro para la petición de asistencia judicial. De esta manera se pretendió facilitar su manejo por las autoridades de los Estados Contratantes; y con el propósito de lograr cabalmente la finalidad perseguida fue dispuesto por su artículo 30:

"Los modelos de formularios anexos a esta Convención pueden ser modificados por decisión de una Comisión Especial, convocada por el Secretario General de la Conferencia de La Haya, a la cual serán invitados todos los

---

conveniencia de que la autoridad requiriente utilizara, en principio, los formularios anexos a la Convención, sin alterar el orden de los asuntos objeto de información, a fin de evitar malos entendidos. De igual modo se consideró aconsejable la preparación de un Manual para facilitar su aplicación; el cual fue publicado por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya en 1983. Por lo demás, como se destaca en dicho Manual la Recomendación aprobada por la Décima Cuarta Sesión persigue que la advertencia se haga en francés y en inglés, siendo así que el primer párrafo del artículo séptimo de la Convención tan sólo exige que las menciones impresas en el formulario sean llenadas en inglés o en francés ("Practical Handbook on the Operation of the Hague Convention of 15 November 1965 or the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters", Antwerpen - Apeldoorn, 1983, p. 37).

208. "Practical Handbook on the Operation of the Hague Convention of 18 March 1970 or the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters", Antwerpen - Apeldoorn, 1984, p. 40. El carácter facultativo del formulario fue destacado en la Segunda Reunión de la Comisión Especial encargada de examinar el funcionamiento de la Convención de La Haya del dieciocho de marzo de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en materia civil o mercantil, que tuvo lugar en el mes de mayo de 1985. No obstante es de advertir que fueron hechos algunos cambios al formulario de 1978, con vista del modelo preparado por la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-III), reunida en La Paz, Bolivia, en 1984. ("Informe sobre los Trabajos de la Segunda Reunión de la Comisión Especial encargada de examinar el funcionamiento de la Convención de La Haya del 18 de marzo de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en materia Civil o Comercial, preparado por la Oficina Permanente", (Documento mimeografiado). La Haya 1985, pp. 14-15.



Estados Contratantes y todos los Estados Miembros de la Conferencia de La Haya. La propuesta de enmienda de los formularios deberá incluirse en el orden del día que se acompañe a la convocación.

"Las modificaciones serán adoptadas en la Comisión Especial por la mayoría de los Estados presentes y votantes. Entrarán en vigencia para todos los Estados Contratantes el primer día del séptimo mes después de la fecha en la cual el Secretario General las haya comunicado a todos los Estados Contratantes.

"Durante el lapso previsto en el párrafo anterior, todo Estado Contratante podrá notificar por escrito al Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos que pretende formular una reserva a esa enmienda. El Estado que haya hecho semejante reserva será considerado, en lo que concierne a esa modificación, como si no fuera Parte de esta Convención hasta que la reserva no sea retirada".

181.- La Décima Cuarta Sesión aprobó también la **Decisión E. 1**, por medio de la cual resolvió inscribir con prioridad en el orden del día de los trabajos futuros la revisión de la Convención de quince de junio de 1955 sobre la Ley aplicable a las ventas con carácter internacional de bienes muebles corporales. En consecuencia, fue considerada propicia la oportunidad para cumplir la **Decisión D. 1** sobre apertura de la Conferencia de La Haya, bajo la forma de una sesión Extraordinaria; y se encomendó al Secretario General la preparación de todos los informes necesarios, especialmente los financieros, para que los Gobiernos de los Estados Miembros pudieran adoptar la decisión definitiva<sup>209</sup>.

182.- La Oficina Permanente cumplió a cabalidad la tarea que le encomendó la Décima Cuarta Sesión: en el **mes de mayo de 1981** aparecieron tres Documentos Preliminares donde fueron examinados los problemas relativos al financiamiento de la Sesión Extraordinaria<sup>210</sup>, a los procedimientos que podrían utili-

209. "Actes...", Vol. I, op. cit., p. 64.

210. "Actes et Documents de la Quinzieme Session", Vol. I, La Haya, 1986, pp. 45-51. El Documento Preliminar Nr. 1 fue preparado por el Secretario General, con el título: "Note sur le financement d'une Session extraordinaire en matiere de loi applicable a la vente internationale".

zarse para revisar la Convención de 1955<sup>211</sup> y a los aspectos temporales de los trabajos preparatorios<sup>212</sup>.

Los Documentos anteriores fueron objeto de examen por la Comisión Especial sobre los Asuntos Generales y la Política de la Conferencia en el mes de **junio de 1981**; y en una segunda reunión, que tuvo lugar en **enero de 1984**, consideró los Documentos preliminares de diciembre de 1983 relativos a la invitación de los Estados No-Miembros de la Conferencia de La Haya<sup>213</sup> y al financiamiento de la publicación de las Actas y Documentos de la Sesión Extraordinaria de 1985<sup>214</sup>.

La Comisión Especial decidió que la invitación fuera hecha por el Gobierno de los Países Bajos, a quien hizo llegar su gratitud por haberse manifestado dispuesto a cumplir semejante tarea; estuvo de acuerdo en entender que la invitación debía extenderse a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas y a los Estados No-Miembros reconocidos por los Países Bajos; y que la invitación debería ser hecha "a solicitud de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado"<sup>215</sup>.

211. El Documento Preliminar N° 2, preparado por la Oficina Permanente, lleva por título: "Note on the procedures to be employed for the revision of the Hague Convention of 1955, on the Law Applicable to International Sales of Goods". ("Actes...", Vol. I, pp. 52-56).
212. El Documento Preliminar N° 3 lleva por título: "Note sur le déroulement dans le temps des travaux de la Conférence"; y fue preparado por el Secretario General ("Actes...", Vol. I, op. 57-61).
213. El Documento Preliminar C, preparado por el Secretario General lleva por título: "Note on the invitation of States which are non-Members of the Conférence to the Extraordinary Session of October 1985 on the international sale of goods" ("Actes...", Vol. I, op. cit., 94-95).
214. El Documento Preliminar H, preparado por la Oficina Permanente, se titula: "Note sur le financement de la publication des Actes et documents de la Session extraordinaire de 1985" ("Actes...", Vol. I, op. cit., pp. 125-127).
215. "Conclusions of the Special Commission of January, draw up by the Permanent Bureau" (Documento Preliminar Nr. 1 de abril de 1984) ("Actes...", Vol. I, op. cit., p. 146). Dos Anexos se refirieron al tema: el Anexo 10 relativo al punto II bajo el título: "Note sur le financement de la publication des Actes et documents de la Session extraordinaire de 1985", preparado por la Oficina Permanente ("Actes...", Vol. I, op. cit., pp. 170-172); y el Anexo 5 relativo al Punto 1 bajo el título: "Invitation of States which are not Members of the Hague Conference to the Extraordinary Session of October 1985 on international sales of goods. Lit submitted by the Permanent Bureau" ("Actes...", Vol. I, op. cit., pp. 186-188).

De esta manera quedaron cumplidos los trámites previstos con precisión envidiable; en la oportunidad fijada, **catorce de octubre de 1985**, se instaló la Sesión Extraordinaria de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado; y las dificultosas tareas concluyeron dieciséis días más tarde, en horas de la mañana del **treinta de octubre de 1985**, cuando fue suscrita el Acta Final de la Conferencia Diplomática que aprobó el Proyecto de "Convención sobre la Ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías".

## **LOS LIMITES ENTRE VENEZUELA Y EL ESTADO DE GUYANA (\*)**

### **Bosquejo histórico de la controversia existente**

**Por Reinaldo Chalbaud Zerpa.**

\* Parte de este trabajo fue publicado en la Revista N° 14 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, bajo el título "El litigio de límites con Gran Bretaña".

## PRIMERA PARTE

### LOS CONFLICTOS INTERNACIONALES Y SUS MEDIOS DE SOLUCION

1

#### Los Conflictos Internacionales

El Tribunal Permanente de Justicia Internacional, en sentencia de fecha 30 de agosto de 1924 entendió por conflicto internacional "un desacuerdo sobre puntos de hecho o de derecho; una contradicción o una divergencia de tesis jurídicas o de intereses entre dos Estados"<sup>1</sup>. En sentido similar se ha expresado la doctrina al sustentar que "puede surgir una controversia entre dos o más Estados a causa de la violación de un derecho cometida por uno de ellos en perjuicio de otros o simplemente por razón de un conflicto de intereses"<sup>2</sup>.

Los conflictos internacionales ponen en peligro la seguridad, no sólo de los Estados que participan en los mismos, sino también la de los restantes miembros de la comunidad internacional, y en la búsqueda de su solución admiten, de una manera general, dos tipos de medidas: a) medios pacíficos; b) medios coactivos; estos últimos, en grado extremo, llegan a confundirse con la guerra, entendida como la lucha armada, es decir, con empleo de la fuerza, entre los cuerpos políticos que se denominan Estados, para imponer cada uno su voluntad al adversario<sup>3</sup>.

1. Cfr. Charles Rousseau: **Derecho Internacional Público**. Pág. 472.
2. Cfr. Julio Diena: **Derecho Internacional Público**. Pág. 447. Igualmente véase la opinión de Torres Campos en la obra **Derecho Internacional**, de Simón Planas Suárez, Vol. I, Pág. 424.
3. Definición de César Díaz Cisneros en su **Derecho Internacional Público**. Pág. 314. Tomo II.

Compete al Derecho Internacional garantizar la seguridad de los sujetos internacionales, procurando en todo momento evitar la guerra. En este orden de ideas, un sistema que persiga organizar la seguridad colectiva en el ámbito internacional, debe implicar tres elementos: 1º) la reglamentación del empleo de la fuerza, tendente a prohibir su uso y conducente a la renuncia a la guerra, y la limitación de los medios de fuerza en procura del desarme; 2) el establecimiento de procedimientos destinados a prevenir el uso de la fuerza, o sea, la búsqueda de soluciones pacíficas a las controversias internacionales; y 3) finalmente, la represión de la guerra, es decir, la acción contra el agresor<sup>4</sup>.

Dada la índole del tema que hemos abordado, nos interesa fundamentalmente incidir sobre el segundo elemento anotado.

## 2

### La solución pacífica de las controversias entre los Estados.

La Carta de las Naciones Unidas en su artículo 33 establece, para las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional, la obligación de recurrir a medios pacíficos para buscar solución al conflicto.

Esos medios pacíficos se determinan allí mismo a través de los procedimientos de negociación, investigación, conciliación, arbitraje, arreglo judicial, recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de la elección de las partes en conflicto.

La doctrina<sup>5</sup>, recogiendo la opinión de los autores y la experiencia histórica, agrupa los medios pacíficos de solución de controversias internacionales en tres categorías: a) soluciones diplomáticas, en las que se incluyen las cinco primeras indicadas en el artículo 33 de la Carta citada, además de los buenos oficios; b) soluciones jurídicas (arreglo judicial y arbitraje); c) soluciones coercitivas, que se integran con medidas que, sin llegar al extremo de la guerra, no descartan sin embargo el empleo de la fuerzas en algunos casos. De este tipo son

4. Cfr. Rousseau, ob. cit., Pág. 459.

5. Cfr. Díaz Cisneros, ob. cit., Tomo II, Pág. 238 y sigs.



aquellas medidas tales como la retorsión, las represalias, el embargo, el secuestro, el boicot, el bloqueo pacífico y la ruptura de relaciones diplomáticas. A esos medios pacífico-coercitivos unilaterales se suman las medidas utilizadas por los organismos internacionales para preservar la paz, las cuales pueden llegar incluso hasta el empleo de la fuerza armada colectiva (Arts. 41 y 42 de la Carta de las Naciones Unidas).

Con el objeto de acotar nuestro enfoque, entraremos ahora a considerar el segundo grupo de soluciones pacíficas.

### 3

#### **Soluciones Jurídicas.**

Teóricamente, la solución jurídica constituye el mejor medio para resolver pacíficamente una controversia, no solamente dentro del ámbito del derecho interno, sino también en el campo internacional.

En el ámbito del derecho interno la solución a los conflictos de los particulares entre sí o entre éstos y el Estado, puede darse por Jueces con competencia y jurisdicción de obligatorio acatamiento.

No ocurre lo mismo en el campo internacional donde, por no existir un poder superestatal, los Estados contendientes no pueden estar sometidos contra su voluntad a magistratura alguna. No obstante, conforme asientan los doctrinarios, "también entre los Estados puede existir la obligación de aceptar que sus divergencias o algunas de ellas sean resueltas por la decisión de uno o varios jueces, cuando, en forma general o en un caso especial, mediante una manifestación de voluntad explícita, hayan contraído la obligación recíproca de someterlas a un procedimiento arbitral o judicial"<sup>6</sup>.

Los procedimientos jurídicos de solución de controversias internacionales adoptan dos modalidades muy similares en el fondo. Una de ellas consiste en recurrir al fallo de tribunales dotados de jurisdicción internacional. La otra estriba en obtener una decisión de uno o varios árbitros a quienes se encomienda la resolución del caso.

6. Cfr. Julio Diena, ob. cit., Pág. 451.

Los tribunales internacionales han existido en escaso número. Algunos de ellos han funcionado y resuelto conflictos que se les han planteado; otros fueron proyectados, sin llegar a ratificarse su creación, por lo que, prácticamente, nunca existieron <sup>7</sup>.

No hay ninguna diferencia de orden material entre el arreglo judicial y el arbitraje, pues ambos constituyen modos de solución jurídica de los conflictos internacionales y el uno y el otro descansan en la voluntad de los Estados en litigio. La distinción es más bien de orden formal y orgánico. En efecto, el órgano arbitral tiene carácter ocasional y se establece mediante un tratado bilateral concluido por los Estados litigantes a fin de solucionar un conflicto determinado, con posterioridad al nacimiento de éste; en tanto que el tribunal internacional preexiste al conflicto y no ha sido directamente instituido por los Estados interesados sino por un tratado plurilateral, para un tiempo indefinido y un número indeterminado de litigios <sup>8</sup>.

*Veamos a continuación el arbitraje, por ser el procedimiento que más nos interesa en nuestro tema.*

7. Tales Tribunales son los siguientes: a) Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, prevista en la primera Conferencia de La Paz en 1899 y ratificada en 1907; b) Corte Internacional de Presas, prevista en la Conferencia de La Haya en 1907, pero no ratificada; c) Corte de Justicia Centroamericana, creada en la Conferencia de Washington en 1907, que funcionó hasta 1917; d) Tribunal Internacional Centroamericano, creado para substituir a la Corte anterior. Su constitución no fue ratificada; e) Corte Permanente de Justicia Internacional, creada como órgano de la Sociedad de las Naciones, funcionó desde 1920; f) Corte Internacional de Justicia, que reemplazó a la anterior, se rige por el mismo Estatuto, es un órgano de las Naciones Unidas, celebró su primera sesión regular el 18 de abril de 1946 y funciona en La Haya; g) Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas (C.E.C.A., C.E.E. y C.E.E.A. o Euratom) encargado de asegurar el respeto del derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados que rigen dichas Comunidades; h) Tribunal de Justicia del Benelux, creado por Tratado de 31 de mayo de 1965; i) Los Tribunales de Apelaciones, Industrial y del Mercado Común, de la Comunidad del Africa Oriental (C.A.O.), creados a través del Tratado firmado el 6 de junio de 1967, con vigencia desde el 1º de diciembre de 1967; j) Tribunal de la Comunidad Económica de los Estados del Africa Occidental (C.E.D.E.A.O.) previsto en el Tratado firmado en Lagos el 28 de mayo de 1975; k) Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, creado el 28 de mayo de 1979 mediante Tratado suscrito por los países miembros de dicho Acuerdo.

8. Cfr. Rousseau, ob. cit., Págs. 487 y 488.

### El Arbitraje.

Constituye el arbitraje el medio de solución pacífica de controversias internacionales más antiguo —históricamente considerado— y quizás también el de mayor difusión universal. Los autores citan ejemplos de arbitrajes que datan de más de seis siglos antes de Cristo, y demuestran la práctica de este sistema a lo ancho de toda la faz de la tierra<sup>9</sup>.

Hay arbitraje cuando dos o más Estados someten un conflicto a la decisión de un tercero, elegido de común acuerdo, y se obligan a estar a lo que se resuelva. El árbitro puede ser un gobierno, una corporación, un tribunal, un jefe de Estado o un particular<sup>10</sup>.

La Conferencia de Paz de La Haya de 1899, reconoció el arbitraje como un procedimiento internacional formal. En el artículo 15 de la Convención para el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales, suscrita en dicha Conferencia el 29 de julio del año citado, se estableció que el arbitraje internacional tiene por objeto la solución de los litigios entre los Estados, por medio de Jueces elegidos por los mismos y fundada en el respeto al derecho.

Algunos no han dudado en calificar a este sistema como "el medio más eficaz y provechoso para solucionar las diferencias internacionales, mediante la aplicación recta de la justicia y del derecho, sin menoscabo de la independencia ni desdoro de la soberanía de las potencias que se someten a él para dirimir sus litigios..."<sup>11</sup>, acogiendo de esta manera el principio contenido en el artículo 16 de la expresada Convención, que textualmente reza: "...las Potencias signatarias reconocen que el arbitraje es el medio más eficaz y al mismo tiempo más equitativo para resolver los conflictos que no hayan sido resueltos por las vías diplomáticas".

9. Cfr. Daniel Antokoletz: *Tratado de Derecho Internacional Público*. Tomo III, Pág. 153. Igualmente véase Redslob, citado por Díaz Cisneros en su obra antes señaladas, Tomo II, Pág. 249.

10. Antokoletz, ob. cit., Tomo III, Pág. 153.

11. Simón Planas Suárez: *Tratado de Derecho Internacional Público*. Vol. Primero, Pág. 429.

## 5

**Fundamento del Arbitraje.**

El arbitraje descansa en la libre voluntad de los Estados. Esta se manifiesta en un **Tratado** o **Compromiso** que se suscribe entre las partes litigantes, de acuerdo con el cual se decide acudir a este procedimiento de solución. La validez de este tratado o compromiso es esencial y su nulidad acarrearía necesariamente la de todo procedimiento posterior. En tal virtud, la sentencia o fallo arbitral dictado sobre la base de un compromiso viciado carece de valor jurídico<sup>12</sup>.

## 6

**Formas del Arbitraje.**

Tres modalidades ha adoptado históricamente el arbitraje como forma de solucionar conflictos internacionales.

a) Durante la existencia del Sacro Imperio Romano Germánico se apeló regularmente al arbitraje efectuado por el Papa o el Emperador. Esta forma de arbitraje individual dio paso al arbitraje efectuado por un jefe de Estado, después de la Reforma;

b) A partir del siglo XVIII aparece una nueva modalidad, constituida por el arbitraje por Comisión mixta;

c) Finalmente surge la forma arbitral a cargo de un tribunal integrado por personas que deben poseer los atributos de independencia, imparcialidad y reconocida técnica, y que deciden de acuerdo con el derecho y según un procedimiento previamente establecido, dictando sentencias motivadas<sup>13</sup>.

## 7

**El Arbitraje por Tribunal.**

Esta modalidad de arbitraje adquirió gran importancia a partir de 1872, con motivo de la sentencia dictada por un tribunal arbitral de cinco miembros que decidió una controversia existente entre Estados Unidos de Norteamérica e Inglaterra.

12. Cfr. Rousseau, ob. cit., Pág. 491.

13. Idem. Pág. 488 y sgs.

**Competencia.**

La competencia del Tribunal arbitral se determina de acuerdo con lo que se establezca en el Tratado de arbitraje previamente suscrito por las partes en litigio. Por lo tanto, "la interpretación abusiva del tratado de arbitraje, el examen de extremo no comprendidos en él, el desconocimiento de sus disposiciones respecto a las reglas que deben ser aplicadas, es decir, cualquier extralimitación de la competencia, constituye un exceso de poder, vicio más grave que el de la incompetencia en el derecho interno, porque determina la inexistencia de la sentencia dictada en tales condiciones"<sup>14</sup>.

Esta circunstancia ha sido admitida constantemente por la jurisprudencia internacional, que ha decidido que la sentencia del árbitro que ha excedido los límites de su competencia carece de valor jurídico<sup>15</sup>.

**Derecho aplicable.**

En lo que respecta al derecho que ha de aplicar el Tribunal al caso cuestionado, la práctica internacional se orienta a consagrar que el mismo puede estar predeterminado en el tratado de arbitraje, generalmente a base de normas jurídicas y principios de equidad. También se estila adoptar reglas especiales exclusivamente al litigio que se debe solucionar, e incluso pueden otorgarse al tribunal más amplios poderes, "autorizándole a juzgar como un amigable componedor; es decir, habilitándole para que dé una solución transaccional inspirada en consideraciones extrajurídicas (razones de orden político o económico, consideraciones de oportunidad, etc.)"<sup>16</sup>.

**Procedimiento.**

El tribunal arbitral determina cuál ha de ser el procedimiento a emplearse en el proceso.

El procedimiento es escrito y la vista (debate oral) tiene carácter facultativo.

14. Idem. Pág. 493.

15. Idem. Pág. 493.

16. Idem. Pág. 493.

No es posible pensar que en el arbitraje una de las partes se encuentre ausente, tal como sucede en los juicios en rebeldía, pues el sistema arbitral es voluntario, lo que implica la presencia en el proceso de quienes se sometan al mismo.

## 8

**La Sentencia Arbitral.**

El fallo dictado por el Tribunal de arbitraje contiene la decisión adoptada. La misma debe contener una parte expositiva y otra propiamente dispositiva. La sentencia debe ser motivada y se adopta por mayoría, pudiendo la minoría manifestar su voto de disenso y formularlo por escrito para que conste en el fallo.

En este sentido, la sentencia arbitral se asemeja a la sentencia judicial dictada por Tribunales plurales o colegiados.

## 9

**Efectos del Fallo Arbitral**

La sentencia arbitral se diferencia de la sentencia judicial en que no implica la ejecución forzosa de lo decidido. Por lo tanto, el fallo pronunciado por el tribunal de arbitraje es, en principio, obligatorio y definitivo, pero no ejecutivo.

Lo anterior significa que:

a) "La sentencia es obligatoria para las partes en la medida en que se ajusta al compromiso"<sup>17</sup>, principio éste basado en la regla **pacta sunt servanda**, es decir, que los compromisos contraídos deben cumplirse de buena fe.

En tal virtud, estarán obligadas las partes a cumplir la disposición del fallo, en tanto que el mismo haya sido formulado sobre la base del respeto, por parte de los árbitros, a las disposiciones del tratado o compromiso suscrito previamente, por manera que si el tribunal arbitral desconoce tales disposiciones o las interpreta errada o acomodaticamente, las partes en conflicto —o una de ellas según el caso— no están en la obligación de cumplir el fallo pronunciado.

17. Idem. Pág. cit.



"El laudo, por consecuencia, obliga a las partes que solicitaron tal decisión al más estricto cumplimiento de sus disposiciones salvo el caso de error material o de patente injusticia, que haría que adoleciera de nulidad y de consiguiente no obligaría a su cumplimiento"<sup>18</sup>.

Este último criterio es sostenido por todos los autores del Derecho Internacional que han escrito al respecto. Incluso la doctrina inglesa, por boca de Oppenheim, uno de sus más destacados comentaristas de Derecho Internacional así lo admite, cuando escribe: "Es obvio que una sentencia arbitral sólo es obligatoria en el caso de que los árbitros hayan cumplido en todos sus aspectos su deber como árbitros y llegado a su decisión con entera independencia. Caso de que hubieren sido sobornados o dejado de cumplir su mandato o si la sentencia hubiere sido dictada bajo la influencia de coacción de cualquier índole, la sentencia no tendrá fuerza obligatoria alguna"<sup>19</sup>.

b) En principio el fallo arbitral es definitivo, lo que quiere decir que pone fin al litigio, pero ello no conlleva fatalmente la imposibilidad para las partes de recurrir contra el mismo.

Así, la doctrina —y en algunas oportunidades la jurisprudencia internacional— admite que las partes o alguna de ellas según el caso, pueden solicitar una interpretación de la decisión arbitral, en cuanto a su sentido y alcance, en el caso de que hubiese desacuerdo al respecto.

Por otro lado, también se admite el recurso de reforma del fallo dictado cuando ha existido exceso de poder por parte del Tribunal arbitral.

En efecto, el 22 de febrero de 1904 se dictó un fallo arbitral en litigio entre Venezuela y los Estados Unidos de Norteamérica y, por entenderse que en tal fallo existía exceso de poder por parte del sentenciador, las partes firmaron un compromiso para diferir el asunto al Tribunal de Arbitraje, el cual sentenció nuevamente el 23 de octubre de 1910, reconociendo la nulidad del fallo anterior, viciado<sup>20</sup>.

18. Cfr. Simón Planas Suárez: **Cuestiones Internacionales y Políticas**. Pág. 14.

19. Oppenheim: **Internacional Law**. Londres 1952. Cit. Por Marcos Falcón Briceño, Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, en su exposición en la Comisión de Política Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 12 de noviembre de 1962.

20. Cfr. Rousseau, ob. cit., Pág. 496, nota 67. Puede verse el texto de la sentencia del Tribunal Arbitral en la Pág. 1.067 y sigs. de los **Tratados Públicos y Acuerdos Internacionales de Venezuela**. Vol. I. (1820-1927).

Igualmente se admite recurso de reforma cuando ha existido error esencial de hecho o de derecho. Caso de este tipo estaría comprendido por la ignorancia —por parte de los árbitros o de alguno de ellos— de ciertos hechos, circunstancias o disposiciones legales, cuyo conocimiento habría influido en la decisión en un sentido distinto al adoptado en el fallo.

Se admite el recurso de revisión de la sentencia en el caso de que, con posterioridad a la misma, se descubra un hecho nuevo que, de haber sido conocido por los árbitros hubiese podido ejercer una influencia decisiva en el fallo.

c) Finalmente, la sentencia arbitral no tiene **valor ejecutivo**. De allí que la ejecución del fallo, de acuerdo con principios del Derecho Internacional, es voluntaria y queda a la buena fe de los Estados, los cuales podrían, en caso de demostrarse la existencias de circunstancias que lo viciasen de nulidad, negarse a cumplirlo.

## SEGUNDA PARTE

### EL CONFLICTO DE LIMITES ENTRE VENEZUELA Y LA GRAN BRETAÑA POR EL TERRITORIO DE LA GUAYANA ESEQUIBA

10

#### Enfoque Geográfico

##### Ubicación.

La Guayana es la región del N. E. de la América del Sur situada entre el Océano Atlántico al N. E.; el río Amazonas y su afluente el Río Negro al Sur; el Río Orinoco, con el brazo Casiquiare y parte del Río Negro al Oeste; y el Río Orinoco al Norte.

Se trata de una vasta meseta rodeada de una extensa zona de llanuras, en la que se encuentran escasas y aisladas serranías.

Comprende los territorios de la Guayana Francesa y de Suriname así como también la antigua Guayana Inglesa o Estado de Guyana, y parte de los territorios de Venezuela y Brasil.

**Guayana Francesa.** Ocupa una superficie de 91.000 km<sup>2</sup> con una población de cerca de 80.000 habitantes que se agrupan en un 50% en la ciudad capital Cayena, famoso presidio francés hasta hace unos 40 años. Limita la Guayana Francesa al Norte con el Océano Atlántico y con la Guayana Holandesa, dividiendo el río Maroni; al Sur con el Brasil, separando el río Oyapok en gran parte; al Este con el Océano Atlántico y en parte con el Brasil dividiendo el río Oyapok; y al Oeste con la Suriname, dividiendo el río Maroni en su mayor parte.

**Suriname.** Con una superficie de 163.265 km<sup>2</sup> y una población estimada en más de 380.000 habitantes, la antigua Guayana Holandesa se ubica entre la Francesa y el Estado de Guyana, de los cuales la separan los ríos Maroni, Litany e Itany al Oeste, y los ríos Corentin y Coeroeni al Este, respectivamente. Al Norte limita con el Océano Atlántico y al Sur con el Brasil, dividiendo la Sierra Tumucumaque. La capital de Suriname, es la ciudad de Paramaribo, cuya población supera los 100.000 habitantes.

**Guyana.** La más pequeña en territorio de las Guayanas, tiene una superficie aproximada de 32.000 km<sup>2</sup> y una población de cerca de 900.000 habitantes que viven en el Estado de Guyana y en la zona venezolana usurpada por la Gran Bretaña. Su capital es Georgetown, con aproximadamente 200.000 habitantes.

Los límites auténticos del territorio de la Guyana son los siguientes: Norte, El Océano Atlántico; Sur, Brasil; Este, Guayana Holandesa; Oeste, Venezuela separando el río Esequibo en todo su curso, desde su nacimiento en la Sierra Mapuera, hasta su desembocadura en el Océano Atlántico.

**Zona Guayanesa de Brasil.** Comprende la región más extensa de toda la Guayana, con una superficie que muy bien podría alcanzar a los 700.000 km<sup>2</sup> en la cual habita más de medio millón de personas.

La parte de Brasil que se integra geográficamente a la Guayana está comprendida por el Territorio Amapá y el Estado de Acre; la región norteña del Estado de Pará, y la zona N. E. del Estado de Amazonas. Limita al Norte con Venezuela, las Guayanas Francesa y Holandesa, y el Estado de Guyana; al Sur con los ríos Amazonas y Negro; al Este con el Océano Atlántico; y al Oeste con el río Negro.

**Zona Guayanesa de Venezuela.** Nuestra Guayana es la que ha alcanzado hasta la fecha mayor desarrollo industrial y mayor preocupación oficial. Se integra con el Estado Bolívar, el Territorio Federal Delta Amacuro, además de la extensa zona usurpada por Gran Bretaña y hoy en posesión ilegítima por parte del Estado de Guyana. La región de nuestro territorio usurpada por Gran Bretaña es la zona oriental en la cual se encuentran —entre otros— los ríos Rupununi, Siparuni, Mazaruni y Potaro, que van a desembocar al Esequibo y comprende también el valle del río Cuyuní y la zona que queda más hacia el Norte bañada por los ríos Pomerún, Barima, Barama y Guainía hasta la costa del Atlántico.

Abarca nuestra Guayana una superficie aproximada de 600.000 km<sup>2</sup> y en la actualidad cuenta con una población venezolana aproximadamente de 750.000 habitantes.

Sus límites son los siguientes: Norte, el río Orinoco, desde la confluencia con el río Apure, hasta su desembocadura en el Atlántico, en la Boca Grande; Sur, Brasil; Este, Estado de Guyana (antigua Guayana Inglesa) dividiendo el río Esequibo; y Oeste, los ríos Orinoco y Negro, uniéndolos el brazo Casiquiare.

En resumen, comprende la Guayana más de millón y medio de km<sup>2</sup> de superficie habitados por personas de distintas características étnicas, lingüísticas, culturales y religiosas que, no obstante las razones de separación y aislamiento existentes en la actualidad, están unidas en el destino común de procurar un futuro mejor, más próspero y más justo, a través del desarrollo de los recursos inexplorados de que dispone la vasta y rica región.

#### **Orografía.**

"La Guayana presenta, en su interior, una montuosidad de apariencia caótica. Sus mesas cortadas en escalones, de cumbres tabulares ligeramente inclinadas, contrastan con los cerros redondeados que predominan en la aureola de la región. La observación de un mapa físico deja ver que se trata, en general, de un vasto macizo montañoso cortado por ríos y quebradas, sin filas orográficas propiamente dichas y con "eminencias sin sistema definido"<sup>21</sup>.

21. Pablo Vila: *Geografía de Venezuela*. Tomo I, Pág. 53.

"El Macizo de Guayana tiene una orientación de S. E. a N. W., y en él se notan dos macizos secundarios, uno a oriente con centro en la elevación tabular del Roraima (2,810 m.) y el otro a occidente con elevaciones superiores también a los 2.000 m. Cerro Guanay (2.300 m.) y Cerro Yavi (2.285 m.) Sin duda alguna, ambos macizos secundarios integraban originariamente uno solo. La erosión, a través de las diversas épocas geológicas, fue ahondando los profundos cañones, al mismo tiempo que originaba, gracias a la estructura geológica y a la casi horizontalidad de los estratos, las interesantes y magníficas formas tabulares comunes al total de la formación orográfica y que los indígenas denominan "tepuis"<sup>22</sup>.

"El Macizo Guayanés se relaciona geológicamente, por su composición rocosa y por su historia, con el Macizo Brasileño, que le queda al sur, más allá del Amazonas. Ambos son una parte desgajada del primitivo continente Gondvana; del cual son fragmentos también Africa, la India y Australia. La Guayana es, pues, uno de los fragmentos continentales más antiguos del mundo"<sup>23</sup>.

"Al terminarse por el norte el Macizo, lo substituyen unas tierras planas, a las que los grandes ríos, el Caroní, el Caura, el Cuchivero y el Aro y sus respectivos afluentes, han dado forma y en donde los afloramientos en forma de pequeñas serranías o cerros aislados, dan variedad al paisaje ... No puede decirse que existe una elevación continuada —cordillera o serranía— que separe el Estado Bolívar del Brasil. La llamada Sierra Pacaraima no existe. En realidad sucede que aparecen unas pequeñas elevaciones separadas entre sí por valles más o menos amplios. La mayor parte de estas elevaciones oscila entre los 500 y los 1.000 m. sobre el nivel del mar. Tan sólo a oriente, con el monte Roraima, estas alturas se hacen rápidamente superiores"<sup>24</sup>.

#### Hidrografía.

La zona de la Guayana es quizá una de las regiones del mundo regada por mayor cantidad de ríos.

Tres grandes cuencas fluviales recogen las aguas de la Guayana: la cuenca del Amazonas, en la que se encuentran entre otros ríos de importancia, el Negro, el Branco, el Trombetas, el

22. Marco-Aurelio Vila: *Geografía de Venezuela*. Pág. 54.



Marapi, el Jari, el Macará, el Amaparí, el Pedreira, el Amauerapucú; la cuenca del Orinoco, surcada por lo ríos Ventuari, Sipapo, Cuchivero, Caura, Aro, Caroní, Paragua, Icabaru; y la Cuenca del Esequíbo, entre cuyos afluentes se encuentran los ríos Cuyuní, Mazaruni, Puruni, Siparuni, Iligua y otros afluentes de éstos. Finalmente, gran cantidad de ríos que bañan zonas de la Guayana van a desembocar directamente al Océano Atlántico; entre ellos el Barima, el Pomerúm, el Berbice, el Coentín, el Maroni, el Cuperan, el Oyapok, el Caciporé, el Macarí.

#### Clima y Precipitación.

La Guayana se encuentra sometida a la influencia de los vientos alisios del N. E. y del S. E. Además, vientos ecuatoriales influyen en el clima, que es tórrido en la mayor parte del territorio. En este sentido, la temperatura en la generalidad de la zona guayanesa oscila entre los 25° y los 28° centígrados.

La Guayana es una región de continua pluviosidad. En algunos sectores el promedio anual de lluvia supera los 3.300 mm. como en la zona del Río Negro. En otras partes el promedio es menor, pero en toda forma es poco probable que descienda por debajo de los 1.300 mm.

Como causa de la alta pluviosidad puede indicarse la influencia de los vientos Alisios que se impregnan de humedad debido a la existencia de notables formaciones selvosas en casi toda la comarca. Debe apuntarse también la influencia de las calmas ecuatoriales sobre las tierras de poca latitud.

#### Recursos.

Zona mayormente deshabitada y virgen, la Guayana es una región rica en minerales, bosques, fauna y potencial hidroeléctrico.

"En los bosques se encuentran toda clase de maderas y enorme cantidad de palmeras; los árboles presentan gran variedad de forma, altura y color del follaje. En estas inmensas selvas se ven toda clase de plantas oleaginosas y medicinales . . . ; por doquier se encuentran frutas, jugos, gomas, aceites y flores

23. Pablo Vila: *Ibidem*.

24. Marco-Aurelio Vila: *Ibidem*.



parásitas de caprichosas figuras y matices. De la fauna vagan por estas selvas: tapires, jaguares, armadillos, osos hormigueros, multitud de monos y de reptiles, bandadas de loros y otros pájaros"<sup>25</sup>.

La potencialidad hidroeléctrica de la zona, de extraordinaria abundancia al igual que la riqueza minera, especialmente ferrífera, permiten prever —tal y como lo afirma el Prof. Levi Marrero— "un desarrollo industrial de la Guayana capaz de convertir la región en lo que ya se admite será el Ruhr de la América Latina, o sea, un centro de industria pesada que servirá de gozne a una vasta y diversificada industria manufacturera"<sup>26</sup>.

## 11

**Antecedentes Históricos**

"Los territorios que se llaman Guayana y que los conquistadores españoles miraban como una inmensa isla fluvial, con el Orinoco, el Amazonas, el Esequibo y otros grandes ríos de la región, fueron avistados por primera vez por Cristóbal Colón, y al año siguiente, en 1494, Alonso de Ojeda, capitán español, actuando en nombre de España, inició la conquista y la población de Venezuela"<sup>27</sup>.

"En 1527, Diego de Ordaz salió de España con cuatro navíos y ochocientos hombres con el propósito de conquistar la Guayana, ascendió por el río Paria unas 200 leguas y parece que se estableció en lo que hoy se llama Puerto Ordaz... Exploraron también la Guayana, Gerónimo de Altar por dos veces, luego siguieron sus pasos los Gobernadores de Venezuela, Espira y Ferman, y después Bartolomé Velzar; pero debido a lo difícil del recorrido en estas tierras y a la oposición valerosa de los indígenas, hasta fines del siglo XVI no había podido fundarse ninguna población de españoles en la Guayana; para entonces, ya se conocía la leyenda de El Dorado, y en pos de este señuelo

25. Briceño-Perozo, Ramón: Artículo publicado en el Seminario "La Opinión", de Mérida.

26. Levi Marrero: **Venezuela y sus Recursos**. Pág. 650.

27. Marcos Falcón Briceño: Exposición en la Comisión Política Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 12-11-62.

fue a buscarle Felipe de Hutten en 1541 y 1545. Hasta mediados del siglo XVIII no se hicieron verdaderas exploraciones científicas en estas tierras de El Dorado de América; y fueron el padre jesuita Román y los investigadores Díaz de la Fuente y uno de apellido Bobadilla, quienes pasaron del río Orinoco al Negro y recorrieron muchos de sus afluentes y las principales sierras de la Paríma. En el año de 1581 desembarcaron algunos aventureros holandeses hacia las bocas del Demerara, pero fueron expulsados por los españoles e indígenas que ya vivían mancomunadamente; pero un mayor número y bien armado de estos colonialistas volvieron en 1589 y fundaron el poblado de Stabrock o Georgetown y también la colonia llamada Nueva Zelanda"<sup>28</sup>.

Según apunta Falcón Briceño<sup>29</sup>, "como consecuencia de la guerra de independencia de los Países Bajos, que terminó con el tratado de Münster, firmado en 1648 o sea, a mediados del siglo XVII, España reconoció a los Países Bajos los territorios, fortalezas y Plazas que los Países Bajos tuvieron en ese momento en las Indias Occidentales. Y quedó sentado que los establecimientos holandeses se hallaban en la región llamada del Esequibo, un gran río considerado gemelo del Orinoco. Quedó bien entendido, entonces, que la región comprendida entre el río Orinoco y el río Esequibo era territorio español; constituía lo que se llamaba la Guayana Española".

Durante las guerras de la República francesa a fines del siglo XVIII, los ingleses se apoderaron de todo el litoral originándose así la Guayana Inglesa, y luego los tratados de 1812 a 1817 se encargaron de fijar los límites de los dominios europeos en la Guayana e indicaron el río Corentine entre la Guayana Inglesa y la Holandesa, y el Maroni entre ésta y la francesa.

"Venezuela es la heredera o sucesora o causahabiente del territorio que hasta 1810 formaba la Capitanía General, y que venía a ser una provincia de ultramar de España; cuando nosotros declaramos nuestra independencia, que conquistamos en los campos de batalla, y firmamos un tratado de reconocimiento con España el año de 1845, se estableció que los límites de la república eran los mismos que tenía la Capitanía General el año 1810, es decir, en el momento en que se inicia nuestra regeneración

28. Ramón Briceño-Perozo: *Ibidem*.

29. Marcos Falcón Briceño: *Ibidem*.

política. El territorio que tenía la Guayana Holandesa le pertenecía por virtud del reconocimiento que le hizo España en el Tratado de Múnster. Empezaba en la margen derecha del río Esequibo, hacia el este.

“A nosotros jamás nos quedó la menor duda, histórica y jurídicamente hablando, de que ese era, es y debe ser el territorio de Venezuela. Pero la Gran Bretaña, que a fines del siglo XVI había ocupado territorios holandeses y también españoles en América, después de la derrota de Bonaparte en Europa, firmó, en 1814, un tratado en Londres con Holanda. Este país, que tuvo como rey a uno de los hermanos de Napoleón, y que por tanto sufrió derrota, cedía por ese tratado a la Gran Bretaña una parte de su territorio guayanés, una parte de la Guayana Holandesa, la comprendida desde el Esequibo hacia el este, en una extensión que era de 20.000 millas cuadradas. En ese año de 1814 Venezuela estaba en plena lucha de sus guerras de independencia, al igual que los otros países hispanos del continente. No empiezan entonces las dificultades con el Reino Unido. También el Reino Unido está muy ocupado en Europa<sup>30</sup>.

“Constituida la Gran Colombia, se preocupó el Gobierno con determinar los límites de la República por su parte oriental, y al efecto el Ministro de Relaciones Exteriores, Pedro Gual, dio instrucciones en 1822 a su agente en Londres, José Rafael Revenga, para representar al Gabinete británico acerca de la ocupación por sus colonos de terrenos situados a la margen izquierda del río Esequibo. Los colonos de Demerara y Berbice —decía el Ministro— tienen usurpada una gran porción de tierra que según los últimos tratados entre España y Holanda nos pertenece, del lado del río Esequibo. Es absolutamente indispensable que dichos colonos o se pongan bajo la protección y obediencia de nuestras leyes, o se retiren a sus antiguas posesiones”.

“No podía, empero, obtenerse entonces resultado alguno, porque el Gobierno británico no había reconocido oficialmente la independencia de Colombia. Y luego, cuando se firmó el tratado de amistad de 1825, más atento el Gabinete de Bogotá a otras graves cuestiones de interés panamericano, como las que iban a tratarse en el Congreso de Panamá, dejó pasar esta ocasión de darle solución a la controversia sobre límites<sup>31</sup>.

30. Marcos Falcón Briceño: *Ibíd.*

31. José Gil Fortoul: *Historia Constitucional de Venezuela*. Tomo II, pág. 101.

"En 1839 el Gobierno de Gran Bretaña comisionó a un naturalista y geógrafo alemán, Robert Schomburgk, para que fuera a la Guayana y levantara un mapa de la región. Este comisionado del Reino Unido no se limitó a levantar un mapa dentro de los límites históricamente reconocidos de la Guayana Inglesa —o sea, la parte que le había cedido Holanda a Inglaterra— sino que se adentró, y muchísimo en territorio venezolano; y no solamente dibujó sobre el papel sino que sobre el terreno puso postes, marcas, monogramas, banderas, prácticamente como si fuera una ocupación"<sup>32</sup> y procedió a plantar postes y señales en las mismas bocas del Orinoco.

"Una mañana de agosto de 1841, los tripulantes del buque venezolano "Restaurador" divisan en Punta Playaso, cerca de las Bocas del Caño Amacuru y Punta de Barima, la bandera inglesa arbolada sobre la garita con los signos reales. La sorpresa es tanto mayor en Caracas cuanto que unos meses antes, al saberse el nombramiento de Schomburgk, el Gobierno de Venezuela había propuesto por intermedio del cónsul interino de Gran Bretaña, Daniel F. O'Leary, la celebración de un tratado de límites por medio de plenipotenciarios especiales, y luego ambas partes nombrarían comisionados para fijar de común acuerdo los límites de Venezuela y la Guayana Británica. También O'Leary había informado que el Gobernador de la Colonia resistiría cualquier agresión "sobre territorios cercanos a la frontera que han estado hasta entonces ocupados por tribus independientes"<sup>33</sup>.

Con base a las actuaciones del referido Schomburgk, Gran Bretaña comenzó su carrera de apropiación indebida sobre el territorio venezolano y a través del tiempo fue aspirando a una mayor parte de la Guayana que nunca fue suya. Veamos cómo fueron creciendo las ilegítimas, injustas e imperialistas ambiciones de aquella potencia:

32. Falcón Briceño: Ob. cit.

33. Enrique Bernardo Núñez: *Tres Momentos en la Controversia de Límites de Guayana*. Pág. II.

### **La Línea Schomburgk en la cuestión de límites entre Venezuela y la Guayana Británica<sup>34</sup>.**

Al constituirse la Gran Colombia, la frontera oriental de la Guayana Venezolana estaba formada por el Río Esequibo. Así lo declararon oficialmente al Gobierno británico los Ministros Plenipotenciarios Zea y Hurtado en 1821 y 1824, sin que Gran Bretaña presentara objeción alguna a aquellas declaraciones.

#### **Línea Schomburgk original.**

En 1835 el alemán Robert H. Schomburgk presentó a la Gran Bretaña un mapa de Guayana preparado por él mismo con el fin de ilustrar la ruta que habrían de seguir en sus exploraciones bajo el patrocinio de la Royal Geographical Society de Londres y del Colonial Office. Ese mapa contiene la línea Schomburgk original, la cual coincide aproximadamente con la frontera que el Gobierno británico había reconocido a la Gran Colombia, de la que formaba parte Venezuela (El Gobierno británico ocultó este mapa de la Línea Schomburgk original al Tribunal de Arbitraje en 1899). Esa línea daba a Guayana Británica 4.920 km<sup>2</sup> al oeste del Esequibo.

#### **Línea Schomburgk publicada por el Gobierno británico en 1840-1886.**

En 1839 el explorador Schomburgk, para congraciarse con el Gobierno británico (poco años más tarde lo hicieron Caballero, siendo así que sólo tres extranjeros habían recibido anteriormente esa distinción), propuso una nueva línea de frontera que venía a incluir una vasta extensión territorial que pocos años antes él mismo y el Gobierno británico habían reconocido como territorio venezolano. Las modernas investigaciones han descubierto una copiosa documentación británica, de carácter confidencial y reservado, por la que se demuestra que el Gobierno británico rechazó los argumentos aducidos por Schomburgk en apoyo de esta nueva línea de frontera. Sin embargo, aunque consideró que esta nueva línea carecía de base histórica y jurídica, vino a procla-

34. Documento presentado por Marcos Falcón Briceño, Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela al Ministro de Relaciones Exteriores del Reino Unido el 5 de noviembre de 1963 en la Conferencia que celebraron en Londres en esa fecha.



marla como máxima pretensión británica. En 1840 y 1886, numerosos mapas fueron publicados por el Gobierno británico, que reproducían esa nueva línea Schomburgk. Gran Bretaña negó ante el Tribunal de Arbitraje que esos mapas hubieran tenido carácter oficial. Las modernas investigaciones prueban definitivamente que esas publicaciones se hicieron bajo los auspicios y bajo la dirección del Gobierno británico. El propio mapa que colgaba en la pared del Colonial Office, como instrumento de continua consulta de sus altos funcionarios, reproducía esta nueva línea Schomburgk, que otorgaba a Guayana Británica 141.930 Km<sup>2</sup> al oeste del Esequibo.

#### **Línea Schomburgk publicada por el Gobierno británico en 1887.**

En 1887 el Gobierno británico publicó por primera vez una tercera línea Schomburgk, con el carácter de máxima pretensión británica. Esta línea absorbía miles de millas cuadradas de territorio guayanés que hasta ese año había reconocido como venezolano sin disputa y daba a Guayana Británica 167.830 km<sup>2</sup> al oeste del Esequibo. Es bien sabido que a esta manifiesta usurpación territorial fue empujado al Gobierno británico por la presión de las compañías auríferas. Pero hoy se está en conocimiento de que los mapas aducidos por Gran Bretaña, en apoyo de esa supuesta "línea Schomburgk", habían sido falsificados en el Colonial Office. A nadie escapa la gravedad de este acto y su trascendencia para la declaración de nulidad del Laudo de 1899: al Tribunal de Arbitraje fueron presentados por Gran Bretaña mapas con líneas de frontera que habían sido falsificadas.

#### **Máxima pretensión británica en 1887-97.**

A los pocos meses de haber declarado esa tercera línea Schomburgk (la que había sido falsificada) como máxima pretensión de Gran Bretaña, el Gobierno británico la declaró como frontera de absoluto derecho y avanzó su aspiración al territorio de Yuruari, hasta cerca de Upata, que había sido siempre reconocido como territorio venezolano de indiscutible derecho. Con esta pretensión, se daban a la Guayana Británica 203.310 km<sup>2</sup> al oeste del Esequibo.



"A expensas de Venezuela, y contrariamente a todo derecho, la colonia británica fue creciendo y ricos territorios nuestros fueron incorporados por la poderosa Gran Bretaña de la época del imperialismo victoriano a un ritmo tal, que aquellas veinte mil millas cuadradas se habían convertido en 60.000 a mediados del siglo pasado, llegando hasta a exigir, a fines de siglo, una extensión de 109.000 millas cuadradas. La pretensión de Gran Bretaña era incontenible, al extremo que quería llegar a las propias bocas del Orinoco ..."

"Nuestras constantes protestas a la Gran Bretaña por la ocupación de nuestro territorio no tuvieron eco y la débil Venezuela, respaldada por un hondo sentimiento de dignidad nacional, rompió sus relaciones diplomáticas con el gobierno británico ..."

"Alarmados Estados Unidos por la expansión británica en Venezuela, el Presidente Cleveland puso en juego su influencia a fin de que la Gran Bretaña accediese a la demanda de Venezuela de someter la cuestión de los límites a un arbitraje ..."<sup>35</sup>

Esto se logró finalmente en 1897, después de años de discusiones que llevaron incluso a la ruptura de relaciones diplomáticas por parte de Venezuela, frente a los desplantes y abusos de la Gran Bretaña.

12

### El Tratado de Arbitraje

Como conclusión de las largas conversaciones y negociaciones entre los gobiernos de Venezuela y la Gran Bretaña y habida cuenta de la mediación del gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, se firmó el Tratado o Compromiso de Arbitraje, de acuerdo con el cual habría de ponerse término al litigio.

Este Tratado se firmó en Washington el día dos de febrero de mil ochocientos noventa y siete y fue redactado en los siguientes términos:

35. Marcos Falcón Briceño: Discurso pronunciado en el Debate General del XVII Período de Sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la Sesión Plenaria celebrada el día 1º de octubre de 1962.

“Los Estados Unidos de Venezuela y Su Majestad la Reina del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda, deseando estipular el arreglo amistoso de la cuestión que se ha suscitado entre sus respectivos Gobiernos acerca de los límites de los Estados Unidos de Venezuela y la Colonia de la Guayana Británica, han resuelto someter dicha cuestión a arbitramiento, y a fin de concluir con ese objeto un Tratado, han elegido por sus respectivos Plenipotenciarios: El Presidente de los Estados Unidos de Venezuela, al señor José Andrade, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario de Venezuela en los Estados Unidos de América; y Su Majestad la Reina del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda, al Muy Honorable Sir Julián Pauncfote, Miembro del Muy Honorable Consejo Privado de Su Majestad, Caballero Gran Cruz de la Muy Honorable Orden del Baño y de la Muy Distinguida Orden de San Miguel y San Jorge, y Embajador Extraordinario y Plenipotenciario de su Majestad en los Estados Unidos; quienes, habiéndose comunicado sus respectivos plenos poderes, que fueron hallados en propia y debida forma, han acordado y concluido los artículos siguientes:

Artículo 1º—Se nombrará inmediatamente un Tribunal arbitral para determinar la línea divisoria entre los Estados Unidos de Venezuela y la Colonia de la Guayana Británica.

Artículo 2º—El Tribunal se compondrá de cinco Juristas; dos de parte de Venezuela, nombrados, uno por el Presidente de los Estados Unidos de Venezuela, a saber, el Honorable Melville Weston Fuller, Justicia Mayor de los Estados Unidos de América, y uno por los Justicias de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, a saber, el Honorable David Josiah Brewer, Justicia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América; dos de parte de la Gran Bretaña, nombrados por los miembros de la Comisión Judicial del Consejo Privado de su Majestad, a saber, el Muy Honorable Barón Herschell, Caballero Gran Cruz de la Muy Honorable Orden Baño, y el Honorable Sir Richard Henn Collins, Caballero, uno de los Justicias de la Corte Suprema de Judicatura de Su Majestad; y de un quinto Jurista, que será elegido por las cuatro personas así nombradas, o, en el evento de no lograr ellas acordarse en la designación dentro de los tres meses contados desde la fecha de canje de las

ratificaciones del presente Tratado, por Su Majestad el Rey de Suecia y Noruega. El Jurista a quien se elija será Presidente del Tribunal.

En caso de muerte, ausencia o incapacidad para servir de cualquiera de los cuatro Arbitros arriba mencionados, o en el evento de que algunos de ellos no llegue a ejercer las funciones de tal por omisión, renuncia o cesación, se sustituirá inmediatamente por otro jurista de reputación. Si tal vacante ocurre entre los nombrados por parte de Venezuela, el sustituto será elegido por los Justicias de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América por mayoría; y si ocurriese entre los nombrados por parte de la Gran Bretaña, elegirán al sustituto, por mayoría, los que fueren entonces miembros de la Comisión Judicial del Consejo Privado de Su Majestad. Si vacare el puesto de quinto árbitro, se le elegirá sustituto del modo aquí estipulado en cuanto al nombramiento primitivo.

Artículo 3º—El Tribunal investigará y se cerciorará de la extensión de los territorios pertenecientes a las provincias unidas de los Países Bajos o al Reino de España respectivamente, o que pudieren ser legítimamente reclamados por aquéllas o éste, al tiempo de la adquisición de la Colonia de la Guayana Británica por la Gran Bretaña, y determinará la línea divisoria entre los Estados Unidos de Venezuela y la Colonia de la Guayana Británica.

Artículo 4º—Al decidir los asuntos sometidos a los Arbitros, éstos se cerciorarán de todos los hechos que estimen necesarios para la decisión de la controversia, y se gobernarán por las siguientes reglas en que están de considerarse aplicables al caso, y por los principios de derecho internacional no incompatibles con ellas, que los Arbitros juzgaren necesarias al mismo.

**Reglas:**

a) Una posición adversa o prescripción por el término de cincuenta años constituirá un buen título. Los árbitros podrán estimar que la dominación política exclusiva de un Distrito, así como la efectiva colonización de él, son suficientes para constituir una posición adversa o crear título de prescripción.

b) Los árbitros podrán reconocer y hacer efectivos derechos y reivindicaciones que se apoyen en cualquier otro fundamento válido conforme al derecho internacional, y en cualesquiera principios de derecho internacional que los Arbitros estimen aplicables al caso y que no contravengan a la regla precedente.

c) Al determinar la línea divisoria, si el Tribunal hallare que territorio de una parte ha estado en la fecha de este Tratado ocupado por los ciudadanos o súbditos de la otra parte, se dará a tal ocupación el efecto que, en opinión del Tribunal, requieran la razón, la justicia, los principios del derecho internacional y de la equidad del caso.

Artículo 5º—Los Arbitros se reunirán en París dentro de los sesenta días después de la entrega de los argumentos impresos mencionados en el artículo VIII, y procederán a *examinar y decidir imparcial y cuidadosamente las cuestiones que se les hayan sometido o sea les presentaren*, según aquí se estipula, por parte de los Gobiernos de los Estados Unidos de Venezuela y de Su Majestad británica, respectivamente.

Pero queda siempre entendido que los Arbitros, si lo juzgan conveniente, podrán celebrar sus reuniones o algunas de ellas, en cualquier otro lugar que determinen.

Todas las cuestiones consideradas por el Tribunal inclusive la decisión definitiva, serán resueltas por mayoría de todos los Arbitros. Cada una de las altas partes Contratantes nombrará como su agente una persona que asista al Tribunal y la represente generalmente en todos los asuntos conexos con el Tribunal.

Artículo 6º—Tan pronto como sea posible después de nombrados los miembros del Tribunal; pero dentro de un plazo que no excederá de ocho meses contados desde la fecha del canje de las ratificaciones de este Tratado, se entregará por duplicado a cada uno de los Arbitros y al Agente de la otra parte, el Alegato impreso de cada uno de los partes, acompañados de los documentos, la correspondencia oficial y las demás pruebas en que cada una se apoye.

Artículo 7º—Dentro de los cuatro meses siguientes a la entrega por ambas partes del Alegato impreso, una u otra podrá del mismo modo entregar por duplicado a cada uno de dichos Arbitros y el Agente de la otra parte, un contra-alegato de nuevos documentos, correspondencia y pruebas presentados por la otra parte. Si en el Alegato sometido a los Arbitros una u otra parte hubiere especificado o citado algún informe o documento que esté en su exclusiva posesión, sin agregar copia, tal parte quedará obligada, si la otra cree conveniente pedirla, a suministrarle la copia de él; y una u otra parte podrá excitar a la otra, por medio de los Arbitros, a producir los originales o copias certificadas de los papeles aducidos como pruebas, dando en **cada caso aviso de esto dentro de los treinta días después de la presentación del Alegato;** y el original o la copia pedidos se entregarán tan pronto como sea posible y dentro de un plazo que no exceda de cuarenta días después del recibo del aviso.

Artículo 8º—El Agente de cada parte, dentro de los tres meses después de la expiración del tiempo señalado para la entrega del contra-alegato por ambas partes, deberá entregar por duplicado a cada uno de dichos Arbitros y al Agente de la otra parte un argumento impreso que señale los puntos y cite las pruebas en que se funda su Gobierno, y cualquiera de las dos partes podrá también apoyarlo ante los Arbitros con argumentos orales de su abogado; y los Arbitros podrán, si desean mayor esclarecimiento con respecto a algún punto, requerir sobre él una exposición o argumento escritos o impresos, y argumentos orales del abogado; pero en tal caso la otra parte tendrá derecho a contestar oralmente o por escrito, según fuere el caso.

Artículo 9º—Los Arbitros por cualquier causa que juzgaren suficiente podrán prorrogar uno u otro de los plazos fijados en los artículos 6º, 7º y 8º, concediendo treinta días adicionales.

Artículo 10.—Si fuere posible, el Tribunal dará su decisión dentro de tres meses contados desde que termine la argumentación por ambos lados.

La decisión se dará por escrito, llevará fecha y se firmará por los Arbitros que asientan a ella.

La decisión se extenderá por duplicado; de ella se entregará un ejemplar al Agente de los Estados Unidos de Venezuela para

su Gobierno y el otro se entregará al Agente de la Gran Bretaña para su Gobierno.

Artículo 11.—Los Arbitros llevarán un registro exacto de sus procedimientos y podrán elegir y emplear las personas que necesiten para su ayuda.

Artículo 12.—Cada Gobierno pagará su propio Agente y proveerá la remuneración conveniente para el abogado que emplee y para los Arbitros elegidos por él o en su nombre, y costeará los gastos de su preparación y sometimiento de su causa al Tribunal. Los dos Gobiernos satisfarán por partes iguales todos los demás gastos relativos al Arbitramiento.

Artículo 13.—Las Altas Partes Contratantes se obligan a considerar el resultado de los procedimientos del Tribunal de Arbitramiento como arreglo pleno, perfecto y definitivo de todas las cuestiones sometidas a los Arbitros.

Artículo 14.—El presente Tratado será debidamente ratificado por el Presidente de los Estados Unidos de Venezuela con la aprobación del Congreso de ellos, y por Su Majestad Británica; y las ratificaciones se canjearán en Washington o en Londres dentro de los seis meses contados desde la fecha del presente Tratado”<sup>36</sup>.

El Tratado en cuestión fue ratificado debidamente y las ratificaciones canjeadas en Washington el 14 de junio de 1897.

Antes de darse comienzo al Arbitraje, murió uno de los árbitros designados, el Barón Herschell, y para sustituirlo fue designado el Barón Charles Russell of Killowen, Lord Justicia Mayor de Inglaterra, Caballero Gran Cruz de la Muy Distinguida Orden de San Miguel y San Jorge.

De acuerdo con el artículo 2º del Tratado, fue designado quinto Arbitro y Presidente del Tribunal a Frederic de Martens, Consejero Privado, Miembro Permanente del Consejo del Ministerio de Relaciones Exteriores de Rusia, L. L. D., de la Universidad de Cambridge y Edimburgo.

36. Texto extraído del Volumen I de los *Tratados Públicos y Acuerdos Internacionales de Venezuela*, citado anteriormente.



### **La ausencia de venezolanos en el Tribunal de Arbitraje**

Conforme se evidencia del Tratado de Arbitraje, en el Tribunal no estuvo representada Venezuela por Arbitros venezolanos. Fueron norteamericanas las personas designadas como Arbitros por parte de nuestro país.

Los orgullosos y soberbios ingleses no admitieron que sus muy "honorables Arbitros" se sentasen a discutir conjuntamente con los representantes de una nación "atrasada" a la que consideraban inferior.

Muy solícitos, los norteamericanos se prestaron a suplir la nacionalidad al asumir las funciones de Arbitros que en Justicia y por legítimo derecho correspondían a nacionales del país parte en el litigio.

Pero no sólo esto. Como ya hemos anotado antes, tampoco pudieron los venezolanos asistir al proceso en calidad de abogados defensores. Ni siquiera este elemental derecho admitieron los arrogantes ingleses. También los norteamericanos suplieron a los venezolanos en la defensa. Los venezolanos pudieron sólo presenciar tímidamente el desarrollo del proceso arbitral, a manera de parientes pobres, como si nada tuviesen que perder en el asunto.

Por otra parte, Venezuela tuvo derecho únicamente a designar un Arbitro, pues de los dos que la representaron, el segundo fue nombrado por los Justicias de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América. Mientras tanto, Inglaterra designó sus dos Arbitros.

Pero hay más. De acuerdo al artículo 2º del Tratado de Arbitraje, si alguno de los Arbitros designados por parte de Venezuela fallecía, se ausentaba, caía en incapacidad para actuar o renunciaba al cargo, sería sustituido por un jurista nombrado por los Justicias de la Corte Suprema de los Estados Unidos, sin participación alguna efectiva de nuestra parte.

Lo cierto es que los norteamericanos impusieron el texto del Tratado a Venezuela bajo amenaza de dejar en manos exclusivas de Gran Bretaña la solución del asunto, en caso de no aceptar nuestro país las condiciones bajo las cuales debía

suscribirse el compromiso arbitral. Ante la aparentemente decorosa actuación de los yanquis en el Tribunal, podemos preguntar ¿Fueron capaces los yanquis de defender los derechos venezolanos con el mismo ahínco que hubieran demostrado en el caso de defender derechos propios? ¿Hubieran procedido los Arbitros norteamericanos representantes de Venezuela en la misma forma, si lo que hubiesen decidido hubiera sido una porción territorial de su país? No lo creemos. Los yanquis pudieron haber actuado de muy buena fe y hasta con diligencia pero, al fin y al cabo, era un pedazo de tierra de la Venezuela "bárbara" lo que se disputaba y no valía la pena arrastrar graves consecuencias por esa causa. Lo prueba el hecho de que el memorándum de uno de los abogados defensores de Venezuela ante el Tribunal de Arbitraje, Severo Mallet Prevost, sólo pudo publicarse después de su muerte en razón de que su autor no lo hizo público en vida.

No obstante todas las circunstancias anteriores, Venezuela admitió el Tratado, y esperó confiada en que la solución del caso estaría enmarcada dentro del derecho y la justicia y de ser así, nada había de temer, pues la justicia y el derecho estaban con nosotros, como lo están hoy en la reclamación que al efecto se ha planteado.

14

#### El Laudo Arbitral

Constituido debidamente el Tribunal en París, los abogados representantes de las partes expusieron los argumentos orales y escritos que creyeron convenientes al esclarecimiento del caso y a la fundamentación de los derechos alegados.

Representaban a Venezuela el ex presidente de los Estados Unidos de Norteamérica Benjamín Harrison, Benjamín F. Tracy, S. Mallet Prevost y James Russell Soley, todos norteamericanos.

Terminados los alegatos y exposiciones de las partes y las deliberaciones de los Arbitros, el Tribunal dictó el fallo el día 3 de octubre de 1899 en los siguientes términos:

"Nosotros los infraescritos Arbitros, por la presente otorgamos y publicamos nuestra decisión, determinación y fallo sobre las cuestiones que nos han sido sometidas por el referido

Tratado de Arbitraje, y, en conformidad con dicho Tratado de Arbitraje, finalmente decidimos, fallamos y determinamos por la presente, que la línea de demarcación entre los Estados Unidos de Venezuela y la Guayana Británica es como sigue:

Principiando en la costa a la Punta Playa la línea de demarcación correrá por línea recta a la confluencia del Río Barima con el Río Mururuma, y continuará por el medio de la corriente de este río hasta su fuente, en la Sierra Imataca, y de allí al Sudoeste por las cimas más altas del espolón de la Sierra Imataca hasta el punto más elevado de la cordillera principal de dicha Sierra Imataca en frente de la Fuente del Barima, y de allá seguirá la cima de dicha cordillera principal, al sudoeste hasta la fuente del Acarabisi, y de este punto continuará por medio de la corriente de este río hasta el Cuyuní al Oeste hasta su confluencia con el Wenamu, y de este punto seguirá al medio de la corriente del Wenamu hasta su fuente más occidental, y de este punto por línea recta a la cumbre del Monte Roraima, y del monte Roraima a la fuente del Cotinga y continuará por el medio de la corriente de este río hasta su unión con el Takutu, y seguirá el medio de la corriente del Takutu hasta su fuente, y de este punto por línea recta al punto más occidental de la Sierra Akarai, y continuará por la cúspide de la Sierra Akarai hasta la fuente del Carentín llamado Río Cutari.

Queda siempre entendido que la línea de demarcación establecida por este fallo existe sin perjuicio y con reserva de cualquiera cuestión que ahora exista o que ocurriese para determinación entre los Estados Unidos de Venezuela y la República del Brasil o entre esta República y el Gobierno de Su Majestad.

Al fijar la mencionada línea de demarcación los árbitros consideran y deciden que en tiempo de paz, los Ríos Amacuro y Barima quedarán abiertos a la navegación de los buques de comercio de todas las Naciones, salvo todo justo reglamento y el pago de derecho de fero u otros análogos, a condición que los derechos exigidos por la República de Venezuela y por el Gobierno de la Colonia de la Guayana Británica con respecto al tránsito de buques por las partes de dichos ríos que respectivamente les pertenecen fijen la misma tasa para los buques de Venezuela y los de la Gran Bretaña, la cual no excederá a la que se exija de cualquiera otra Nación. Queda también enten-

dido que ningún derecho de aduana podrá ser exigido, ya por la República de Venezuela, ya por la colonia de la Guayana Británica, con respecto de mercaderías transportadas en los navíos o botes pasando por dichos ríos pero los derechos de aduana serán exigibles solamente con respecto de las mercaderías desembarcadas respectivamente en el territorio de Venezuela y en el de la Gran Bretaña"<sup>37</sup>.

En síntesis, el Tribunal de Arbitraje dio a Guayana Británica 137.010 Km<sup>2</sup> de territorio que Gran Bretaña había reconocido como venezolano hasta 1840 y 17.612 Km<sup>2</sup> de territorio que el mismo Reino Unido había reconocido a Venezuela hasta 1886, o sea diez años antes de que se firmara el Tratado de Arbitraje.

15

#### Juicio Crítico

El fallo arbitral dictado fue una burla descarada a la justicia y al derecho, y un formidable golpe a la seriedad que inspiraba el procedimiento arbitral.

En todas partes del mundo la opinión sensata se sintió defraudada por la decisión adoptada por los Arbitros, que echaba por tierra las normas del derecho internacional para colocar en su lugar las prácticas de la componenda y el arreglo entre las grandes potencias, a costa de la debilidad de las naciones pequeñas.

El criterio de que los árbitros faltaron al tenor del compromiso contraído previamente por medio del tratado, señalando una línea de transacción y no de derecho, así como también la certeza de que los árbitros excedieron sus facultades, se hicieron comentario común en muchas capitales del mundo.

En síntesis, el proceso fue una verdadera comedia con un desenlace de tragedia para Venezuela, que perdió 50.000 millas cuadradas de territorio.

A tal punto llegó el cinismo del fallo que "el lord justicia Collins (uno de los jueces) no halló dificultad en mofarse del laudo. En una junta de miembros del Real Instituto Colonial, en

37. Idem.

el Hotel Metropole, el 11 de febrero de 1900, habla del contraste entre los abogados de Venezuela, abogados americanos, que hacían el panegírico de los métodos españoles; reclamaban para éstos todo derecho de procedencia sobre los empleados por los holandeses, y los abogados británicos, igualmente laudatarios de los holandeses, demostrando a los árbitros su actitud benigna hacia los nativos y su respeto por las libertades individuales. Los unos representaban a una Nación que había logrado quitar a España la última de aquellas colonias de las que Venezuela fue una de las primeras, mientras los ingleses, cuando no se había secado la tinta del laudo, se hallaron en duelo a muerte con los holandeses"<sup>38</sup>.

Para algunos ingleses la cuestión de los límites de la Guayana era cosa de poca importancia; "el resultado de la pequeña disputa que tuvo por resultado el tratado de Washington, es el de que tenemos hoy todo lo que queríamos para las necesidades de la colonia", decía en 1900 Sir Everard In Thorn, en una conferencia sobre la Guayana Inglesa<sup>39</sup>.

Los Arbitros norteamericanos y los abogados de esta misma nacionalidad que representaron a Venezuela en el proceso arbitral no quedaron satisfechos por el resultado obtenido. No obstante, los Arbitros suscribieron el laudo en la creencia de que, de no hacerlo así, los árbitros ingleses, de acuerdo con el ruso de Martens, hubiesen despojado a Venezuela incluso de las bocas del Orinoco.

Un norteamericano vinculado al litigio, Richard Olney, brindó un testimonio valioso sobre los entretelones del proceso, cuando en diciembre de 1899 escribió: "A raíz de su regreso a Nueva York, el señor Mallet Prevost, uno de los Abogados Consejeros de Venezuela, estaba ansioso de contarme cómo habían pasado las cosas y por qué ocurrieron así. En una de mis visitas a Nueva York le invité a comer con el resultado de que habló más y comió menos y de que el tiempo que duró la comida fue, más

38. El Lord Henn Collins, Arbitro Inglés. Cfr. Enrique Bernardo Núñez, ob. cit. pág. 101.

39. Sir Everard In Thorn, explorador inglés en un trabajo sobre la Guayana Británica y sus Límites, leído en una Junta de miembros del Real Instituto Colonial Inglés, celebrada el 11 de febrero de 1900. Cfr. Enrique Bernardo Núñez, ob. cit., pág. 101.

que de tomar alimentos y refrescos, de intensa ira y amargura de espíritu por el procedimiento y decisión del Tribunal de arbitraje...

Lo peor de todo, por lo visto, no es tanto la pérdida de territorio por parte de Venezuela como el descrédito general del arbitraje. Según mi informante, tanto el Presidente de la Corte (*Fuller, Presidente de la Corte Suprema de Estados Unidos*) como Brewer se muestran contrarios al arbitraje como fórmula de resolver controversias internacionales mientras no haya un procedimiento que garantice los derechos de las partes. El ex-Secretario John W. Foster, con quien comí el otro día, dijo que Fuller y Brewer regresaron al país bastante enfermos de arbitraje"<sup>40</sup>.

Por su parte, el principal Abogado Consejero de Venezuela Benjamín Harrison, ex presidente de Estados Unidos exponía pocos días después de dictarse el fallo: "Los Jueces británicos han sido siempre abogados agresivos antes que Jueces. Parece que la Ley no significa nada para un Juez británico cuando se trata de extender el dominio británico"<sup>41</sup>.

Este mismo personaje, dos meses después escribió: "Mi experiencia en París el último verano despertó en mi mente graves dudas acerca de la solución satisfactoria de controversias internacionales por medio del arbitraje, y muy particularmente cuando se trata de conflictos americanos. Los gobiernos europeos se niegan a reconocer que cualquiera de los Estados Americanos, excepción hecha de los Estados Unidos, tenga capacidad para suministrar un árbitro o siquiera uno o varios miembros imparciales de una Corte. La consecuencia salta a la vista: la decisión definitiva de toda controversia está en manos de un árbitro europeo.

"Las costumbres diplomáticas y los objetivos de los grandes gobiernos europeos están en divergencia con los nuestros.

"La apropiación de territorios pertenecientes a naciones débiles es una práctica de que se han hecho reos todos esos gobiernos, y los Estados de Centro y Sur América casi no pueden esperar un tratamiento justo.

40. Richard Olney, ex-Secretario de Estado de los Estados Unidos de América. Cfr. la publicación señalada en el N° 35 de estas notas.

41. Cfr. la publicación indicada en el N° 35 de estas notas.



"En el caso de Venezuela, creía yo que el Tribunal se constituiría sobre una base judicial y no de representación, y debido a esa creencia, hice el llamado más enérgico que jamás había hecho a una Corte, en cuanto a la solución de los problemas planteados ante el Tribunal, y conste que lo hice con un espíritu puramente judicial. Fue un fracaso rotundo.

"Los jueces británicos fueron casi tan parciales como lo es el Consejo Británico. Que hubiesen integrado ese Tribunal, sus representantes, es una anomalía y un ultraje.

"Si las soluciones dadas por el arbitraje han de sufrir la influencia de los votos y de los argumentos privados de los representantes de las dos naciones y si sus decisiones no han de crear derecho para reforzar compromisos, entonces hay que concluir que el arbitraje no puede nunca ser una institución. Será lo que ha sido hasta ahora, un mero expediente"<sup>42</sup>

Otro norteamericano, Otto Schoenrich, ya en plena mitad del presente siglo, enjuicia la sentencia arbitral de la siguiente manera: "El 3 de octubre de 1899, el Tribunal de Arbitraje dictó una decisión unánime. Esta era extremadamente breve, carecía totalmente de motivación y se limitaba a describir la línea fronteriza aprobada por el Tribunal. La línea así establecida comenzaba en Punta Playa, alrededor de 45 millas al este de Punta Barima, de allí continuaba hasta la confluencia de los ríos Barima y Muru, y luego seguía hacia el Sur a lo largo del río Amacuro. La sentencia concedió a Gran Bretaña casi el noventa por ciento del citado territorio en disputa; pero la boca del Orinoco y una región de alrededor de 5.000 millas cuadradas, en la región suroriental de las cabeceras del Orinoco, fueron reconocidas a Venezuela.

La sentencia provocó sorpresa y decepción generales. Los estudiosos del Derecho Internacional deploraron la ausencia de toda clase de razones o argumentos en la sentencia. Los conoedores de la tesis venezolana en la controversia, se escandalizaron por la excesiva concesión de territorio a la Guayana Británica, evidentemente mucho más allá de la línea que la colonia podía justamente invocar"<sup>43</sup>.

42. Idem.

43. Otto Schoenrich: *La Disputa de Límites entre Venezuela y la Guayana Británica*. The American Journal of International Law. Vol. 43, N° 3, Julio 1949, traducción del Ministerio de Relaciones Exteriores. Cfr. Enrique Bernardo Núñez, ob. cit., pág. 109 y sigs.

Finalmente, el memorándum de Severo Mallet Prevost, abogado consejero de Venezuela en el curso del proceso arbitral, publicado después de su muerte acaecida el 10 de noviembre de 1948, "es un valioso documento que arroja mayor claridad en la trastienda de aquella máquina de arbitraje"<sup>44</sup>.

El siguiente es el texto de dicho memorándum: "El Magistrado Brewer y yo nos embarcamos para Europa en enero de 1899 para asistir a la primera sesión del Tribunal Arbitral, que debía reunirse en París con el objeto de determinar la frontera entre Venezuela y la Guayana Británica. Los términos del Protocolo firmado entre Gran Bretaña y Venezuela, exigían la reunión del Tribunal en esa oportunidad. Sin embargo, como esta fecha resultaba incómoda para todos los que tenían que intervenir en el Arbitraje, se decidió celebrar una simple sesión preliminar, para cumplir con los términos del Protocolo y levantar las sesiones para reanudarlas en fecha más apropiada.

"Antes de ir a París, el Juez Brewer y yo nos detuvimos en Londres, y estando allí el señor Henry White, Encargado de Negocios de los Estados Unidos, nos ofreció una pequeña comida a la cual fue invitado el Lord Justicia Mayor Russell. Me correspondió sentarme junto a Lord Russell y en el curso de la conversación me aventuré a expresar que las decisiones de los arbitrajes internacionales debían fundarse exclusivamente en consideraciones legales. Lord Russell respondió inmediatamente: 'Estoy enteramente en desacuerdo con usted. Estimo que los arbitrajes internacionales deberían ser conducidos por vías amplias y tomar en consideración cuestiones de política internacional'. Desde aquel momento comprendí que no podíamos contar con Lord Russell para decidir la cuestión fronteriza sobre la base de estricto derecho.

"Cuando nos reunimos en París el 1º de junio siguiente —continúa Severo Mallet Prevost— conocí a Lord Collins. Durante los discursos del Procurador General Sir Richard Webster y mío (los cuales duraron 26 días) apareció claramente que Lord Collins estaba sinceramente interesado en darse cuenta completa de todos los hechos del caso y en determinar

44. Opinión de Enrique Bernardo Núñez, Cfr. su ob. cit. Nota Preliminar pág. 7.

la ley a éstos aplicable. Lord Collins, por supuesto, no dio indicación acerca de cómo votaría en la cuestión; pero su actitud y las numerosas preguntas que formuló eran críticas de las pretensiones británicas y daban la impresión de que se iba inclinando hacia el lado de Venezuela.

"Después de que Sir Richard Webster y yo concluimos nuestros discursos, el Tribunal suspendió sus sesiones para una corta vacación de dos semanas. Los dos árbitros británicos regresaron a Inglaterra y llevaron consigo al señor Martens.

"Cuando reasumimos nuestros puestos después del receso el cambio en Lord Collins era visible. Hizo muy pocas preguntas y toda su actitud era completamente diferente de lo que había sido. Nos pareció (quiero decir, a la defensa de Venezuela) como si hubiera ocurrido algo en Londres para producir tal cambio.

"Cuando todos los discursos habían concluido, en el mes de agosto o principios de septiembre, el Tribunal suspendió sus sesiones para permitir a los árbitros conferenciar y dictar sentencia. Pasaron varios días durante los cuales esperábamos ansiosamente, cuando una tarde recibí un mensaje del Magistrado Brewer en el cual me decía que él y el Magistrado Fuller deseaban hablar conmigo y pedían que me les reuniese inmediatamente en su hotel. Fui allí de inmediato.

"Cuando entré al departamento en donde me esperaban los dos árbitros americanos, el Juez Brewer se levantó y dijo muy excitado: 'Mallet Prevost, es inútil continuar por más tiempo esta farsa pretendiendo que nosotros somos jueces y usted abogado. El Magistrado Fuller y yo hemos decidido revelarle confidencialmente lo que acaba de pasar. Martens ha venido a vernos y nos informa que Russell y Collins están dispuestos a decidir en favor de la línea Schomburgk que, partiendo de Punta Barima en la costa daría a la Gran Bretaña el control de la boca principal del Orinoco; y que si nosotros insistimos en comenzar la línea partiendo de la costa en el Río Moroco, él se pondrá del lado de los británicos y aprobará la línea Schomburgk como la verdadera frontera'. 'Sin embargo, añadió él, Martens estaba ansioso de lograr una sentencia unánime, y si aceptáramos la línea que él propone, él obtendría la aquiescen-

cia de Lord Russell y Lord Collins a fin de llegar a una decisión unánime'. Lo que Martens proponía era que la línea en la costa comenzara a cierta distancia al sudeste de Punta Barima, de modo de dar a Venezuela el dominio de la boca del Orinoco y que esta línea se conectase con la línea Schomburgk a cierta distancia en el interior, dejando a Venezuela el control de la boca del Orinoco y cerca de 5.000 millas cuadradas de territorio alrededor de esa boca.

"Esto es lo que Martens ha propuesto —agrega— el Magistrado Fuller y yo somos de opinión que la frontera en la costa debería iniciarse en el Río Moroco. Lo que tenemos que decidir es si aceptamos la proposición de Martens, o suscribimos una opinión disidente. En estas circunstancias el Magistrado Fuller y yo hemos decidido consultar con usted y ahora quiero hacerle saber que estamos dispuestos a seguir uno u otro camino según lo que usted desee que se haga". Por lo que acababa de expresar el Magistrado Brewer y por el cambio que todos habíamos observado en Lord Collins, me convencí entonces, y sigo creyendo, que durante la visita de Martens a Inglaterra había tenido lugar un arreglo entre Rusia y Gran Bretaña para decidir la cuestión en los términos sugeridos por Martens y que se había hecho presión, de un modo u otro, sobre Collins, a fin de que siguiera aquel camino. Naturalmente, me di cuenta de que yo solo no podía asumir la enorme responsabilidad de la decisión que se me exigía. Así lo hice ver a los dos árbitros y les pedí autorización para consultar al General Harrison. Al obtenerla fui a su apartamento para tratarle el asunto.

"Cuando revelé al General Harrison lo que acababa de pasar, éste se levantó indignado, y caminando de un lado a otro, calificó la conducta de Gran Bretaña y Rusia en términos que es para mí inútil repetir. Su primera reacción fue la de pedir a Fuller y Brewer que presentaran una opinión disidente, pero cuando se calmó y estudió el asunto desde un punto de vista práctico, me dijo: 'Mallet Prevost, si algún día se supiera que estuvo en nuestras manos conservar la desembocadura del Orinoco para Venezuela y que no lo hicimos, nunca se nos perdonaría. Lo que Martens propone es inicuo, pero no veo cómo Fuller y Brewer puedan hacer otra cosa que aceptar'".

"Estuve de acuerdo con el General Harrison y así se lo hice saber a los Magistrados Fuller y Brewer. La decisión del Tribunal fue, en consecuencia, unánime; pero, si bien es cierto que dio a Venezuela el sector de litigio más importante desde un punto de vista estratégico, fue injusta para Venezuela y la despojó de un territorio muy extenso e importante, sobre el cual la Gran Bretaña no tenía, en mi opinión, la menor sombra de derecho"<sup>45</sup>.

#### Conclusiones sobre el laudo

El análisis de los antecedentes del laudo arbitral y del propio fallo, evidencia de una manera plena y objetiva el fraude que se consumó en perjuicio de nuestro país en el asunto relacionado con la determinación de los límites con la Guayana Inglesa.

Las conclusiones más diáfanas que pueden extraerse del examen imparcial que se haga del laudo dictado, de las condiciones que privaron para que se pronunciase en la forma en que lo fue y de sus antecedentes, conducen a dar por sentada la nulidad de lo decidido en París el 3 de octubre de 1899.

En efecto<sup>46</sup>:

1º—La línea de demarcación limitrofe establecida en el laudo arbitral sigue muy de cerca la llamada "Línea Expandida" del alemán Schomburgk. Los Archivos británicos demuestran que los mapas sobre los cuales se basó esta línea eran adulterados. Más aún, la evidencia británica que mostraba cómo la Línea original de Schomburgk seguía a lo largo del río Esequibo y que la línea restringida de Schomburgk tuvo carácter oficial, fue ocultada al Tribunal de Arbitraje.

45. El texto del memorándum en cuestión apareció junto con el artículo de Otto Schoenrich, quien lo publicó. Fue precisamente debido a las instancias de Schoenrich como severo Mallet-Prevost escribió el memorándum. Véase al respecto la obra de Enrique Bernardo Núñez citada, pág. 107 y siguientes.

46. Los siguientes seis puntos forman parte del documento que el Dr. Marcos Falcón Briceño, para entonces Canciller de la República, presentó al Ministro de Relaciones Exteriores del Reino Unido el 5 de noviembre de 1963, en la conferencia que celebraran en Londres en esa fecha. Publicación de la Oficina Especial para la Cuestión de Límites con la Guayana Británica, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

2°—La injusticia del laudo es de tal naturaleza que dio a la Guayana Británica unos 17.064 kilómetros cuadrados de territorio oficialmente reconocido por Gran Bretaña como venezolano sin discusión, hasta la aparición de la falsa "Línea Schomburgk Expandida" en 1886, y este territorio era sólo parte del área legítimamente reclamada por Venezuela.

3°—La Línea demarcatoria del laudo fue virtualmente fijada por Gran Bretaña en julio de 1899 y extrajudicialmente impuesta por los abogados británicos a los Jueces de su misma nacionalidad, quienes actuaron como abogados parcializados de su país, más bien que como Jueces.

4°—La aceptación de la línea limítrofe establecida en el laudo fue impuesta a los Jueces mediante presión indebida por parte del **Presidente del Tribunal, el Profesor ruso Frederik de Martens.**

5°—La línea limítrofe establecida en el laudo no fue una línea basada en el derecho sino una de compromiso político, calificada de "componenda" y "farsa" aun por funcionarios británicos.

6°—Hasta 1899 no tuvo Venezuela conocimiento de la correspondencia oficial y secreta que condujo al Tratado de Arbitraje firmado en Washington en 1897. Además, ha sido hace apenas escasas décadas cuando Venezuela ha venido a saber que los *abogados británicos ejercieron presión indebida sobre los abogados americanos* —representantes de Venezuela— a fin de forzarlos a aceptar la interpretación británica de la cláusula de prescripción, sobre cuyo significado también fue engañada Venezuela al firmar el Tratado de Arbitraje bajo coacción moral.

Por otra parte:

A) La sentencia arbitral no fue motivada conforme se puede evidenciar fácilmente de su simple lectura.

En la primera parte de este trabajo hemos dejado establecido cómo los autores del Derecho Internacional están acordes en afirmar que el fallo arbitral debe contener una motivación que conduzca a la decisión final.



El Laudo de París no tiene motivación alguna y ello porque ¿qué clase de motivación podría haberse redactado para ejecutar una infamia de la naturaleza de la cometida con Venezuela? De haberse motivado el fallo, la decisión habría tenido que ser necesariamente favorable a nuestro país.

B) Los fallos arbitrales, conforme a la definición del sistema de arbitraje establecida en el Convenio de La Haya, descansan sobre la base del respeto del derecho.

En el laudo arbitral de 1899 el fundamento de la decisión radicó en la componenda política, y la consecuencia de dicha decisión fue todo lo contrario a la justicia y al derecho. Esta verdad es tan irrefutable, que nadie que se precie de sensato osaría afirmar lo contrario.

C) Además de violarse descaradamente el fundamento del arbitraje, tampoco hubo principio alguno de equidad en el fallo dictado. Privó allí sólo el interés de Gran Bretaña, y la idea de la equidad, en la interpretación mental de los jueces ingleses y del ruso De Martens, vino a significar simplemente el despojo que el poderoso valiéndose de su fuerza bruta, puede hacer al débil.

D) De acuerdo a lo que expusimos en la primera parte de este trabajo, el Tribunal de Arbitraje debe integrarse con personas que posean los atributos de independencia e imparcialidad.

En el fallo dictado en París el 3 de octubre de 1899, conforme se ha demostrado plenamente, los Jueces de nacionalidad inglesa no fueron nunca imparciales sino, todo lo contrario, ardientes defensores de los planteamientos de la Gran Bretaña. Igual consideración puede hacerse sobre la actuación del Juez ruso De Martens, Presidente del Tribunal Arbitral.

E) El exceso de poder por parte de los árbitros al sentenciar, conlleva necesariamente la inexistencia de la sentencia dictada en tales condiciones.

Esta circunstancia no admite duda alguna entre los doctores y ha sido ratificada ampliamente por los Tribunales Internacionales <sup>47</sup>.

47. Puede verse la Nota 20 de estas mismas citas.

En el laudo arbitral de fecha 3 de octubre de 1899, los Jueces extralimitaron la competencia que les fue atribuida en el Tratado de Arbitraje y por lo tanto incurrieron en exceso de poder.

En efecto, en dicho laudo establecieron la libre navegación de los ríos Amacuro y Barima y determinaron normas relativas al tránsito de buques por los mismos y al cobro de derechos aduaneros.

Es evidente que tales facultades no les fueron atribuidas a los Jueces en el Tratado de Arbitraje y el solo hecho de haber decidido tales cosas bastaría para denunciar la inexistencia del laudo.

En virtud de todo lo anterior, no cabe otra conclusión:

El laudo arbitral de fecha 3 de octubre de 1899 es nulo. Por tanto, no es jurídico, ni lógico, ni justo, ni correcto que un acto de tal naturaleza produzca efectos en la práctica aun cuando circunstancialmente y en razón del desconocimiento que para aquella fecha se tenía de hechos de suma importancia ocurridos en el desarrollo del proceso que culminó con la sentencia viciada, el Gobierno nacional hace más de ochenta años haya tolerado tamaña ignominia, tanto más cuanto que esos efectos lesionan moral y materialmente a la patria de Bolívar.

### Las ideas del Arbitro Martens

Federico Martens era Miembro permanente del Consejo Imperial Ruso de Relaciones Exteriores, y Consejero Privado, y además Delegado Plenipotenciario de Rusia en la Conferencia Internacional de la Paz de La Haya en 1899 y profesor de Derecho Internacional de la Universidad de San Petesburgo. En 1879 había escrito el libro "Rusia e Inglaterra en Asia Central", publicado en francés y traducido al inglés en edición de más de treinta mil ejemplares, logrando así una amplia difusión en Inglaterra. En este libro, Martens sostiene las tesis de que "el Derecho Internacional Europeo no es aplicable a las relaciones de una política civilizada con una nación semisalvaje", y de

que Rusia e Inglaterra están obligadas a "no perder jamás de vista el papel sublime que la providencia divina les ha impuesto para el bien de las naciones semisalvajes y bárbaras"<sup>48</sup>, señalando específicamente entre ellas a las del Asia Central a las que, en esa época, se asimilaban las de Latinoamérica.

Como bien apunta Gros Espiell, los ingleses conocían muy bien las ideas de Martens expuestas en el libro ya mencionado y por esa razón lo aceptaron gustosos como Presidente del Tribunal de Arbitraje. "Inglaterra se aseguraba así a priori, un Presidente del Tribunal, diplomático tanto o más que jurista y funcionario del gobierno ruso más que hombre de derecho favorable a todos sus planteamientos y dispuesto a sostener, manteniendo viejas ideas, cualquier arreglo entre Gran Bretaña y Rusia..."<sup>49</sup>. La experiencia, triste para el procedimiento de Arbitraje que sufrió un descalabro en la opinión jurídica internacional por efecto del mismo fallo pronunciado en París, y doloroso para Venezuela, vino a demostrar que no andaban descaminados los ingleses al escoger al ruso como quinto Arbitro, lo que les permitió transitar cómodamente la senda tortuosa de la injusticia y la ignominia, con flagrante burla al derecho y desprecio de la equidad, pues "con esos antecedentes, con el único propósito de favorecer el entendimiento anglo-ruso, de Martens coaccionó a los árbitros para imponer una línea que había sido ideada meses antes en el Ministerio de Colonias británico y conservaba para nuestro país las bocas del Orinoco, pero en todo lo demás satisfacía la desmedida pretensión inglesa. Amenazó a los árbitros americanos con despojarnos también de esa región si no firmaban el laudo arbitral"<sup>50</sup>.

48. Martens, Federico: "Rusia e Inglaterra en Asia Central". Traducción y estudio preliminar de Héctor Gros Espiell. Presentación del Presidente de la República Luis Herrera Campíns. Prólogo de Carlos Leáñez S. Ediciones de la Presidencia de la República. Italgráfica, S.R.L., Caracas, 1981, pp. 87 y 88.

49. Estudio preliminar a la obra de Martens ya citada, págs. 23 - 24.

50. Zambrano Velasco, José Alberto: "Discurso pronunciado ante el Congreso de la República el 17 de junio de 1982".

## TERCERA PARTE

## EL ACUERDO DE GINEBRA

18

**Antecedentes**

En 1948, Venezuela inicia sus planteamientos de denuncia *contra el laudo de 1899, a través de su representación ante la O.E.A.*

En el curso del año 1962 el Gobierno Nacional decidió, de *manera formal, proceder por las vías legales a reclamar lo que en justicia nos corresponde.*

En este sentido el Presidente de la República en la oportunidad de presentar su Mensaje al Congreso expuso:

"Venezuela, al discutirse en las Naciones Unidas el planteamiento sobre la independencia de la Guayana Británica, hecho por el Dr. Cheddi Jagan, Primer Ministro de esa Colonia inglesa, expresó por voz de su representante en ese Foro mundial, *la irrenunciable e inmodificable decisión del pueblo venezolano de que se le reconozcan sus derechos sobre extensas zonas del territorio nacional que le fueron usurpadas por la Inglaterra de los días victorianos, los de la expansión imperialista, distintos de éstos de hoy, en que el Gobierno británico ha posibilitado la formación de numerosos Estados nuevos en antiguas colonias suyas. La posesión colonial que los ingleses adquirieron de Holanda, en las vecindades geográficas de Venezuela, pasó de 20.000 millas cuadradas a 109.000 millas cuadradas, a costa de territorio venezolano. El diferendo entre la débil Venezuela y la arrogante Albión de los días de la Reina Victoria fue resuelto en un inicuo e inaceptable, y siempre inaceptado por Venezuela, laudo pronunciado por un tribunal político y no de derecho, en sentencia del 3 de octubre de 1899.*

"Jamás Venezuela ha admitido ni admitirá que tan extensa porción de territorio legítimamente suyo deje de estar encuadrado dentro de su geografía. El planteamiento hecho ante las Naciones Unidas por nuestra Delegación fue categórico en el

sentido de que, fieles como somos a nuestra tradición y vocación anticolonialista, propiciamos para la Guayana Británica la aplicación del principio de la autodeterminación y de su propia independencia. Pero activamente seguiremos gestionando, a través de negociaciones con el gobierno amigo del Reino Unido, la reintegración a Venezuela de una franja extensa del territorio nacional a nosotros arrebatada y que ahora adquiere singular valor y significación por estar alinderada con el previsto emporio industrial de nuestra Guayana. El Soberano Congreso y el país pueden estar seguros de que, sin desplantes publicitarios, a través de serena y firme gestión diplomática, el gobierno de Venezuela reclamará que por fin se le haga justicia a un soterrado y profundo anhelo nacional de que para la Nación se rescate lo que otrora se le usurpó”<sup>51</sup>.

En consecuencia, el Ministro de Relaciones Exteriores de nuestro país planteó ante las Naciones Unidas, en el Debate General del XVII Período de Sesiones, en la Sesión Plenaria celebrada el día lunes 1º de octubre de 1962, la reclamación correspondiente.

“Entre otras cosas —dijo nuestro Canciller entonces— de muy especial importancia para Venezuela, es el tema inscrito en el Programa de este Período de Sesiones de la Asamblea a petición de mi país y titulado: “Cuestión de límites entre Venezuela y el territorio de Guayana Británica”. A este respecto puedo informar lo siguiente:

“Durante buena parte del siglo pasado Venezuela y Gran Bretaña sostuvieron largas y a veces agrias disputas a propósito de los límites de sus respectivos territorios de Guayana. Nosotros habíamos heredado de España al constituirnos en República independiente todo el territorio que hasta 1810 formaba la Capitanía General de Venezuela. Este territorio colindaba en Guayana con los establecimientos holandeses del Esequibo. Parte de esta colonia holandesa, en una extensión aproximada de 20 mil millas cuadradas, fue lo que Holanda cedió, por el Tratado de Londres de 13 de agosto de 1814, a Inglaterra. Los territorios cedidos llevan los nombres de Esequibo, Demerara y Berbice. A expensas de Venezuela, y contrariamente a todo de-

51. Véase Enrique Bernardo Núñez, ob. cit., pág. 115 (Apéndice B de la misma).

recho, la colonia británica fue creciendo y ricos territorios nuestros fueron incorporados por la poderosa Gran Bretaña de la época del imperialismo victoriano, a un ritmo tal, que aquellas veinte mil millas cuadradas se habían convertido en 60.000 a mediados del siglo pasado, llegando hasta exigir, a fines del siglo, una extensión de 109.000 millas cuadradas. La pretensión de Gran Bretaña era incontenible, al extremo de que quería llegar a las propias bocas del Orinoco, uno de los grandes ríos de la América del Sur, y el más importante de Venezuela" <sup>52</sup>. Igualmente, el Ministro de Relaciones Exteriores narró ante el foro mundial las peripecias que trajeron como consecuencia el laudo infame de 1899.

Posteriormente, con fecha 12 de noviembre del propio año 1962, el Canciller venezolano, en exposición hecha en la 348ª sesión de la Comisión Política Especial de las Naciones Unidas, ratificó los planteamientos hechos con anterioridad y abundó en argumentos en favor de nuestra tesis, para terminar de la siguiente manera:

"Hoy, Venezuela tiene las pruebas de la forma arbitraria y contraria a derecho en que fue decidida la cuestión por el laudo de 1899, y la existencia de la Carta de las Naciones Unidas le permite actuar en condiciones muy diferentes a las infortunadas del siglo pasado. Lo único a que aspira Venezuela es poder ahora solucionar amistosamente este problema con el Reino Unido, con quien mantiene tan buenas y cordiales relaciones. También quiere ratificar Venezuela su franco apoyo a la independencia de la Guayana Británica, y por ese motivo espera que en las conversaciones que desea tener con el Reino Unido, para buscar el mejor camino de una solución pacífica de esta controversia, tengan plena participación también los representantes del Gobierno de la Guayana Británica.

"Que tales conversaciones puedan tener lugar en un ambiente de amistad y armonía, es el más ferviente deseo de los venezolanos" <sup>53</sup>.

52. Marcos Falcón Briceño: *Venezuela ante la ONU, La justicia de su reclamación acerca de los límites con la Guayana Británica.*

53. Marcos Falcón Briceño: *La Cuestión de Límites entre Venezuela y la Guayana Británica.*



Secuela de los poderosos planteamientos venezolanos ante las Naciones Unidas fue el hecho de que, el 16 de noviembre de 1962, nuestro país logró un acuerdo oficial en el sentido de que los gobiernos de Venezuela, Gran Bretaña y Guayana Británica, procederían a examinar la documentación en poder de todas las partes.

No obstante el acuerdo oficial, Gran Bretaña ofreció para el correspondiente examen solamente los archivos del Foreign Office, por lo que nuestro país se vio en la necesidad de procurar por vía privada el acceso a documentos de los hombres que hicieron la historia de su frontera oriental.

Iniciadas las conversaciones entre las partes, nuevamente nuestro Canciller insistió sobre nuestros derechos, esta vez ante el Ministro de Relaciones Exteriores del Reino Unido, R. A. Butler, en Conferencia celebrada en Londres el 5 de noviembre de 1963.

Una Segunda Conferencia se llevó a efecto en diciembre de 1965. A ella asistió por Venezuela una delegación que no representó la opinión nacional, ya que sus integrantes fueron escogidos con carácter excluyente por parte de los partidos políticos que para entonces participaban en la conducción de las labores de Gobierno.

Fijada la fecha para llevar a efecto las conversaciones en Ginebra, el criterio exclusivista se hizo presente una vez más en la designación de los componentes de la misión que habría de representarnos.

Grave error éste de los encargados de manejar directamente la cosa pública, y reflejo indudable de la falta de miras claras y precisas en la dirección de las relaciones exteriores por parte del gobierno de la República, lo que hizo decir que "el manejo del problema ha sido llevado en forma casi exclusiva por la Presidencia de la República y el Ministerio de Relaciones Exteriores. Apenas en el momento de partir para las conversaciones de Ginebra, y después de designada la delegación oficial, se invitó a los partidos a enviar representantes que no podrían tener otro carácter que el de observadores, dada la circunstancia de que a aquellos no les fue solicitada su opinión

ni se les hizo un previo planteamiento de las alternativas que iban a enfrentarse y de la estrategia que la delegación venezolana iba a seguir"<sup>54</sup>.

19

### **El texto del Acuerdo**

Como conclusión de las conversaciones sostenidas en Ginebra por los representantes de los Gobiernos de Venezuela y el Reino Unido, el día 17 de febrero de 1966 suscribieron éstos un Acuerdo, al cual tuvo acceso también el Primer Ministro de la entonces Guayana Británica.

El siguiente es el texto del Acuerdo:

"El Gobierno de Venezuela y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, en consulta con el Gobierno de Guayana Británica,

#### **Considerando:**

la próxima independencia de Guayana Británica;

#### **Reconociendo:**

que una más estrecha cooperación entre Venezuela y Guayana Británica redundaría en beneficio para ambos países.

#### **Convencidos:**

que cualquiera controversia pendiente entre Venezuela por una parte, y el Reino Unido y Guayana Británica por la otra, perjudicaría tal colaboración y debe, por consiguiente, ser amistosamente resuelta en forma que resulte aceptable para ambas partes; de conformidad con la Agenda que fue convenida para las conversaciones gubernamentales relativas a la controversia entre Venezuela y el Reino Unido sobre la frontera con Guayana Británica, según el Comunicado Conjunto del 7 de noviembre de 1963, han llegado al siguiente Acuerdo para resolver la presente controversia:

54. Documento elaborado por los Senadores y Diputados del Partido Demócrata-Cristiano COPEI, con relación a la actitud asumida frente a la Ley Aprobatoria del Acuerdo de Ginebra.

### Artículo I

Se establece una Comisión Mixta con el encargo de buscar soluciones satisfactorias para el arreglo práctico de la controversia entre Venezuela y el Reino Unido surgida como consecuencia de la contención venezolana de que el Laudo Arbitral de 1899 sobre la frontera entre Venezuela y Guayana Británica es nulo e irritó.

### Artículo II

1) Dentro de dos meses contados a partir de la entrada en vigor de este Acuerdo, dos Representantes para que formen parte de la Comisión Mixta serán nombrados por el Gobierno de Venezuela y dos por el Gobierno de Guayana Británica.

2) El Gobierno que nombre un Representante puede en cualquier tiempo reemplazarlo, y debe hacerlo inmediatamente si uno de sus Representantes o ambos, por enfermedad, muerte u otra causa estuvieren incapacitados para actuar.

3) La Comisión Mixta puede por acuerdo entre los Representantes designar expertos para que colaboren con ella, bien en general o en relación a una materia particular sometida a la consideración de la Comisión Mixta.

### Artículo III

La Comisión Mixta presentará informes parciales a intervalos de seis meses contados a partir de la fecha de su primera reunión.

### Artículo IV

1) Si dentro de un plazo de cuatro años contado a partir de la fecha de este Acuerdo, la Comisión Mixta no hubiere llegado a un acuerdo completo para la solución de la controversia, referirá al Gobierno de Venezuela y al Gobierno de Guyana en su informe final cualesquiera cuestiones pendientes. Dichos Gobiernos escogerán sin demora uno de los medios de solución pacíficos previstos en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.

2) Si dentro de los tres meses siguientes a la recepción del Informe final el Gobierno de Venezuela y el Gobierno de Guyana no hubieren llegado a un acuerdo con respecto a la elección de uno de los medios de solución previstos en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, referirán la decisión sobre los medios de solución a un órgano internacional apropiado que ambos Gobiernos acuerden, o de no llegar a un acuerdo sobre este punto, al Secretario General de las Naciones Unidas. Si los medios así escogidos no conducen a una solución de la controversia, dicho órgano, o como puede ser el caso, el Secretario General de las Naciones Unidas, escogerán otro de los medios estipulados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, y así sucesivamente, hasta que la controversia haya sido resuelta, o hasta que todos los medios de solución pacífica contemplados en dicho Artículo hayan sido agotados.

#### **Artículo V**

1) *Con el fin de facilitar la mayor medida posible de cooperación y mutuo entendimiento, nada de lo contenido en este Acuerdo será interpretado como una renuncia o disminución por parte de Venezuela, el Reino Unido o la Guayana Británica de cualesquiera bases de reclamación de soberanía territorial en los territorios de Venezuela o Guayana Británica o de cualesquiera derechos que se hubiesen hecho valer previamente, o reclamaciones de tal soberanía territorial o como prejuzgando su posición con respecto a su reconocimiento o no reconocimiento de un derecho a reclamo o base de reclamo por cualquiera de ellos sobre tal soberanía territorial.*

2) *Ningún acto o actividad que se lleve a cabo mientras se halle en vigencia este Acuerdo constituirá fundamento para hacer valer, apoyar o negar una reclamación de soberanía territorial en los Territorios de Venezuela o la Guayana Británica, ni para crear derechos de soberanía en dichos territorios, excepto en cuanto tales actos o actividades sean resultado de cualquier convenio logrado por la Comisión Mixta y aceptado por escrito por el Gobierno de Venezuela y el Gobierno de Guyana. Ninguna nueva reclamación o ampliación de una reclamación existente a soberanía territorial en dichos territorios será hecha valer*

mientras este Acuerdo esté en vigencia, ni se hará valer reclamación alguna sino en la Comisión Mixta mientras tal Comisión exista.

#### Artículo VI

La Comisión Mixta celebrará su primera reunión en la fecha y lugar que sean acordados entre los Gobiernos de Venezuela y Guayana Británica. Esta reunión se celebrará lo antes posible después del nombramiento de sus miembros. Posteriormente, la Comisión Mixta se reunirá cuando y en la forma que acordaren los Representantes.

#### Artículo VII

Este Acuerdo entrará en vigor en la fecha de su firma.

#### Artículo VIII

Al obtener Guayana Británica su Independencia, el Gobierno de Guyana será en adelante parte del presente Acuerdo, además del Gobierno de Venezuela y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

En testimonio de lo anterior, los suscritos, debidamente autorizados para ello por sus respectivos Gobiernos, han firmado el presente Acuerdo.

Hecho en duplicado, en Ginebra, a los diecisiete días del mes de febrero del año mil novecientos sesenta y seis, en español y en inglés, siendo ambos textos igualmente auténticos.

Por el Gobierno de Venezuela:

(Fdo.): **Ignacio Iribarren Borges**  
Ministro de Relaciones Exteriores

Por el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte:

(Fdo.): **Michael Stewart**  
Secretario del Estado de Relaciones Exteriores

(Fdo.): **Forbes Burnham**  
Primer Ministro de la Guayana Británica

El Congreso sancionó la Ley Aprobatoria del Acuerdo del día 13 de abril de 1966 y el día 15 del propio mes fue promulgada por el Presidente de la República, convirtiéndose desde entonces tal instrumento en Ley de la República.

Poco tiempo después, el 26 de mayo del propio año de 1966, Guayana Británica obtuvo la independencia con el nombre de Guyana, y el 23 de febrero de 1970 se estableció la "República de Guyana".

## 20

### Algunos criterios en torno al Acuerdo

Una vez que el texto del Acuerdo fue dado a publicidad, las opiniones de los juristas nacionales, no se hicieron esperar.

Algunos mostraron desacuerdo con la forma como se llevaron las negociaciones; otros pensaron que fue un triunfo obtenido por el Reino Unido a costa de nuestro país; hubo quienes creyeron que el Acuerdo se limitaba a congelar el litigio; por su parte los delegados representantes de Venezuela a las reuniones de Ginebra, y el Gobierno nacional de entonces en particular, afirmaron que nuestro país se ha beneficiado notoriamente con la solución adoptada en el Acuerdo.

Por considerar algunas de las opiniones emitidas como muy importantes, intentaremos exponer, en resumen, lo que se ha dicho al respecto.

#### a) El criterio del Dr. Marcos Falcón-Briceño<sup>55</sup>.

Ex Canciller venezolano y ex Embajador de nuestro país ante el Reino Unido, tocó al Dr. Falcón Briceño plantear oficialmente ante las Naciones Unidas la reclamación territorial de la Guayana Esequiba, a iniciar las conversaciones con los representantes del Gobierno del Reino Unido.

El criterio del ex Canciller, puede resumirse de la siguiente manera:

55. Véase escrito publicado en el diario **El Nacional**, de Caracas, en su edición del martes 5 de abril de 1966.



1) Al ser aprobado el Acuerdo por el Congreso, sólo se lograría congelar la reclamación venezolana por tiempo indefinido, mucho más allá de los cuatro años que había de tener la Comisión Mixta creada por el Acuerdo para buscarle solución práctica a la controversia. A este respecto podría suceder que se llegue o no a resultado alguno, y en este último caso, es decir, que no haya solución de la controversia, Venezuela habría perdido el tiempo y debilitado su posición.

2) El Gobierno Británico no ha cambiado su posición de fondo. Ha admitido, sí, que existe una controversia surgida como consecuencia de la contención venezolana de que el Laudo Arbitral de 1899 es nulo e írrito. La controversia así admitida tiene carácter estrictamente jurídico, aun cuando se conviene en buscar soluciones satisfactorias para el arreglo práctico de ella. En este sentido, de acuerdo con el texto del artículo V del Acuerdo, en su parte final, el arreglo práctico de que se habla se ha de referir a una transacción territorial.

3) La Constitución Nacional impide llegar a una transacción territorial con el Gobierno del Estado de Guayana, puesto que el artículo 8 de la carta fundamental establece que "El territorio nacional no podrá ser jamás, cedido, traspasado, arrendado ni en forma alguna enajenado, ni aun temporalmente, o parcialmente, a potencia extranjera". En consecuencia, el Congreso no podría aprobar un Tratado o Acuerdo que permita hacer arreglos prácticos como los que contempla el Acuerdo de Ginebra.

4) Según el artículo V del Acuerdo, el Reino Unido ni Guayana renuncian a cualesquiera bases de reclamación o de derechos sobre territorio venezolano que se hubiesen hecho valer previamente (es decir, antes del Laudo de 1899). En consecuencia, los gobiernos de aquellos países podrían reclamar territorios que hoy en día forman parte del Estado Bolívar y del Territorio Federal Delta Amacuro. Por ello el Acuerdo firmado en Ginebra por este respecto lesiona la seriedad del reclamo venezolano y debilita la posición de nuestro país. Lo que debe estar en juego en esta controversia es el territorio que fue usurpado por Gran Bretaña a través del Laudo de 1899.

5) Es posible que el Reino Unido, en el deseo de evitar que el Estado de Guyana recibiera, con la independencia, una situación demasiado tensa con Venezuela, apelase a una fórmula que al mismo tiempo que ofrecía una esperanza aparente de arreglo, tuviera el efecto de disminuir sea tensión, pero no sin encausar las negociaciones en tal manera, a través de distintas alternativas —vía diplomática o medios de solución pacífica— que prácticamente conducen a la congelación de nuestro reclamo por tiempo indefinido. "El modelo en que se inspira el Proyecto de Acuerdo, presentado por los británicos, es el Tratado Antártico, de 1959, algunas de cuyas cláusulas son casi iguales a las del Acuerdo de Ginebra. El tratado Antártico tiene por objeto principal la congelación de las reclamaciones territoriales existentes, por treinta años cuando menos".

6) Sólo dos medios de solución pacífica serían efectivos para resolver la controversia: a) el Arbitraje; b) el arreglo judicial. El Acuerdo de Ginebra obligaría al Gobierno de Guyana a aceptar el Arbitraje como medio de solución, pero el discutirse las bases sobre las cuales van a decidir los árbitros (Compromiso Arbitral), sus representantes podrían proponer condiciones inaceptables para Venezuela. Esto significa que el Arbitraje no podría llegar a darse. Si Venezuela acude a la Corte Internacional de Justicia con la carta jurídica únicamente en la mano, es decir, si ha de plantearse el punto estrictamente jurídico de que el Laudo Arbitral de 1899 es nulo e írrito, podría producirse una sentencia contraria a nuestro pedimento, pues en sentido similar se ha pronunciado este alto tribunal en fechas recientes.

b) **El criterio del doctor Ramón Carmona**<sup>56</sup>.

Embajador de Carrera de la República, en retiro (al momento de firmarse el Acuerdo), y ex Consultor Jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores, consideró que el procedimiento establecido en el Acuerdo de Ginebra no es el más aconsejable, ni el más provechoso para los intereses de Venezuela.

56. Véanse escritos publicados en el diario *El Nacional*, de Caracas, en sus ediciones del lunes 21 de marzo de 1966 y del 13 de abril de 1966.

En síntesis, su criterio fue el siguiente:

1) Según el contenido del Acuerdo, Gran Bretaña se inhibió en la controversia y quedó libre de las consecuencias de sus atropellos del pasado siglo. En este sentido, una vez que Guyana ha pasado a ser un Estado soberano, el diferendo se tratará de resolver entre su Gobierno y el de Venezuela, sin que Gran Bretaña tenga que inmiscuirse en el asunto.

2) El escogerse el procedimiento de designar cuatro comisionados, y no un número impar, solamente puede explicarse por el deseo británico de aplazar o congelar el asunto, lo que no han debido aceptar los representantes venezolanos.

3) Según el párrafo 2 del artículo V del Acuerdo, Venezuela renunció a reclamar nada sobre soberanía en el territorio usurpado a menos que derive del propio informe de la Comisión que se constituya, cualesquiera que sean las circunstancias que surjan en el futuro y aun cuando otros caminos se abran enfrente a nosotros.

4) El texto del propio párrafo 2 del artículo V del Acuerdo es en extremo confuso pero parece encaminado a impedir que mientras dure el instrumento se puedan establecer nuevos derechos por cualquiera de las partes, invocando soberanía, mediante concesiones, contratos, garantías o actos jurídicos de cualquiera especie. Ello implicaría, por argumento a contrario, que los actos de soberanía ejercidos antes del Acuerdo y no durante su vigencia, como son las concesiones y contratos otorgados por Guyana en el territorio usurpado, que Venezuela ha protestado cuando ha tenido conocimiento de ellos, resultarían válidos.

5) El procedimiento establecido en el texto del Acuerdo puede conducir a la congelación del asunto por el lapso de diez años, que se estiman suficientes no sólo para poner en pie de guerra a cualquier país, sino para echar por tierra las líneas básicas de desarrollo de la Gran Guayana.

6) En el caso de llegarse al Arbitraje, habrá que redactar un compromiso arbitral, pero no se sabe exactamente sobre qué versaría el compromiso, si es para revisar de una vez el fondo del seudo-laudo o solamente para debatir la validez de la sentencia.

7) De llegar el asunto a manos del Secretario General de la O.N.U. este funcionario, al ser requerido a intervenir conforme al artículo IV, numeral 2, del Acuerdo, recomendará en lo que se refiere al procedimiento de Arbitraje, las Cláusulas de la Convención sobre procedimientos Arbitrales preparado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1958, adoptado por Resolución de la Asamblea General como modelo de Convenciones de esa índole. En este sentido, de acuerdo con el articulado de dicha Convención, los lapsos previstos para solicitar la nulidad del fallo arbitral o su revisión, estarían prescritos.

8) En caso de llegarse hasta la Corte Internacional de Justicia, se corre el riesgo de perder el litigio, pues este Tribunal, en materia de nulidad de sentencias arbitrales es extremadamente rígido, y su opinión al respecto equivale al respecto incondicional de la cosa juzgada, conforme se ha evidenciado en casos recientes que le han sido sometidos a consideración.

9) Podría hasta considerarse preferible, con todos los inconvenientes del caso, que el Congreso aplazase el asunto y excitase al Ejecutivo Nacional a que procure negociar directamente con Guyana, reservando mientras tanto sus derechos contra el Reino Unido, de modo de llegar a una decisión en beneficio de ambos países que respete los derechos de Venezuela y elimine los puntos dudosos del Acuerdo de Ginebra.

e) **El criterio del doctor Gonzalo García Bustillos**<sup>57</sup>.

El doctor García Bustillos, quien representó a nuestro país en las reuniones de Ginebra, por invitación del Gobierno Nacional, ha defendido con denuedo el Acuerdo suscrito en aquella ciudad.

Por entender que es un instrumento idóneo para resolver favorablemente el litigio limítrofe y para que Venezuela obtenga la justa reparación que se nos debe, el doctor García Bustillos propugnó su cumplimiento por parte de Venezuela, en el entendido de que, no hacerlo y esperar a negociar con Guayana independiente, representaría un riesgo para nuestra reclamación ya

57. Véase escrito publicado en el diario El Nacional, de Caracas, en su edición del 30 de marzo de 1966.

que los guayaneses podrían acudir a la O.N.U. —donde poseen amplio respaldo afroasiático— para decir contra Venezuela toda suerte de acusaciones.

García Bustillos fue uno de los representantes venezolanos que integraron la Comisión Mixta prevista en el artículo II del Acuerdo.

El criterio del doctor Gonzalo García Bustillos puede sintetizarse en los siguientes puntos, por él expuestos al rebatir críticas que otros juristas han formulado al Acuerdo.

1) La Comisión Mixta prevista en el Acuerdo no puede atacarse por el hecho de que está integrada en número par. De admitirse como cierto que no existiendo en la Comisión el tercero en discordia o amigable componedor sería imposible llegar a un arreglo, habría que concluir de igual manera que no podría haber nunca entre los países la negociación bilateral que ha constituido y seguirá constituyendo base extraordinaria para el desarrollo de la relación y del derecho internacional. Así como los acuerdos bilaterales surgen del entendimiento de dos partes soberanas, de la misma manera la Comisión Mixta diplomática puede llegar a las soluciones que prevé el artículo IV del Acuerdo de Ginebra.

2) No puede admitirse como absoluta la premisa de que el Acuerdo congelará el litigio. "Si la Comisión no trabaja (y está previsto un informe cada seis meses) y si los Comisionados designados no son competentes y hábiles, la Comisión seguramente fracasará. Pero si los supuestos son otros, podemos esperar magníficos resultados de la labor de esa Comisión, sobre todo porque los Comisionados venezolanos podrán aprovechar las coyunturas que el observatorio del tiempo internacional predice para esas calendas".

3) El artículo V del Acuerdo de Ginebra, representa una cláusula de reserva de derechos y una garantía de que ni el Reino Unido antes de la independencia del Estado de Guyana, ni éste con posterioridad a tal hecho, ejercerían actos que puedan perjudicar posteriormente la posición de Venezuela.

4) A través del Acuerdo, la tesis británica de la intangibilidad del Laudo Arbitral de 1899 ha sufrido un rudo golpe.

5) De llegarse a una solución mediante el procedimiento Arbitral, no hay por qué pensar que sólo en el caso de debatirse el fondo del Laudo de 1899 podría hablarse de una verdadera victoria jurídica. En este sentido, el primer paso, desde el punto de vista estrictamente jurídico, es obtener la nulidad del Laudo de 1899, para luego abrir el debate sobre el fondo.

6) No puede admitirse indefectiblemente que el Secretario General de la O.N.U. escogerá como procedimiento arbitral —si tal fuere el caso— aquel previsto en la Convención modelo sobre la materia adoptada por la Asamblea General en 1962, puesto que esa Convención no es obligatoria para los Estados miembros, y el arbitraje se basa en un compromiso arbitral que tiene carácter de Tratado entre las partes y en el cual éstas establecen lo fundamental de fondo y de forma.

7) De apelarse a la Corte Internacional de Justicia, Venezuela obtendría la victoria. En este orden de ideas los argumentos de que dispone el país frente a la contraparte son suficientemente poderosos como para que en La Haya se pronuncie una sentencia de nulidad del Laudo de 1899. Los fallos dictados por el alto tribunal en fechas recientes no tienen por qué influir en el proceso que ventilaría Venezuela, ya que la situación es distinta en nuestro caso".

No obstante los criterios encontrados sobre el Acuerdo de Ginebra, es un hecho evidente el de que la tesis de la intangibilidad del Laudo Arbitral de 1899, tercamente sostenida por Gran Bretaña, ha sido quebrantada. En este sentido se puede apuntar que según el Acuerdo de Ginebra, se reconoce plenamente la existencia de una controversia surgida como consecuencia de la contención venezolana de que el Laudo en cuestión es nulo e irrito; y se contrae por las partes el compromiso de buscar una solución a dicho conflicto a través de los medios previstos en el Derecho Internacional.

21

#### **La actitud del Gobierno de Guyana ante el Acuerdo.**

Conforme a las previsiones del Acuerdo de Ginebra, fueron designados los cuatro integrantes de la Comisión Mixta, dos por Venezuela y dos por Guyana. Iniciadas como lo fueron las



discusiones, los representantes guyaneses —en contra del espíritu del Acuerdo— se dedicaron a obstaculizar todo intento de búsqueda de una solución.

A la actitud asumida por las partes, se refirió el Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela en su Discurso ante el Congreso de fecha 17 de junio de 1982, al exponer: "Durante los cuatro años de trabajo de la Comisión Mixta, entre 1966 y 1970, Venezuela se esforzó en dar cabal cumplimiento a esa obligación de negociar de buena fe, en los términos en que la define el Derecho Internacional. Nuestra representación hizo cuanto estuvo a su alcance, tomó todas las iniciativas posibles, para que las negociaciones tuvieran sentido y pudieran ofrecer algún progreso.

"En cambio, la representación de Guyana, en lugar de abordar el tema de la reclamación territorial en la forma en que estaba legalmente obligada a hacerlo, se negó empecinadamente a considerar cualquier posibilidad de solución, práctica y satisfactoria del asunto. Se limitó a sostener que el laudo de 1899 era un hecho consumado y que, mientras Venezuela no obtuviera su anulación, no había más nada que discutir.

"La actuación de la delegación guyanesa frustró los mecanismos del tratado. En efecto, la pretensión orientada a someter la posibilidad de negociación a la previa anulación del laudo, o de limitar la aplicación de los medios de solución a los solos aspectos jurídicos implicados, constituye una clara violación de la letra y del espíritu del Acuerdo de Ginebra"<sup>58</sup>.

No obstante los esfuerzos realizados por los delegados venezolanos, los guyaneses consiguieron evadir el cumplimiento de las obligaciones que les imponía el texto del convenio, de allí que los cuatro años fijados para el arreglo práctico de la controversia transcurrieran sin que los comisionados arribaran a solución alguna. Es por ello por lo que los representantes venezolanos, en el Informe final rendido al Gobierno, expresaron que "el incumplimiento del Acuerdo de Ginebra no consiste en que no se haya encontrado una solución satisfactoria para el arreglo práctico de la controversia, sino que, a pesar de los esfuerzos de Venezuela, ni siquiera se intentó la búsqueda de aquella solución" (por parte de los guyaneses).

58. Véase el texto del expresado **Discurso**, págs. 13 y 14.

En síntesis, el Gobierno de Guyana, al cabo de 48 meses de gestiones por parte de los venezolanos, logró su propósito, palpable desde el comienzo mismo de las discusiones a nivel de la Comisión Mixta, en orden a no afrontar responsablemente sus obligaciones internacionales con Venezuela, creando con ello una situación de estancamiento en las negociaciones, evidentemente inconveniente y perjudicial.

#### CUARTA PARTE

#### EL PROTOCOLO DE PUERTO ESPAÑA

##### 22

#### La suspensión temporal del Acuerdo de Ginebra.

Vencido el plazo de cuatro años establecido en el artículo IV del Acuerdo de Ginebra, y producidos los informes finales por parte de los Comisionados a sus respectivos Gobiernos, se imponía en consecuencia la aplicación del procedimiento indicado en el propio artículo, es decir, escoger uno de los medios de solución pacíficos previstos en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, o sean: negociación, investigación, mediación, conciliación, arbitraje, arreglo judicial, recurso a organismos o acuerdos regionales, u otros medios pacíficos a elección de las partes.

En este estado de la cuestión, los gobiernos de Venezuela y de Guyana optaron por suspender temporalmente la aplicación del mencionado artículo IV del Acuerdo de Ginebra y al efecto suscribieron, el 18 de junio de 1970, un convenio en tal sentido.

##### 23

#### El texto del Protocolo de Puerto España \*

El Proyecto de Ley Aprobatoria del Protocolo de Puerto España está precedido de una exposición de motivos de fecha

\* El término "Protocolo", en la terminología jus-internacionalista, es sinónimo de "Tratado", al igual que los términos "Convención", "Acuerdo", "Carta", "Compromiso", "Concordato", "Modus-Vivendi", "Pacto", etc., según se desprende de la Convención sobre el derecho de los Tratados suscrita en Viena el 23 de mayo de 1969.

22 de junio de 1970, suscrita por el entonces Canciller, el distinguido hombre público Aristides Calvani, cuyo texto es del tenor siguiente:

1.—El 17 de febrero de 1966 se celebró en Ginebra un Acuerdo entre el Gobierno de Venezuela y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, en consulta con el Gobierno de la entonces colonia llamada Guayana Británica, que entró en vigencia en el momento de su firma y fue aprobado posteriormente por el Congreso el 15 de abril de 1966.

2.—De conformidad con lo previsto en el artículo I del citado Acuerdo, se constituyó una Comisión Mixta formada por dos representantes de Venezuela y dos de Guyana, encargada de "buscar soluciones satisfactorias para el arreglo práctico de la controversia, surgida como consecuencia de la contención venezolana de que el Laudo Arbitral de 1899 sobre la frontera entre Venezuela y Guayana Británica es nulo e írrito".

3.—La mencionada Comisión Mixta celebró 16 reuniones en diferentes ciudades y concluyó el período de su mandato sin haber logrado realizar el cometido que se le encomendó por el Acuerdo, debido a que, desde el comienzo mismo de sus actuaciones y durante todas las reuniones que celebró, hubo desacuerdo absoluto entre los representantes venezolanos y guyaneses acerca del mandato del organismo que ellos integraban. En efecto, los representantes venezolanos sostuvieron en todo tiempo que, a la luz de la letra y del espíritu del artículo I, ese mandato era única y exclusivamente el de "buscar soluciones satisfactorias para el arreglo práctico de la controversia", en tanto que los representantes guyaneses mantuvieron el criterio de que la determinación de la nulidad o validez del Laudo de 1899 era una cuestión previa que debía tratarse preferentemente antes de analizarse cualquier arreglo práctico o de hecho.

4.—De conformidad con el artículo IV del Acuerdo de Ginebra "si dentro de los tres meses siguientes a la recepción del Informe Final el Gobierno de Venezuela y el Gobierno de Guyana no hubieren llegado a un acuerdo con respecto a la elección de uno de los medios de solución previstos en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, referirán la decisión sobre los medios de solución a un órgano internacio-

nal apropiado que ambos Gobiernos acuerden o, de no llegar a un acuerdo sobre este punto, al Secretario General de las Naciones Unidas". Esto significa que, de no haberse suspendido la vigencia del artículo IV, existía la posibilidad de que, tres meses después de la entrega del Informe Final de la Comisión Mixta, un asunto de tan vital importancia para Venezuela, como es la determinación del medio de solución de la controversia, habría salido de manos de las dos Partes directamente interesadas, para ser decidido por un organismo internacional elegido por éstas o, en su defecto, por el Secretario General de las Naciones Unidas.

5.—Cuando el Gobierno de Venezuela vio acercarse esa eventualidad, examinó cuidadosamente la situación en que se encontraban las relaciones entre los dos países, así como el cuadro general de la política internacional, en lo que éste pudiera repercutir en nuestras aspiraciones, y llegó a la conclusión de que el momento no era propicio para entrar en esta nueva fase del procedimiento.

En efecto, estimó el Gobierno de Venezuela que, dada la falta de todo progreso en la Comisión Mixta y dado el hecho lamentable pero innegable del deterioro de las relaciones entre Venezuela y Guyana, era difícil si no imposible esperar que el mecanismo del Acuerdo de Ginebra pudiera cumplir su función de procurar una solución satisfactoria para el arreglo práctico de la controversia ya que el logro de esa solución presupone necesariamente el ejercicio, en los medios de solución previstos, de una voluntad de entendimiento de parte y parte.

6.—En estas circunstancias, el Gobierno de Venezuela, que ya venía adelantando el análisis del asunto por sus organismos y funcionarios especializados, consideró necesario ampliar esos estudios e incorporar a ellos calificados venezolanos, destacados por su criterio jurídico, su experiencia política y administrativa y sus conocimientos de las cuestiones internacionales. Fueron consultadas personalidades pertenecientes a distintos sectores de opinión, entre ellos dirigentes políticos, los ex Ministros de Relaciones Exteriores, Miembros del Congreso Nacional y otros expertos en derecho y en relaciones internacionales. Se procedió igualmente a recabar dictámenes de especialistas extranjeros de reputación consagrada.

Se ponderaron con el mayor cuidado todas las posibles alternativas y se llegó a la conclusión de que la más conveniente, aun cuando en vista del ambiente que para el momento existía parecía la más ardua, consistía en la búsqueda de una vía negociada con Guyana. A este fin encaminó el Gobierno Nacional sus esfuerzos. No obstante la amplia divergencia inicial de las posiciones, que al comienzo pudieron parecer irreconciliables, se comprobó la existencia de una efectiva voluntad de negociación de parte de Guyana. Este deseo de entendimiento por ambas partes hizo posible eventualmente llegar al texto del Protocolo que hoy se somete a la aprobación legislativa y que deja a salvo sus derechos e intereses y abre el camino para crear las conclusiones necesarias para hacer posible una solución pacífica, honorable y equitativa de la controversia.

En el buen éxito de las negociaciones fue particularmente eficaz la amistosa colaboración del Primer Ministro de Trinidad y Tobago, Excelentísimo Señor Eric Williams, quien hizo todos los esfuerzos a su alcance para lograr un entendimiento satisfactorio tanto para Venezuela como para Guyana.

Justo es reconocer también, desde luego, el espíritu de receptividad y colaboración que animó al Gobierno de Guyana durante las negociaciones que condujeron a este feliz resultado, no obstante el clima de tensión y de suspicacia hacia Venezuela que había existido en el pasado.

7.—Cuando comenzaron las negociaciones, el Gobierno de Guyana propuso un plazo de suspensión demasiado largo a juicio del Gobierno de Venezuela, basado en el criterio de que convenía dejar a una nueva generación el examen completo del problema. Venezuela, por su parte, propuso un plazo que el Gobierno de Guyana consideró demasiado breve. Así, pues, el término de doce años a que se llegó, representa una fórmula de compromiso entre las proposiciones extremas, pero más cercana a la propuesta inicial de Venezuela que a la de Guyana.

8.—Las ventajas esenciales que ofrece para Venezuela el Protocolo de Puerto España y, en particular, el plazo de doce años a que se refiere el número anterior son:

- a) mantiene vigente nuestra reclamación sobre el territorio que nos fue arrebatado por el Laudo de 1899;

- b) evita que nuestro litigio fronterizo con Guyana salga en breve plazo, que podría inclusive ser de tres meses, del ámbito de las negociaciones directas entre las Partes interesadas y pase a manos de terceros;
- c) abre un período suficientemente largo para que los dos Gobiernos, como lo establece el artículo I del Protocolo, puedan explorar todas las posibilidades de mejorar el entendimiento entre ellos y entre sus pueblos y en particular *emprender a través de los canales diplomáticos normales revisiones periódicas de sus relaciones con el propósito de promover su mejoramiento y con el objeto de producir un adelanto constructivo de las mismas;*
- d) contempla la eventualidad de que al finalizar ese período puedan existir circunstancias más apropiadas que, dentro de los términos del Acuerdo de Ginebra y según la situación internacional que prevalezca en ese momento, se traduzcan en una solución del diferendo o en la determinación de un medio de resolverlo;
- e) *durante esos doce años le es posible a Venezuela, mediante una inteligente y bien organizada labor de colaboración cultural, económica y de todo orden, no sólo disminuir las tensiones actualmente existentes, sino mejorar considerablemente la imagen que actualmente tiene de Venezuela el pueblo guyanés y que no es, evidentemente, la que le corresponde por su pasado y su gloriosa tradición en el mundo americano;*
- f) *el Protocolo hace posible crear durante el período de su vigencia, un ambiente propicio que permita, al cabo de doce años, continuar el procedimiento pautado en el artículo IV del Acuerdo de Ginebra, en condiciones más favorables para el cumplimiento de su objetivo: la obtención de una solución práctica, aceptable para las partes.*

9.—Es evidente que el término "congelación" empleado por algunos intérpretes del Protocolo, no corresponde al verdadero sentido ni a la intención de éste, ya que el plazo de doce años *no va a ser un período de inactividad, sino, por el contrario, durante ese tiempo según lo previsto en el artículo I se obligan*



las Partes a realizar esfuerzos efectivos para crear un clima de real entendimiento, que abra el camino para abordar la solución de la controversia, como lo contempla el artículo III del mismo.

10.—El hecho de que, según el artículo II del Protocolo, no pueden hacerse valer durante la vigencia de éste reclamaciones territoriales por una u otra Parte, no significa, desde luego, que en manera alguna disminuyan o pierdan vigencia los derechos en que tales reclamaciones puedan basarse, al tenor de lo dispuesto en el ordinal 2º del artículo IV del Protocolo en referencia. De este modo, queda incólume todo lo que el Acuerdo de Ginebra puede contener de positivo para los intereses venezolanos. Por lo demás, el Protocolo sigue cuidadosamente en todas las referencias relativas a reclamaciones territoriales el texto del Acuerdo de Ginebra, por ser éste un tratado vigente debidamente aprobado por el Soberano Congreso.

11.—El artículo III del Protocolo salvaguarda la totalidad de los derechos que en favor de Venezuela pudieren existir en el momento de la firma del Informe Final de la Comisión Mixta. En efecto, en la fecha en que el Protocolo deje de tener vigencia, el mecanismo del artículo IV del Acuerdo de Ginebra se reanuda en el punto de la suspensión, es decir, como si el Informe Final de la Comisión Mixta hubiere sido presentado en ese momento.

Por lo demás, la celebración del Protocolo y el hecho de su vigencia no podrán interpretarse en ningún caso como renuncia o disminución de derecho alguno que Venezuela pueda tener para la fecha de la firma del mismo, ni como reconocimiento de ninguna situación, uso o pretensión que puedan existir para entonces.

12.—El artículo IV del Protocolo de Puerto España establece que, durante su vigencia, el artículo V del Acuerdo de Ginebra tendrá efecto en relación con el Protocolo en la misma forma en que la tiene en relación con dicho Acuerdo. Lógicamente, fue preciso eliminar las referencias que dicho artículo hacía a "Guayana Británica" sustituyéndola por "Guyana". Igualmente fue necesario suprimir las menciones referentes a la "Comisión Mixta", ya que ésta había dejado de existir. Se consideró preferible incorporar al Protocolo el texto mismo del Acuerdo de

Ginebra, en lugar de intentar la redacción de un nuevo artículo, a fin de evitar todo riesgo de alteración del "statu quo" jurídico.

13.—El artículo V del Protocolo establece que éste tendría una duración inicial de doce años. Este plazo es renovable por períodos iguales o inferiores, si así lo acordaren los Gobiernos de Venezuela y de Guyana.

Si al finalizar el período inicial, el Gobierno Nacional considera conveniente que termine la vigencia del Protocolo, simplemente tiene que notificar por escrito, con seis meses de anticipación, a los demás Gobiernos Partes en el mismo, su decisión al respecto. Si por el contrario, considera que una prórroga es beneficiosa para Venezuela, le basta con abstenerse de dar esa notificación. Puede además, si lo considera más conveniente, acordar con el Gobierno de Guyana la renovación por un plazo inferior a doce, pero no menor de cinco años.

En todo caso, es de importancia destacar el derecho que a Venezuela corresponde de dar por terminado el Protocolo al concluir el plazo de vigencia.

En todos los actos del Gobierno de Venezuela en esta materia está presente la permanente convicción de que es esencial el mantenimiento y la defensa de los derechos nacionales respecto del territorio venezolano arrebatado por el llamado Laudo de 1899 y la conciencia plena de que el esfuerzo del pueblo y del Gobierno venezolanos deben estar siempre orientados hacia la rectificación de esa injusticia. Respecto de esto no pueden existir ni dudas ni vacilaciones. Nuestra conducta deberá juzgarse, en último análisis, a la luz del adelanto responsable y eficaz que logremos hacia ese objetivo primordial.

A juicio del Gobierno Nacional, el Protocolo de Puerto España abre perspectivas nuevas y positivas. No debe buscarse en él una victoria de una parte sobre la otra, ni puede esperarse tal resultado de un texto cuidadosamente negociado. Representa, sí, un éxito de la voluntad de entendimiento y una nueva etapa en la búsqueda de la solución de la controversia, no sólo porque evita pasos inconvenientes o inoportunos, sino especialmente porque pone el énfasis en la labor constructiva de la creación de vínculos de colaboración y confianza entre Venezuela y Guyana. En la medida en que esa labor progrese durante la vigencia del Protocolo, se habrá hecho posible el pro-

greso hacia la satisfacción del deseo de justicia de Venezuela en forma cónsona con su legado histórico, de cuya pureza tenemos que ser celosos defensores".

Suscrito por representantes de Venezuela, Guyana y Gran Bretaña, este convenio internacional es del tenor siguiente:

"El gobierno de Venezuela, el gobierno de Guyana y el gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

Habiendo recibido en esta fecha el Informe Final, fechado el dieciocho (18) de junio de 1970 de la Comisión Mixta establecida por el Acuerdo celebrado entre el gobierno de Venezuela y el gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, en consulta con el gobierno de Guayana Británica, en Ginebra, el 17 de febrero de 1966, al cual se hace referencia en este documento con el nombre de Acuerdo de Ginebra.

Convencidos de que la promoción de la confianza mutua y de un intercambio positivo y amistoso entre Venezuela y Guyana llevará a un mejoramiento de sus relaciones, como corresponde a naciones vecinas y amantes de la paz, han convenido en lo siguiente:

#### ARTICULO I

Mientras el presente protocolo permanezca en vigor, el gobierno de Venezuela y el gobierno de Guyana, con sujeción a las disposiciones que siguen, explorarán todas las posibilidades de mejorar el entendimiento entre ellos y entre sus pueblos y en particular emprenderán a través de los canales diplomáticos normales revisiones periódicas de sus relaciones con el propósito de promover un mejoramiento y con el objeto de producir un adelanto constructivo de las mismas.

#### ARTICULO II

1) Mientras este Protocolo permanezca en vigencia, no se hará valer ninguna reclamación que surja de la contención a que se refiere el artículo I del Acuerdo de Ginebra, ni por parte de Venezuela a soberanía territorial en los territorios de Guyana, ni por parte de Guyana a soberanía territorial en los territorios de Venezuela.

2) En este artículo, las referencias a los territorios de Venezuela y a los territorios de Guyana, tendrán el mismo significado que las referencias a los territorios de Venezuela y a los territorios de Guayana Británica, respectivamente, en el Acuerdo de Ginebra.

### ARTICULO III

Mientras el presente Protocolo permanezca en vigor, se suspenderá el funcionamiento del artículo IV del Acuerdo de Ginebra. En la fecha en que este Protocolo deje de tener vigencia, el funcionamiento de dicho artículo se reanudará en el punto en que ha sido suspendido, es decir, como si el Informe Final de la Comisión Mixta hubiera sido presentado en esa fecha, a menos que el gobierno de Venezuela y el gobierno de Guyana hayan antes declarado conjuntamente por escrito que han llegado a un acuerdo completo para la solución de la controversia a la que se refiere el Acuerdo de Ginebra o que han convenido en uno de los medios de arreglo pacífico previstos en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.

### ARTICULO IV

1) Mientras el presente Protocolo permanezca en vigor, el artículo V del Acuerdo de Ginebra (sin perjuicio de su aplicación ulterior después de que el presente Protocolo deje de estar en vigencia) tendrá efecto en relación con el presente Protocolo en la misma forma en que lo tiene en relación con aquel Acuerdo, sustituyéndose las palabras "Guayana Británica", dondequiera que aparezca en dicho artículo, por la palabra "Guyana", y suprimiéndose en el párrafo (2) de dicho artículo, las siguientes frases:

(a) "excepto en cuanto a tales actos o actividades sean resultado de cualquier convenio logrado por la Comisión Mixta y aceptado por escrito por el gobierno de Venezuela y el gobierno de Guyana".

(b) "ni se hará valer reclamación alguna sino en la Comisión Mixta mientras tal comisión exista".

2) La celebración y la vigencia del presente Protocolo no podrán interpretarse en ningún caso como renuncia o disminución de derecho alguno que cualquiera de las partes pueda

tener para la fecha de la firma del mismo, ni como reconocimiento de ninguna situación, uso o protección que puedan existir para esa fecha.

#### ARTICULO V

1) El presente Protocolo permanecerá en vigor durante un período inicial de doce años, renovable con sujeción a lo dispuesto en ese artículo, por períodos sucesivos de doce años cada uno.

2) Antes de la terminación del período inicial o de cualquier período de renovación el gobierno de Venezuela y el gobierno de Guyana podrán decidir por acuerdo escrito que, a partir de la terminación del período de que se trate, el Protocolo continúe en vigor por períodos sucesivos de renovación menores de doce años cada uno, pero no inferiores a cinco años.

3) El presente Protocolo podrá ser terminado al finalizar el período inicial o cualquier período de renovación si con seis meses por lo menos de anticipación a la fecha en la cual haya de terminar, el gobierno de Venezuela o el gobierno de Guyana hace llegar a los demás gobiernos partes en este Protocolo una notificación escrita a tal efecto.

4) A menos que sea terminado de conformidad con el párrafo (3) del presente artículo, este Protocolo se considerará renovado al final del período inicial o al final de cualquier período de renovación, según el caso, de conformidad con las disposiciones del presente artículo.

#### ARTICULO VI

El presente Protocolo al Acuerdo de Ginebra se conocerá como "Protocolo de Puerto España" y entrará en vigor en la fecha de su firma.

En fe de lo cual, los suscritos, debidamente autorizados a tal fin por sus respectivos gobiernos, firman el presente Protocolo. Hecho en triplicado en Puerto España, Trinidad y Tobago, a los dieciocho (18) días de junio de 1970 en español y en inglés. Ambos textos tienen igual valor.

Por el Gobierno de Venezuela,

(Fdo.) Arístides Calvani, Ministro de Relaciones Exteriores.

Por el gobierno de Guyana,

(Fdo.) Shridath S. Ramphal, Ministro de Estado.

Por el gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte,

(Fdo.) Roland Charles Colin Hunt, Alto Comisionado del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en Trinidad y Tobago.

Una vez firmado el Protocolo, el Gobierno remitió el correspondiente Proyecto de Ley al Congreso de la República a los fines previstos en el artículo 128 de la Constitución \*\* pero el órgano legislativo no llegó a pronunciarse.

Mucho se ha especulado sobre la conveniencia o inconveniencia de la firma de este convenio por parte del Gobierno de Venezuela. Distintas y contradictorias han sido las opiniones emitidas al respecto, pero lo cierto es que durante los 12 años de su vigencia, todos los gobiernos venezolanos le prestaron asentimiento.

\*\* El texto de este artículo reza: "Los tratados o convenios internacionales que celebre el Ejecutivo Nacional deberán ser aprobados mediante ley especial para que tengan validez, salvo que mediante ellos se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, de aplicar principios expresamente reconocidos por ella, de ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o de ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al Ejecutivo Nacional. Sin embargo, la Comisión Delegada del Congreso podrá autorizar la ejecución provisional de tratados o convenios internacionales cuya urgencia así lo requiera, los cuales serán sometidos en todo caso, a la posterior aprobación o improbación del Congreso.

En todo caso el Ejecutivo Nacional dará cuenta al Congreso en sus próximas sesiones, de todos los acuerdos jurídicos internacionales que celebre, con indicación precisa de su carácter y contenido, estén o no sujetos a su aprobación. De acuerdo con esta norma constitucional, el Congreso tenía tres caminos a seguir: a) Aprobar el Protocolo y convertirlo en Ley de la República, tal como se hizo con el Acuerdo de Ginebra; b) Manifestar su desacuerdo con el mismo, e improbarlo, rechazándolo, planteando así la posibilidad de crear un problema de orden internacional con Guyana por este respecto, ya que el propio texto del Protocolo señala que su vigencia tendrá lugar a partir de la fecha de su firma, y es sabido que las divergencias internas de un Estado, suscitadas entre los diferentes órganos del poder público, no tienen por qué afectar a otro Estado parte de una negociación, como hubiera sido en el caso comentado; c) Manifestar expresamente que dicho Protocolo no tenía por qué ser objeto de consideración por parte del Congreso, ya que se trataba de una de las cuatro excepciones contempladas en el indicado artículo 128 de la Constitución.



### **El Vencimiento del Protocolo de Puerto España.**

En los primeros días del mes de abril de 1981 el entonces Presidente de la República de Guyana Forbes Burnham visitó nuestro país con carácter oficial y se entrevistó con el Presidente Luis Herrera Campíns.

Al término de esa visita el Gobierno de Venezuela dio a conocer un Comunicado en cuyo texto se informó a la Nación, en forma sintética, su posición en relación con la reclamación existente y con el Protocolo de Puerto España. El mencionado Comunicado, de fecha 4 de abril del citado año, es el siguiente:

"Con motivo de la reciente visita oficial que realizó a Venezuela el Señor Presidente de la República Cooperativa de Guyana, Señor L. S. Forbes Burnham y de las reuniones que sostuvo con el Señor Presidente de la República, doctor Luis Herrera Campíns, el Gobierno Nacional estima conveniente informar:

1. Ambos Mandatarios sostuvieron cordiales y francas conversaciones sobre los asuntos más relevantes de las relaciones entre ambos países y sobre temas de actualidad internacional.

2. El Presidente Herrera Campíns ratificó firmemente la vigencia de la reclamación sobre el territorio Esequibo, del cual fue ilícitamente despojado nuestro país por el Laudo Arbitral de 1899, que nunca ha tenido validez y que, por lo tanto, no reconocemos.

3. El Presidente Herrera Campíns, en consecuencia, reiteró el rechazo de Venezuela a cualquier compromiso incompatible con la reclamación venezolana y con la aspiración nacional de obtener la reparación de la grave injusticia cometida contra nuestro país por la voracidad de los imperios coloniales.

En tal sentido, el Presidente Herrera Campíns reiteró el rechazo venezolano al proyecto hidroeléctrico del Alto Mazaruni.

4. El Presidente Herrera Campíns recordó que Venezuela y Guyana se han comprometido a buscar soluciones satisfactorias para el arreglo práctico de la controversia pendiente y ratificó la determinación venezolana de continuar explorando los medios más adecuados para la obtención de ese fin. En tal virtud dejó constancia de que en este momento no existe ninguna disposición de nuestra parte para prorrogar el Protocolo de Puerto España".

El dos de mayo siguiente se hizo pública la siguiente Declaración emanada del Ministerio de Relaciones Exteriores cuyo titular lo era el doctor José Alberto Zambrano Velasco:

"La decisión del Gobierno Nacional de no continuar aplicando más allá de su término el Protocolo de Puerto España, comunicada al señor Burnham en la oportunidad de su visita a Caracas, trae como consecuencia que recobren plenamente su vigor las disposiciones del artículo IV del Acuerdo de Ginebra.

El Acuerdo de Ginebra es un Tratado Internacional, suscrito en 1966 por Venezuela, Gran Bretaña y Guyana, país éste que estaba, para la época, en vísperas de obtener su independencia. El compromiso asumido por el Acuerdo era que Venezuela y Guyana buscaran soluciones satisfactorias para el arreglo práctico de la controversia. Para ello, se estableció una Comisión Mixta, y se previó, justamente en el artículo IV y para el caso de que esa Comisión no obtuviera resultados concretos, recurrir a los medios de solución pacífica de las controversias recogidas en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas. Por ello, en la perspectiva presente, que replantea nuestra reclamación territorial, en los términos del Acuerdo de Ginebra, el Gobierno Nacional cree conveniente precisar ante el país:

1) El Acuerdo de Ginebra fue aprobado, en su momento, por un determinante consenso nacional, que se expresó en una abrumadora mayoría al ser sometido a consideración del Congreso y ratificado por quien entonces era el Jefe del Estado, doctor Raúl Leoni. Es cierto que entonces, como ahora, algunos sectores e individualidades expresaron respetables argumentos contra dicho Acuerdo. Pero también es cierto que el mismo, al ser aprobado por el Congreso, se convirtió en Ley de la República y constituye un compromiso internacional de Venezuela.

En todo momento Venezuela se ha esmerado en observar rigurosamente los preceptos de dicho Acuerdo, convencida de que si las dos Partes se proponen cumplirlo de buena fe, se obtendrá con toda seguridad su propósito, esto es, hallar una solución satisfactoria para el arreglo práctico de la controversia. Por ello, sin desconocer el valor que tienen algunas de las

críticas que se han hecho a ese Tratado, el Gobierno insistirá en hacer valer sus disposiciones para encontrar una solución a nuestra reclamación.

Obviamente, para el caso de que se agotaran los medios de solución previstos en el Acuerdo de Ginebra, sin que la controversia haya quedado resuelta, o que se continuara evidenciando que la otra parte carece de intención de cumplir con sus disposiciones, negándose a negociar las soluciones satisfactorias para el arreglo práctico de la controversia territorial, podría ser necesario replantear la orientación de las gestiones encaminadas a obtener la reparación debida a Venezuela. En consecuencia, si según las recientes declaraciones del Gobierno de Guyana, el problema territorial entre nuestros dos países se restringe al Tratado de 1897 y al Laudo de 1899, es obvio que lo que se pretende es prescindir del Acuerdo de Ginebra. Negarse a negociar de conformidad con lo pactado es no sólo desconocer la injusticia cometida contra Venezuela; sino rehusarse a cumplir los compromisos internacionales contraídos.

2) El Acuerdo de Ginebra impone a las Partes el deber de buscar soluciones satisfactorias para el arreglo práctico de la controversia. Por ello, desde el primer momento, Venezuela ha estado dispuesta a considerar todos los problemas implicados en esta materia, sean éstos políticos, marítimos, culturales, económicos o sociales, y a no limitarse al mero examen de la nulidad del inexistente Laudo de 1899, como parece pretender Guyana. Venezuela considera que un arreglo práctico no es posible sin abordar esta temática en su conjunto y que toda conducta distinta constituye una violación de la obligación de negociar una solución satisfactoria, tal como fue convenido en el Acuerdo de Ginebra.

3) Es conveniente que todos los venezolanos recuerden que cuando Venezuela otorgó el reconocimiento al nuevo Estado de Guyana con ocasión de su independencia, lo hizo con expresa reserva sobre todo el territorio esequibo, mientras no se obtenga un arreglo práctico de la controversia. Los términos de esa reserva son tan claros como los siguientes:

"Venezuela reconoce como territorio del nuevo Estado el que se sitúa al Este de la margen derecha del río Esequibo, y reitera ante el nuevo país, y ante la comunidad

internacional, que se reserva expresamente sus derechos de soberanía territorial sobre toda la zona que se encuentra a la margen izquierda del precitado río; en consecuencia, el territorio de la Guayana Esequiba sobre el cual Venezuela se reserva expresamente sus derechos soberanos, limita al Este con el nuevo Estado de Guyana, a través de la línea media del río Esequibo, tomado éste desde su nacimiento hasta su desembocadura en el Océano Atlántico".

(Extracto de la Nota de Reconocimiento del Estado de Guyana, de fecha 26 de mayo de 1966).

4) Venezuela tiene la mejor disposición de hallar, dentro de las previsiones del artículo IV del Acuerdo de Ginebra, un medio apto para encontrar una solución satisfactoria para el arreglo práctico de la controversia. Esa disposición previa es una condición necesaria para recurrir a los medios de solución pacífica recogida por el Derecho Internacional. De allí que Venezuela vea con preocupación ciertas actitudes del gobierno guyanés o cumplidas bajo su amparo, que parecen contradictorias con el propósito de encontrar un medio de solución pacífica para nuestra controversia.

De allí que buena parte de la gestión diplomática que actualmente adelantamos está destinada a dejar claramente sentada esta posición. Para ello son necesarios los medios ordinarios de nuestro servicio exterior, así como los extraordinarios que se cumplen con ocasión de visitas o contactos directos con altos funcionarios de otros Estados. Pero exigen también un alto grado de cooperación de los distintos sectores del país. Es preciso continuar transmitiendo ante Guyana, Gran Bretaña y la Comunidad Internacional, esta posición clara y decidida como expresión del sentir nacional."

En atención a la decisión del Ejecutivo en orden a no prorrogar la vigencia del Protocolo de Puerto España, el Congreso de la República hizo un pronunciamiento al respecto, por Acuerdos del Senado y de la Cámara de Diputados de fecha 14 y 15, respectivamente, de diciembre del propio año. Tales Acuerdos son del tenor siguiente:

**Considerando:**

Que el 11 de diciembre de 1981 el Gobierno Nacional formalizó la decisión de no prolongar la aplicación del Protocolo de Puerto España más allá del 18 de junio de 1982;

**Considerando:**

Que con dicha decisión se abre una nueva etapa en nuestra reclamación territorial sobre la Guayana Esequiba, la cual reingresará, a partir del 18 de junio de 1982, en las disposiciones del Acuerdo de Ginebra;

**Considerando:**

Que el Acuerdo de Ginebra, que fue aprobado por el Congreso Nacional con una sólida mayoría, establece una obligación de negociar una solución satisfactoria del arreglo práctico de la controversia;

**Considerando:**

Que nuestra reclamación territorial frente a Guyana y Gran Bretaña, constituye un objeto de alto interés nacional, que merece, como tal, el más amplio respaldo de todos los sectores del país y la mayor unidad nacional.

**Acuerda:**

Primero: Expresar su respaldo a la decisión del Gobierno Nacional de no prolongar la aplicación del Protocolo de Puerto España más allá del 18 de junio de 1982.

Segundo: Respalda igualmente la determinación del Gobierno Nacional de cumplir y exigir el cumplimiento del Acuerdo de Ginebra, en búsqueda de una solución satisfactoria para el arreglo práctico de la controversia territorial planteada.

Tercero: Manifiestar la disposición de las distintas fracciones representadas en la Cámara de aportar su contribución para la construcción de una sólida posición nacional, a la hora de abordar la aplicación del Acuerdo de Ginebra, que esté orientada por el más alto interés del país, y que cuente con un claro fundamento jurídico y un amplio respaldo político".

En la ocasión de presentar su tercer Mensaje al Congreso de la República, el 11 de marzo de 1982, el Presidente Herrera Campíns expuso: "En abril de 1981 visitó a Venezuela el Presidente de la República Cooperativa de Guyana, Forbes Burnham, con quien conversé sobre los temas de común interés y, en particular, sobre nuestra reclamación histórica de la zona del Esequíbo y de nuestra oposición a la construcción de la Represa del Alto Mazaruni, mientras el problema no sea resuelto. Aproveché la oportunidad para decir, con pleno respaldo de la opinión pública, que Venezuela no continuaría aplicando ni de hecho ni de derecho el Protocolo de Puerto España después del 18 de junio de 1982 y que la vuelta a los mecanismos previstos en el Acuerdo de Ginebra imponían a ambas partes el deber de buscar una solución satisfactoria para el arreglo práctico de la cuestión.

Hemos señalado que deseamos que el asunto se resuelva entre las partes evitando por todos los medios la internacionalización. Hemos lamentado que en casi todos los foros internacionales celebrados después de la visita del Presidente Burnham a Venezuela, hayamos sido constantemente víctimas de ataques por parte de la delegación guyanesa, que hemos respondido y rechazado en la forma y en el fondo en cada una de esas oportunidades. Notificamos a los Gobiernos de Guyana y de Gran Bretaña de la decisión venezolana de no continuar aplicando el Protocolo de Puerto España más allá de junio de 1982. La notificación también la llevamos al conocimiento del Secretario General de la ONU, en Nueva York. Es placentero registrar que las Honorables Cámaras del Senado y de Diputados del Congreso de la República emitieron acuerdos respaldando por unanimidad la posición asumida por el Gobierno Nacional. Es fundamental tener una unidad nacional sin fracturas en relación con este problema".

Pocos meses después, en vísperas del vencimiento del Protocolo de Puerto España, el 17 de junio de 1982, el Canciller José Alberto Zambrano Velasco pronunció un discurso ante el Congreso en pleno, que recoge los aspectos más importantes del proceso de nuestra reclamación esequiva.

Producido el vencimiento del Protocolo de Puerto España el 18 de junio de 1982, el Gobierno del Presidente Herrera Cam-



píns, por Decreto Número 1.549 de fecha 14 de julio del propio año creó una Comisión Ad honorem para asesorar al Gobierno Nacional en todas las cuestiones relacionadas con la reclamación venezolana sobre el territorio esequibo. El objetivo fundamental de la misma habría de ser el de facilitar la mayor participación nacional en el proceso de concertación de la posición venezolana en torno a esa reclamación. Dicha Comisión, bastante numerosa (más de 60 personas la integraron), reunió en su seno a los distintos sectores de la vida nacional (gubernamental, político, laboral, empresarial e institucional) en su más amplia representación, conforme lo exigía la trascendencia de su cometido y se instaló el 29 de julio de 1982.

Una vez vencido el lapso de vigencia del Protocolo de Puerto España, entró a funcionar, en consecuencia, el artículo IV del Acuerdo de Ginebra según el cual, si la Comisión Mixta creada por dicho instrumento internacional no hubiere llegado a un acuerdo completo para la solución de la controversia, los Gobiernos de Venezuela y de Guyana escogerían sin demora uno de los medios de solución pacífica previstos en el artículo 33 de la Carta de la ONU. El mencionado artículo reza: "1. Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección.

2. El Consejo de Seguridad, si lo estimare necesario, instará a las partes a que arreglen sus controversias por dichos medios".

En caso de que, dentro de los tres meses siguientes no hubieren llegado a un acuerdo con respecto a la elección de uno de esos medios de solución referirían la decisión sobre tales medios a un organismo internacional apropiado que ambos Gobiernos acordaren o, de no llegar a un acuerdo sobre este punto, al Secretario General de la Organización de Naciones Unidas.

En esta situación el Gobierno de Guyana demostró constantemente una conducta obstaculizadora, que se refleja en la exposición hecha por el Presidente de la República Luis Herre-

ra Campíns, en el curso de su cuarto Mensaje al Congreso el día 10 de marzo de 1983, cuyo texto es el siguiente:

"En junio de 1982, conforme a la posición anunciada por mí con anterioridad y ratificada en numerosas oportunidades por el Ministro de Relaciones Exteriores, dijimos que no seguiríamos aplicando ni de hecho ni de derecho el Protocolo de Puerto España, con lo que cobró de nuevo vigencia el Acuerdo de Ginebra, conforme a los procedimientos previstos en el artículo 4, mediante los cuales Venezuela y Guyana deben hallar solución satisfactoria para el arreglo práctico de la controversia.

Venezuela ha venido sosteniendo así su consecuente posición en relación con la Reclamación Histórica de la Zona Essequiba y se siente asistida por la razón, la justicia y el derecho.

Invitamos al Gobierno de la República Cooperativa de Guyana a entendernos sobre un medio de solución pacífica y propusimos la negociación directa entre las dos repúblicas para encontrar una salida amistosa y aceptable. Esa demostración de buena voluntad no encontró la acogida que esperábamos en el Gobierno guyanés, que se empeñó en desarrollar una campaña de ataques, ofensas e imputaciones falsas contra Venezuela en todos los foros internacionales a los que asistió. En cada una de esas oportunidades en que fuimos agredidos, replicamos con energía para poner las cosas en su puesto y señalar los argumentos que esgrime Venezuela para fundar su reclamación, que surge como lógica reacción contra el conocido despojo colonialista inglés.

Como no ha podido llegarse a un entendimiento directo entre las partes para la selección armónica de un medio de solución pacífica, hemos referido la controversia al Secretario General de las Naciones Unidas, para que señale el camino más adecuado para la realización del fin previsto por el propio Acuerdo; confiamos en que todo siga desarrollándose dentro del contenido del Acuerdo de Ginebra".

La instancia del Secretario General de la ONU se logró después de haberse demorado el procedimiento durante aproximadamente un año debido a la actitud del Gobierno de Guyana,

que obstaculizó este paso al proponer a Venezuela medios distintos, tales como la Corte Internacional de Justicia y la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Llegado el asunto a esta situación, el Secretario General de la ONU encomendó al doctor Cordovez, su Adjunto, visitar nuestro país en misión relacionada específicamente con el mandato recibido por efecto del Acuerdo de Ginebra. Sin embargo, el delegado del alto funcionario internacional no vino a nuestro país en esa oportunidad en razón del intento realizado por el nuevo Gobierno de Venezuela, de entablar nuevamente conversaciones directas con Guyana. Más tarde con el cambio de Ministro de Relaciones Exteriores, se retomó el procedimiento anterior y en virtud de ello vino a Venezuela el doctor Cordovez.

## 25

**La situación actual.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo IV del Acuerdo de Ginebra, el Secretario General de las Naciones Unidas deberá proceder a escoger alguno de los medios estipulados en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, a su elección. Las partes, entonces, se abocarán a buscar —a través de ese medio— una solución a la controversia. Si el medio seleccionado por el Secretario General de las Naciones Unidas no produce un acuerdo satisfactorio para las partes, dicho alto funcionario deberá escoger otro de los medios estipulados en el referido artículo 33, y así sucesivamente, hasta que la controversia haya sido resuelta, o hasta que todos los medios de solución pacífica contemplados en dicho artículo hayan sido agotados.

En el ínterin, el Presidente de Guyana, Forbes Burnham falleció y fue sustituido por el señor Hug Desmond Hoyte, quien visitó oficialmente nuestro país a fines del mes de marzo del corriente año de 1987.

El magistrado visitante sostuvo entrevistas con el Presidente de la República Dr. Jaime Lusinchi y altos funcionarios de nuestro Gobierno así como también con ex presidentes y altos diri-

gentes de los Partidos Políticos. Al final de la visita oficial del gobernante guyanés se informó que entre los gobiernos de Venezuela y Guyana se habían suscrito "una serie de Acuerdos en los que se comprometen a profundizar y estrechar los mecanismos de cooperación entre ambos países". También se informó que los Cancilleres Consalvi y Jackson habían firmado Notas Diplomáticas a través de las cuales se crearía una comisión de coordinación venezolano-guyanesa para analizar los problemas comunes entre ambos países y para suprimir entre ellos las visas diplomáticas\*. Nada concreto se informó sobre el *diferendo territorial* y parece lógico que así fuera, debido a la prudencia que debe privar en este tipo de delicados asuntos y al hecho de haberse encomendado la cuestión al criterio del Secretario General de las Naciones Unidas.

26

#### El futuro de la reclamación.

Durante las dos décadas de vigencia del Acuerdo de Ginebra los Gobiernos de Guyana se han mostrado reacios a admitir la justicia de nuestra reclamación. En variadas y múltiples formas han obstaculizado la cabal aplicación del instrumento jurídico internacional alegando razones de carácter más político que jurídico y haciendo aparecer a Venezuela como país imperialista que pretende despojar a la antigua colonia británica, en forma injusta y arbitraria, de parte de su territorio.

Verdad es que la responsable del verdadero despojo territorial cometido contra nuestro país lo es la Gran Bretaña, pero pretender que por esa sola causa los guyaneses puedan desentenderse de la legítima reclamación patria es absurdo, tanto más cuanto que al Estado de Guyana lo liga un Tratado cuya aplicación es obligatoria.

Hoy, como antes, la justicia y la razón están del lado de Venezuela y aspiramos a que las gestiones del Secretario General de las Naciones Unidas puedan fructificar en un satisfactorio arreglo de la cuestión, a través de los medios de solución pacífica que dicho funcionario recomiende.

\* Información del Diario *El Universal*, de fecha 27 de marzo de 1987.

Sin embargo, aun cuando debemos ser optimistas, la experiencia nos aconseja ser también realistas y tratar de ver las cosas objetivamente. No podemos hacernos muchas ilusiones en lo que se refiere a la total satisfacción de nuestras legítimas aspiraciones. El Acuerdo de Ginebra pretende buscar soluciones satisfactorias para el arreglo práctico de la controversia entre Venezuela y Guyana. Esas soluciones deben por tanto ser aceptadas por ambas partes y lo que pueda ser satisfactorio para una de ellas pueda que no lo sea para la otra.

Si lo que se busca es llegar a un "arreglo práctico" conforme a soluciones satisfactorias para ambas partes, es evidente que ni Venezuela, ni Guyana, pueden empeñarse en aspirar a satisfacer el total de sus aspiraciones y deseos, por muy patrióticos que puedan presentarse. Hasta el momento, el empeñamiento ha estado del lado de Guyana, sobre todo durante el período de Gobierno del fallecido Forbes Burnham, quien convirtió el diferendo en un motivo demagógico y populista de su régimen, con intereses internos y políticos en un propósito de lograr adhesiones a su gobierno por la vía del enguerrillamiento de espíritus y la siembra de odios hacia nuestro país.

Es posible que las tensiones entre ambos países hayan bajado con el advenimiento del nuevo gobierno guyanés, pero de allí a creer que en el ánimo del régimen de Georgetown ha amainado la dosis de intransigencia, sería ilusorio.

#### BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ANTOKOLETZ, Daniel: "Tratado de Derecho Internacional Público". 5ª Edición, 1951. Editorial "La Facultad", Buenos Aires, 3 tomos.

BRICEÑO-PEROZO, Ramón: Artículo publicado en el Semanario "La Opinión", N° 44, Mérida, 1966.

CARIAS, GERMAN: "En los torbellinos del Esequibo", serie de artículos publicados en el diario El Nacional, en el curso del mes de marzo de 1981.

CARMONA, Ramón: Escritos publicados en el Diario "El Nacional", de Caracas, en sus ediciones de fechas 21 de marzo y 13 de abril de 1966.

DE SOLA, René: "Valuación actualizada del Acuerdo de Ginebra". Revista del Consejo de la Judicatura N° 23. Octubre-Diciembre 1981. Estudios Sancho. Caracas.

DÍAZ CISNEROS, César: "Derecho Internacional Público". Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1933, 2 tomos.

- DIENA, Julio: **"Derecho Internacional Público"**, traducción de la 4ª edición italiana por J. M. Trías de Bes. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1948.
- FALCON-BRICEÑO, Marcos: **"La Cuestión de Límites entre Venezuela y la Guayana Británica"**. Publicaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores. Caracas, Venezuela, 1962.
- FALCON-BRICEÑO, Marcos: **"Venezuela ante la O. N. U. La Justicia de su reclamación acerca de los límites con la Guayana Británica"**. Caracas, 1962, Imprenta Nacional.
- FALCON-BRICEÑO, Marcos: Exposición en la Comisión Política Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 12 de noviembre de 1962. Publicación del Ministerio de Relaciones Exteriores, Caracas, Venezuela, 1962.
- FALCON-BRICEÑO, Marcos: Documento presentado al Ministro de Relaciones Exteriores del Reino Unido el 5 de noviembre de 1963. Publicación de la Oficina Especial para la Cuestión de Límites con Guayana Británica, del M.R.E.
- FALCON-BRICEÑO, Marcos: Escrito publicado en el Diario **"El Nacional"**, de Caracas, en su edición del día 5 de abril de 1966.
- GARCIA BUSTILLOS, Gonzalo: Escrito publicado en el Diario **"El Nacional"**, de Caracas, en su edición del día 30 de marzo de 1966.
- GIL FORTOUL, José: **"Historia Constitucional de Venezuela"**. 2ª edición revisada. 3 t. Caracas, Parra León Hermanos. Editorial Sur América, 1930.
- GONZALEZ OROPEZA, Hermann y OJER CELIGUETA, Pablo: **"Informe que los expertos venezolanos para la cuestión de límites con Guayana Británica presentan al Gobierno Nacional"**. Separata de la revista **"SIC"** N° 284, abril 1966.
- IRIBARREN BORGES, Ignacio: **Texto de la Alocución por cadena de radio y televisión el día 16-9-65**. Caracas, 1965. (sin pie de imprenta).
- LEY APROBATORIA DEL **"Acuerdo firmado en Ginebra el día 17 de febrero de 1966 por los gobiernos de la República de Venezuela y el del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, en consulta con el Gobierno de la Guayana Británica, para resolver la controversia entre Venezuela y el Reino Unido sobre la frontera con la Guayana Británica"**. Gaceta Oficial de la República de Venezuela, Número 28.008. Caracas, 15 de abril de 1966.
- MARTENS, Federico: **"Rusia e Inglaterra en Asia Central"**. Traducción y estudio preliminar de Héctor Gros Espiell. Presentación del Presidente de la República Luis Herrera Campins. Prólogo de Carlos Leáñez S. Ediciones de la Presidencia de la República. Italgáfica, S. R. L. Caracas, 1981.
- MARRERO, Leví: **"Venezuela y sus Recursos"**. Cultural Venezolana S.A., Caracas, 1964.
- MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES: **"Reclamación de Guayana Esquiba. Gestión de la Cancillería (Documentos)"**. Impreso en mimeógrafo. marzo de 1966.
- MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. **Arbitramiento sobre los límites entre Venezuela y la Gran Bretaña**. Alegato y Contra-Alegato. Colección **Fronteras N° 7**. Talleres Cromotip. Caracas, 1981.
- MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. **El Derecho Internacional Venezolano. Límites Británicos de Guayana**. Colección **Fronteras N° 8**. Talleres Cromotip. Caracas, 1981.



- MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. **Arbitramiento sobre los límites entre Venezuela y la Gran Bretaña**. Argumento impreciso. Colección Fronteras N° 9. Editorial Arte. Caracas, 1982.
- MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. **Reclamación de la Guayana Esequiba**. Documentos 1962-1981. Caracas, 1981. Editorial Arte.
- MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. **La Reclamación Esequiba**. Venecimiento del Protocolo de Puerto España. Los Procedimientos del Acuerdo de Ginebra. Documentos 1981-1982-1983. Caracas, 1984. Editorial Arte.
- NUÑEZ, Enrique Bernardo: **"Tres Momentos en la Controversia de Límites de Guayana"**. 2ª edición. Publicaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores. *Imprenta Nacional*, 1962.
- PLANAS SUAREZ, Simón: **"Tratado de Derecho Internacional Público"**. Hijos de Reus Editores, Madrid, 1916. 2 vol.
- PLANAS SUAREZ, Simón: **"Cuestiones Internacionales y Políticas"**. Imprenta López, Buenos Aires, 1962.
- RIVERO L., R.: **"Litigio fronterizo con la Gran Bretaña"**. Impreso en la Oficina Técnica del Ministerio de la Defensa. Caracas, 1964.
- ROJAS, Armando: **"Venezuela Limita al este con el Esequibo"**. Cromotip. S/F.
- ROUSSEAU, Charles: **"Derecho Internacional Público"**. Segunda Edición de la versión castellana. Editorial Ariel, Barcelona, 1961.
- SCHACHT ARISTEGUIETA, Efraín: **"Nuestra Guayana Esequiba"**. Impresos Loxan. Caracas, 1969.
- SINGH, Jai Narine: **"Diplomacia o Guerra. Análisis de la controversia fronteriza entre Venezuela y Guyana"**. Prólogo de Sir Alexander Hoyos Eduven, Caracas, 1982.
- SUCRE REYES, José: **"El despojo del siglo: la Guayana Esequiba"**. Publicaciones Seleven. Caracas, 1981.
- TRATADOS PUBLICOS Y ACUERDOS INTERNACIONALES DE VENEZUELA: Volumen I (1820-1927). Edición Conmemorativa del Primer Centenario del fallecimiento del Licenciado Diego Bautista Urbaneja, Primer Canciller de la República de Venezuela. Ministerio de Relaciones Exteriores. Caracas-Venezuela, 1962.
- VARIOS AUTORES: Artículos escritos y opiniones expresadas sobre el tema, publicados en el suplemento sobre "El Esequibo", en junio y diciembre de 1981, por "El Diario de Caracas".
- VILA, Marcos-Aurelio: **"Geografía de Venezuela"**. Séptima Edición. Fundación Eugenio Mendoza, Caracas, 1961.
- VILA, Pablo: **"Geografía de Venezuela"**. Ediciones del Ministerio de Educación Nacional, Caracas, 1960. 3 t.
- ZAMBRANO VELASCO, José Alberto, Texto del **"Discurso pronunciado ante el Congreso de la República"** el día 17 de junio de 1982. Publicaciones del Ministerio de Información y Turismo. *Imprenta Nacional*. Caracas, 1982.
- ZAMBRANO VELASCO, José Alberto: **Reflexiones sobre el Protocolo de Puerto España**. Revista Nueva Política, N° 30. Octubre-diciembre de 1978. Editorial Arte. Caracas.

**ASOCIACION DE CUENTAS EN PARTICIPACION:  
SOCIEDAD ACCIDENTAL E IRREGULAR**

**Oscar Ochoa.**

## INTRODUCCION

Es de elemental consideración que el derecho regula las relaciones entre personas, las cuales, en una **summa divisio**, se agrupan en dos categorías: las personas naturales y las personas morales o colectivas, llamadas también personas jurídicas **strictu sensu**. Ambas son sujetos activos o pasivos de relaciones jurídicas, o titulares de derechos o de obligaciones.

Por lo que respecta a las personas jurídicas **strictu sensu**, unas son de tipo asociativo, entre las cuales se encuentran las sociedades, asociaciones y corporaciones, y otras son de tipo fundacional o fundaciones. Las sociedades a su vez se subclasifican en sociedades civiles y sociedades mercantiles; estas últimas se subdividen en sociedades en nombre colectivo, sociedades en comandita, sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada. Como hemos señalado al inicio: estas sociedades, todas ellas son personas jurídicas en el sentido estricto de la palabra; personas, puesto que todas ellas son sujetos activos o pasivos de relaciones jurídicas, siendo por ello, también todas ellas, titulares de derechos y de obligaciones.

Ahora bien, esos entes colectivos, morales, complejos o abstractos en cuanto a su naturaleza han hecho surgir dudas en el sentido de preguntar si el ordenamiento jurídico concede o reconoce la personalidad de esa colectividad de hombres u organización de bienes. Según una primera concepción, las personas jurídicas son una mera creación del legislador o del derecho y por lo tanto su inscripción en algún organismo es de carácter constitutivo en el sentido que antes de cumplir esa formalidad las personas jurídicas no existen. Para otra teoría, las personas jurídicas tienen una vida real antes de cumplir con

las formalidades registrales; las personas jurídicas son *corpus* con vida propia que el Derecho no crea, sino que se limita a declararlas como ya existentes.

Entre esas dos posiciones extremas se halla la teoría de tipo formalista de Ferrara. Según ella, la personalidad es una categoría del orden jurídico que en sí no implica ninguna corporalidad o espiritualidad del sujeto. El ordenamiento jurídico puede otorgar a entes no humanos la personalidad para facilitar la realización de los intereses humanos. Por ello, conforme a esta teoría, la personalidad no se concibe como una ficción, sino como una investidura o forma jurídica que el Derecho da a las colectividades que estima dignas a ello. El Derecho otorga esa cualidad sobre la base de un *substratum* verdadero que encuentra ya formado, no sobre el vacío.

Así conforme a esta teoría las personas jurídicas tienen una existencia real, derivada de los fines sociales que le dan nacimiento, y el Derecho, en atención a esa realidad dirigida a un fin lícito que se considera digno de protección, les inviste de la personalidad jurídica, que en cuanto categoría jurídica, como dice nuestro Código Civil venezolano, no puede ser "adquirida" más que del ordenamiento jurídico mediante el registro del acta constitutiva. Por ello, la estructura de las personas jurídicas consta, como dice Ferrara, de un doble elemento: el *substrato* que se personifica y el reconocimiento del Derecho. Este reconocimiento, en las teorías realistas tiene un valor meramente declarativo ya que considera a la persona jurídica como un organismo existente de por sí, que incluso tiene derecho a ser reconocido. El reconocimiento no crea la persona jurídica de la nada, sino que da forma jurídica, o sea personalidad, a una persona jurídica incipiente o en formación; es simplemente una organización humana carente de la cualidad de persona, es decir de personalidad que sólo puede otorgarle el Estado. "En la concepción del Derecho moderno, según Ferrara, y separado el derecho de asociación de la atribución de personalidad, el reconocimiento no puede tener más que un valor jurídico normativo".<sup>1</sup>

1. Ferrara, (29), p. 379.

Ahora bien, el Código Civil venezolano establece en el ordinal 3º del artículo 19 que "son personas jurídicas y por lo tanto, capaces de obligaciones y derechos: 3º Las asociaciones, corporaciones y fundaciones lícitas de carácter privado. La personalidad la adquirirán con la protocolización de su acta constitutiva en la Oficina Subalterna de Registro del Departamento o Registro en que haya sido creada, donde se archivará un ejemplar auténtico de sus estatutos". El artículo 200 del Código de Comercio establece que "las sociedades mercantiles se rigen por los convenios de las partes, por las disposiciones de este Código y por las del Código Civil". El artículo 201 *eiusdem*, después de señalar las cuatro especies de compañías o sociedades de comercio, dispone que "las compañías constituyen personas jurídicas distintas de las de sus socios"; y más adelante el mismo artículo agrega, como una especie adicional de las compañías de comercio, "**hay además la sociedad accidental o de cuenta en participación, que no tiene personalidad**". En el artículo 363 del Código de Comercio, sin usar el apelativo asociación ni sociedad en participación se dispone que "salvo lo dispuesto en los artículos anteriores, la sociedad accidental se rige por las convenciones de las partes".

Siendo esa la situación legal relativa a las personas morales, colectivas o jurídicas *strictu sensu* se le plantea al intérprete una fundada duda sobre la naturaleza y esencia de esa asociación o sociedad de cuentas en participación puesto que no son enumeradas entre las especies de compañías (C. Com. art. 201), no requieren de la "protocolización de su acta constitutiva" (C. Civ., art. 19) y por ello puede que no sean personas irregulares pero sí son asociaciones y sociedades **accidentales** (C. Com. arts. 210 y 363). Sí, son sociedades, pero accidentales, pero no son personas ni tienen la cualidad de ser persona puesto que según el mencionado artículo 201 del Código de Comercio no tiene personalidad, que es la cualidad de ser personas, aun cuando son asociaciones. ¿Hasta qué grado tienen personalidad las asociaciones en participación, si es que la tienen puesto que son sociedades por accidente o sea accidentales con lo que requiere indagar si en algún grado las asociaciones en participación gozan de alguna responsabilidad, puesto que la legislación comercial ha regulado sus derechos y obligaciones, al menos entre socios?

## PERSONAS JURIDICAS

### A. Supuestos para su constitución.

Según Francisco Ferrara,<sup>2</sup> "para el surgimiento de las personas jurídicas es necesario el concurso de dos factores: la **existencia de un substrato** y la **concesión de la personalidad**. La constitución se desenvuelve, por consiguiente, en dos fases: en un proceso de formación del ente social, ya sea asociación o destino, y en un segundo estadio que sella jurídicamente al ente formado, y lo acoge en el campo del Derecho. La persona jurídica, en rigor, no nace más que con la segunda fase, con la intervención del Derecho objetivo; pero como éste no cae en el vacío, supone ya la formación de un substrato".

Por lo que respecta al **substrato** es conveniente primero tener en consideración la tradicional distinción entre **universitates personarum** y **universitates bonorum**. Por la **universitates de personas** o reunión de personas para alcanzar un fin surgen las corporaciones; por las segundas **universitates**, obra del Derecho Canónico, surgen las fundaciones como organizaciones creadas por una sola voluntad para alcanzar un fin donde se destaca el elemento patrimonial, convirtiéndose entonces en un patrimonio adscrito a su fin. Así se contraponen las personas jurídicas de nuestro personal, o sea las corporaciones (**universitates personarum**) a las personas jurídicas de substrato real, o sea las fundaciones (**universitates bonorum**).

Limitándonos a las personas jurídicas de tipo asociativo (o corporaciones (**universitates personarum**), en ellas domina la voluntad de los miembros que deciden su constitución y disolución; el fin de las corporaciones es un interés propio de los miembros y también a éstos corresponde el suministro de los medios propios para conseguirlo.

El Código Civil en el ordinal 3º del artículo 19, establece que "son **personas jurídicas** y por lo tanto, capaces de obligaciones y derechos: 3º.—Las asociaciones, corporaciones y fundacio-

2. Ibid, p. 718 y Castán Tobeñas, (55º), p. 319.



nes lícitas de carácter privado". Según un criterio doctrinal aplicable en Venezuela inspirado en legislaciones extranjeras (particularmente la de España) la distinción entre corporaciones y asociaciones estriba en que las corporaciones son creadas en virtud de leyes especiales, mientras que las asociaciones son creadas por la voluntad individual de socios fundadores exteriorizada en un negocio jurídico que regula en su acta constitutiva su capacidad.<sup>3</sup>

#### B. Constitución de la persona jurídica.

Si la persona jurídica consta de un doble elemento, sustrato personal y reconocimiento, su constitución exigirá la existencia de ambos. Pero de estos dos elementos el reconocimiento es obra del derecho, que interviene solamente cuando ya existe ese sustrato personal, para otorgarle capacidad jurídica. Hay pues un primer estado en la formación de la persona jurídica, que precede al reconocimiento con función sólo declarativa que varía, según nuestro Código Civil, según se trate de una persona de tipo asociativa o asociacional o fundacional o fundaciones, de los cuales sólo analizaremos el primero.

Siendo la persona jurídica de tipo asociativo una reunión de individuos que aspiran buscar fines comunes mediante su unión, es entonces fundamental la voluntad de los fundadores, tanto para su nacimiento como para su vida futura. Para ello deben celebrar un acto jurídico constitutivo, que se plasma en el ACTA CONSTITUTIVA; y para la futura vida del ente creado, su capacidad se rige por dos clases de normas: las normas legales, generales o especiales, y las normas estatutarias o prescripciones autonómicas.<sup>4</sup> El acto constitutivo es una declaración de voluntad de que se crea la sociedad, y de que se pertenece a ella como miembro. Ese acto constitutivo es un **acto colectivo**, ya que se trata de varias declaraciones de voluntad paralelas, dirigidas a un mismo fin, y no de dos declaraciones contrarias que tienden a encontrarse, como ocurre en los contratos, sean unilaterales o bilaterales.

3. Castán Tobeñas, (55<sup>o</sup>), p. 318.

4. Castán Tobeñas, (55<sup>o</sup>), p. 323.

El acto constitucional debe contener las líneas generales del ente jurídico que se está creando (su denominación, su objeto, patrimonio, domicilio, duración); pero como la sociedad requiere para su vida una detallada reglamentación de sus órganos y funciones, en unos estatutos se señala esa reglamentación.

### C. Capacidad jurídica de las sociedades.

El problema de la capacidad de las personas jurídicas está en relación con el de su naturaleza. Para la teoría de la realidad de las personas jurídicas, éstas tienen plena capacidad asimilable a las de las personas físicas o naturales, no solamente en el campo patrimonial, sino también en la esfera de las relaciones personales y de derecho público, sin otras limitaciones que aquellas que resultan de la propia naturaleza de las relaciones jurídicas.

Como las sociedades privadas a que se refiere el ordinal 3º del artículo 19 del Código Civil se rigen por las disposiciones relativas al contrato de sociedad (Código Civil, art. 1649 et ss.) y según dichas disposiciones tanto las sociedades civiles (art. 19, ord. 3º) como las mercantiles (salvo aquéllas cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios y que cada uno de ellos contrae en su propio nombre con los terceros) "adquieren" personalidad jurídica con el registro de su acta constitutiva, es evidente que estas sociedades caracterizadas por su fin lucrativo gozan de dicha personalidad aun antes del registro del acta constitutiva, el cual sólo tiene un efecto de publicidad frente a terceros.

En cuanto al problema de la extensión de la capacidad jurídica de las sociedades, se aplica el principio general de la capacidad en todas las relaciones de Derecho privado, salvo en aquellas ligadas a la propia naturaleza humana, como las relaciones de familia. Este principio general de capacidad hay que atemperarlo con las restricciones o limitaciones que puedan encontrarse en el Código Civil o en el Código de Comercio y en sus propios estatutos. Por tanto, la capacidad puede no ser idéntica para todas las clases de personas jurídicas.

## III

**SITUACION JURIDICA DE LAS SOCIEDADES IRREGULARES.**

## A. - Personas jurídicas y registro de su acta constitutiva.

Hemos señalado antes que la existencia de las personas jurídicas exige dos elementos, un sustrato personal (**universitates personarum**) y un reconocimiento por el derecho que consiste en un requisito formal, cual es el registro del acta constitutiva en un registro civil o mercantil. Pero ello nos hace destacar que ese requisito formal es, según nuestro Código Civil, sólo para "adquirir" la personalidad jurídica, o sea la cualidad de ser persona frente a terceros ya que por el solo acuerdo de voluntades colectivas la persona jurídica es creada y existe. En particular, las sociedades mercantiles nacen o son creadas antes del registro de su acta constitutiva ante el Registro Mercantil, o sea antes de su publicidad.

Según sentencia de la Corte Federal y de Casación de fecha 2 de abril de 1948<sup>5</sup> "la inscripción de los documentos constitutivos en el Registro de Comercio —hoy Registro Mercantil— y su publicación sólo tienen por objeto asegurar a los terceros que la constitución de la sociedad se ha hecho legalmente; su objeto principal es el de publicidad con el fin de proteger la buena fe de los terceros". Por lo tanto el registro del acta constitutiva en el Registro Mercantil en Venezuela, como antes señalado, tiene en efecto declarativo puesto que consiste en el reconocimiento de la existencia de una persona jurídica a los efectos de proteger a los terceros.<sup>6</sup> Cuando falta registro y publicidad, tal defecto se refiere a una sociedad que puede ser normalmente perfecta en tanto que contrato y en sí definitivamente constituida. El vicio que afecta a esta sociedad es posterior a su formación y deja intactas las convenciones sociales. Esta situación es hoy en día distinta en Francia a partir de la ley N° 66-537 del 24 de julio de 1966 en cuyo artículo 5 se estipula: "Las sociedades comerciales gozan de la personalidad moral desde la fecha de su inmatriculación en el registro de comercio". Así en Francia, la ins-

5. Manrique Pacanis (53), Vol. II, p. 260.

6. Escarra, (52), p. 352, N° 582.

cripción en el Registro de Comercio de una sociedad es constitutivo: la sociedad no existe sino cuando se registra; una sociedad sin registro no existe, es nada.

Pero en Venezuela es lo contrario. La existencia de las sociedades mercantiles surge por un acuerdo de voluntades colectivo coincidentes y no por la inscripción en un Registro Mercantil y subsiguiente publicidad. La falta de inscripción en el Registro Mercantil —falta de publicidad registral— sólo da lugar a un incumplimiento formal, quedando la sociedad con existencia para sus socios fundadores, algo así como oculta, calificándose ello en la doctrina patria como irregularidad, sin ser feliz este adjetivo. Las sociedades mercantiles que hayan sido inscritas en el Registro Mercantil y publicadas son sociedades regulares; las otras que no han cumplido con esa formalidad, son sociedades regulares, pero sin publicidad. Así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia. A título de ejemplo, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Penal de la Circunscripción Judicial de la Quinta Circunscripción Judicial en sentencia de fecha 7 de noviembre de 1955 se expresó así: "Las sociedades irregulares pueden ser aquellas en que bien se han constituido por documento privado, o por convenio verbal; también podría ocurrir el caso en que solamente se hubiese autenticado el documento en un Tribunal cualquiera y aun en el mismo Registro Público o que habiendo sido presentado para su registro en el Registro Mercantil, se hubieren cumplido a medias las formalidades esenciales, como por ejemplo, cuando asentado en el Libro, no hubiese fijado o publicado, o juntas cosas; en tales situaciones es obvio que nos enfrentamos con manifiesta irregularidad en la constitución de las sociedades".<sup>7</sup> A mayor abundamiento las sociedades llamadas irregulares pueden ser entonces, así: a) por no haberse redactado el acta constitutiva y existir tan sólo un acuerdo verbal de constituir una sociedad, b) porque aun cuando el acta constitutiva ha sido redactada y hasta otorgada ante Notario Público, no ha sido inscrita en el Registro Mercantil; <sup>8</sup> c) porque aun cuando registrada en el Registro Mercantil, extracto del acta constitutiva no ha sido fijado <sup>9</sup>; d) porque aun cuando registrada

7. Venezuela (5) Jurisprudencia de los Tribunales de la República, Vol. IV, Tomo II, Sentencia 51 - 135-1, - 7.11.55, p. 614.

8. Ibid.

9. Ibid.

el acta constitutiva y fijada, no ha sido publicada<sup>10</sup>; o porque el acta constitutiva se halla viciada por no contener alguno de los elementos esenciales para la existencia de la sociedad mercantil.

El fundamento legal de ese sistema declarativo o de reconocimiento de la existencia de las sociedades mercantiles lo halla la jurisprudencia nacional en el artículo 220 del Código de Comercio en donde implícitamente se reconoce la existencia de las sociedades llamadas irregulares puesto que, los socios de las compañías en nombre colectivo, en comandita simple o de responsabilidad limitada, tienen el derecho, según dicha disposición, "a demandar la disolución de la sociedad" mientras no esté legalmente constituida dicha compañía. En efecto no se puede "disolver" una compañía si no existe; luego, si se tiene derecho a disolverla es que "existe" mientras no esté legalmente constituida. Además, el segundo aparte de dicho artículo establece que "la omisión de las formalidades no podrá alegarse contra terceros", con lo cual implícitamente el legislador reconoce la existencia de la sociedad pero sin capacidad para alegar su existencia sin publicidad y así burlar los terceros que han contratado con ella considerándola como existente. Por último, el artículo 215 del Código de Comercio, por lo que respecta a cualquiera de las sociedades cuya acta constitutiva se presente para su registro en un Registro Mercantil, expresa: "el funcionario respectivo, previa comprobación de estar cumplidos los requisitos legales, ordenará su registro y publicación". Entonces, por haber cumplido los requisitos legales, la sociedad mercantil existe, es persona, y por existir es que se ordena el registro y publicación de su acta constitutiva.

Por lo tanto, en el derecho mercantil venezolano, las sociedades llamadas irregulares son PERSONAS JURIDICAS pero sin cualidad de persona, o sea sin personalidad puesto que esa cualidad no la "adquiere" sino con el registro y publicación de su acta constitutiva, expresándose como persona con su registro. Las formalidades establecidas en el Código Civil y en el Código de Comercio no son constitutivas, de ellas no depende la existencia de las sociedades; la falta de cumplimiento de esas formalidades no produce la inexistencia de la sociedad sino tan sólo su carencia de publicidad. **Mutatis mutandi**, una persona na-

<sup>10</sup> Ibid.

tural, por el solo hecho de nacer viva es persona, independientemente del levantamiento de su acta de nacimiento, para lo cual debe ser presentado el recién nacido a la Primera Autoridad de la Parroquia o Municipio donde ocurrió su nacimiento dentro de los veinte días siguientes a éste conforme lo establecido en el Artículo 464 del Código Civil. La falta de levantamiento del acta de nacimiento dentro de ese término en nada afecta al carácter de persona del ser humano, careciendo de publicidad su existencia, con todas las consecuencias legales que ello produce en las relaciones jurídicas en las que sea parte por lo que respecta a la prueba de su existencia, fecha y hora de nacimiento, orden de nacimiento si fuera gemelo, filiación materna o paterna y carácter de éstas.

B. - Relaciones recíprocas de los socios en las sociedades mercantiles llamadas "irregulares".

El problema central de las sociedades mercantiles llamadas irregulares es, antes que todo, un problema de liquidación. Esto es común tanto para las sociedades mercantiles cuyas actas constitutivas no han sido registradas y publicadas como para las sociedades mercantiles legalmente constituidas después de haberse acordado válidamente su disolución, con una subsistencia "irregular" hasta sus liquidaciones.

Liquidar una sociedad como sociedad "irregular" es liquidarla conforme a sus estatutos, o sea restituir a los asociados sus aportes en los plazos establecidos en el Código de Comercio. Según el artículo 220 del Código de Comercio mientras no esté legalmente constituida la compañía en nombre colectivo, en comandita simple o de responsabilidad limitada, "cualquiera de los socios tiene derecho a demandar la disolución de la sociedad" dentro de los quince días de celebrado el contrato de sociedad, según lo dispuesto en el artículo 215 *ejusdem*; y en el caso de las sociedades anónimas y comanditas por acciones, los suscriptores de acciones tienen derecho a que se les dé por libres de la obligación que contrajeron al suscribirlas "si dentro de tres meses a contar de la suscripción no se han cumplido las formalidades establecidas en el artículo 215" *ejusdem*.

Pero en lugar de liquidar la sociedad exigiendo los socios la devolución de lo aportado o de liberar a los socios de las obliga-



ciones de aportes contraídos los socios en una sociedad irregular tienen otros derechos.

Conforme al artículo 218 del Código de Comercio los socios pueden cumplir "**a expensas de la compañía**", las formalidades prescritas en cuanto a la presentación de los documentos que deban exhibirse al Juzgado de Comercio, si los administradores no lo hiciesen oportunamente..." De acuerdo con esta norma, los socios tienen derecho, en función de sus "**animus societatis**", a mantener existente y en vigor la sociedad creada y a hacerla adquirir personalidad mediante su inscripción en el Registro Mercantil, de manera que pueda tener relación con terceros.

La norma citada agrega que los socios tienen acción contra los administradores de las sociedades mercantiles que aún no han presentado los documentos que deban exhibirse al Juzgado de Comercio, "para obligarlos al cumplimiento de sus deberes sobre el particular". Con tal disposición se pone de manifiesto que la manifestación de voluntad de uno de los socios de cumplir con la formalidad de registro y publicación presentando a expensas de la sociedad el acta constitutiva para su registro y publicación, ello impide la liquidación de la sociedad. La presentación de los documentos que deban exhibirse no es de la exclusividad de los administradores; los otros socios pueden hacerlo con fundamento en lo establecido en el artículo 1.283 del Código Civil, según el cual "el pago puede ser hecho por toda persona que tenga interés". Mediante esa presentación por uno de los socios de los documentos a exhibirse los demás socios pierden el derecho a exigir la liquidación de la sociedad.

Debido a la falta de registro y publicidad y carecer de personalidad frente a terceros, la sociedad irregular puede considerarse, **mutatis mutandi** un cónclave puesto que todos ellos deben mantenerse unidos o agrupados debido a la **affectio societatis**, puesto que todos tienen derecho a ejercer sus derechos sociales y todos están obligados a cumplir sus deberes sociales para con los socios. Ello se desprende del artículo 220 del Código de Comercio conforme al cual cualquiera de los socios tiene derecho a demandar la disolución de la compañía "mientras no esté legalmente constituida". El contrato social es ley entre las partes asociadas y sus estipulaciones, activas, establecedoras de derechos, o pasivas, establecedoras de obligaciones, deben ser cumplidas por todos los socios.

Así es factible que antes del registro y publicación del acta constitutiva puede ser pedida la exclusión de uno de los socios por las causales establecidas en el artículo 337 del Código de Comercio; cuya exclusión no "acaba la sociedad" según dispone el artículo 338, **eiusdem**.

**C. - Relaciones de los socios de sociedades llamadas irregulares y de la sociedad llamada irregular con los terceros.**

En razón que las sociedades llamadas irregulares que no están plenamente realizadas jurídicamente y que conforme al artículo 220 del Código de Comercio "la omisión de las formalidades no podrá alegarse contra terceros", o sea que no puede alegarse en contra de los acreedores sociales, es necesario analizar separadamente a) la sociedad llamada irregular frente a terceros; b) la sociedad llamada irregular frente a sus propios asociados; y c) la situación de los acreedores de los asociados de una sociedad llamada irregular.

**1. - Situación de la sociedad llamada irregular frente a los terceros o sus acreedores sociales.**

Frente a sus acreedores sociales, la sociedad llamada irregular no puede alegar la omisión de las formalidades legales. La inscripción y publicación del acta constitutiva se halla establecida en interés de los terceros; la ley ha impuesto las prescripciones legales registrales para la "adquisición de la personalidad". Los socios constituyentes de la sociedad llamada irregular quienes no han inscrito ni publicado su acta constitutiva no podrían aprovecharse o beneficiarse de tal omisión frente a los acreedores sociales de dicha sociedad, v. gr. para liberarse de cumplir una obligación contraída y no cumplirla o pagarla extinguiéndola y liberando así las acciones de las cuales serían titulares dichos acreedores sociales.

La situación de la sociedad llamada irregular, en este caso, es que es persona jurídica, incluso frente a terceros. Así una hipoteca legal constituida sobre un inmueble social por el administrador de la sociedad llamada irregular sería válida y oponible a los otros acreedores sociales desde el instante cuando el inmueble hubiera sido adquirido por la sociedad llamada irregular con validez frente a terceros por la protocolización del documento de compra en el Registro Subalterno de la localidad donde se halle el inmueble.

Por lo demás si la sociedad no tuviera ninguna personalidad, los acreedores sociales se encontrarían expuestos a verse, frente al patrimonio social, el concurso de los acreedores personales de los asociados; ante esto los acreedores sociales se verían en la necesidad de demandar judicialmente la quiebra de la sociedad y en tal situación el síndico de la quiebra, representando la masa, tendrá derecho a exigir a los socios el pago íntegro de sus aportes a la sociedad si no lo hubieran hecho.

La sociedad llamada irregular puede haber constituido hipoteca, como propietario aparente del inmueble dado en garantía a sus acreedores de buena fe y desconocedores de su falta de registro.

Pero, además, según César Vivante, "los acreedores de la Sociedad irregularmente constituida se hallan colocados por la ley en la favorable condición jurídica de poder considerar a la Sociedad como si estuviese regularmente constituida: así se impide a los socios aprovecharse de la inobservancia de la ley.<sup>11</sup> Esto se fundamenta en la disposición contenida en el artículo 220 del Código de Comercio, conforme a la cual "la omisión de las formalidades no podrá alegarse contra terceros". Así, como agrega Vivante<sup>12</sup> los acreedores pueden "considerar la sociedad irregular como una Sociedad legalmente constituida y ejercitar contra ella las propias acciones, cual si los socios hubieren observado las formas legales".

Sin embargo, los acreedores no se hallan solo frente a la sociedad llamada irregular como persona distinta de sus socios, puesto que, como lo ha establecido el Juzgado de Primera Instancia en lo Mercantil del Distrito Federal y Estado Miranda en sentencia del 14 de julio de 1960, los acreedores sociales pueden demandar a los socios fundadores, los administradores o cualquier otras personas que hayan obrado en nombre de ella, su responsabilidad solidaria y personal.<sup>13</sup> "Esta doble acción tiene su fundamento en los artículos 219 y 220, aparte segundo, del Código de Comercio conforme a los cuales "los socios fundadores, los administradores o cualquier otras personas que hayan obrado en nombre de ella (la sociedad irregular) quedarán personal y solidariamente responsables por sus operaciones".<sup>14</sup>

11. Vivante, [32], Volumen II, p. 69.

12. Ibid T. II, p. 69.

13. Jurisprudencia de los Tribunales de la República, Vol. VIII, p. 796 et ss.

14. Ibid.

Teniendo en consideración que el presupuesto de la acción contra la sociedad llamada irregular es que ésta es persona jurídica sometida a las mismas disposiciones que rigen para las sociedades regulares, lo cual también es presupuesto de la acción contra los socios fundadores, los administradores o cualquier otras personas que hayan obrado en nombre de ella, los acreedores, como dice Vivante, pueden "seguir uno de estos caminos: a) demandar en juicio y lograr sean condenados al pago, quienes contrataron el negocio, dejando al cuidado de éstos el citar en garantía a la sociedad irregular o el ser reembolsados por la misma; b) demandar en juicio simultáneamente a dichos representantes de la sociedad irregularmente constituida y a la *sociedad misma porque ésta se halla sujeta a las normas de las Sociedades regulares* y antes que a ninguna, a la obligación de pagar sus deudas, y c) demandar en juicio, primero a la Sociedad sola, y después, advertida su irregularidad, hacer participar en el mismo a quienes contratasen en su nombre".

2.- Situación de la sociedad llamada irregular frente a sus propios asociados.

*Uno cualesquiera de los asociados puede tener frente a la sociedad llamada irregular alguna obligación, sea por no haber efectuado el aporte acordado o bien tener derecho contra ella por un crédito a su favor no satisfecho.*

En el primer caso, conforme al artículo 209 del Código Civil, dicho socio moroso en la entrega del aporte es responsable de los daños y perjuicios que le haya causado a la sociedad llamada irregular; en caso de ser una sociedad anónima llamada irregular las cuotas debidas por las acciones suscritas pueden ser vendidas por corredor o en pública subasta, pueden ser anuladas las acciones, o bien según el artículo 337 del Código de Comercio, el socio que se halla en mora puede ser excluido de la sociedad.

En el segundo caso el acreedor tiene derecho a demandar judicialmente a la sociedad llamada irregular para el cumplimiento de la obligación a su favor. En este caso la sociedad tiene legitimación pasiva y asiste como parte demandada en ese juicio, como veremos más adelante.

3.- La situación de sociedad frente a los acreedores personales de los socios.

En esta situación los acreedores de los asociados pueden tener interés a que la sociedad llamada irregular se establezca que no es persona jurídica en virtud que sus deudores se empobrecieron o redujeron sus patrimonios frente a sus acreedores al hacer aportes de un bien de su patrimonio personal al patrimonio de lo que fuera una sociedad llamada irregular y que, por ello, les conviene hacer entrar en el patrimonio de un deudor el bien que había salido de él.

En esta situación se halla el caso de una hipoteca constituida por la sociedad llamada irregular sobre un inmueble que le fue aportado por uno de sus socios. ¿Dicha hipoteca es o no oponible al acreedor del socio que aportó ese inmueble? La sociedad no le puede oponer la falta de formalidades para adquirir personalidad; ¿es nula la hipoteca o inexistente frente a esos acreedores del socio que la aportó?

4.- ¿Tienen capacidad procesal las personas jurídicas llamadas irregulares?

De acuerdo con todo lo anterior, teniendo en cuenta que las sociedades llamadas irregulares existen bajo las mismas normas que las sociedades regulares y son regidas por ellas como las sociedades regulares, salvo las excepciones establecidas en los Códigos Civil y de Comercio, y que los terceros y sus propios socios pueden accionar, ¿tienen ellas legitimación activa y legitimación pasiva como partes demandantes o partes demandadas en juicio?

Aparentemente conforme a lo anterior, no parece dudoso que como personas que son pueden ser demandadas en juicio, ¿Pero pueden ellas accionar? Las respuestas a estas preguntas se hallan divididas en la doctrina universal y, en particular, en la doctrina y jurisprudencia nacional.

Desde el punto de vista de la doctrina nacional unos consideran que las personas jurídicas tienen legitimidad procesal tanto pasiva como activa<sup>15</sup> y otras que no tienen legitimidad procesal activa pero sí pasiva.<sup>16</sup> En nuestra jurisprudencia patria unas decisiones de instancia consideran que las sociedades llamadas irregulares no tienen legitimación activa y que por ello sus deudores pueden alegar la omisión de las formalidades para abste-

15. Núñez, (70), p. 183 e 196.

16. Márquez Añez, (s.f.), p. 162 a 176.

nerse de cumplir las obligaciones contraídas por la sociedad por considerar que reconocerle legitimidad activa a las sociedades irregulares equivaldría admitir, en contra de lo dispuesto en el artículo 220 del Código de Comercio, que los socios puedan hacer valer frente a los terceros la omisión de las formalidades de constitución. Puesto que "la sociedad no existe, se afirma, mientras no se constituya legalmente"<sup>17</sup>; y aceptando la legitimidad activa se pronuncia el Juzgado Superior Segundo en lo Civil y Mercantil de la Primera Circunscripción Judicial en sentencia de fecha 24 de abril de 1957<sup>18</sup>.

La opinión contraria a la legitimidad activa de las personas jurídicas llamadas irregulares sostenida por Leopoldo Márquez Añez no tiene más fundamento que la siguiente: la personalidad de las sociedades llamadas irregulares "está empeñada por la constitución irregular" y que la sociedad irregular es una "compañía parcialmente (sic) inexistente", reconociéndole la legitimidad activa "a la colectividad de los socios, a quienes alcanza, *uti singuli* los efectos, del proceso y la cosa juzgada". Agrega entonces Márquez Añez: "Por tanto, quien actúa como representante deberá acreditar su carácter de mandatario de los socios, y no de la sociedad como un ente autónomo".

Sin embargo, no creemos acertada tal opinión; consideramos, además, que no se halla fundamentada como debía haberlo sido; en nuestro criterio, la opinión contraria nos parece tener la verdad jurídica.

Partimos de la circunstancia que las sociedades llamadas irregulares, como antes señalamos, y que Márquez Añez acepta, son entes jurídicos, personas con personalidad autónoma, distinta de sus socios, con patrimonio propio. Las sociedades llamadas irregulares son personas; luego, no son sociedades "de hecho" como afirma Márquez Añez. Tal calificativo no corresponde a las sociedades llamadas irregulares puesto que éstas se hallan reguladas y se hallan establecidas en el Código de Comercio. Con el calificativo "DE HECHO" se está afirmando que la sociedad irregular es incapaz de producir efectos jurídicos, lo que constituyen un error<sup>19</sup>.

17. Venezuela Jurisprudencia de los Tribunales de Instancia, T. V. págs. 869-70, Vol. IV, T.V., p. 611 (sentencia de 1 y 6/4/54); Vol. VIII, pág. 798 (citado por L. Márquez Añez).

18. *Ibid.*, Vol. T. II, pág. 560 et ss.

19. Vivante, (32), p. 58.



Una primera razón para considerar que las personas jurídicas llamadas irregulares tienen legitimidad activa según Pedro Manuel Arreaza<sup>20</sup> es que los deudores demandados no pueden oponerle la excepción de ilegitimidad para actuar en juicio puesto que ello equivaldría dejar al arbitrio de los deudores demandados cumplir o no la obligación cuyo cumplimiento se demanda; esto produciría el efecto que los deudores se hallarían autorizados por la Ley para que no se les pueda exigir ejecución forzosa. No se puede alegar que los socios separada y anteriormente podrían exigir el cumplimiento de la obligación porque ellos sí tendrían legitimidad activa ya que siendo la persona jurídica llamada irregular una persona autónoma y distinta de sus socios, entonces el deudor demandado sí pudiera oponer la excepción de ilegitimidad ya que su relación jurídica y su obligación es para con la sociedad en sí considerada y no para con los socios individualmente considerados.

Lo decisivo en la anterior argumentación es que, según afirma Jorge Enrique Núñez<sup>21</sup>, la sociedad irregular es persona jurídica distinta de la de sus socios que la integran, porque entre nosotros, el cumplimiento de las formalidades de publicidad no tiene valor constitutivo sino simplemente declarativo, esto es, de publicidad. Su incumplimiento no implica la inexistencia de la sociedad, sino todo lo contrario, ésta existe y tiene personalidad jurídica".

No es posible admitir la tesis sostenida por Márquez Añez porque con ella se convierte a las sociedades llamadas irregulares en un dios Jano, divinidad esencialmente itálica con dos caras o bifronte<sup>22</sup>. No tiene, la sociedad llamada irregular según Márquez Añez legitimidad pasiva porque al ser demandada en juicio no puede oponer a terceros la omisión de las formalidades; pero no tiene legitimidad activa porque según la jurisprudencia citada por él "tal situación equivaldría a hacer valer ante terceros la propia omisión de las formalidades exigidas por la ley".

20. Citado por Pineda León, (43) p. 336.

21. Núñez (70), p.

22. Jano, dios itálico que no tiene semejante en la mitología griega, era un dios dotado de una rara prudencia que hacía tener siempre ante sus ojos tanto el pasado como el futuro, lo que ha sido expresado representándolo con dos caras cada una en sentido contrario de la otra. Dios de los lugares públicos y de los lugares privados, tenía por atributos una llave y un bastón para rechazar a los intrusos.

Las sociedades llamadas irregulares no tienen dos caras, es decir su persona no puede ser dividida en dos partes; una con capacidad procesal para ser demandada y otra sin capacidad procesal para demandar. Como señala Vivante, "el legislador las ha reconocido como sociedades, tanto en las relaciones internas como en las externas. En las relaciones internas, porque las ha regulado según todas las disposiciones propias del contrato de sociedad deseado por los socios, a fin de que ninguno de ellos pida la disolución del vínculo social (Art. 99, párrafos primero y último - Código de Comercio venezolano, Art. 220). En las relaciones exteriores, porque ha autorizado a los acreedores para considerarla como regularmente constituidas (Art. 99 - Art. 220 del Código de Comercio venezolano), y a contar con todas las garantías que ofrecería la sociedad si se hubiere constituido regularmente, incluso la declaratoria de quiebra (Art. 853 - Art. 920, Ord. 1º del Código de Comercio venezolano)".

Debido a lo anterior es incorrecta la tesis sostenida por el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda de fecha 14 de julio de 1960<sup>23</sup> y apoyada por Márquez Añez según la cual para los terceros las sociedades irregulares no existen debido a la omisión de las formalidades y que por tal razón las sociedades llamadas irregulares no tienen legitimidad activa. Lo contrario es lo cierto: las sociedades llamadas irregulares son personas y tienen personalidad, ellas existen para todos y nadie las puede considerar inexistentes mientras no se hayan disuelto y liquidado; y hasta que ello no ocurra, pueden accionar en justicia con legitimidad activa.

Por último, y a mayor abundamiento, la legitimidad activa de las sociedades llamadas irregulares es una consecuencia de la titularidad de los derechos adquiridos por ella por cualquier causa. Si ella es titular de un derecho de crédito, por ejemplo, y el deudor no cumple con su obligación, dicho derecho de crédito faculta a su titular a acudir a los Tribunales para exigir el cumplimiento forzoso de la correspondiente obligación. Si no pudiera intentar acción en justicia para obtener el pago o cumplimiento de la obligación a cargo del tercer deudor, nos encontraríamos que la sociedad llamada irregular por la carencia de legiti-

23. Venezuela Jurisprudencia de los Tribunales de la República, Vol. VIII, pág. 798.

midad procesal activa, la obligación sería una obligación natural, sólo de cumplimiento espontáneo ya que el titular del crédito no podría accionar para el cumplimiento forzoso.

Esto se observa con mayor claridad cuando se le reconoce a la sociedad irregular demandada el derecho a reconvenir. La reconvencción, procesalmente, es, como dice Cabanellas en su "Diccionario de Derecho Usual", "la demanda del demandado", la reclamación judicial que, el contestar la demanda formula la parte demandada contra el actor, que se hace ante el mismo juez y en el mismo juicio". Márquez Añez apunta lo siguiente: "En este orden de ideas, al máximo que llega la doctrina en cuanto a la intervención procesal activa de la sociedad irregular, es a reconocer el derecho de proponer reconvencciones, pero no como una consecuencia de la personalidad que se les reconoce, sino por aplicación del principio de igualdad de las partes en el proceso, que les garantiza la más amplia posibilidad de defensa".

La tesis que le niega legitimidad activa a las sociedades llamadas irregulares incurre en ilogicidad en su razonamiento. Parte de una premisa falsa: atribuye a las formalidades de las sociedades carácter constitutivo y no declarativo<sup>24</sup>; además, le reconoce personalidad sólo cuando es demandada y cuando es reconveniente; y le niega personalidad para demandar sin reconvenir. Todo depende de que establezcamos si las sociedades llamadas irregulares son personas independientemente de las formalidades o si su personalidad no es independiente de las formalidades sino efecto de ellas.

#### IV

### Asociaciones de Cuentas en Participación

#### A. Nociones generales y antecedentes históricos.

Las asociaciones de cuentas en participación se hallan reguladas en la Sección XII del Título VII del libro I del Código de Comercio (Arts. 359 a 364) enunciadas como "cuentas en participación", aun cuando en el articulado no se emplea esa denominación sino "asociación en participación" (Art. 359) y "sociedad accidental" (Art. 363).

24. Márquez Añez afirma "...el surgimiento de su personalidad está empuñada por la Constitución...", *ibid.*, p. 175.

Las asociaciones de cuentas en participaciones han existido desde la Edad Media en algunos puertos marítimos de Francia y de Italia. En Italia la "acciocomandita impropia" e "irregular" aún existente tiene un derecho sensiblemente parecido a las asociaciones en participación actuales en Italia y Venezuela.

En las operaciones marítimas durante la Edad Media estas asociaciones existieron con otras denominaciones: "Cuentas en participación", "Cuentas a medias" e incluso "sociedad anónima o desconocida" y también se le denominó "sociedad momentánea".

Los redactores del Código de Comercio de Francia de 1807 consagraron el reconocimiento de las "asociaciones comerciales en participación" en su Artículo 47 y las regularon en una forma muy sucinta en los tres Artículos siguientes, 48, 49 y 50.

A pesar de estos escasos artículos, tanto en la legislación francesa como en la venezolana, es factible que las asociaciones de cuentas en participación puedan ser hoy en día muy frecuentes y tal vez muy numerosas, si bien este aserto no puede ser probado puesto que nuestro Código de Comercio no las somete a las formalidades de publicidad establecidas para las compañías (Código de Comercio, Art. 364). Sin embargo, ello puede ser cierto por la facilidad de su formación, para la cual ninguna formalidad es exigida sino tan sólo la prueba por escrito (ibid, Art. 364), por el secreto de su existencia; todo eso hace, en efecto, de la asociación en participación un instrumento precioso para el comercio particularmente, y sobre todo en aquellas circunstancias en que el empleo como medio de la sociedad civil o de las otras sociedades mercantiles es imposible o inútil.

Es cierto, sin embargo, que no habiéndose formado un patrimonio propio e independiente de los patrimonios del asociado y del participante, la asociación de cuentas en participación ofrece pocas garantías a los terceros y no tiene crédito propio; ella se beneficia sólo del crédito personal del asociante quien actúa por ella; debido a ello, las grandes empresas no pueden establecerse bajo esta forma. Por ello, la asociación de cuentas en participación se hace destacar por su carácter oculto, por la falta de estipulaciones que puedan tener por objeto hacerlas

conocer a los terceros, evitando constituir las en una persona moral con un patrimonio, derechos y obligaciones propias, distintas de los del asociado y del participante.

B. Caracteres distintivos de las asociaciones de cuentas en participación.

En la doctrina mercantil patria reina una gran incertidumbre en torno a lo que constituye el carácter distintivo y esencial de la asociación de cuentas en participación. Para resolver este problema, dos cuestiones principales deben ser sucesivamente examinadas: 1) ¿es la asociación de cuentas en participación una verdadera sociedad, jurídicamente hablando?; 2) ¿en qué se distingue ella de las otras sociedades, sean civiles o mercantiles?

1. ¿Es verdaderamente una sociedad la asociación de cuentas en participación?

La dificultad proviene del hecho que la asociación de cuentas en participación no exige, para su constitución, la creación de un fondo común entre sus miembros o patrimonio propio distinto del patrimonio de cada uno de ellos. Se destaca que su definición no encaja en la definición de la sociedad que se halla en el Artículo 1.649 del Código Civil, y que por ello no puede afirmarse que sea una verdadera sociedad. Nuestro legislador pudo tener ello en consideración, y tuvo la precaución de no denominarla "sociedad en participación" y la denominó con un nombre genérico de "asociación en participación". Cuando emplea la palabra "sociedad" para designarla, le agrega el calificativo "**accidental**". Los "accidentes" en la metafísica aristotélica son ciertas realidades que no pueden existir por sí solas, a diferencia de la sustancia que sí existe por sí sola, sino que necesariamente han de existir en otro como en un sujeto a cuya perfección están ordenados principalmente por su naturaleza; tales son por ejemplo los colores respecto de los cuerpos.

Sin embargo, lo cierto es que la "participación" o asociación en participación es una sociedad como se puede deducir del artículo 364 del Código de Comercio, correspondiente al artículo 50 del Código de Comercio francés de 1807 y el Artículo 238 del Código italiano de 1882. Dicho Artículo 364 del Código

Civil venezolano opone la asociación en participación a las otras sociedades comerciales o compañías, al establecer que están exentas de las formalidades de éstas.

Vanamente se pretende que la asociación en participación no se halla comprendida en la definición de sociedades del artículo 1.649 del Código Civil. Tanto desde el punto de vista jurídico como desde el punto de vista económico, la sociedad es la combinación de fuerzas, de capitales, destinados a ser empleados en un interés común, como susceptibles de producir por su misma reunión resultados que la acción individual y aislada de los asociados sería incapaz de alcanzar. Lo que caracteriza la sociedad es entonces el empleo, para la utilidad común, de capitales (dinero, inmuebles, crédito, actividades, industrias, etc.), que cada uno de los asociados pone a la disposición de la asociación. Poco importa, entonces, la situación jurídica de los capitales aportados, del momento cuando puedan ser empleados en interés de todos y que con ellos puede ser alcanzado el fin, en virtud del cual la asociación fue formada.

¿Hay copropiedad o comunidad de aportes en las sociedades mercantiles organizadas bajo la denominación de sociedad en nombre colectivo, en comandita, anónima y responsabilidad limitada? No: hay una persona jurídica, un ente moral, quien, frente a los terceros como frente a los asociados mismos, es el exclusivo propietario de los aportes recibidos por la sociedad. Entonces, si tales sociedades mantienen su carácter de sociedad aun cuando la copropiedad o comunidad de los aportes no existe, y se impone ante la propiedad exclusiva del ente moral. ¿Por qué entonces la asociación en participación perdería ella el carácter de sociedad en el caso donde la propiedad de la masa ha sido transferida al asociado o al administrador por los acuerdos de las partes? Entre la sociedad y la asociación de cuentas en participación la analogía es completa desde el punto de vista que consideramos: el carácter de sociedad persiste aun cuando la propiedad de la masa se halla en cabeza de una sola persona; poco importa que esta persona sea un ente moral que personifica la sociedad en su integridad, o un asociado con el cual se identifica completamente durante su duración.



Lo que es necesario es que haya aportes destinados a ser empleados en un interés común. Siendo esto así, no hay por qué preocuparse de la propiedad de estos aportes: que los participantes sean copropietarios, que pertenezcan en su totalidad a uno de ellos, o incluso que permanezcan fraccionados entre las manos de los asociados, la asociación en participación es una sociedad verdadera. Si el Código de Comercio empleó la expresión "asociación" no es para dar a entender que la asociación en participación no es una sociedad. Es más bien para no confundir en una misma palabra dos instituciones que quería y debía distinguir: la sociedad **ficción** o  **fingida** (sociedad persona) y la sociedad que no admite ficción (sociedad contrato). Asociación es una palabra genérica. Cada una de sus especies, creaciones de la ley, es una asociación que se distingue y diferencia por el carácter propio que la ley le ha atribuido.

Lo anteriormente expuesto no amerita mayor extensión, puesto que, aparte del punto referente a la creación de un patrimonio independiente del patrimonio de los asociados, una convención no puede dar lugar a una sociedad o asociación en participación, sino cuando en ella se encuentran reunidas las condiciones indispensables para la constitución de una sociedad ordinaria. De ello se desprende que una asociación en participación supone esencialmente no sólo que las partes se proponen realizar u obtener utilidades a repartirse sino también participar en las pérdidas, como toda sociedad en general. Uno de los caracteres esenciales de la asociación de cuentas en participaciones es la obligación, para cada uno de sus miembros, de contribuir también a las pérdidas, y no puede existir sino a condición que las partes han tenido, al celebrar el contrato, la intención de formar una sociedad, la  **affectio societatis**. Dicha intención de las partes debe ser indagada cuando las partes se vinculan contractualmente y manifiestan sus concursos recíprocos.

2. ¿En qué se distingue la asociación de cuentas en participación de las otras sociedades, sean civiles o mercantiles? Caracteres distintivos de la asociación de cuentas en participación.

La investigación del elemento característico de la asociación de cuentas en participación ha dado lugar a teorías muy

diversas, que se pueden clasificar en tres grupos principales: el primer sistema destaca el objeto y duración limitados como el carácter esencial de la asociación de cuentas en participación; el segundo sistema, además de esos dos elementos agrega también como elemento esencial, el carácter oculto de la asociación en participación; y finalmente, un tercer sistema elimina los dos primeros elementos y considera que el carácter oculto como el elemento único y decisivo de la asociación de cuentas en participación.

#### 1. El primer sistema.

Este sistema no considera a la asociación en participación sino como un contrato de sociedad cuya duración está limitada por el objeto restringido que los asociados buscan alcanzar. La asociación de cuentas en participación no sería sino una sociedad momentánea: la *societas unius negotiationis* del Derecho Romano.

Los partidarios de este sistema invocan en primer lugar en este sentido el artículo 48 del Código de Comercio francés, equivalente al texto de nuestro artículo 359 del Código de Comercio venezolano, que es traducción del artículo 233 del Código de Comercio italiano de 1882.

Los partidarios de este sistema fueron los primeros comentadores del Código de Comercio de los franceses porque se apoyaban en la opinión de los redactores de dicho Código expresado en los trabajos preparatorios del mismo.

La oración "... participación en las utilidades o pérdidas de una o más operaciones o de todas las de su comercio" contenida en el artículo 359 del Código de Comercio venezolano es muy significativa si se relaciona con el concepto de sociedad en nombre colectivo. Además, el propio legislador en el artículo 201 del Código de Comercio enumera cuatro especies de compañías de comercio que tienen el carácter de comerciantes o profesionales del comercio por ser su actividad normal el ejercicio habitual del comercio y luego agrega que "hay además la sociedad accidental o de cuentas en participación" con lo cual parece destacar por su "accidentalidad" que son asociaciones sólo para una operación momentánea o pasajera sin duración prolongada.

Por ello, para este sistema, la asociación en participación es una sociedad momentánea que no se tiene lugar, sino en razón de una sola operación (**societas unius negotiationis**), tal vez también varias, pero no numerosas. Entre la sociedad en participación y la sociedad ordinaria existe la misma diferencia que entre uno o varios actos de comercio aislados y el comercio en ejercicio profesional.

Sin embargo, este sistema no ha sido admitido como absoluto por la confusión que crea con las sociedades en nombre colectivo. Así, una sociedad que tenga por objeto no una o varias operaciones comerciales, sino la actividad en una determinada rama industrial constituye una sociedad con nombre colectivo y no una sociedad de cuentas en participación.

## 2. El segundo sistema.

El segundo sistema sostiene que el rasgo característico y esencial de la asociación de cuentas en participación es el de ser una sociedad oculta, sin existencia frente a terceros, sino solamente en las relaciones de los asociados entre sí; ella es desconocida del público y no produce efectos sino respecto de sus miembros. No existe frente a terceros sino un individuo aislado que actúa en su propio nombre; todo se resume en una cuenta de beneficios o de pérdidas entre los miembros de la asociación. En otras palabras, una sociedad constituye una asociación de cuentas en participación cuando es convenido que las operaciones sociales serán hechas por el asociado y que los beneficios y las pérdidas serán repartidos entre el asociado y el participante en virtud de las cláusulas del pacto social, sin que ni siquiera se enteren los terceros.

Tal sistema se halla fundamentado legalmente en el artículo 364 del Código de Comercio venezolano equivalente al artículo 50 del Código de Comercio francés, igual al artículo 238 del Código de Comercio italiano de 1882 del cual es traducción. Efectivamente, disponiendo que las "asociaciones en participación" están exentas de las formalidades establecidas para las compañías, este artículo 50 del Código de Comercio francés destaca que ellas no conciernen a los terceros. El carácter distintivo de la sociedad de cuentas en participación es justamente

ese: el tercero no conoce sino la persona con la cual ha tratado; contra esta persona es que puede actuar y, hasta llegado el caso, a ella es a quien puede demandar ante los Tribunales; *no se le puede alegar una sociedad que no está obligado a reconocer*. Por ello las sociedades en participación son sociedades ocultas cuyas existencias no es revelada a los terceros por ningún signo aparente o exterior.

### 3. El tercer sistema.

El tercer sistema sostiene que hay asociación en participación cuando la sociedad es oculta por acuerdo de las partes y no es hecha pública ni oficial ni voluntariamente a los terceros. El elemento distintivo de la sociedad de cuentas en participación es su carácter oculto, el cual es un carácter reconocido desde el antiguo derecho francés que calificaba a las sociedades de cuentas en participación con el nombre de "**sociedad anónima**". Pothier definió la sociedad en participación así: "*La sociedad anónima o desconocida, que se llama también cuenta en participación, es aquella por la cual dos o más personas convienen ser parte en una determinada negociación, que será hecha por uno de ellos en su solo nombre*".

Este sistema encuentra su confirmación en los términos del artículo 364 del Código de Comercio venezolano por hallarse esta sociedad exenta de las formalidades establecidas para las compañías.

De acuerdo con este sistema:

a) El objeto de la asociación en participación puede no ser rigurosamente limitado; ella puede tener por objeto una serie de *operaciones comerciales cuya naturaleza no se señala sino por el género de industria a la cual pertenecen*; poco importa que la asociación de cuentas en participación no haya sido limitada en cuanto a su extensión ni en cuanto a la duración de sus operaciones; si bien es cierto que con frecuencia la asociación de cuentas en participación se constituye para durar poco tiempo y no tener por objeto sino una o varias *operaciones determinadas, ello no es lo esencial y por ello se puede aplicar a una rama entera de una industria*.

b) La duración de la asociación en participación puede ser limitada por el término de duración acordado por las partes, pudiendo ser su duración breve o extensa. Así una asociación en participación puede ser acordada por una cierta cantidad de años; y

c) El carácter de asociación de cuentas en participación le es otorgado por su carácter oculto: existe sociedad en participación por el hecho que la asociación no se ha revelado jamás al público por una razón social ni por las formalidades de publicidad registral y que el asociado en cuanto individuo se presente ante los terceros como si la operación le concerniere individual y personalmente. Una sociedad en participación no cesaría de ser oculta por el solo hecho que los terceros contratantes pudieran conocer o conozcan su existencia y los nombres de sus miembros. Jurídicamente, el carácter oculto subsiste cuando los asociados no han hecho nada para presentar la asociación como una persona moral y para hacer creer a los terceros que ellos podrán intentar demanda contra una persona distinta de aquella con quien negocian.

#### C. Derecho positivo venezolano.

Como señalamos en los antecedentes históricos, la normativa de las asociaciones en participación tiene un origen inmediato en el Código de Comercio italiano de 1882<sup>25</sup>. Sin embargo, la correspondencia entre los dos articulados del Código de Comercio venezolano y del Código de Comercio italiano de 1882 no es absoluta, destacándose más bien, en el particular tema que desarrollamos, o sea en el tema acerca del carácter de personas de estas sociedades, una relación más bien entre el articulado del Código de Comercio venezolano y el Código de Comercio francés de 1807, reformado en este aspecto por la ley del 24 de junio de 1921.

En efecto, dos de las tres disposiciones que regulan la asociación de cuentas en participación en el Código de Comercio francés de 1807 modificado en este aspecto en 1921 se hallan acogidas en el Código de Comercio venezolano. El artículo 48 del Código de Comercio francés de 1807 establece el concepto

25. Muci Abraham, (85), p. 209 et ss.

de base de la asociación de cuentas en participación, el cual fue acogido por el derecho italiano y a través de él por el Código de Comercio venezolano. La misma razón que tuvo en 1807 el legislador francés para separar la asociación en participación de las demás sociedades mercantiles la tuvo el legislador italiano en 1882 y el legislador venezolano desde particularmente 1873, se observa en el artículo 48 del Código de Comercio francés y el artículo 359 del Código de Comercio venezolano de 1919, igual al artículo 246 del Código venezolano de 1873. Se habla de la misma manera en todas esas disposiciones francesas, italianas y venezolanas, de una o más operaciones de comercio, participaciones de interés en ellas, o sea participación en las utilidades y/o pérdidas en ellas. Además, acerca de las "condiciones convenidas" entre los participantes que se halla en el artículo 48 del Código de Comercio francés, expresa la misma idea nuestro artículo 363 del Código de Comercio venezolano conforme al cual "salvo lo dispuesto en los artículos anteriores, la sociedad accidental se rige por las convenciones entre las partes".

Además, la fuente de esta institución en el derecho patrio se halla también en el derecho francés, a través del derecho italiano como se observa en que el artículo 50 del Código de Comercio francés se halla traducido casi literalmente en su primera oración, según la cual "estas asociaciones están exentas de las formalidades establecidas para las compañías".

Centrándonos en el tema relativo al carácter de "sociedad" de las asociaciones de cuentas en participación aun cuando ellas carezcan de personalidad frente a terceros, a diferencia de lo señalado por Muci-Abraham, recurriremos a la doctrina francesa<sup>26</sup> para esclarecer el carácter de sociedad de las asociaciones en participación, poniendo de relieve cómo la redacción nuestra de los textos legales, por decir autóctonos, a diferencia de los textos italianos, hacen de nuestro derecho positivo en esta materia concerniente a la personalidad más de inspiración francesa que italiana. Debido a ello contrariamente a lo confesado por Muci-Abraham en su trabajo<sup>27</sup> y haciendo nuestra su oración podemos afirmar "por qué, en la elaboración del presente trabajo la bibliografía consultada ha sido, básicamente, la relacionada con el Código de Comercio" francés de 1807.

26. Grandi, S.G. (39), n. 20, p. 30.



Según el artículo 201 del Código de Comercio venezolano cuatro son las especies de "compañías de comercio" (compañía en nombre colectivo, compañía en comandita, compañía anónima y compañía de responsabilidad limitada). En el penúltimo aparte de este artículo, después que se ha establecido seguidamente de inmediato a la enumeración de las cuatro especies de compañías de comercio, que ellas "constituyen personas jurídicas distintas de las de los socios", se agrega que **"hay además la sociedad accidental o de cuentas en participación, que no tiene personalidad jurídica"**. Es de destacar que la especie de esta sociedad denominada aquí "accidental" aparece con el mismo calificativo de "accidental" en el artículo 363 del Código de Comercio que forma parte de la Sección XII del Libro I donde se regula esta sociedad para establecer que ellas se rigen "por las convenciones de las partes".

En lógica se llama **género** al concepto superior cuya extensión abarca a otro, denominado inferior, cuya extensión está contenida en él. Este concepto inferior se llama especie. La especie es separada o segregada del género por la diferencia constitutiva de la especie, que se conoce como diferencia específica. Especie y género son conceptos relativos. En el caso que nos ocupa compañía (sociedad mercantil) es especie de sociedad (sociedad persona o sociedad-contrato), y género en relación a las compañías en nombre colectivo, (comandita, anónima o de responsabilidad limitada).

En lógica aristotélica hay dos formas de predicación: la predicación según la esencia y la predicación según el accidente; la una afirma de un sujeto que es esto o aquello; la otra que es así o asá, blanco o negro. En el primer caso, el predicado es un **género**, en el segundo, un **accidente**. El accidente tiene la característica que no puede existir en sí mismo, sin un sujeto a quien se aplique y en quien resida. El sujeto es siempre un ser singular, concreto; y él solo es o existe, en el sentido primordial y absoluto del término; él solo merece que se le denomine substancia o ente.

En cuanto a los accidentes, no pueden existir ellos sin un sujeto, sin una realidad que les sirva de soporte; no hay blancura sin algo que sea blanco. Solamente el ser concreto, sin-

gular deja de necesitar de otro ser para existir; en este sentido, es en sí, mientras que el accidente es siempre en otro. No obstante, los accidentes o maneras de ser, aunque no son **seres**, son sin embargo todavía **del ser**. Blanco o negro no son más que *maneras de ser*, se puede decir de ellos lo que ellos son: la blancura es un color y el color es una calidad. Esas calidades pueden definirse, entonces en un género y recibir un predicado que exprese **lo que ellas son**. Pero, según Aristóteles, no se podría decir lo que ellas son, si no fuesen o existiesen de algún modo. Solamente la substancia, el ser singular **existe**, o **es**, en el sentido primordial y absoluto de la palabra; pero los accidentes, las maneras de ser, **son o existen** en un sentido derivado, sin substancia, parcial, no pleno ni completo. El ser *accidental*, a diferencia del ser substancial que es en sí y por sí, es un ser derivado de otro, que su existencia depende de la existencia del otro y por ello no existe si no tiene autonomía, independencia "distinto de los demás".

Las anteriores divagaciones lógicas y metafísicas han sido insertas en esta disertación por la circunstancia de la necesidad de tener presente qué significa "accidental", a fin de conocer la esencia o naturaleza de la asociación en participación, que, en dos oportunidades (cuando enumera las especies de compañías —Art. 201— y cuando regula las asociaciones en participación —Art. 363)— el legislador la denomina "sociedad accidental".

Nuestro Código de Comercio emplea la palabra "asociación" y emplea también la expresión "cuentas en participación", cuyo sinónimo de esta expresión es "sociedad accidental" que emplea en dos oportunidades (Arts. 201 y 363), dando a entender que estas cuentas en participación son verdaderas sociedades fundadas con el objeto de realizar y distribuir un beneficio o pérdida. Estas cuentas en participación forman una categoría aparte, y son sociedades de personas y no de capitales<sup>28</sup>.

Fue discutido en Francia durante mucho tiempo si las asociaciones en participación constituyen o no una verdadera sociedad, pero tal discusión fue suprimida por la reforma parcial del Código de Comercio en esta materia, mediante la ley del

28. Lyon-Caen y L. Renauld, (29), 5a. Edic., Tome V, 2a. Partie, p. N° 1065 bis, p. 862.

24 de junio de 1921, y por ello tal discusión está desprovista de interés hoy en día por la nueva redacción del artículo 49 del Código de Comercio francés que dispone que las asociaciones en participación "son sociedades". Igual planteamiento pudiera hacerse en Venezuela durante la vigencia del Código de Comercio venezolano de 1862, pero a partir de 1873 cuando se adoptan las disposiciones del Código de Comercio italiano del 25 de junio de 1865, tal discusión carece de interés en Venezuela, puesto que dicho Código de Comercio de 1873 disponía en su artículo 163 que "La Ley reconoce además la sociedad accidental o de cuenta en participación", parecidamente a lo que establecía el artículo 47 del Código de Comercio francés de 1807, en la cual "... la ley reconoce las asociaciones comerciales en participación". Al calificarlas nuestro Código de 1873 de "**sociedades** accidentales", denominación que se ha mantenido en todos nuestros Códigos de Comercio hasta el vigente, no es tema de discusión si la asociación o cuentas en participación son o no son sociedades.

Siendo entonces sociedades, ellas deben reunir los elementos esenciales de todo contrato de sociedad, a saber, la voluntad de las partes, su respectiva capacidad para asociarse, el aporte de los socios y la realización de un beneficio económico común. La sociedad queda constituida por el contrato social sin necesidad de que adquiera personalidad jurídica mediante el cumplimiento de las formalidades legales pertinentes. Las asociaciones en participación constituyen una categoría aparte de las sociedades, puesto que, aun cuando son personas, no gozan del beneficio de la personalidad jurídica frente a terceros como expresamente lo establece el penúltimo aparte del artículo 201 de nuestro Código de Comercio. Ch. Lyon-Caen & L. Renauld se expresan al respecto, así: "A diferencia de todas las otras sociedades de comercio, la sociedad en participación no goza de la personalidad civil. La doctrina general y la jurisprudencia consagraban ya esta solución antes de la ley del 24 de junio de 1921. La personalidad jurídica ha sido sobre todo admitida para procurarles crédito a las sociedades; gracias a ella, los acreedores sociales tienen el derecho de hacerse pagar con los bienes de la sociedad con exclusión de los acreedores personales de los asociados. No puede plantearse el otorgamiento de crédito a una sociedad que, como la participación, no tiene nin-

guna existencia frente a terceros. Por lo demás, cuando la ley admite la personalidad de una sociedad, ella quiere que su formación, su nacimiento, por así decirlo, y las principales reglas que la rigen, sean notificadas a los terceros por medio de formalidades de publicidad. Ninguna personalidad de este género es exigida para las sociedades en participación".

Como quiera que sea la calificación empleada por los contratantes, el carácter cierto de la convención debe ser tomado en consideración para determinar su naturaleza y sus efectos. Corresponde a los Tribunales determinar si la convención reúne los elementos característicos de una asociación en participación o los elementos de otra sociedad o contrato, incluso el de trabajo.

La asociación de cuentas en participación presenta con frecuencia una gran analogía o cierta afinidad con otras convenciones, tales como el mandato, la prestación de servicios, contrato de trabajo, o el préstamo con participación en los beneficios. Los tribunales en caso de duda deberán indagar si las partes han convenido en establecer entre ellos una verdadera asociación implicando un reparto de los beneficios y de las pérdidas o un acuerdo conforme al cual se les atribuye un derecho en los beneficios, pero exonerando a una de las partes de la participación en las pérdidas, no existiendo por ello **affectio societatis**.

Las asociaciones de cuentas en participación están exentas del registro y publicidad, a los cuales están sujetas las sociedades, como expresamente lo establece el artículo 364 del Código de Comercio.

La carencia de personalidad jurídica de la asociación en participación produce, según Lyon-Caen & Renauld consecuencias prácticas e importantes, entre las cuales se destacan: 1º) Si una acción judicial se intenta ante los tribunales en razón de las operaciones hechas en asociación de cuentas en participación, el asociado que hizo la operación sólo puede ser demandado; demandado o demandante sólo puede ser quien realizó el acto relacionado con la operación en asociación de cuentas en participación; 2º) En estas sociedades no hay capital social distinto de los patrimonios de sus miembros; no hay cabida de distinguir entre acreedores sociales y acreedores personales

de los socios; 3º) La asociación de cuentas en participación no puede ser declarada en quiebra ni en estado de atraso y 4º) La asociación de cuentas en participación no tiene domicilio, ni sede social.

Por último, se destaca que aun cuando el Código Civil no alude en ninguna forma a las sociedades de cuentas en participación y que el encabezamiento del artículo 359 del Código de Comercio habla de "comerciante" y de operaciones de "su comercio", no hay duda que puede constituirse una sociedad civil en participación. En efecto, una sociedad en participación no tiene necesariamente por objeto sólo operaciones comerciales, y que ella es susceptible constituirse en torno a operaciones esencialmente civiles como por ejemplo la compra y venta de un inmueble por un no comerciante. Nada se opone, en efecto, a que esta forma de sociedad sea aplicada a operaciones esencialmente civiles entre no comerciantes.

La división de las sociedades de cuentas en participación en sociedades civiles y sociedades mercantiles no tiene la misma importancia como las sociedades ordinarias. En efecto, no tiene interés por lo que respecta a la quiebra, puesto que no existe frente a terceros. Además, una sociedad de cuentas en participación, no teniendo existencia frente a terceros, puede tener en algunos casos naturaleza mixta para los asociados, es decir, ser civil para uno y mercantil para el otro. Así, sería por ejemplo una asociación de cuentas en participación formada por un escritor con un editor para la edición del libro y su venta: civil, para el escritor, autor de la obra, y mercantil para el editor. A ello es que alude el aparte único del artículo 359 del Código de Comercio, según el cual, la asociación en participación "puede también tener lugar en operaciones comerciales hechas por no comerciantes".

De todo lo anterior se desprende que lo que caracteriza en efecto la asociación de cuentas en participación, según el artículo 201 del Código de Comercio es que no tienen personalidad jurídica frente a terceros y que según el artículo 364 ejusdem ellos no existen para los terceros, puesto que se resumen tan sólo en una cuenta de utilidades o pérdidas entre las partes, que es lo esencial de las sociedades-personas jurídicas. Si se pueden considerar como personas jurídicas las compañías

de comercio enumeradas en el artículo 201 del Código de Comercio bajo el nombre de compañía en nombre colectivo, compañía en comandita, compañía anónima y compañía en responsabilidad limitada es porque ellas se acompañan de formalidades que las hacen conocer del público, y están distinguidas por una razón social, en función de la cual se realizan todos los actos; pero ello no ocurre con la asociación de cuentas en participación, la cual no tiene publicidad, ni razón o denominación social y en las cuales nada se hace en nombre de la asociación en sí, sino solamente en nombre de quien ha contratado, como señala el artículo 360 del Código de Comercio.

De este principio que la sociedad de cuentas en participación no constituye frente a terceros una persona jurídica independiente de las personas de sus asociados, se desprenden consecuencias de una importancia capital que la constituyen en sociedad **accidental**.

La primera de esas consecuencias es que la asociación de cuentas en participación no tiene patrimonio propio<sup>29</sup>. Por ello la sociedad de cuentas en participación no tiene activo: las cosas aportadas en sociedad o adquiridas durante la existencia de la sociedad pertenecen a uno de los asociados exclusivamente, pero ellas no llegan nunca a ser propiedad de la sociedad misma; no hay patrimonio social distinto de los bienes personales de los asociados.

La sociedad tampoco tiene pasivo: son los asociados quienes se convierten individualmente en deudores; esta sociedad no tiene acreedores, y por ello no puede ser declarada en quiebra.

Una segunda consecuencia es que estas sociedades no pueden ser demandadas judicialmente y que si una acción surge de las operaciones de la sociedad, la demanda debe ser intentada contra los asociados participantes en esta operación en sus caracteres individuales.

Además, otra consecuencia es que si la sociedad de cuentas en participación no tiene personalidad jurídica frente a terceros durante su existencia menos la puede tener una vez di-

29. Lyon-Caen & Renauld, (29), p. 853, N° 1058.



suelta. Sin embargo, como persona jurídica le puede ser nombrado a una sociedad en participación un liquidador, a los efectos de la liquidación entre asociante y asociado.

## V

**ASOCIACION DE CUENTAS EN PARTICIPACION:****SOCIEDAD ACCIDENTAL E IRREGULAR****A.—Asociaciones y sociedades.**

Señalamos al inicio de esta disertación, que conforme al Ordinal 3º del artículo 19 del Código Civil "son personas jurídicas y por lo tanto capaces de obligaciones y derechos: 3º Las asociaciones, corporaciones y fundaciones lícitas de carácter privado. La personalidad la adquirirán por la protocolización de su acta constitutiva en la Oficina Subalterna de Registro del Departamento o Distrito en que hayan sido creadas, donde se archivará un ejemplar auténtico de sus Estatutos". Anotamos también que el artículo 1.651 del Código Civil en la normativa "De la Sociedad" dispone que "Las sociedades civiles adquieren personalidad jurídica y tienen efecto contra terceros desde que se protocoliza el respectivo contrato en la Oficina Subalterna de Registro Público de su domicilio. Si las sociedades revisten una de las formas establecidas para las sociedades mercantiles, adquieren personalidad jurídica y tendrán efecto contra terceros, cumpliendo las formalidades exigidas por el Código de Comercio". Conforme a esta regulación positiva venezolana las "asociaciones" y las "sociedades" son "personas" pero la personalidad, que adquieren cumpliendo la formalidad registral, tiene efecto frente a terceros sólo si se cumplen dichas formalidades registrales.

Si tal es el derecho positivo en Venezuela, cabe preguntarse si hay o no diferencia entre asociación y sociedad. Se destaca en el umbral de la respuesta a esa cuestión que el Código Civil regula en el Título X de su Libro Tercero (Arts. 1.649 a 1.683) la sociedad como contrato (Arts. 1.649), las obligaciones de los socios entre sí (Arts. 1.652 a 1.670), los modos de extinción de la sociedad (Arts. 1.673 a 1.679) y la liquidación y partición (Arts.

1.680 a 1.683). El Código Civil en su articulado no regula los derechos y obligaciones de la sociedad para con los terceros, puesto que ella es persona privada y por ello se le aplica, tomando en consideración su naturaleza en cuanto le pueda concernir, todo el ordenamiento de derecho privado; y regula también las "obligaciones de los socios para con los terceros" tan sólo en dos artículos (Arts. 1.671 y 1.672). Como se observa, nuestro Código Civil no regula entonces las "asociaciones" y por ello cabe indagar cuáles son las diferencias entre las "asociaciones" y las "sociedades" en nuestro ordenamiento jurídico.

En primer lugar, la sociedad como contrato no es un contrato fundamental autónomo, un género. Dicho contrato no es una especie de contrato asociativo, sino la aplicación particular de un contrato más amplio conocido con el nombre de ASOCIACION. Por ello el contrato de sociedad o simple sociedad no es sino una especie cuyo género es la asociación. La noción común o genérica aplicable a las sociedades como a las asociaciones reconocidas por la ley es la idea de **grupo de personas**. Los hombres pueden agruparse, unirse, pueden poner en común sus esfuerzos y sus bienes para alcanzar un resultado determinado. Lo que caracteriza este contrato, frente a los demás contratos, es la comunidad de intereses en vista de un bien a alcanzar y no una oposición de intereses. En los contratos de asociación las partes tienen intereses comunes. El fin del contrato es unirse para alcanzar un resultado determinado. Por ello Ulpiano afirmó "**Societas jus quodam modo fraternitatis in se habit.** (En cierto modo, la sociedad contiene en sí un derecho de fraternidad), con lo cual aludía a la **affectio societatis** que se considera como elemento constitutivo del contrato de asociación o de sociedad.

Esta armonía, inteligencia, esta unión, es un acuerdo de voluntades, un contrato, independientemente del fin perseguido. A tal contrato fundamental es al que se le llama ASOCIACION en términos generales.

De acuerdo con el fin perseguido por las partes, este contrato va a especificarse en derecho positivo. Si el fin perseguido es un fin de lucro, el contrato se llamará SOCIEDAD y si el fin no es un fin de lucro, este contrato se denominará ASOCIACION **stricto sensu**. Por ello conviene en ciencia jurídica emplear las palabras en su sentido propio puesto que la misma palabra "aso

ciación" es usada por el mismo legislador ora en sentido genérico como contrato fundamental en cuanto género, ora en un sentido específico como grupo de personas sin fin lucrativo, y ora en un sentido impropio como grupo de personas con fin lucrativo, con o sin personalidad jurídica. El término "asociación" los comprende a todos como un género como se observa en el artículo 70 de la Constitución Nacional según el cual "todos tienen el derecho de asociarse con fines lícitos, en conformidad con la ley".

Por lo demás, lo que confirma que la asociación es el género del cual las asociaciones y las sociedades no son sino las especies (con fines de lucro o sin fines de lucro), los elementos fundamentales del contrato de asociación **stricto sensu** y del contrato de sociedad son los mismos: a) acuerdo de voluntad entre varias personas creando un vínculo de derecho entre ellas; b) el fin a alcanzar juntos que justifica el acuerdo; y c) el poner en común bienes o actividades.

Por lo tanto, el fin perseguido, en derecho positivo es el que especifica la asociación y la ubica dentro de una categoría determinada, y la somete a un régimen jurídico propio.

Se distinguen entonces dos grandes especies de asociaciones **lato sensu**: las asociaciones con fin lucrativo y las asociaciones sin fin lucrativo. Las primeras son llamadas sociedades, que se subdividen en sociedades civiles y sociedades mercantiles. Las asociaciones sin fines de lucro se denominan simplemente asociaciones sin más.

Las asociaciones con fin lucrativo son aquellas en las cuales las partes, llamadas asociados, persiguen esencialmente un fin lucrativo, se constituyen y se operan en vista de hacer un beneficio, o sea retirar directa y esencialmente una utilidad.

Esas asociaciones son llamadas sociedades y se subdividen en sociedades civiles y sociedades mercantiles, como antes señalamos. Nuestro derecho positivo reconoce varias especies de sociedades de comercio o mercantiles: la sociedad en nombre colectivo, las sociedades en comandita (simple y por acciones), las sociedades anónimas, las sociedades de responsabilidad limitada, las sociedades cooperativas. Existe además, como demostraremos más adelante, las asociaciones en participación. Esta

asociación, es específicamente sociedad, puesto que el fin de lucro le es esencial, se diferencia principalmente de las otras sociedades mercantiles por el hecho que el Código de Comercio no le reconoce ninguna individualidad jurídica.

La sociedad, según el artículo 1.649 del Código Civil es el contrato "por el cual dos o más personas convienen en contribuir, cada una con la propiedad o el uso de las cosas, o con su propia industria, a la realización de un fin económico". Esta definición es común a las sociedades civiles y a las sociedades mercantiles. Las unas se diferencian de las otras por los actos que constituyen el objeto de su actividad: la sociedad civil es aquella que tiene por objeto actos de naturaleza civil: la sociedad mercantil es aquella que tiene por objeto actos de comercio, enumerados en el artículo 2 de nuestro Código de Comercio. No es por lo tanto el fin de lucro lo que caracteriza a las sociedades mercantiles, puesto que el fin de lucro se encuentra igualmente en actos de naturaleza esencialmente civil, como puede ser una enajenación por no comerciantes de bienes inmuebles.

Los elementos constitutivos de la sociedad, independientemente de las condiciones de validez de todo contrato (consentimiento, capacidad, objeto y causa) son los siguientes: 1º) un grupo de dos o más personas con el objetivo de alcanzar en común un determinado fin económico; 2º) el aporte en común de bienes o actividades; 3º) la intención de realizar un beneficio, el fin de lucro, cual es el elemento esencial de las sociedades; y que las distingue de las sociedades *stricto sensu*; 4º) la participación de todos los asociados en el reparto de los beneficios y de las pérdidas.

Queda sobreentendido que en la sociedad hay *affectio societatis*, o sea la intención de formar una sociedad, es decir, la voluntad deliberada de cooperar, aceptando deliberadamente ciertos riesgos<sup>30</sup>. La *affectio societatis* sirve para distinguir la sociedad de otros contratos donde se encuentran el elemento de aporte y el derecho a participar en los beneficios sin que haya la voluntad de cooperar juntos en todas sus consecuencias aleatorias que se implica en la *affectio societatis*, como por ejemplo, como mencionaremos más adelante, el contrato de trabajo.

30. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, (54), T. XI, p. 236, N° 981.

Consecuencia de todo lo anterior es que es la intención de lograr beneficios, el fin de lucro que es el elemento fundamental de la sociedad, y que distingue la sociedad de la asociación. Por lo tanto, dicho elemento es esencial, que se encuentra tanto en las sociedades civiles como mercantiles.

En el derecho positivo venezolano las asociaciones con fines lucrativos que gozan de personalidad jurídica son las sociedades civiles y las sociedades mercantiles con exclusión de las asociaciones en participación, según el artículo 201 del Código de Comercio. Las consecuencias principales de la atribución de personalidad a estas sociedades son las siguientes: 1º) los bienes sociales constituyen un patrimonio distinto del patrimonio de cada asociado, y pertenecen al nuevo ente moral; 2º) los bienes sociales son la prenda común de los acreedores de la sociedad; 3º) el derecho de los asociados en la sociedad es un bien mueble aun cuando la sociedad posea bienes inmuebles; 4º) no hay posibilidad de compensación entre las obligaciones de la sociedad y las obligaciones de los asociados, puesto que las acreencias compensables no existen sino entre las mismas personas; y 5º) la sociedad puede aparecer en juicio mediante apoderado. Si no tuviera personalidad distinta de la de sus socios integrantes, todos dichos socios deberán comparecer en juicio.

#### **B.—Asociaciones de hecho y sociedades de hecho o irregulares.**

Una asociación de hecho es una asociación desprovista de personalidad jurídica. Pero en las asociaciones desprovistas de la personalidad jurídica no tienen lugar sino cuando el contrato de sociedad no es válido por algún vicio o defecto de fondo. El contrato de asociación es un contrato civilmente válido como tal y ningún texto establece que la asociación DEBA cumplir con formalidades registrables, es decir, que deba ser inscrita su acta constitutiva ante alguna Oficina de Registro Público. Por ello la mal llamada asociación "de hecho", en el fondo es una "asociación de derecho" pero sin publicidad registral frente a terceros. Según el Ordinal 3º del artículo 19 del Código Civil, las asociaciones son personas jurídicas y si aceptáramos la definición señalada de las asociaciones, de hecho tendríamos que aceptar que las asociaciones en cuentas de participación son sociedades



de hecho porque "no tienen personalidad jurídica" según lo dispuesto en el artículo 201 del Código de Comercio. La Asociación cuya acta constitutiva no ha sido registrada es una asociación **de derecho**, perfectamente lícita y válida y no una asociación de hecho.

Por lo que respecta a las sociedades, ellas son personas desde el momento que el contrato de sociedad es celebrado con todos sus requisitos para su existencia: consentimiento, capacidad, objeto y causa. Por ello la expresión sociedad de hecho sólo es aplicable al estado de cosas subsiguiente a la nulidad de una sociedad. Es porque la sociedad es declarada nula, como contraria al derecho que el estado que se presenta después de esta declaratoria de nulidad es considerado como un estado de hecho. Como dice Planiol<sup>31</sup> "cuando la nulidad de una sociedad irregular ha sido pronunciada en justicia, es imposible de hacer completa abstracción de las operaciones sociales que fueron realizadas en el pasado. En tal caso, se considera que hubo **sociedad de hecho** de la que se efectúa la liquidación o la partición, a fin que nadie se enriquezca injustamente a expensas de otro".

Pero se entiende también como **sociedades de hecho**, dice Planiol<sup>32</sup> "en el caso en que "varias personas, sin haber acordado entre ellas a este respecto convenciones precisas, aun verbales, se comportan de hecho como verdaderos asociados". Sin embargo, ello no es exacto. Una convención es válida si existe, ya sea escrita, verbal o tácita, salvo dificultades de prueba. No se trata de verificar si hay convención escrita o verbal, sino si hay o no contrato, incluso cuando sea tácito. Si hay convención con **affectio societatis**, hay sociedad; si no, hay comunidad. Por ello el problema probatorio se resumirá entonces en determinar si hay comunidad o sociedad. Por ello, en tales casos no se trata de sociedades de hecho, sino simplemente sociedades, personas jurídicas.

La falta de registro del acta constitutiva o prueba escrita de la sociedad no produce la nulidad de la sociedad y por ello no la convierte en "sociedad de hecho"; la transcripción en el Registro Civil o Mercantil del acta constitutiva no tiene otro valor que el meramente declaratorio, por lo que dicha transcripción no

<sup>31</sup> PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, (54), T. XI, p. 358, N° 1072.

<sup>32</sup> Ibid., p. 359, N° 1072.



es una forma de ser, sino una forma de valer. La sociedad ya está formada y existe cuando su acta constitutiva es inscrita en el Registro Civil o Mercantil. Nuestro ordenamiento jurídico admite el principio consensualista de la constitución de sociedades por el solo efecto del contrato de sociedad.

La publicidad registral se orienta a dar a conocer la sociedad a los terceros interesados protegiéndolos contra el fraude. Por ello es que la sociedad que no ha cumplido con la formalidad registral se la denomina "sociedad **irregular**", aun cuando la expresión no es muy feliz si por "irregular" entendemos según Cabanellas<sup>33</sup> "contrario a regla, norma o principio. Desacostumbrado. Excepcional".

#### C.—Asociaciones de cuentas en participación, sociedades accidentales.

Aplicadas las consideraciones anteriores a las "asociaciones de cuenta en participación" podemos concluir que ellas como "asociaciones" que son, son personas jurídicas; que por tener un fin de lucro y sus asociados participan en sus utilidades y pérdidas, son sociedades mercantiles, en contra de la opinión de Muci-Abraham<sup>34</sup>, sin ser ese calificativo un **desatino** como dice él, pero accidentales" en el propio sentido de la palabra. En su sentido exacto "accidental" no significa temporal ni efímero, provisorio o pasajero sino no esencial, casual, contingente. Por tal razón ese adjetivo aplicado a la sociedad expresa el modo por el cual esta sociedad existe, no con consistencia propia e independiente; no son entes-substancia sino entes-accidentes, accidentales, no esenciales.

En primer lugar, las asociaciones en cuenta de participación son asociaciones **lato sensu** en el sentido que es un contrato o concierto de voluntades caracterizado por la comunidad de intereses en vista de un fin a alcanzar. En este tipo de contrato, como señalamos antes, las partes tienen intereses comunes y el objetivo del contrato es el de unirse para obtener un resultado determinado con **affectio societatis**, o sea con ánimo de cooperación aceptando deliberadamente ciertos riesgos.

33. CABANELLAS, Guillermo **Diccionario de Derecho Usual**, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1962, Tomo II, voz "irregular", p.

34. Muci-Abraham, José, *ibid.* p. 239.

Debido a la naturaleza de esta asociación, consideramos, en contra de la opinión de Muci-Abraham<sup>35</sup> que el calificativo de asociación usado por el legislador a la "participación" es acertado y el hecho de su finalidad lucrativa, lo que hace poner de relieve es que el legislador empleó ese vocablo en sentido amplio, **lato sensu** y no **stricto sensu**, puesto que las asociaciones con finalidad lucrativa, como antes apuntado son SOCIEDADES, civiles o mercantiles.

Por ello, siendo cónsono con su concepción, a estas "asociaciones en cuenta de participación" nuestro Código de Comercio las califica o denomina también "**sociedad accidental**", sin que esté diciendo nada opuesto a su denominación de asociación, sino que está señalando la diferencia específica, la especificidad de esta asociación. Con asociación, el legislador empleó el **genus** y con sociedad accidental, empleó la **specie**.

En efecto, antes distinguimos la sociedad de la asociación. Esta última carece de fin lucrativo; la primera la especifica. Antes pusimos de relieve que según el fin perseguido por la unión de personas el contrato de asociación se especifica en derecho positivo. Si el fin perseguido es un fin lucrativo, el contrato tomará el nombre de sociedad; si el fin no es un fin lucrativo, tomará entonces el nombre de asociación **stricto sensu**. Ahora bien, según el artículo 359 de nuestro Código de Comercio, mediante el contrato de asociación en participación se "da a una o más personas participación en las utilidades o pérdidas"; por lo cual la finalidad de lucro es esencial de esta asociación convirtiéndola entonces en sociedad. No olvidemos, como señalado antes, que las asociaciones con fin de lucro llevan el nombre de sociedades.

Lo anterior hace destacar la errada opinión de Muci-Abraham<sup>36</sup>, según quien nuestro estatuto mercantil "utilizó el término "asociación", de consiguiente para referirse a las "Cuentas en participación" no como un concepto afirmativo de algo, sino como una expresión negativa del concepto de "sociedad"; cuando el legislador denominó "asociación" a las "cuentas en participación" quiso expresar: las "cuentas en participación" no son "sociedades". El error de Muci-Abraham consistió en no conocer que las sociedades son también asociaciones, pero que el fin

35. Muci-Abraham (86), p. 236.

36. Muci-Abraham (85), p. 237.

de ellas es lucrativo y por ello sociedades en el sentido específico de asociación. Luego, la expresión "asociación" en este caso empleada por el legislador no es utilizada como expresión **negativa**, sino como especificidad de un grupo de asociaciones, como específicas de ellas, por lo cual las convierte en sociedades. El legislador con la expresión sociedad en el artículo 201 del Código de Comercio hizo gala de precisión o de exactitud rigurosa.

Pero esta exactitud rigurosa fue aún más allá cuando el legislador no dice a secas que la asociación en participación es una sociedad, puesto que agrega que es una sociedad ACCIDENTAL.

La simplicidad de la constitución de las sociedades de cuentas en participación es, sin lugar a dudas, uno de sus elementos característicos que la distinguen de la mayoría de las otras sociedades. Como lo señala expresamente el artículo 364 del Código de Comercio, "estas asociaciones están exentas de las formalidades establecidas para las compañías, pero deben probarse por escrito", a diferencia de las otras sociedades mercantiles para las cuales existen normas de constitución y de publicidad. Sin embargo, la falta de publicidad registral no es suficiente para distinguir la sociedad de cuentas en participación de las otras sociedades. En efecto, existen las sociedades llamadas irregulares que se constituyen y una vez constituidas no es publicado su documento constitutivo en el Registro Público, Civil o Mercantil, teniendo entonces parecido con las sociedades de cuentas en participación, que como ya indicamos quedan ocultas sin ser registrado su documento constitutivo.

La falta de publicidad no es la sola consecuencia del carácter oculto de la asociación de cuentas en participación; existe otra consecuencia que es más importante: la asociación de cuentas en participación no puede tener vida externa frente a terceros. Es esta clandestinidad la que le permite reconocer la sociedad de cuentas en participación y que permite distinguirla de las otras sociedades llamadas irregulares por su carencia de publicidad.

En efecto, las otras sociedades llamadas irregulares tienen vida externa y gozan de personalidad jurídica; una sociedad irregular por no haberse registrado su documento constitutivo no

está condenada a la clandestinidad; su administrador puede actuar abiertamente en nombre de la sociedad, y ésta puede ser demandante o demandada en un proceso judicial. ¿Qué diferencia habría entre una sociedad en nombre colectivo o en comandita simple irregulares y la sociedad de cuentas en participación? Si hay sociedad en nombre colectivo irregular, la ley permite a los acreedores sociales prevalecerse de la existencia de la sociedad y ejercer acción judicial contra la sociedad y, subsidiariamente, ejercer acciones personales contra los socios (Cód. Com. Art. 228). Si hay sociedad de cuentas en participación, los terceros no pueden intentar acción sino contra el gerente o asociante que celebró el negocio jurídico con el tercero demandante, y los asociados escapan a esas acciones judiciales.

Para que exista una sociedad de cuentas en participación es necesario que la sociedad no sea manifestada en las relaciones con los terceros, que no tenga, como tal, ninguna vida exterior. De ello resulta, entonces, que el asociante o gerente esté obligado a actuar en su propio nombre. En este sentido es que la asociación de cuentas en participación se diferencia de las demás sociedades llamadas irregulares, teniendo en común con ellas la carencia de publicidad registral. Por el hecho de que el acta constitutiva de una sociedad no sea publicada, ello no significa que ella sea ignorada por los terceros y que deba permanecer ignorada por ellos. La sociedad irregular no es necesariamente clandestina; puede tener una razón social, y quienes negocian con su administrador pueden conocer perfectamente su existencia. La sociedad irregular es una sociedad como las otras, pero que no ha sido dada a la publicidad registral. En cambio, la sociedad de cuentas en participación es una sociedad accidental que además de ser irregular por carecer de publicidad registral, es oculta, clandestina.

#### D.—Asociación de cuentas en participación y contrato de trabajo.

Como señalamos al analizar los elementos constitutivos de la asociación de cuentas en participación, es posible que el aporte que el asociado haga o dé al asociante no sea un determinado bien inmueble o mueble, comúnmente dinero, sino que sea su propia actividad, su propia gestión en la realización de cierta

operación, lo cual se estima en un cierto porcentaje de intervención para la determinada operación que se proyecte efectuar, porcentaje ese que es el que va a determinar la cuantía de la utilidad y/o pérdida en la asociación de cuentas en participación que se constituya.

Tal acuerdo sobre el tipo de aporte y la participación en las utilidades y pérdidas no presenta ninguna dificultad cuando el asociado es una persona jurídica, tratándose entonces como una relación netamente mercantil. Pero cuando ese aporte de actividad, de gestión, de quehacer lo hace o lo da al asociante una persona natural o física, surge de inmediato la duda de si se trata entre ellos de una sociedad mercantil de cuentas en participación o un contrato de trabajo. La duda surge porque según el Derecho del Trabajo, un trabajador, como contraprestación del salario recibido, da o entrega a su patrono una labor, le presta un servicio, realiza una actividad bajo subordinación que tiene un valor económico y que beneficia al patrono. Por ello, cuando el llamado "asociado" presta un servicio a un "asociante", por un porcentaje de utilidades de la operación, denominando su relación contractual "asociación de cuentas en participación" cabe preguntar si dicho contrato es verdaderamente un contrato de cuentas en participación, asociación o si más bien es un simulado contrato de trabajo, con el cual el llamado "asociante", entonces patrono, evita las cargas legales establecidas por la legislación laboral, haciendo quedar desamparado al mal llamado "asociado", quien entonces es un trabajador sin los beneficios laborales de los cuales es titular por ley, los cuales son irrenunciables.

En primer lugar, la sola cláusula de participación en los beneficios no es suficiente para transformar dicho contrato en un contrato de sociedad como lo es la asociación en cuentas de participación, si los otros elementos constitutivos de la sociedad en cuestión no se encuentran realizados. Por ello, la convención por la cual una persona natural compromete su actividad a una empresa por una participación, sus utilidades no constituyen una sociedad. Así, no es sociedad sino contrato de trabajo, la convención por la cual un particular se hace cargo de una operación por una remuneración representada por un porcentaje en los beneficios de la operación en caso de buen resultado, sobre todo cuando esa participación está determinada y no



partes en litigio es mercantil o laboral con el control que pueda tener sobre tal decisión la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

En primer lugar, es de destacar que conforme a la legislación laboral venezolana el contrato de trabajo es consensual y que para su existencia no se requiere ninguna formalidad ni **ad solemnitatem** ni **ad probationem**. El contrato de trabajo-relación existe desde el momento que una persona presta servicios bajo subordinación a otra quien como contraprestación le remunera sus servicios. Más aún, la ley suple mediante una presunción **juris** la existencia del contrato de trabajo, pues según el artículo 46 de la Ley del Trabajo, "se presume la existencia del contrato de trabajo entre el que presta un servicio personal y el que lo recibe". A falta de estipulaciones expresas, la prestación de servicios se entenderá regida por esta Ley y por los Reglamentos. Tal presunción **iuris** es entonces una presunción **juris tantum**, es decir, desvirtuable por prueba en contrario.

Por su lado, el artículo 364 del Código de Comercio establece que "estas asociaciones (de cuentas en participación) están exentas de las formalidades establecidas para las compañías, pero deben probarse por escrito". Conforme a esto, las asociaciones de cuentas en participación, aun cuando estén exentas de las formalidades para las compañías, deben constar por escrito pero **no ad solemnitatem** sino **ad probatiorem**.

Este requisito **ad probatiorem** ha dado lugar a ciertas interpretaciones dispares cuando se consideran estas asociaciones de cuentas en participación en las relaciones de las partes —asociante y asociado— entre sí o en las relaciones de la asociación frente a terceros. Se ha sostenido algunas veces<sup>38</sup> siguiendo la jurisprudencia italiana que "entre las partes puede probarse esa sociedad o cuentas en participación con testigos dentro de las excepciones previstas por el Código Civil y con cualquier otro medio de pruebas"; pero es más frecuente sostener que aún para la prueba de esta asociación entre las partes es necesaria la prueba por escrito como puede observarse en las sentencias de la Corte de Casación de fecha 9 de agosto de

38. Vide Corte de Casación, sentencia de fecha 5 de noviembre de 1957, Porras Rengel, (s.f.) T. II., p. 1671 et ss.



1949<sup>39</sup>, en la fecha 5 de noviembre de 1957<sup>40</sup>, la de fecha 19 de febrero de 1964<sup>41</sup>, la de 9 de agosto de 1966<sup>42</sup> y la de 4 de julio de 1963<sup>43</sup>.

Si la prueba escrita es requisito para la prueba de la asociación de cuentas en participación entre las partes, tal prueba constituye entonces la prueba en contrario que desvirtúa la presunción *juris tan tum* consagrada en el artículo 46 de la Ley del Trabajo. La presunción no es aplicable si existe prueba escrita de la asociación de cuentas en participación, pero dicha prueba escrita debe ser prueba de todos los elementos de la asociación en cuentas de participación. Si tal prueba no desvirtúa la presunción legal, ésta tendrá entonces aplicación.

Para que exista la asociación de cuentas en participación, además de los elementos básicos de capacidad, consentimiento, objeto y causa generales para la existencia de los contratos, conforme a nuestro Código Civil, se requieren los elementos propios para la celebración del contrato de sociedad, particularmente el *animus o affectio societatis*, que expresamente señala el artículo 359 del Código de Comercio, cual es en la sociedad de cuentas en participación la participación en las utilidades o pérdidas de una o más operaciones o de todas las de un comercio.

La jurisprudencia nacional, tanto de los Tribunales Mercantiles como de los Tribunales del Trabajo y de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil ha establecido que es de la esencia de la asociación en participación el que el asociante y el asociado participen en sus respectivas proporciones tanto de las utilidades como de las pérdidas en una operación o en todas.

No existe asociación de cuentas en participación cuando el asociado que no aporta sino su actividad participa tan sólo de las utilidades de la operación en cuestión. Anteriormente, se consideró en nuestra jurisprudencia<sup>44</sup> que la remuneración a base de utilidades no "caracteriza un contrato de trabajo" porque se consideraba que por su carácter aleatorio no podía tratarse

39. Ibid. T. II., P. 1.669.

40. Ibid. T. II., p. 1.671.

41. Ibid. T. VII., p. 475.

42. Ibid. T. XI., p. 383.

43. Ibid. T. II., p. 1.612.

44. Porrás Rengel, (s.f.) T. II, p. 1.666, Sent. 19/8/58.

de salario que tiene el carácter de ser fijo. Así en sentencia de fecha 30 de mayo de 1966<sup>45</sup> se afirmó que "no puede una persona pretender haber celebrado un contrato de trabajo si a cambio de la prestación de sus servicios percibe el 50% de las utilidades líquidas del establecimiento donde labora, ya que dicho porcentaje no puede conceptuarse como salario, en virtud de que éste se caracteriza por su certeza y seguridad independientemente de la prosperidad de la empresa". Sin embargo, hoy en día tal criterio se halla superado no sólo jurisprudencialmente sino hasta legalmente como se desprende del Artículo 154 del Reglamento de la Ley del Trabajo según el cual **"A los efectos de la determinación del salario base para el cálculo de las prestaciones e indemnizaciones que correspondan al trabajador, la participación convencional en las utilidades que perciba en el ejercicio económico de la empresa, se distribuirá entre los meses completos de servicios prestados durante dicho ejercicio"**.

Pero cuando el asociado no sólo participa en las utilidades sino también en las pérdidas de la operación u operaciones es constante la jurisprudencia en el sentido que entre las partes no hay contrato de trabajo sino asociación de cuentas en participación<sup>46</sup>.

Finalmente, por lo que respecta al elemento de remuneración existe abundante remuneración, llegándose a considerar como el elemento más característico y el que mejor distingue el contrato de trabajo de la asociación de cuentas en participación.

En el contrato de trabajo, el salario se caracteriza por su certeza y seguridad; el trabajador tiene derecho al pago de su labor, independientemente de la prosperidad de la empresa, no tiene carácter aleatorio.

Por el contrario, en la asociación de cuentas en participación los beneficios de cada socio guardan relación directa con las utilidades y las pérdidas de la empresa, existe el elemento riesgo y el asociado debe participar tanto de las ganancias como de las pérdidas de la empresa.

45. Ibid. T. XI., p. 355.

46. Porrás-Rengel (s. f), T. II., p. 1667, p. 1669, 1.674; T. XI, p. 383, Gaceta Forense, N° 25, E2. p. 102.

Es por ello por lo que al pactarse la remuneración a base de utilidades exclusivamente se descarta de inmediato la existencia del contrato de trabajo (sentencias 4, 20, 21). De igual manera, si de las pruebas se constata que aunque exista participación en las utilidades de la empresa, el que presta sus servicios percibe una suma de dinero siempre y en forma periódica o sólo se hace partícipe de los beneficios, se descarta entonces la existencia de la asociación de cuentas en participación, ya que no existe álea alguna y se considera a las utilidades como un complemento del salario. Así "no estando comprobado que la prestación de servicios del actor tuvo por objeto sólo una participación en las utilidades de la explotación que administran, debe estimarse que se trata de un contrato de trabajo, anteriormente denominado, contrato de arrendamiento de obras"<sup>47</sup>; "Para que se configure el contrato mercantil así calificado por las partes de cuentas en participación, deben concurrir como elementos: el aporte material de los socios y la participación no sólo en las ganancias sino en las pérdidas. En el presente caso concurren son los elementos del contrato de trabajo, pues aunque la remuneración se pacta a base de utilidades, se señala una cantidad fija mínima anual y anticipos fijos mensuales"<sup>48</sup>; "En el contrato firmado no existe *affectio societatis* porque las funciones del actor son las de empleado y debe cumplir las órdenes de la empresa (no hay igualdad) y no soporta las pérdidas (no hay álea). No es aplicable el Código de Comercio a pesar de la calificación dada por las partes, sino las de Derecho Laboral, por estar presentes los elementos del contrato de trabajo"<sup>49</sup>; "Si bien no es cierto que el actor participa de los beneficios líquidos de la empresa, también lo es que no asume riesgo alguno por las pérdidas, lo cual desnaturaliza el pretendido contrato de asociación de cuentas en participación."

De otra parte aparecen los elementos de la relación de trabajo, por lo cual no puede excluirse al llamado socio de la protección laboral"<sup>50</sup> y finalmente, "El contrato celebrado por las partes prevé participación del actor en las ganancias, pero no

47. Porras-Rengel (s.f.), T. II, p. 1.661.

48. Ibid, p. 1.664.

49. Porras-Rengel (s.f.), T. II, p. 1.665.

50. Ibid. p. 1.667.

en las pérdidas, por lo cual no se trata de una sociedad de cuentas en participación"<sup>51</sup>.

Sin embargo, todos los elementos del contrato celebrado deben analizarse en conjunto, si de las pruebas aparece el elemento *prestación de servicios y subordinación característicos del contrato de trabajo*, no se desvirtúa el carácter laboral de la relación aunque se haya contratado mediante el pago de un porcentaje de utilidades, ya que para ello debe participarse también en las pérdidas.

La subordinación es un elemento de tipo variable y consiste en el contrato de trabajo, en el sometimiento del trabajador a su patrón, y puede ser de tipo técnico, económico o jurídico. Este es un elemento que debe analizarse en el caso concreto y puede estar dado bajo distintos aspectos, por ejemplo: *sumisión a órdenes o mandatos de patrono, a horarios de trabajo o a verificar su labor en locales determinados de la empresa; imposibilidad de tomar parte en los órganos de dirección de la misma, etc.*

En el caso de asociación de cuentas en participación, el socio debe merecer el calificativo de tal, y este hecho debe verificarse en la práctica, en una libertad de actuación, en la posibilidad de toma de decisión.

Este elemento, además de analizarse en el caso concreto, debe serlo conjuntamente con el resto de los elementos que tipifican el contrato de que se trate. Así, "no cabe la calificación jurídica de que el contrato celebrado fue de sociedad de cuentas en participación, **pues ésta no ha sido comprobada por escrito**; y además, de las pruebas, aparecen los elementos característicos de una voluntad patronal por parte del demandado, y un estado de dependencia respecto al actor, lo que refuerza la tesis de que se trata de una cuestión de trabajo"<sup>52</sup>.

El contrato celebrado, a pesar de la denominación "sociedad de cuenta en participación", no es más que un contrato de trabajo, cuando a juicio del juzgador, se encuentran comprobados los tres elementos constitutivos del contrato de trabajo: *prestación de servicios; remuneración: parte en sueldo fijo y parte en participación de utilidades; y la subordinación.*

51. Ibid, p. 1.669.

52. Porras-Rengel, T. II, p. 1.669.

Las características de cada contrato se definen más bien por la ocurrencia real de los hechos que por las estipulaciones escritas de las partes.

En cuanto a la subordinación, ésta no es de un tipo definido, sino de carácter variable, dependiente en cuanto a su naturaleza y grado de las exigencias específicas de la labor a realizar.

Finalmente, en sentencia de fecha 25 de abril de 1979 del Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda<sup>53</sup>, se estableció frente al alegato de un contrato de cuentas en participación de un médico y una clínica en la explotación del laboratorio de dicha clínica, lo siguiente:

Conforme al análisis realizado por el juzgador anteriormente en este fallo se observa que la demandada no demostró la existencia de la sociedad de cuenta en participación que alegó y de la cual pretende derivar la falta de cualidad en el demandante para intentar el juicio y la falta de cualidad en el demandado para sostenerlo. En efecto, como ya se estableció anteriormente en este fallo, no aparece desvirtuado por la demandada la presunción establecida en el artículo 46 de la Ley del Trabajo que para el demandante surge de su prestación de servicio para la demandada, conforme a los términos de los contratos que

cursan el folio... ambos inclusivos. Recuérdese que la demandada los hizo valer y admite que el demandante... se desempeñó como responsable del Laboratorio, por lo cual percibía las sumas de dinero a que se refiere la cláusula once de los mencionados contratos. Cuando se analizaron éstos se estableció que esa prestación de servicio no tuvo las características de independencia mercantil que le atribuye la excepcionante. Se reseñaron igualmente las características generales de la asociación en participación y el juzgador después de este análisis llegó a la conclusión de que la excepcionante no demostró que la relación de las partes se encontrase enmarcada dentro de los linderos de esa asociación de tipo mercantil a que se refiere la excepcionante. Por todas estas razones, en la parte dispositiva del fallo habrá de declararse la improcedencia de la excepción de inadmisibilidad opuesta, prevista en el ordinal 1º del artículo 257 del Código de Procedimiento Civil. Así se declara.

53. Ramírez & Garay, Tomo LXV, p. 227 et ss.



## BIBLIOGRAFIA

- ANAYA, J.L. (70): Jaime L. Anaya  
**Sociedades accidentales o en participación.** Editorial Cangallo Sociedad Anónima, Buenos Aires, 1970.
- ARISMENDI (76), J.L.: José-Loreto Arismendi.  
**Tratado de Sociedades Civiles y Mercantiles,** Caracas, Gráfica Armitano, C.A. 5º ed. 1976.
- BARBOZA PARRA (78), E.S.: Ely Saúl Barboza Parra  
Personalidad jurídica de las sociedades irregulares en el derecho venezolano en **Jornadas de Derecho Mercantil.** Universidad Católica Andrés Bello, Facultad de Derecho, Caracas, 1978, p. 407 - 419.
- BARBOZA PARRA, (85), E.S.  
**Manual Teórico Práctico de Derecho Mercantil,** Mérida 1985, 3º. ed., Universidad de Los Andes, Consejo de Publicaciones.
- BASTIAN (68), D.: Daniel Bastian  
La situation des sociétés commerciales avant leur immatriculation, en **Etudes de droit Commercial à la mémoire de Henry Cabrillac.** Librairies Techniques, Librairie de la Cour de Cassation. Paris 1968, p. 23 - 35.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G. y WAHL, A.: (07): G. Baudry-Lacantinerie y Albert Wahl.  
**Traité Théorique et Pratique de Droit Civil. De la Société, du Prêt, du Dépôt.** Librairie de la Société du Recueil J.B. Sirey et du Journal du Palais, 3a. ed. Paris, 1907.
- BORJAS (79<sup>2</sup>), L.A.: Leopoldo A. Borjas  
**Instituciones de Derecho Mercantil. Las Sociedades,** Caracas, Ediciones Schnell, C.A., 2a. ed., 1979.
- BRUNETTI (s.f.), A.: Antonio Brunetti  
**Tratado de Derecho de las Sociedades T.I.**  
Buenos Aires (s.f.), Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, Fr. Felipe de Solá Cañizales.
- BURGOS VILLASMIL (82), J.R.:  
**Aspectos Fundamentales de la Sociedad Anónima y del Mercado de Capitales,** Caracas, 1982. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela.
- CABANELLAS (62), G.: Guillermo Cabanellas.  
Diccionario de Derecho Usual. Buenos Aires, 1962, Bibliográfica Omeba.
- CABANELLAS (72), G.: Guillermo Cabanellas.  
**Repertorio Jurídico de Locuciones, Máximas y Aforismos Latinos,** Buenos Aires, 1972. Editorial Helianta, S.R.L.
- CASTAN TOBEÑAS (55<sup>9</sup>), J.: José Castán Tobeñas.  
Derecho Civil Español Común y Foral. Madrid, 1955, 9a. ed. T. I., vol. 2º.
- DE GREGORIO (50), A.: Alfredo De Gregorio  
**De las Sociedades y de las Asociaciones Comerciales,** Bolaffio - Rocco - Vivante, Derecho Comercial T. 7, Vol. II, Buenos Aires, 1950, Ediard, Soc. Anón. Editores. Dellia Viterbo de Friedes y Santiago Sentis Melendo.
- DOMINICI (1891), A.: Aníbal Dominici.  
**Comentarios al Código de Comercio Venezolano, s.l.**
- DUQUE SANCHEZ (s.f.), J.R.: José Román Duque Sánchez.  
**Jurisprudencia de la Corte de Casación N° 6.** Colección Justicia et Jus, Mérida (s.f.), Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes.



- ESCARRA (52), J.: Jean Escarra,  
*Cours de Droit Commercial*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1952.
- FARIA GALAN (56), E.: Ernesto Faría Galán.  
Las Sociedades Irregulares. *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Central de Venezuela, N° 6, Caracas, 1956.
- FEBRES CORDERO, (34), E.: Eloy Febres Cordero.  
*Las Sociedades Irregulares de Comercio no tienen Personalidad Jurídica*. Mérida, 1934.
- FERRARA (29), F.: Francisco Ferrara.  
*Teoría de las Personas Jurídicas* (1929).  
Madrid, 1929. Editorial Reus (S.A.) Eduardo Ovejero y Maury.
- GOLDSCHMIDT (62), R.: Roberto Goldschmidt.  
La Reforma del Derecho de Sociedades en Venezuela.  
*Nuevos Estudios de Derecho Comparado*, Caracas, 1962.  
Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Vol. XXVII, p. 207 - 239.
- GRANDINI, S.G. (39): Salvatore Giovanni Grandini  
*L'associazione in Partecipazione*. Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milán, 1939.
- HAMEL (25), J.: Joseph Hamel  
L'"affectio societatis". *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, T. 24, año 1925.  
Librairie de la Société Ame. du Recueil Sirey, Paris 1925, p. 761 - 792.
- HOUPIJN (35), C. y H. BOSVIEUX.  
*Traité Général Théorique et Pratique des Sociétés Civiles et Commerciales et des Associations (avec formules)*, T. I., Paris, 7a. ed.
- HUNG VAILLANT (80), F.: Francisco Hung Vaillant.  
*Sociedades*, Caracas 1980. Alirio Dorante Editor.
- INSTITUTO DE CODIFICACION Y JURISPRUDENCIA (59).  
*Jurisprudencia de los Tribunales de la República*. Vol. IV., años 1954-1955, T. II. San Juan de los Morros, 1959.
- LYON-CAEN (29) y L. RENAULT: CH.  
*Traité de Droit Commercial*.  
Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, T. II, Vol. 2, 5a. ed., Paris, 1929.
- MACHADO, (s.f.), J.E.: José Enrique Machado.  
*Jurisprudencia de la Corte Federal y de Casación (Hoy Corte Suprema de Justicia)*, 1960 - s.f., s.l.
- MANRIQUE PACANIS (53), G.: G. Manrique Pacanis.  
*Jurisprudencia y Crítica de la Doctrina de Casación Venezolana*, Caracas, 1953. Tipografía Americana.
- MARQUEZ AÑEZ (s.f.), L.: Leopoldo Márquez Añez.  
"La Capacidad Procesal de las Sociedades Irregulares". Universidad Católica Andrés Bello, *Revista de la Facultad de Derecho*, Año Lectivo 1966-1967, N° 4, Caracas (s.f.).
- MARTINE (59), E.N.: Edmond-Noel Martine.  
Les problèmes de qualification à propos des sociétés en participation.  
*Revue Trimestrielle de Droit Commercial*. Tomo XII, año 1959. Librairie Sirey, Paris, 1959, p. 41 - 60.

- MUCI-ABRAHAM (85), J.: José Muci-Abraham.  
Contratos Mercantiles (Cuenta Corriente y Participación), Caracas, 1985,  
Ediciones Schnell, C.A.
- MUCIUS SCAEVOLA (33), Q.: Quintus Mucius Scaevola.  
Código Civil, T. XXV, Madrid, 1933, Editorial Reus.
- NUÑEZ (70), J.E.: Jorge Enrique Núñez.  
De la Situación Jurídica de las Sociedades Irregulares en la Legislación  
Venezolana, s.l.  
Anuario 1970 del Colegio de Abogados del Estado Lara, s.l.
- PINEDA LEON (82), P.: Pedro Pineda León.  
**Principios de Derecho Mercantil**,  
Mérida, 1982, 6a. ed.
- PLANCHART HERNANDEZ (58), A.: Antonio Planchart Hernández.  
**Jurisprudencia Anotada**, Caracas, 1958, Biblioteca de los Tribunales del  
Distrito Federal. Fundación Rojas Astudillo.
- PLANIOL (54), M. y Georges Ripert: Marcel Planiol.  
Traité Pratique de Droit Civil Français, T. XI, Vol. 2, París 1954, Libraire  
Générale de Droit et de Jurisprudence, 2a. ed.
- PORRAS RENGEL (s.f.), J.: Juan Porras Rengel  
Jurisprudencia de la Ley del Trabajo desde 1936 (s.l.) (s.d.).
- RAMIREZ & GARAY (80)  
**Jurisprudencia Venezolana**, Caracas, 1980, T. LXV, 1979.
- RIVEROLA (38), M.A.: Mario A. Riverola.  
**Tratado de Derecho Comercial Argentino**, T. II.  
Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1938.
- SANOJO (1874), L.: Luis Sanojo  
**Exposición del Código de Comercio con su texto**, T. I., Caracas, 1874.
- SUPINO (s.f.), D.: David Supino  
**Derecho Mercantil**  
Madrid, La España Moderna, s.f., Lorenzo Benito
- VIVANTE, (32), C.: César Vivante.  
**Tratado de Derecho Mercantil**, Editorial Reus, S.A., Madrid, 1932. Ri-  
cardo Espejo de Hinojosa.

**“LA VENTA DE LAS ACCIONES HECHA POR LA SOCIEDAD  
CUANDO EL ACCIONISTA NO LAS HA CANCELADO  
TOTALMENTE”**

**Henrique Iribarren Monteverde**

## I. INTRODUCCION

Hay problemas jurídicos que son extremadamente interesantes, unas veces por tener una enorme relevancia práctica y otras por dar margen a diferentes disquisiciones teóricas. El contenido del artículo 295 del Código de Comercio presenta ambas circunstancias porque, por una parte, su dispositivo puede dejar indefenso a cualquier accionista de una sociedad anónima, haya cancelado totalmente o no la suscripción de acciones que haya hecho, lo cual sin lugar a dudas es de una evidente relevancia práctica; y, por otra parte, porque las consideraciones teóricas que pueden formularse respecto al mismo tienen conexión con diversas ramas de la disciplina jurídica como el derecho mercantil, el civil, el penal, el procesal, el probatorio, el administrativo y el constitucional, lo que pone de manifiesto lo apasionante del tema.

En el desarrollo de nuestro trabajo, primeramente hemos tratado de determinar cuál ha sido el origen del dispositivo técnico del artículo 295 del Código de Comercio, para precisar cuál es su naturaleza jurídica tanto en derecho comparado como en nuestro ordenamiento jurídico.

Luego, hemos analizado el tratamiento que debe darse a la venta que permite esa norma en relación con el "derecho de defensa" y el "derecho de propiedad" de los accionistas de una compañía anónima. De este modo pretendemos demostrar la inconstitucionalidad y la ilegalidad del artículo en cuestión.

Finalmente, hacemos un repaso sobre las diferentes posiciones que pueden asumirse en la práctica frente a la norma que analizamos.

Pasamos entonces al desarrollo del cuerpo mismo de esta comunicación.

## II. DESARROLLO

### 1) Planteamiento.

A) El artículo 295 del Código de Comercio: "En el caso de falta de pago de cuotas debidas por acciones suscritas, la sociedad puede hacer vender los certificados por cuenta del accionista, por medio de un corredor o en pública almoneda, sin perjuicio del derecho que tiene para obrar contra el suscriptor y el cesionario para el pago de la suscripción.

El adjudicatario de la acción se subroga en todos los derechos y obligaciones del accionista, quedando éste subsidiariamente responsable del incumplimiento de dichas obligaciones.

Si puesta en venta la acción no hubiere oferta, la compañía puede anularla, aprovechándose de los pagos hechos a cuenta de ella. La anulación se publicará expresándose el número de la acción anulada".

B) Análisis preliminar del artículo 295 del Código de Comercio:

a) El supuesto de hecho o dispositivo técnico: Es la falta de pago de las cuotas debidas por acciones suscritas.

b) La consecuencia o precipitado jurídico: Es que la sociedad puede hacer vender los certificados por cuenta del accionista, por medio de un corredor o en pública almoneda, y que si no se logra la venta de la acción la compañía puede anularla aprovechándose de los pagos hechos a cuenta de ella.

c) Naturaleza jurídica del contenido de la norma: A nuestro juicio se trata de un caso de Ejecución Forzosa no Judicial en Especie. Tal naturaleza aparece clara de una simple lectura de la norma analizada, pues no habiendo un cumplimiento voluntario en especie por parte del deudor, es decir, no habiendo cancelado **motu proprio** la parte insoluble de la suscripción, el acreedor para satisfacer su derecho de crédito lo ejecuta forzosa y no judicialmente en especie, cuando, sin acudir a los órganos jurisdiccionales y vendiendo la acción o anulándola, se cobra lo que supuestamente se le debe.

Sobre si es posible en nuestro ordenamiento jurídico una Ejecución Forzosa No Judicial ahondaremos más adelante.

d) Ubicación de la norma en el orden de Prelación Legal del Derecho Mercantil: El autor Hugo Mármol Marquís clasifica las fuentes del Derecho Mercantil así<sup>1</sup>:

1.—(Primer nivel): La norma mercantil estatuida con carácter de orden público.

2. (Segundo nivel):

—Las cláusulas contractuales

—Los usos mercantiles reconocidos en paridad de circunstancia

3.—(Tercer nivel): Las normas mercantiles supletorias que no fueron derogadas por la expresa voluntad contractual.

4.—(Cuarto nivel): La costumbre jurídica mercantil (soluciones que han nacido en la práctica para regular situaciones concretas en donde faltan soluciones legales y en donde dicha regulación es necesaria).

De modo que atendiendo a tal orden de prelación tendremos así el 295 del Código de Comercio ubicado en el Tercer Nivel, de lo cual podemos inferir que:

1.—No podría ir, so pecar de ilegalidad o de inconstitucionalidad, contra lo dispuesto por las normas mercantiles estatuidas con carácter de orden público. Ilegalidad si atentara contra una norma mercantil de orden público de rango legal. Inconstitucionalidad si atentara contra una norma mercantil o no, de rango constitucional (las cuales son de orden público por su propia naturaleza).

2.—Puede perfectamente ser derogada por convenio entre los contratantes, ya que las cláusulas contractuales están ubicadas en el Segundo Nivel en el orden de prelación del derecho mercantil.

e) Ubicación de la norma en el orden de Prelación Legal de nuestro ordenamiento jurídico en general.

Se trata de una norma de carácter general y que no es de orden público. Por tanto:

1. Mármol Marquís, Hugo: "Fundamentos de Derecho Mercantil Parte General", U.C.A.B., Estudios Jurídicos, Caracas, 1978.



1.—No puede contrariar a las normas legales de orden público que tengan vinculación con la materia.

2.—No puede contrariar a las normas constitucionales.

C) Principales problemas que se nos plantean en relación al artículo 295 del Código de Comercio:

a) ¿Existen disposiciones similares en los distintos ordenamientos jurídicos del llamado sistema romano-germánico o continental de derecho?

b) ¿Cuál es el origen histórico en nuestro ordenamiento de la disposición estudiada?

c) ¿Cuál es el fundamento del artículo 295 del Código de Comercio?

d) ¿Cómo queda el derecho a defensa que tiene todo ciudadano ante lo previsto por el artículo 295 del Código de Comercio?

e) ¿Cómo queda el derecho real de propiedad que tiene el accionista ante lo previsto por el artículo 295 del Código de Comercio?

f) ¿En la práctica, cuáles son las soluciones legales de las que dispone un accionista ante una eventual aplicación del artículo 295 del Código de Comercio?

Estos problemas, entre otros, son los que trataremos de esclarecer, sobre todo en lo relativo a la venta de la acción por parte de la sociedad, pero sin perder de vista la otra consecuencia de la norma comentada, cual es la de la anulación de la acción.

## 2) El Problema en el Derecho Comparado.

En este capítulo examinaremos la cuestión de si existen o no disposiciones similares al artículo 295 del Código de Comercio venezolano en algunos de los ordenamientos jurídicos del sistema romano-germánico de derecho.

Nuestro análisis se circunscribirá a los siguientes ordenamientos jurídicos:

- A) El argentino.
- B) El mexicano.
- C) El alemán.
- D) El italiano.
- E) El español.

Debemos antes advertir dos cuestiones. La primera, que ninguna de las obras francesas consultadas en nuestro idioma contribuyó a satisfacer las inquietudes que teníamos respecto al tema de nuestro estudio. Y la segunda, que una de las obras consultadas, una trae un estudio de derecho comparado sobre el tema que tratamos.

A) Posición del Ordenamiento Jurídico argentino:

a) Autor: Fernando Mascheroni:<sup>2</sup>

1.—“El contrato de suscripción engendra obligaciones para ambas partes. La obligación principal del suscriptor es el pago de la totalidad de la suscripción”.

2.—Artículo 333 del Código de Comercio argentino: “Los estatutos pueden establecer cláusulas penales en que incurrirán los suscriptores morosos. Podrá conferirse a los administradores la facultad de hacer vender extrajudicialmente, en remate, las acciones de los suscriptores morosos, siendo de cuenta de éstos los gastos de remate y los intereses moratorios en su caso”.

3.—Comentarios del autor al artículo:

3.1.—Significado del supuesto: “Cuando hay mora en la integración hay una rescisión contractual por vía compulsiva. Se trata de una Resolución contractual no *ipso iure* sino por voluntad de una de las partes”.

3.2.—Finalidad perseguida: “Conservar la continuidad e intangibilidad del capital social”.

2. Mascheroni, Fernando: “El vínculo accionista, sociedad anónima y el contrato de suscripción”. Editorial Cangallo, S. A., 1970.

4.—“Para ello se ha obviado todo procedimiento ejecutivo judicial, subrogándose el directorio en tales funciones previa constitución en mora o bien prescindiendo de dicho recaudo si así lo permiten los estatutos”.

5.—“Si el estatuto social no contiene disposiciones al respecto, no procede atribuir al Directorio la facultad de rematar extrajudicialmente las acciones pertinentes a suscritores morosos, porque se trata de una facultad de carácter extraordinario y por ende susceptible de interpretación restrictiva”.

6.—Nuestros comentarios:

6.1.—Se evidencia que en el derecho argentino la figura sí existe.

6.2.—El texto de la ley literalmente expresa que se trata de un procedimiento extrajudicial.

6.3.—El fundamento que da el autor a la figura es el de Rescisión o Resolución contractual por vía compulsiva.

6.4.—Interpreta el autor que en la figura se ha obviado todo procedimiento ejecutivo judicial.

B) Posición del Ordenamiento Jurídico mexicano:

a) Autor: Joaquín Rodríguez-Rodríguez:<sup>3</sup>

1.—“Frente al socio incumplidor la sociedad puede optar entre: exigir el cumplimiento forzoso u optar por la rescisión”.

2.—Nuestros comentarios:

2.1.—No se pronuncia el autor sobre si ese incumplimiento forzoso que menciona es judicial o no judicial, ni tampoco sobre si esa rescisión de la cual habla es la rescisión contractual por vía compulsiva del derecho argentino.

2.2.—Por todo lo anterior, no sabemos, en principio, si la figura existe o no en México.

C) Posición del Ordenamiento Jurídico alemán:

a) Autor: Karl Heinsheimer:<sup>4</sup>

3. Rodríguez Rodríguez, Joaquín: “Curso de Derecho Mercantil”, Editorial Porrúa, A., 1952, pág. 58.

4. Heinsheimer, Karl: “Derecho Mercantil”, Editorial Labor, S. A., Barcelona, Madrid, Buenos Aires, 1933, págs. 143 y 144.

1.—“La única obligación del accionista consiste en la aportación de la porción de patrimonio a que se comprometió en el momento de suscribir sus acciones o al constituir la sociedad”.

2.—“Cuando en el periodo fundacional ha sido desembolsada sólo una parte del valor nominal de las acciones, los ulteriores pagos deben ser exigidos por igual a los accionistas por los órganos de gestión de la sociedad”.

3.—“Cuando el pago de los dividendos pasivos no se efectúa a su debido tiempo, puede la sociedad, después de requerir públicamente a los accionistas para que lo verifiquen declarar la caducidad de la acción; en su lugar se emite otra nueva que sustituye a la antigua, ofreciéndose al sustituto eventual del accionista moroso para que la reembolse y, en caso contrario se adjudica en pública subasta”.

4.—“El artículo 170 del Código de Comercio establece el principio de que si dentro del plazo convenido, algún socio no aportare a la masa común la porción de capital a que estuviese obligado, la compañía podrá optar entre proceder ejecutivamente contra sus bienes, para hacer efectiva la porción del capital que se hubiese dejado de entregar, o rescindir del contrato en cuanto al socio moroso, reteniendo las cantidades que le correspondan en la masa social. El artículo 164, desenvuelve este principio, determinando las personas obligadas a desembolsar el valor de las acciones y los procedimientos que puede usar el Consejo de Administración para obligarles a verificarlo”.

5.—Nuestros comentarios:

5.1.—Se evidencia que en el derecho alemán la figura sí existe pero con ligeras variantes respecto al caso venezolano.

5.2.—Parecería que en el derecho alemán las alternativas que tiene la sociedad ante el accionista moroso son:

5.2.1.—Proceder ejecutivamente contra los bienes del deudor.

5.2.2.—Rescindir el contrato en cuanto al accionista moroso reteniendo las cantidades que le correspondan en la masa social.

5.2.3.—Declarar la caducidad de la acción, emitiéndose en su lugar una nueva y ofreciéndose a un sustituto eventual para que la reembolse.

5.2.4.—Adjudicar la acción en pública subasta.

5.3.—Del conjunto de soluciones arriba anotadas, las dos primeras podrían encuadrar en el marco de los procedimientos judiciales, y, las dos últimas se referirían a procedimientos extrajudiciales.

D) Posición del Ordenamiento Jurídico italiano:

a) **Alfredo Rocco**:<sup>5</sup>.

1.—“Ejecución de las relaciones jurídico-mercantiles: Por lo común, en la vida del derecho moderno, los obligados suelen cumplir espontáneamente sus obligaciones. Pero puede no ocurrir así y hay que proveer a ello, y cuando el caso llega, a la ejecución voluntaria del derecho sustituye la ejecución forzosa.

En materia comercial no faltan interesantísimas singularidades al respecto.

El cumplimiento del derecho puede realizarse en dos formas. La más común, la que parece más natural actualmente es la ejecución judicial. Sin embargo, ni histórica, ni lógicamente surge primero; por el contrario, en la evolución de la sociedad y del derecho, esa ejecución de las relaciones jurídicas está confiada, en primer término, al poder privado del titular mismo del derecho, o sea, que el sistema de la AUTODEFENSA precede a la defensa judicial del derecho.

En la sociedad primitiva rige generalmente como sistema la DEFENSA PRIVADA, que no consiste en la ejecución de un derecho preexistente, sino también, y en el fondo, en la afirmación del derecho propio. Con el tiempo se consolida la autoridad del Estado y comienza la lucha de éste contra el individuo y contra el hábito de tomarse justicia por sí mismo. El Estado va desterrando cada vez más la costumbre como fuente del derecho, reivindica la función de dictar normas jurídicas, prohíbe la defensa privada, se interpone entre los particulares como administrador de justicia y a la ejecución del derecho propio,

5. Rocco, Alfredo "Principios de Derecho Mercantil". Parte General. Madrid. Revista de Derecho Privado. 1931, págs. 360 a 364.

obra de los particulares, viene a sustituir la realización del Derecho por obra del Estado; a la defensa privada, la defensa judicial del Derecho.

Sin embargo, es natural que aún hoy, en la legislación moderna queden residuos del primitivo sistema.

Si en principio existe la prohibición de hacerse justicia por propia mano, no faltan excepciones.

La primera, y más general, la constituye el derecho reconocido a los individuos para defenderse contra la violencia presente e injusta, una de cuyas más importantes aplicaciones es la legítima defensa.

Una segunda e importantísima excepción es la facultad que concede la ley en algunos casos, para con sus propias fuerzas satisfacer el derecho ya violado, esto es, satisfacer por sí el derecho propio que le niega el obligado".

2.—"La defensa privada en Materia Mercantil y específicamente el Derecho de Retención. Diferentes casos de Ejecución Privada del Derecho en Materia Mercantil:

No existen en nuestros códigos de derecho privado preceptos generales acerca de la defensa privada, como los hay en el Código Civil alemán (arts 227-231). Sin embargo, el particular en casos especiales está autorizado para hacerse justicia por sí mismo y poder dar satisfacción a un derecho.

Cítase entre estos casos el previsto en el artículo 582 del Código Civil, que faculta al propietario para cortar él mismo las raíces de los árboles del vecino que se extiende en su fundo; el del artículo 703, en virtud del cual el propietario de un enjambre de abejas, cuando huyan, puede recuperarlas aunque estén en fundo ajeno; el de la compensación legal (art. 1.286 del Código Civil), que autoriza al acreedor para hacerse pago de su crédito con la extinción de un débito suyo para con su deudor.

No todos los escritores están conformes en reconocer en estos supuestos casos de defensa privada; pero instituciones en que realmente pueda descubrirse el elemento de ejecución del derecho propio, por obra del interesado mismo, las tenemos en la "venta por el propio acreedor" y en la "retención".



3.—“Venta por el propio acreedor”: El Código de Comercio, en diferentes casos, autoriza al acreedor impagado y que se halle en posesión de una propiedad del deudor, para proceder a la venta de la misma y hacer pago con el precio. Nótese bien que no se trata de una venta judicial que ordene el magistrado, como sucede en los casos de ejecución judicial del derecho, sino de una verdadera venta que se celebra por la exclusiva voluntad e iniciativa del acreedor, que de tal suerte adviene instrumento de ejecución de un propio derecho.

Así, a tenor del artículo 363 del Código de Comercio, el mandatario mercantil a quien no se le satisfagan los anticipos, gastos e intereses de las sumas adelantadas, no su retribución, puede proceder a la venta de cosas propiedad del mandante detentadas por él para ejecutar su mandato. De igual suerte, y conforme al artículo 458 del Código de Comercio, el acreedor pignoraticio puede proceder contra las cosas pignoradas comercialmente. El artículo 68 del mismo cuerpo legal autoriza al vendedor a quien no se haya satisfecho el precio, para enajenar la cosa que esté en su poder, a fin de hacerse pago de su crédito con el precio que obtenga; y lo mismo puede obrar, en virtud del artículo 413 del Código de Comercio, el porteador respecto a los créditos nacidos de este contrato y proceder a la venta de las cosas que le han sido confiadas para transportarlas, y cuando se trate de ferrocarriles, venderlas sin formalidad alguna.

Además, y en virtud del artículo 168 del Código de Comercio, las sociedades por acciones pueden vender éstas, no liberadas totalmente, en caso de falta de pago de las cuotas adeudadas por los accionistas.

En la generalidad de los casos, la venta habría de hacerse en pública subasta o al precio corriente si la cosa lo tiene en bolsa o en la lonja, mediante un funcionario público autorizado para intervenir en tal acto; en esta intervención quieren ver algunos un elemento de publicidad suficiente para convertir la venta en verdadera y propia venta judicial, y por ello, en esta figura de venta por el mismo acreedor se intenta descubrir un caso de ejecución forzada judicial<sup>6</sup>. A mi juicio, no es así;

6. Bolchini, en Riv. di Dir. Comm., 1908, págs. 429 y siguientes. Montessori: Il Diritto di Ritenzione nella Materia Commerciale, N. 10 y 11.

para que haya expropiación realizada por los órganos del Estado es necesario que la venta la autorice o, mejor dicho, la ordene éste, que es lo que precisamente ocurre en la enajenación judicial, en que no hay venta sin orden del juez (artículos 623 y 666 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); en cambio en este caso, la venta se realiza por exclusiva voluntad del acreedor, que no necesita resolución ni autorización alguna del juez; la intervención del funcionario público en la venta está limitada a asegurar las formalidades procesales; pero una vez que la resolución corresponde al acreedor mismo, claro está que nos hallamos ante un caso de defensa privada, si bien regulada e intervenida; y el que existan limitaciones y fiscalización no basta para alterar la esencia de la institución".

4.—Nuestros comentarios:

4.1.—Se evidencia que en el derecho italiano la figura sí ha existido.

4.2.—El fundamento que da el autor a la figura es el de un típico caso de "DEFENSA PRIVADA" o "AUTODEFENSA" encuadrado dentro del instituto jurídico llamado "VENTA POR EL PROPIO ACREEDOR", del cual la venta de las acciones del accionista moroso hecho por la sociedad es una subespecie.

4.3.—Es de destacar que el autor admite la posibilidad de la defensa privada o autodefensa en el estado actual del derecho.

4.4.—Hemos de hacer notar también que el autor opina que la intervención de un funcionario público autorizado en la venta no quita a ésta el carácter de extrajudicial pues siempre sigue tratándose de una venta realizada por exclusiva voluntad del acreedor que no necesita autorización del juez.

4.5.—De los casos de defensa privada anotados por Rocco como existentes en el derecho italiano, en nuestro derecho existen:

4.5.1.—De los que señala como casos dudosos:

4.5.1.1.—No tenemos el del artículo del Código Civil italiano que faculta al propietario para cortar él mismo las raíces de los árboles del vecino que se extienden en su fundo.

4.5.1.2.—Sí tenemos el del artículo del Código Civil italiano que en virtud del cual el propietario de un enjambre de abejas, cuando huyan, puede recuperarlas aunque estén en fundo ajeno. Se trata del artículo 799 de nuestro Código Civil, el cual dispone además que el propietario tiene la obligación de reparar los perjuicios que ocasione al poseedor del fundo. Pensamos que no se trata de un caso de defensa privada pues el poseedor del fundo en el que se encuentran las abejas no es deudor del propietario de las mismas.

4.5.1.3.—Sí tenemos el del artículo del Código Civil italiano de 1882 que consagra la compensación legal, cuyas disposiciones corresponden en nuestro ordenamiento jurídico a los artículos 1.331 y siguientes del Código Civil. Consideramos sin embargo, difiriendo de la opinión de Rocco, que no se trata de un caso de defensa privada en el cual hay una **autoejecución coactiva** de las obligaciones distinto a la ejecución misma (voluntaria o forzosa; judicial o extrajudicial). Como anota Eloy Maduro Luyando los medios de extinción de las obligaciones son en nuestro derecho<sup>7</sup>: el pago (que es la ejecución o cumplimiento de la obligación); la novación; la delegación; la compensación; la remisión de la deuda; la confusión y la prescripción. En tal sentido el **pago**, es decir, la ejecución de la obligación, es una especie dentro del género **extinción de las obligaciones**, y la **compensación** es otra de sus especies. Entonces, no podría afirmarse ni que la compensación es un caso de autoejecución coactiva, ni que la compensación es una forma de pago. Es más, la compensación legal, al menos en nuestro derecho, no es un caso de defensa privada porque no opera en virtud de un acto volitivo de autoejecución del acreedor sino en virtud de la propia ley, cuando se produzcan en la realidad los supuestos de hecho contemplados en las normas correspondientes.

4.5.2.—De los que Rocco señala como casos de "venta por el propio acreedor".

4.5.2.1.—Existe en nuestro derecho un caso parecido, pero no igual, al del artículo del Código italiano que establece que el mandatario mercantil a quien no se le satisfagan los antici-

7. Maduro Luyando, Eloy: "Curso de Obligaciones, Derecho Civil III". Universidad Católica Andrés Bello. *Manuales de Derecho*. 1977, págs. 295 y 296.

pos, gastos e intereses de las sumas adelantadas, puede proceder a la venta de las cosas propiedad del mandante detenidas por él para ejecutar su mandato. En efecto, nuestro Código Civil en su artículo 1.702 determina que el mandatario podrá retener en garantía las cosas que son objeto del mandato hasta que el mandante cumpla con sus obligaciones. Es de señalarse que se trata de una norma civil para regular el contrato de mandato civil pero que, en todo caso, no consagra una autoejecución como sí lo hace el Código de Comercio italiano. Sin embargo, hay en nuestro ordenamiento una norma del Código de Comercio más parecida a la que actualmente comentamos del Código italiano, y tal norma es el artículo 381 del mencionado Código que establece: "Si no recibiere instrucciones en un tiempo proporcionado a la distancia del domicilio del comitente, puede el comisionista depositar judicialmente las mercancías a efectos consignados, y hacer vender con la autorización del juez lo suficiente a cubrir las sumas que hubiere erogado por causa de la consignación". De cuya simple lectura se constata que, si bien el problema es el mismo (que el mandatario mercantil o comisionista vea insatisfechas sus acreencias), la solución es distinta, pues mientras en el Código italiano hay un típico caso de venta por el propio acreedor, según Código venezolano, el acreedor tiene que depositar judicialmente las mercancías consignadas para luego poder hacerlas vender pero siempre con la autorización del juez y sólo lo suficiente para cubrir las sumas que hubiere erogado por causa de la consignación, con lo cual se está dejando a un lado a la autoejecución.

4.5.2.2.—Dice Rocco que el artículo 68 del Código de Comercio autoriza al vendedor a quien no se haya satisfecho el precio, para enajenar la cosa que esté en su poder, a fin de hacerse pago de su crédito con el precio que obtenga. En nuestro derecho el contenido de tal disposición lo encontramos disperso en varias normas las cuales deben ser analizadas sistemáticamente por su cabal comprensión:

- A) Normas del Código de Comercio: (sobre compra-venta mercantil).
  - a) Artículo 141: "En la venta, la condición resolutoria tiene lugar de pleno derecho en favor de la parte que antes del vencimiento del término estipulado para el cumplimiento del con-

trato, haya ofrecido a la otra parte, de la manera acostumbrada en el comercio, la entrega de la cosa vendida o el pago del precio, si ésta no cumple su obligación.

A falta de tal oferta y de estipulaciones especiales, la resolución se rige por las disposiciones del Código Civil sobre la condición resolutoria tácita.

En ambos casos, la parte que no cumple su obligación, queda sujeta al pago de los daños".

b) Artículo 142 (complementado por el 143): "Si el comprador no cumple su obligación, el vendedor tiene derecho a hacer vender la cosa que es objeto del contrato o depositarla en una acreditada casa de comercio y, en defecto de ésta, en persona de responsabilidad, todo por cuenta del comprador.

La venta se hará en almoneda o al precio corriente si la cosa que es objeto del contrato tiene precio de bolsa o de mercado por medio de un vendutero o corredor, según el caso; y a falta de éstos, por medio de la persona designada por el Juez de comercio.

El vendedor tiene derecho de exigir al comprador el pago de la diferencia entre el precio obtenido y el pactado en el contrato y el resarcimiento de los daños.

Si el vendedor no cumple su obligación, el comprador tiene derecho a comprar la cosa en la forma arriba establecida, por cuenta del vendedor y a ser resarcido de los daños.

El contratante que ejerce los derechos expresados debe dar inmediatamente aviso de ello al otro contratante".

c) Análisis de estas normas:

1.—Como bien anota Roberto Goldschmidt<sup>8</sup>, ante el incumplimiento de las obligaciones de los contratantes en una compraventa mercantil pueden presentarse dos soluciones típicas mercantiles: una, que es la del artículo 141, consistente en la "resolución de pleno derecho del contrato", y otra, que es la

8. Goldschmidt, Roberto "Curso de Derecho Mercantil". Reimpresión Offset de la Segunda Edición corregida y ampliada por el autor y actualizada por el profesor Víctor Manuel Pulido Méndez. Cursos de Derecho Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela. Caracas 1980, págs. 180, 181 y 182.



del artículo 142 (complementado por el 143), consiste en la "ejecución coactiva de la compra-venta", (auto-ejecución o defensa privada).

2.—Respecto a la "resolución de pleno derecho del contrato" cabe afirmar que su aparente fundamento es que se trata de una "condición resolutoria tácita", ya que el artículo 141 del Código de Comercio dice: "...a falta de tal oferta y de estipulaciones especiales, la resolución se rige por las disposiciones del Código Civil sobre la condición resolutoria tácita". Más adelante, cuando analicemos las normas del Código Civil sobre este punto, ahondaremos sobre esto.

Respecto a la "ejecución coactiva de la compra-venta" (auto-ejecución o defensa privada) debemos observar: que el artículo 142 del Código de Comercio confirma la existencia de un caso similar al señalado por Rocco para el derecho italiano; que tanto el artículo 142 del Código de Comercio como el 295 *ejusdem* (que es el objeto de nuestro estudio) revelan dos hipótesis del derecho venezolano en las que hay "venta por el propio acreedor"; que el hecho de que la venta a que se refiere el artículo 142 se haga por la persona designada por el Juez de Comercio, a falta de un vendutero o corredor no significa que el procedimiento deje de ser una ejecución coactiva extrajudicial y pase a ser una ejecución coactiva judicial; que el artículo 142 contiene un derecho genérico que puede ser ejercido tanto por el vendedor como por el comprador, a diferencia del artículo 295 que establece el "derecho de ejecución coactiva extrajudicial" sólo para la sociedad; y por último, que tratándose de un caso de "venta por el propio acreedor" todas las consideraciones que se hagan acerca de la inconstitucionalidad del artículo 295 del Código de Comercio, valen también para el artículo 142 *eiusdem*.

4.—Lo que sí debe quedar claramente establecido de una vez es que una cosa es la "resolución de pleno derecho del contrato" y otra distinta la "ejecución coactiva de la compra-venta" (auto ejecución o defensa privada), y que un caso de "ejecución coactiva de la compra-venta" no puede ser fundamentado en la "resolución de pleno derecho del contrato", pues como ya se afirmó se trata de instituciones de naturaleza distinta.



## B) Normas del Código Civil:

a) Artículo 1.496: "El vendedor está obligado a entregar la cosa en toda la cantidad expresada en el contrato, salvo las modificaciones siguientes: ... si se encuentra que la cabida del inmueble es superior a la expresada en el contrato, el comprador debe pagar la diferencia de precio; pero puede desistir del contrato si el excedente del precio pasa la veinteava parte de la cantidad declarada".

b) Artículo 1.531: "Cuando se trata de cosas muebles, la resolución de la venta se verifica de pleno derecho en interés del vendedor, si el comprador no se ha presentado a recibir antes que haya expirado el término para la entrega de la cosa vendida o si, aunque se haya presentado a recibirla, no ha ofrecido el precio, a menos que se le haya otorgado plazo más largo para esto".

c) Artículo 1.593: "Si el arrendatario emplea la cosa para un uso distinto de aquel a que se la ha destinado, o de modo que pueda venirle perjuicio al arrendador, éste puede, según las circunstancias, hacer disolver el contrato".

## d) Análisis de estas normas:

1.—Las tres normas son citadas por Armando Hernández Bretón como "disposiciones del Código Civil sobre la condición resolutoria tácita", cuando comenta el artículo 141 del Código de Comercio. Como sabemos la "condición resolutoria tácita" es el fundamento de la "resolución de pleno derecho del contrato", que a su vez es una de las dos soluciones que trae el Código de Comercio para el caso de incumplimiento de las obligaciones derivadas de compra-venta mercantil.

2.—El estudio detenido del alcance de estas normas lo haremos más adelante cuando tratemos el fundamento de la disposición del artículo 295 del Código de Comercio, pues es allí justamente cuando será más conveniente profundizar sobre si son o no posibles las condiciones resolutorias tácitas, sobre el alcance de la llamada resolución de pleno derecho y sobre la distinción de esta última con la ejecución coactiva no judicial de la compra-venta, entre otros puntos.

3.—Bástenos con señalar por ahora que nuestro Código Civil trae algunas normas relacionadas con la llamada "venta por el propio acreedor".

4.5.2.3.—Otro de los casos que trae Rocco como de "Venta por el propio acreedor" es el previsto en el artículo 413 del Código Italiano de Comercio que comentamos (que es el de 1882), que dispone que respecto a los créditos nacidos del contrato de porte, el posteador, cuando no se le cumplen, puede proceder a la venta de las cosas que le han sido confiadas para transportarlas. En nuestro derecho este supuesto no existe. Según nuestras leyes, el posteador tiene en el caso indicado un derecho de retención y un privilegio sobre las cosas transportadas, pero no puede venderlas para satisfacer sus acreencias. Para Goldschmidt<sup>9</sup> esto se explica por la falta de coordinación entre las disposiciones de origen chileno y las de origen italiano de nuestro Código de Comercio. Pero es de tener en cuenta que parecería que el citado autor se inclina por considerar que tal derecho existe aunque el legislador no lo haya establecido expresamente. Es más, el anteproyecto Goldschmidt de Código de Comercio establece en su artículo 171 el derecho del porteador de retener las cosas sujetas a privilegio mientras no sea satisfecho su crédito y de venderlas según las normas establecidas para la venta de la prenda. Por todo lo anterior aunque en nuestro concepto este supuesto no existe en el derecho venezolano, un ilustre autor parece inclinarse por su procedencia.

4.5.2.4.—El último caso que señala Rocco como de "venta por el propio acreedor", es el del artículo 168 del Código de Comercio italiano de 1882, el cual simétricamente corresponde al artículo 295 de nuestro Código de Comercio.

4.6.—Como conclusión preliminar podemos afirmar que de las **disposiciones** del Código Civil italiano de 1882 que Rocco señala como casos de auto-ejecución o defensa privada, en nuestro derecho:

4.6.1.—No existen: Ver 4.5.1.1.

4.6.2.—Sí existen pero no son casos de defensa privada: Ver 4.5.1.2.; 4.5.1.3.; 4.5.2.1.

9. Goldschmidt, Roberto: **opus citatis**, pág. 201.

4.6.3.—Sí existe pero se duda que sean casos de defensa privada: Ver 45.2.3.

4.6.4.—Sí existen: Ver 4.5.2.2.; 4.5.2.4.

Todo lo cual puede conducirnos, en nuestra opinión, a pensar que la tendencia de nuestro ordenamiento jurídico es la de no violar el derecho natural y constitucional a la defensa que tiene todo ciudadano, el cual se vería profundamente afectado, como se precisará más adelante, de consagrarse en toda su extensión, o al menos con cierto vigor, el principio de la defensa privada. Asimismo creemos que la disposición del artículo 295 del Código de Comercio, y la del 142 *ejusdem* (única que realmente tiene el mismo sustrato en nuestro derecho), es de carácter atávico, es decir, es un rasgo primitivo que aún conserva nuestro derecho contemporáneo, tal vez por descuido o inadvertencia del legislador.

b) **César Vivante**<sup>10</sup>.

1.—En su obra admite la posibilidad de la venta de las acciones del accionista moroso por la sociedad. La admisión del supuesto es sin mayores explicaciones.

c) **Francesco Messíneo**<sup>11</sup>.

1.—"Pero la circulación de las acciones puede tener lugar por las causas más diversas: esto es, por venta, por donación constitución de dote, permuta, reparto mutuo, enajenación coactiva y asignación judicial, además de por sucesión *mortis causa*".

2.—"Se debe subrayar aquí, que la adquisición de todas las acciones de una sociedad no implica la adquisición del patrimonio social, del mismo modo que la adquisición y posesión de una o varias acciones no implica en absoluto la adquisición de la propiedad de una cuota de ese mismo patrimonio".

10. Vivante, César: "Curso de Derecho Mercantil". (No aparece editorial ni año de edición), págs. 127 y 128.

11. Messíneo, Francesco: "Manual de Derecho Civil y Comercial" con traducción de Santiago Sentis Meleno, Tomo V: "Relaciones obligatorias singulares". págs. 406, 407, 487, 488, 490 y 491.

3.—"Todo socio puede denunciar los hechos que considere censurables al colegio sindical (art. 2.408 primer apartado); el cual debe tener en cuenta la denuncia, en relación que acompaña al proyecto de balance".

4.—"Separadamente el socio goza de derechos llamados individuales (o fundamentales), ligados a su cualidad misma de socio, y en los cuales se concreta su posición inalienable e insuprimible (y, por consiguiente, indisponible), por parte de la Asamblea, cuya soberanía nada puede contra ellos. Las normas que aseguran al socio tales derechos son, por tanto, inderogables".

5.—"Además del derecho de impugnación de las deliberaciones anulables y de la declaración de nulidad de las deliberaciones, el socio tiene:

d) El derecho a no ser excluido de la sociedad, como se infiere del silencio de la Ley, en relación con los artículos 2.286 y 2.288 (relativos a la sociedad simple) y a los artículos 2.293 y 2.315 (relativos a las sociedades comerciales personales).

El poder de exclusión se niega en materia de sociedad por acciones porque falta el *Intuitus Personae* del socio y porque un modo indirecto de excluir al socio se tiene ya en el procedimiento a que se refiere el artículo 2.344, pero solamente en el caso (justificado) de falta de pago del saldo de la aportación".

6.—"c) En el caso de falta de pago de la cuota por parte del socio, los administradores, previo apercibimiento (inserto en la Gaceta Oficial), pueden, después de quince días, HACER VENDER LAS ACCIONES, que en tal caso se denominan no liberadas, del socio, por cuenta y riesgo del mismo, mediante un agente de cambio o de instituto de crédito (art. 2.344)".

7.—"En todo esto se ha de ver, en el primer caso, una hipótesis de ejecución coactiva a cargo del socio incumpliente (debemos anotar aquí el fundamento que da Messineo a esta hipótesis de ejecución coactiva a cargo del socio incumpliente que es la figura de la VENTA EN DAÑO o VENTA POR AUTORIDAD DEL ACREEDOR: "En caso de incumplimiento de la obligación de pagar el precio por parte del comprador de cosa mueble, el vendedor tiene a su propia disposición la llamada VENTA EN DAÑO o Venta por AUTORIDAD DEL ACREEDOR".

La misma consiste en la facultad (no carga) de hacer vender (pero sin retardo) la cosa, por cuenta y a costa del comprador. La venta debe hacerse en subasta, por medio de persona autorizada para tales actos (c. f. art. 83 del R. D. de 30 de marzo de 1942, p. 318, en cuanto a las personas autorizadas agentes de cambio, mediadores y en cuanto a las modalidades de la venta) o, en su defecto, por medio de oficial judicial, dando de ello oportuna noticia al comprador (art. 1.515 primer y segundo apartado).

Si la cosa tiene un precio corriente, establecido por acto de la autoridad pública, o resultante de listines de bolsa o de mercuriales, la venta puede hacerse sin subasta, al precio corriente (por medio de las personas ahora indicadas, o de un comisario nominado por el pretor), dándose al comprador inmediata noticia de la venta (art. 1.515 tercer apartado).

En cualquier hipótesis, el vendedor tiene derecho, además de al producto neto de la venta, a la **diferencia entre el precio convenido** y dicho producto, además del resarcimiento el año mayor (si existe), (art. 1.515 cuarto apartado). Con esto, el vendedor obtiene aquella misma prestación que estaría representada por el precio, cuando el mismo hubiere sido aportado por el comprador); en el **segundo**, una hipótesis (la única en materia de sociedad por acciones) de (indirecta) **exclusión del socio**, pero con el efecto singular de que el socio moroso se sustituye el comprador de la acción no liberada; en el **tercero**, una causa singular de **reducción de capital social**...

#### 8.—Nuestros comentarios:

8.1.—Admite la posibilidad de enajenación coactiva de las acciones.

8.2.—Se asume la posición de que las acciones forman parte del patrimonio del accionista y que no son objetos propiedad de la sociedad de los cuales ésta pueda disponer. Por tanto esta postura puede dar pie a considerar que la permisión que se hace a la sociedad de vender las acciones del accionista moroso no canceladas totalmente es violatoria del derecho de propiedad de éste.



8.3.—En los comentarios de Messineo se advierte sobre la posibilidad que tienen los accionistas de acudir ante los órganos de vigilancia internos de la sociedad para denunciar hechos que puedan perjudicarlo. Pero el problema, en este caso, es que la propia ley ha abierto la posibilidad legal a que la sociedad pueda cometer arbitrariedades al dejar, con disposiciones como las del art. 295 c. com. venezolano, al accionista en estado de indefensión.

8.4.—Este autor establece el principio de que los derechos individuales del socio concretan la posición inalienable de éste, y que las normas que la protegen son inderogables, pero siempre deja abierta la brecha del caso de falta de pago del saldo de la aportación, ya que cuando eso ocurra la propia ley permite que la posición del socio sea alienable y sus normas protectoras habrán sido derogadas. Si se quiere ser consecuente con la teoría de los derechos inalienables del socio, la disposición legal que permite la venta por la sociedad de las acciones del accionista moroso resulta una contradicción.

8.5.—Para Messineo en casos como el que estamos comentando pueden darse: hipótesis de ejecución coactiva a cargo del socio incumpliente; hipótesis de indirecta exclusión del socio e hipótesis de reducción de capital social, según las circunstancias. La hipótesis de ejecución coactiva la fundamenta en la figura de la VENTA EN DAÑO o VENTA POR AUTORIDAD DEL ACREEDOR, sobre la cual comentaremos más adelante, pero debemos, señalar que el propio Messineo cuando explica a la VENTA EN DAÑO en el contexto de la compra-venta de bienes muebles afirma que: "En cualquier hipótesis, el vendedor tiene derecho, además de al **producto neto de la venta**, a la **diferencia entre el precio convenido y dicho producto . . .**". Con esto, el vendedor obtiene aquella **misma prestación** que estaría representada por el precio, cuando el mismo hubiere sido aportado por el comprador". Respecto a lo cual observamos que si el vendedor (léase sociedad) tiene derecho al **producto neto de la venta** y a la diferencia entre el **precio convenido y dicho producto**, con ello no obtiene la **misma prestación** que estaría representada por el precio (léase aportación), cuando el mismo hubiere sido aportado por el comprador (léase accionista moroso), sino que esa posible diferencia hace que la prestación sea superior, pudiendo dar lugar a un **enriquecimiento sin causa**. Sobre esto como ya dijimos volveremos adelante.



d) **Tullio Ascarelli**<sup>12</sup>.

## d.1.) Primera obra consultada:

1.—“La posición del socio”. La complejidad de la disciplina de la sociedad anónima, a mi parecer, pone en evidencia la imposibilidad de identificar los derechos del socio en “un” derecho, sea real, sea obligacional. Por el contrario se debe hablar de una “Posición”, un presupuesto, un **status** del cual derivan, por un lado, deberes (en relación con la liberación de las acciones), y por otro, derechos de carácter patrimonial (como son: el derecho al dividendo, el derecho a la participación de la liquidación) y no patrimoniales (por ejemplo: el derecho de información, el derecho de participar en la Asamblea), y facultades (como las de votar en la Asamblea); **distinto puede ser el momento de la adquisición y de la pérdida de cada uno de ellos, que de este modo se pueden verificar aun independientemente de la adquisición y pérdida de la posición de socio; hasta la transmisión de algunos de esos derechos, a veces se puede verificar independientemente de aquélla de la posición de socios.**

Todos estos derechos, facultades y obligaciones, tienen un *presupuesto común*. La acción se refiere a este presupuesto, y no directamente a los derechos que de él se derivan, algunos de los cuales hasta se pueden incorporar en títulos de crédito distintos; constituye un “Título de Crédito” o un “Título Valor”, en cuanto incorpora esta posición en un título que circula según las reglas de los títulos de crédito, es decir, transmitiendo un derecho literal y autónomo; con más exactitud constituye un “Título de participación”, caracterizado precisamente por el hecho de que se refiere a la posición de miembro de una determinada persona jurídica, o sea al presupuesto del cual derivan diversos derechos, facultades y obligaciones”.

2.—Nuestros comentarios: Parecería, en base a lo anterior, que como las acciones son objetos del patrimonio del accionista, por tratarse de documentos en que un derecho está incorporado, la sociedad al venderlas conforme al art. 295 del Código

12. Ascarelli, Tullio: 1. “Principios y problemas de las sociedades anónimas”, México, Imprenta Universitaria, 1951, págs. 46, 47 y 48.  
2. “Sociedades y asociaciones comerciales” (con traducción de Santiago Sentís Melendo), Ediar, S. A., Editores, Buenos Aires, Argentina, 1947, págs. 148, 247 y 267.

de Comercio y sus disposiciones análogas en otras legislaciones, estaría pasando por encima del derecho de propiedad del accionista sobre la acción y sobre el derecho incorporado<sup>13</sup>.

d.2.) Segunda obra consultada:

1.—“Al caso de exclusión puede aproximarse la decadencia del accionista que la sociedad por acciones puede pronunciar en la hipótesis del artículo 168”.

2.—“La característica fundamental de la sociedad anónima es la de que todos los socios respondan sólo limitadamente, **estando solamente obligados a aportar la cuota prometida por ellos.**

Esta responsabilidad es la que caracteriza a la sociedad anónima y le confiere su sello peculiar.

**Este principio no resulta violado por el hecho de que, como hemos visto ya anteriormente, la sociedad puede obligar a los socios a la reintegración forzada del capital.** En dichas hipótesis, los socios pueden liberarse de toda obligación separándose de la sociedad, y por tanto también en este caso su responsabilidad es limitada”.

3.—“Cuando la obligación de aportar no sea cumplida, el artículo 168 INSTITUYE UNA FORMA ESPECIAL DE EJECUCION COACTIVA (especial porque no hay intervención judicial), que debe ser cumplida por la sociedad respecto de los accionistas morosos.

Esta debe, primeramente requerir al accionista moroso con una publicación en la Gaceta Oficial y después, HACER VENDER la acción por riesgo y cuenta del accionista. Cuando la venta no pueda tener lugar por falta de compradores, la sociedad puede declarar decaído al accionista y por consiguiente la sociedad puede declarar caducada la acción.

En la venta de la acción por parte de la sociedad se debe contemplar una verdadera forma de ejecución del acreedor sobre los bienes del deudor, como es precisamente la acción suscrita por el accionista moroso”.

13. Al respecto ver: Goldschmidt, Roberto: **Opus citatis**, págs. 159, 160, 161 y 162.

4.—Nuestros comentarios:

4.1.—Se evidencia que en el derecho italiano, al momento en que escribió Ascarelli, la figura sí existía.

4.2.—Se conceptúa la figura como una forma especial de ejecución coactiva en la cual no hay intervención judicial.

e) **Giuseppe Ferri**<sup>14</sup>:

1.—"L'effettività del Capital Sociale (La efectivización del capital social):

Se il versamento richiesto non viene compiuto dall'azionista o eventualmente, in caso in cui l'azione abbia circolato dal sottoscrittore e dai successivi alienanti, **la legge attribuisce alla società la facoltà di procedere alla esecuzione coattiva e di far vendere**, con l'osservanza di determinate cautele, l'azione per conto e a spese del socio inadempiente...

Viene estesa così al rapporto sociale quella facoltà della vendita in danno che è prevista dall'art. 1.515 cod. civ per il caso di inadempimento del compratore...

**Se il ricavato della vendita è superiore al versamento dovuto, il supero dovrà essere attribuito al socio moroso, se invece il ricavato è inferiore, la società conserverà il diritto al pagamento della differenza nei confronti del socio moroso e degli altri eventuali coobbligati solidali.** Questo l'art. 2.344 cod. civ. non dice esplicitamente, ma è la necessaria conseguenza dell'essere la vendita dell'azione fatta per conto e a rischio del socio moroso...

Se la vendita dell'azione non ha luogo, gli amministratori possono dichiarare decaduto il socio, trattenendo le somme Riscosse, e far valere i maggiori danni nei confronti dello stesso".

2.—Traducción libre de lo que textualmente en italiano nos trae Ferri:

El punto tratado es la efectivización del capital social.

Si el aporte debido no es cancelado por el accionista, la ley (art. 2.344 del Código Civil italiano) atribuyó a la sociedad la facultad de proceder a la ejecución coactiva y a hacer vender las acciones por cuenta y a riesgo del socio incumpliente.

14. Ferri, Giuseppe: "Le Società". U.T.E.T., Turín 1971, págs. 328, 329 y 330.

El fundamento de esta disposición es el art. 1.515 del mismo Código Civil italiano que consagra la "venta en daño" como una facultad del vendedor en caso de incumplimiento del comprador.

Si lo que se recaude de la venta es superior al aporte debido, lo obtenido en exceso deberá ser atribuido al socio moroso. Si por el contrario, lo que se recaude es inferior al aporte debido, la sociedad conservará el derecho a que le sea pagada la diferencia por el socio moroso y por los otros eventuales obligados solidarios. Esto no lo dice el artículo 2.344 del Código Civil expresamente pero es la necesaria consecuencia de que la venta de la acción sea hecha por cuenta y riesgo del socio moroso.

Si la venta de la acción no logra hacerse el administrador pasará a declarar decaído al accionista.

### 3.—Nuestros comentarios:

3.1.—*Constatamos que al momento en que escribió Ferri (1971) la figura existía en el ordenamiento jurídico italiano (art. 2.344 del Código Civil).*

3.2.—El fundamento que este autor da a la figura es también la VENTA EN DAÑO (art. 1.515 *ejusdem*).

3.3.—Podemos apreciar que las explicaciones que da Ferri son muy semejantes a las de Messineo excepto en lo relativo al destino del producto de la venta en daño. Para Messineo el beneficiario de la venta en daño tiene derecho a la diferencia que obtenga a su favor cuando realice esta especial ejecución coactiva. En cambio para Ferri esto no es así, sino que si el producto de la venta en daño es superior a lo que se debía entonces quien la ejecute debe devolver el excedente al ejecutado, y si el producto de la venta en daño es inferior a lo que se debía entonces quien la ejecute conserva una acción por lo faltante contra el ejecutado.

### E) Posición del Ordenamiento Jurídico Español.

15. R. Gay de Montellá: 1. "Tratado Práctico de Sociedades Mercantiles", Librería Bosch, Barcelona 1930, págs. 41, 42 y 44.
2. "Código de Comercio Español Comentado (legislación, jurisprudencia, derecho comparado)". Bosch, Casa Editorial, Barcelona 1936, págs. 337, 338, 339, 341 y 342.

a) R. Gay de Montellá:<sup>15</sup>

a.1) **Primera obra consultada:**

1.—Si dentro del plazo convenido, algún socio no aportare a la masa común la porción del capital a que se hubiere obligado, la compañía podrá optar entre proceder ejecutivamente contra sus bienes para hacer efectiva la porción del capital que se hubiere dejado de entregar, o rescindir el contrato en cuanto al socio remiso, reteniendo las cantidades que le corresponden en la masa social (art. 171 del Código de Comercio).

2.—En las compañías anónimas la garantía de los derechos de terceros se reduce al capital social y uno de los deberes de los administradores es el de perseguir por "todos los medios legales" la real existencia del mismo, al objeto de poder tener a mano su disponibilidad para los fines sociales. La suscripción de acciones es un verdadero contrato con la compañía, y, por tanto, el suscriptor queda jurídicamente obligado a su cumplimiento.

3.—Es indudable que la compañía no puede estar sujeta a trámites lentos como son los judiciales, si se halla en el caso de tener que reclamar el residuo debido de las acciones suscritas por un accionista. De ahí que en la práctica se conceda el derecho de fijar sanciones pecuniarias, que pueden consistir en multas, indemnizaciones de daños y perjuicios, etc. . . . Uno de los derechos que reconocen a las compañías las legislaciones extranjeras es el de "Hacer Vender" las acciones del accionista moroso, previo requerimiento de pago.

4.—Nuestros comentarios:

4.1.—Constatamos que, a diferencia de las legislaciones europeas de la época, en la española no existía la figura.

4.2.—Además, se calificaba a los mecanismos existentes como "judiciales", y se abogaba por la consagración de otros ("no judiciales" por argumento en contrario) que dieran más eficacia a la efectivización del capital social.

a.2) **Segunda obra consultada:**

1.—**Jurisprudencia:**

1.1.—La acción pro socio corresponde tan sólo a los que formando parte de una sociedad reclaman el cumplimiento de las obligaciones que recíprocamente se impusieron (s. 24 de junio de 1868).

1.2.—Para excluir a un socio de la sociedad, no es preciso promover judicialmente la rescisión del contrato, sino que basta acuerdo privado de los socios, fundado en los artículos 170 y 218 del Código de Comercio (s. 23 de abril de 1902).

2.—Derecho Comparado (a la época en que escribió el autor):

2.1.—Alemania: "Cuando los accionistas no efectúan en el plazo señalado sus desembolsos en numerario, la Dirección puede dirigir contra ellos, el procedimiento de vencimientos o caducidad".

2.2.—Bélgica: "El socio que debe aportar una cantidad a la sociedad y no lo hace, se convierte en pleno derecho y sin demanda, en deudor de intereses de esta suma a contar de día en que debía haberla pagado".

2.3.—Francia: "En defecto de desembolso en el plazo previsto, el deudor puede ser perseguido personalmente. Se aplica también otra sanción, cual es la **ejecución por venta** de los títulos a riesgo del accionista u obligacionista, penalidad que suele pactarse en los estatutos. Para la jurisprudencia francesa, la **cláusula de ejecución** es una **cláusula de resolución por inejecución de condiciones**".

2.4.—Italia: "La sociedad puede ejercer las acciones ejecutivas de venta coactiva en Bolsa reguladas por el artículo 168 del Código de Comercio".

2.5.—Rusia: "La Ley de 1927 permite a la sociedad perseguir ejecutivamente al suscriptor para su pago, o anular su suscripción, vendiendo a otros las acciones por él suscritas".

3.—Comentarios de Gay de Montellá:

3.1.—"La compañía puede proceder ejecutivamente contra los bienes del moroso, para hacer efectiva la porción de capital que hubiere dejado de entregar, o bien rescindir el contrato en cuanto al socio remiso, retirándole las cantidades que le correspondan en la masa social. Nada dice la ley acerca del procedimiento ejecutivo que señala como uno de los medios



para conseguir la efectivización del contrato de suscripción. La ley de enjuiciamiento civil autoriza el ejercicio de la acción ejecutiva, en el caso de que los títulos al portador o nominativos, legítimamente emitidos, representen obligaciones vencidas. Obligación vencida es, indudablemente, el descubierto en que incurre el suscriptor de acciones, después de requerido para que dentro del plazo marcado en el acuerdo de la junta general o consejo de administración, desembolse la cantidad que falte para cubrir el importe de las acciones, y por tanto cabe el despacho de la ejecución contra el suscriptor moroso, por medio del título, si la compañía lo tiene aún en la mano, y en otro caso si lo hubiere entregado al suscriptor moroso, por medio del boletín de suscripción firmado por el suscriptor, previo reconocimiento. Pero todo ello representa, dentro de la vida mercantil un verdadero atraso. La compañía no puede estar sujeta a trámites lentos como son los judiciales, si se halla en el caso de tener que reclamar el residuo debido de las acciones que forman parte de su patrimonio.

Uno de los derechos que reconocen a las compañías las legislaciones extranjeras, es el de hacer vender las acciones del accionista moroso previo requerimiento de pago".

### 3.2.—Nuestros comentarios:

3.2.1.—Se corrobora que en el derecho español de la época no existía la figura.

3.2.2.—En el derecho español de la época se propugnaba el establecimiento de medios de ejecución no judiciales para casos como el de morosidad en la aportación del accionista.

### b Joaquín Garríguez <sup>16</sup>.

#### b.1) Primera obra consultada:

1.—"Pérdida de la cualidad de socio: Procede ahora estudiar el caso de la exclusión del socio (caducidad). La doctrina distingue la caducidad de la amortización de acciones porque

16. Garríguez, Joaquín: 1. "Tratado de Derecho Mercantil", 1941, págs. 937, 938 y 939.

2. "Tratado de Derecho Mercantil" (corregido luego de 1951), págs. 348 y 387.

3. "Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas" (posterior a 1951), págs. 422, 459 y 460.

mientras la primera no implica la pérdida absoluta del derecho de acción, sino la pérdida relativa al socio excluido, la segunda significa la anulación absoluta de la acción, con la reducción consiguiente del número de socios.

Supuesta la naturaleza capitalista de la sociedad anónima la conducta personal del socio no puede ser motivo de exclusión, sólo está permitida la exclusión del socio por causa del incumplimiento de la aportación patrimonial en el plazo convenido. Siendo la aportación del capital ofrecido la obligación esencial del accionista, es lógico que todas las legislaciones hayan atribuido a la falta de pago de dividendos pasivos consecuencias generalmente graves para el socio. Por otra parte, deben las leyes evitar disposiciones estatutarias que, en este orden, puedan resultar demasiado onerosas para el socio. Por eso regulan las legislaciones los supuestos y las consecuencias del incumplimiento de esa obligación. Puede decirse que todas ellas coinciden en la sanción de privar al socio de su cualidad de tal mediante el procedimiento llamado de "caducidad de la acción". De la consecuencia inmediata de imponer el pago de intereses por las cantidades debidas se pasa a la intimación formal que hace la sociedad al socio moroso por medio de la publicación en periódicos oficiales, y se llega finalmente a la desposesión de los derechos del socio y a la pérdida de los pagos que antes hubiere realizado: las acciones del socio moroso se declaran caducadas".

2.—"Nuestro Código de Comercio regula con carácter general en los artículos 170 y 171 las consecuencias jurídicas de la falta de la aportación ofrecida por el socio".

3.—Nuestros comentarios:

3.1.—Como se puede observar, la figura no existía en España al momento en que Garríguez escribió su "Tratado" (antes de la ley de sociedades).

3.2.—Lo que sí existía era la pérdida de la cualidad de socio a través del procedimiento de caducidad como quedó señalado.

**b.2) Segunda obra consultada:**

1.—“Los artículos 170 y 171 del Código de Comercio han sido sustituidos por el artículo 44 de la nueva ley de sociedades, que concede a la sociedad los siguientes derechos, cuando la aportación del socio no se realice: 1.—Reclamar en vía ordinaria el cumplimiento de esta obligación, con abono del interés legal y de los daños y perjuicios causados por la morosidad; 2.—Proceder ejecutivamente sobre la base del documento de suscripción, contra los bienes del accionista, para hacer efectiva la porción del capital en metálico no entregada y sus intereses; 3.—Enajenar las acciones por cuenta y riesgo del socio moroso”.

2.—“Fundamentalmente, todas las obligaciones del accionista se reducen a una: la de realizar íntegramente el capital ofrecido al fundar la sociedad o al ingresar a una sociedad existente”.

3.—Nuestros comentarios:

3.1.—Luego de la Ley de Sociedades la figura se consagró en España y Garríguez lo anotó en su Tratado.

**b.3) Tercera obra consultada:**

1.—“El derecho al voto y el accionista moroso: La privación del ejercicio del derecho de voto (art. 39 de la Ley de Sociedades) al accionista moroso es una medida coactiva que tiene por finalidad impeler al socio al más rápido cumplimiento de su deber de aportación. Pero la sanción sólo podrá aplicarse a los socios que realmente hayan incurrido en mora en los términos del artículo 63 del Código de Comercio, de cuyo precepto se desprende que si como es normal, en los estatutos o en el acuerdo de la junta general exigiendo el pago del dividendo pasivo se hubiera señalado para el desembolso un día fijo o un plazo determinado, transcurrido el día señalado o el último del plazo se hallará en mora el accionista deudor; pero si no se señaló ni día ni plazo para el desembolso, será necesario haber interpelado judicialmente al accionista o haberle intimado la protesta de daños y perjuicios hecha contra él ante el juez, notario u otro oficial público autorizado para admitirla, para que pueda ser privado del ejercicio del derecho al voto”.

2.—“El incumplimiento de la obligación en cuestión abre paso al enérgico sistema de acciones y autoejecución (art. 44 Ley de Sociedades):

La Ley española establece tres procedimientos en el caso que nos ocupa: 1) *Reclamar en vía ordinaria el cumplimiento de la obligación con abono del interés legal y de los daños y perjuicios causados por la morosidad.* 2) *Proceder ejecutivamente sobre la base del documento de suscripción contra los bienes del accionista moroso para hacer efectiva la porción de capital en metálico y sus intereses.* 3) *Enajenar las acciones por cuenta y riesgo del socio moroso.*

Esta enajenación es una especie de ejecución privada que permite al acreedor proceder a la expropiación del deudor por su propia autoridad, al quedar facultado para vender las acciones por medio de agente de cambio y bolsa, corredor de comercio colegiado, o notario público, *sustituyendo para ello por duplicados los títulos originarios de las acciones, que normalmente estarán en posesión del socio deudor, que deberán ser anuladas aunque la ley no lo diga expresamente porque la sustitución implica la anulación del título sustituido.* La venta prevista en la Ley es, por tanto, un procedimiento típico de autoejecución sobre las acciones del socio deudor, realizada *sine Ministerio Judicis*, que trae la consecuencia de reemplazar al accionista moroso por otro u otros con los derechos y obligaciones inherentes a las acciones de aquél.

Quando las acciones coticen en Bolsa, la venta no ofrece peligros ni dificultades para nadie. Caso contrario: las acciones no cotizables, están desprovistas del precio corriente, y entonces es evidente el interés del accionista en que se obtenga el máximo precio: esto es lo que justifica que la venta se haga en pública subasta”.

3.—Nuestros comentarios:

3.1.—Se consagra la figura.

3.2.—Se la fundamenta en la autoejecución privada como una forma de expropiación de la cosa del deudor por autoridad del acreedor.

3.3.—En principio no compartimos la opinión de Garríguez sobre que si las acciones se cotizan en Bolsa la venta no ofrece peligros ni dificultades para nadie.

3.4.—Dejando a salvo lo que la ley venezolana prevé sobre la interpelación del deudor, es importante observar que nos parece una incongruencia de la ley española de sociedades que en caso de privación del ejercicio de un derecho de la condición de socio (dº a voto) se determine la intervención judicial, y que en caso de la privación de la propia condición del socio no se determine intervención judicial, porque lo primero es, en cierta forma, mucho menos grave que lo segundo.

c) **Manuel Broseta Pont** <sup>17</sup>.

1.—Acepta sin mayores explicaciones ni consideraciones la figura en cuestión (art. 44 ley de sociedades española).

d) **Felipe de Solá Cañizares** <sup>18</sup>.

1.—"Claro está que la sociedad puede reclamar judicialmente las sumas no integradas de las que se ha realizado debidamente la demanda a los accionistas. Pero la mayoría de las legislaciones contienen una reglamentación del caso del accionista moroso permitiendo a la sociedad declarar la caducidad de sus títulos y la emisión de nuevos títulos o la venta de aquéllos **181**, alguna legislaciones no contienen tal reglamentación, pero la ley permite expresamente que se estipule en los estatutos **182**, y en otras ante el silencio de la ley, la jurisprudencia admite esta reglamentación convencional **183**.

**181:** V. G. art. 57 y ss. ley alemana de 1937; art. 76 ley brasileña de 1940; art. 34 ley danesa de 1930; art. 44 ley española de 1951; arts. 119 y ss. ley mexicana de 1934 y art. 43 ley sueca de 1944.

**182:** art. 333 C. Com. Argentino; art. 170 C. Com. Portugués.

17. Broseta Pont, Manuel: "Manual de Derecho Mercantil". Editorial Tecnos, 1977.

18. De Solá Cañizares, Felipe "Tratado de Derecho Comercial Comparado, Tomo III". Montaner y Simenon, S. A., Barcelona 1963, pág. 350.

183: En Francia la jurisprudencia ha declarado lícita la cláusula denominada de ejecución en Bolsa que se ha convertido en una cláusula de estilo que figura en todos los estatutos. Véanse notas jurisprudenciales y bibliografía en Ripert, *Traité*, p. 448".

e) **Raúl García Villaverde** <sup>19</sup>.

1.—Opina que "la tercera solución del artículo 44 de la ley de sociedades de 1951 es un supuesto de exclusión del socio".

2.—Nuestro comentario: Habría que analizar si en el derecho venezolano el artículo 295 del Código de Comercio como supuesta manera indirecta de excluir al socio, está o no en contradicción con la disposición que establece cuáles son las causales de exclusión del socio, haciéndose especial énfasis *en que de ser negativa la respuesta se estaría dando por cierto* que existe un supuesto de exclusión de socios sin la intervención judicial

3) **El Problema en el Derecho Venezolano**

A) Normas de rango legal.

Aquí se hará referencia a los artículos que constituyen la base del problema estudiado en su esencia misma para que el lector vuelva sobre los mismos y pueda reflexionar sobre ellos a la luz de lo que sigue.

a) Artículo 295 del Código de Comercio: "En el caso de falta de pago de cuotas debidas por acciones suscritas, la sociedad puede hacer vender los certificados por cuenta del accionista, por medio de un corredor o en pública almoneda, sin perjuicio del derecho que tiene para obrar contra el suscriptor y el cesionario para el pago de la suscripción.

El adjudicatario de la acción se subroga en todos los derechos y obligaciones del accionista, quedando éste subsidiariamente responsable del cumplimiento de dichas obligaciones.

Si puesta en venta la acción no hubiere oferta, la compañía puede anularla, aprovechándose de los pagos hechos a cuenta de ella. La anulación se publicará expresándose el número de la acción anulada".

19. García Villaverde, Raúl: "La exclusión de los socios", 1977.



b) Artículo 142 del Código de Comercio: "Si el comprador no cumple su obligación, el vendedor tiene derecho a hacer vender la cosa que es objeto del contrato o depositarla en una acreditada casa de comercio y, en defecto de ésta, en persona de responsabilidad, todo por cuenta del comprador.

La venta se hará en almoneda o al precio corriente si la cosa que es objeto del contrato tiene precio de bolsa o de mercado, por medio de un vendutero o corredor, según el caso; y a falta de éstos, por medio de la persona designada por el juez de comercio.

El vendedor tiene derecho a exigir al comprador el pago de la diferencia entre el precio obtenido y el pactado en contrato y el resarcimiento de los daños.

Si el vendedor no cumple con su obligación, el comprador tiene derecho a comprar la cosa en la forma arriba establecida, por cuenta del vendedor y a ser resarcido de los daños.

El contratante que ejerce los derechos expresados debe dar inmediatamente aviso de ello al otro contratante".

c) Artículo 1.496 del Código Civil: "El vendedor está obligado a entregar la cosa en toda la cantidad expresada en el contrato, salvo las modificaciones siguientes:

... Si se encuentra que la cabida del inmueble es superior a la expresada en el contrato, el comprador debe pagar la diferencia de precios; pero puede desistir del contrato si el excedente del precio pasa de la veinteaava parte de la cantidad declarada".

d) Artículo 1.531 del Código Civil: "Cuando se trata de cosas muebles, la resolución de la venta se verifica de pleno derecho en interés del vendedor, si el comprador no se ha presentado a recibir antes que haya expirado el término para la entrega de la cosa vendida o si aunque se haya presentado para recibirla, no ha ofrecido el precio, a menos que se le haya otorgado plazo más largo para esto".

e) Artículo 1.593 del Código Civil: "Si el arrendatario emplea la cosa para un uso distinto de aquél a que se la ha destinado, o de modo que pueda venirle perjuicio al arrendador, éste puede, según las circunstancias, hacer resolver el contrato"

Las normas del Código de Comercio que hemos citado son el centro principal de nuestras consideraciones. Las normas del Código Civil que siguen son algunos de los casos de derecho venezolano en los cuales podría eventualmente afirmarse que hay una ejecución coactiva por voluntad del acreedor. Nos fijaremos especialmente en las primeras.

B) La Jurisprudencia:

a) Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, sentencia de 26-11-1969: "En el caso concreto, el procedimiento promovido no encaja en el juicio ordinario ni en los procedimientos especiales contenciosos, sino que se trata simplemente de una solicitud ante la jurisdicción voluntaria por una sociedad anónima a fin de que, conforme a lo previsto por el artículo 295 del Código de Comercio, fueran vendidas las acciones, de un socio que no había pagado el saldo de su suscripción".

En esta sentencia de la Corte se toca el artículo 295 del Código de Comercio sin pronunciarse sobre el fondo del mismo. Podría pensarse que al no entrar la Corte a analizar la procedencia o improcedencia de ese tipo de venta de acciones, está admitiendo tácitamente su procedencia.

b) Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, sentencia de 9-6-1965. En esta sentencia incidentalmente se hace mención al artículo 295 del Código de Comercio. Del contexto de la misma podría desprenderse la aceptación tácita por la Corte de los procedimientos en ese artículo contenido.

C) La Doctrina:

a) Luis Sanojo:<sup>20</sup>

1. "Artículo 41 del Código de Comercio: "Cuando algún accionista faltare al pago puntual de sus dividendos pasivos, la Administración de la compañía podrá a su elección proceder ejecutivamente contra sus bienes, o vender sus acciones, para el pago, al curso corriente en la plaza".

20. Sanojo, Luis: "Código de Comercio explicado y comentado" Caracas, imprenta al vapor 1862.

2. "Artículo 42 del Código de Comercio: "En caso de adjudicación de acciones quedará el adjudicatario subrogado en todos los derechos y obligaciones del accionista, y éste subsidiariamente responsable del cumplimiento de dichas obligaciones".

3.—Nuestros comentarios:

3.1. No trae en realidad ningún comentario especial el maestro Sanojo sobre los artículos 41 y 42 del Código de Comercio vigente al 27-6-1862. Sin embargo, a nuestros efectos tiene mucha importancia constatar que ya en nuestro primer Código de Comercio existía la figura que estudiamos.

b) Aníbal Dominici: <sup>21</sup>.

1.—En el Código de Comercio vigente para 1891 encontramos el artículo 220 que es idéntico al artículo 295 del actual Código de Comercio.

2.—Comentario de Dominici: "Refiérese el artículo a los certificados, que han quedado en la Administración, por falta de la entrega de las cuotas correspondientes.

Los Administradores pueden reclamar de tres personas los pagos que falten: el suscriptor, el cesionario y el adjudicatario. Pueden además vender la acción, no satisfecha en totalidad, aprovechándose de los pagos hechos a cuenta, y finalmente anularla, si ninguno de esos medios diere resultado".

3.—Nuestros comentarios:

Con esto se constata que la figura existía y tomó cuerpo para 1891, y que Dominici la aceptaba sin cuestionarla en forma alguna.

c) Pedro Pineda León: <sup>22</sup>.

1.—"El legislador coloca en manos de la sociedad recursos eficaces y expeditos para hacer efectivo en el más breve tiempo posible el pago de las cuotas debidas por acciones suscritas,

21. Dominici, Aníbal: "Comentarios al Código de Comercio Venezolano" (vigente para 1891) Caracas, Tipografía El Cojo pps. 151 y ss.

22. Pineda León, Pedro: "Principios de Derecho Mercantil" Cuarta Edición aumentada y corregida. Talleres gráficos universitarios. Mérida - Venezuela. 1964, pps. 416 y 417.

sin necesidad de ocurrir a las formalidades largas y dispendiosas de una relación jurídico-procesal" (artículo 295 C. Com.).

2.—"Este recurso tampoco impide la litis judicial que puede intentar la sociedad contra el socio suscriptor moroso por los pagos correspondientes, con todos los trámites del juicio mercantil, pudiendo embargar bienes del demandado y hacerlos rematar para con su producto satisfacer el valor adeudado y las demás prestaciones procesales".

3.—Nuestros comentarios:

De lo afirmado por Pineda León puede desprenderse casi que el legislador obvia los derechos que le corresponden a todo ciudadano, para que la sociedad mercantil pueda satisfacer sus acreencias.

d) Carlos Morales: <sup>23</sup>.

1.—Al comentar el artículo 295 C. Com. expresa: "La compañía tiene dos caminos: el proceder judicialmente contra el suscriptor... o bien, el poner en venta la acción por medio de un Tribunal, en pública almoneda, o por medio del mismo corredor, en esta forma si se prefiere a la gestión privada".

2.—Nuestros comentarios:

Del comentario de Carlos Morales se evidencia que habiendo conocido a la figura estudiada, la aceptó sin profundizar sobre ella.

e) Simón Jiménez Salas: <sup>24</sup>.

1.—"Derecho de disponer, negociar o transferir sus acciones: Ese derecho puede limitarse o canalizarse hacia intereses sociales, pero no puede coartarse en forma absoluta y constituye un derecho inalienable del socio".

2.—Nuestros comentarios:

23. Morales, Carlos: "Comentarios al Código de Comercio Venezolano".

24. Jiménez Salas, Simón: "Derechos básicos del socio y el derecho de las minorías" Jornadas de Derecho Mercantil U.C.A.B. 1978. Editorial Sucre, p. 425.

¿Podría aceptarse el procedimiento del artículo 295 C. Com. si el derecho del socio a disponer de su acción es inalienable?

h) Roberto Goldschmidt: <sup>25</sup>.

1.—Goldschmidt se limita a transcribir el artículo 295 del Código de Comercio y a afirmar: "Esta operación prevista en el artículo 295 (se refiere a la última de las tres en él contenidas), constituye una reducción de capital social".

g) Jorge Enrique Núñez: <sup>26</sup>

1.—"La compañía puede también hacer vender los certificados por cuenta del accionista, por medio de un corredor o en remate público, y si la venta se efectúa por un precio inferior al nominal, el suscriptor queda responsable ante la compañía por la diferencia entre el monto del precio de venta y las sumas no liberadas".

2.—Copia el último aparte del artículo 295 C. Com. y afirma: "Esta anulación implica a su vez una reducción de capital social".

3.—Nuestros comentarios:

Núñez admite la figura y admite que haya una diferencia de precios que puede obrar en favor de la sociedad, de lo cual podemos inferir que tal diferencia puede obrar también en favor del socio.

h) Manuel Acedo Mendoza <sup>27</sup>.

1.—Transcribe el artículo 295 C. Com y comenta: "De las disposiciones comentadas aparece que la compañía tiene un verdadero crédito contra el accionista por el monto de la cuota pendiente de pago". "Este crédito debe ser reflejado como tal en partida del activo del balance de la compañía y es por tanto incorrecta la práctica contable de expresar como partida del balance sólo el valor pagado".

25. Goldschmidt, Roberto: Opus citatis pps. 293 y 294.

26. Núñez, Jorge Enrique: "Sociedades Mercantiles" Tomo II. Maracaibo-Venezuela. 1978 pps. 104 y 105.

27. Acedo Mendoza, Manuel: "Temas sobre la Sociedad Anónima" Ediciones de la Contraloría. Caracas 1974 pp. 117 y 118.

**2.—Nuestros comentarios:**

De lo transcrito se desprende que el doctor Acedo admite la figura estudiada sin fundamentarla ni explicarla, expresando sí que el monto no pagado de la acción suscrita es un derecho de crédito para la sociedad.

**i) J. R. Burgos Villasmil:<sup>28</sup>**

1.—"Derecho de la sociedad a hacer efectivo el pago": Siendo la suscripción de acciones un contrato bilateral, éste supone obligaciones recíprocas para los contratantes, a saber: la sociedad se obliga para con el suscriptor a reconocerle la calidad de accionista y los derechos inherentes a ella, y a su vez el suscriptor se obliga para con la sociedad a llevar un aporte efectivo al fondo social en la forma y tiempo acordado.

En este contrato como en todo contrato bilateral va envuelta la "condición resolutoria tácita" para el caso de incumplimiento. En efecto la ley autoriza a la sociedad para vender las acciones que le adeuda el accionista, apropiarse de las cantidades que hubiere pagado éste, sin perjuicio de accionar contra el suscriptor y el cesionario para el pago de la suscripción (artículo 295 del Código de Comercio).

En resumen, la sociedad podrá emplear cualquiera de los siguientes recursos, en caso de incumplimiento del accionista:

1.—Vender las acciones que le adeuda el accionista por conducto de un corredor o en pública almoneda.

2.—Apropiarse de las cantidades pagadas por aquél.

3.—Hacer efectivo, por la vía judicial, el pago de lo adeudado por el accionista o el cesionario.

4.—Reclamar al suscriptor moroso, el pago de los daños y perjuicios causados.

5.—Dar por no hecha la suscripción del moroso, sustituyéndola por otra".

**2.—Nuestros comentarios:**

28. Burgos Villasmil, J. R.: "Aspectos fundamentales de las Sociedades Anónimas y del Mercado de Capitales". Apuntes. Caracas 1982 pps. 199 y 200.



2.1.—De lo transcrito se constata que Burgos es el único autor patrio, de los consultados, que trata de explicar la figura admitida.

2.2.—Por todas las argumentaciones dadas por el doctor Burgos podemos concluir que no cuestiona a la figura estudiada.

2.3.—El fundamento que da a la figura es la "CONDICION RESOLUTORIA TACITA" que se encuentra en todo contrato bilateral (en este caso en el contrato de suscripción).

j) Doctrina Administrativa de la Comisión Nacional de Valores: <sup>29</sup>.

1.—"Remate de Acciones": "La venta de acciones de una sociedad cuyos títulos están inscritos en el Registro Nacional de Valores efectuada de conformidad con lo previsto en el artículo 295 del Código de Comercio es un supuesto de oferta pública que requiere la autorización previa de la Comisión Nacional de Valores".

"Asimismo, la Comisión Nacional de Valores ha establecido el procedimiento que debe seguir la sociedad emisora de títulos valores para hacer vender, por cuenta del accionista, en el caso de falta de pago de cuotas debidas por acciones suscritas, por medio de un corredor público de títulos valores, sujeto al control de la Comisión Nacional de Valores, a tenor de lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley de Mercado de Capitales, ha requerido que, en tales casos, se solicite por ante este organismo la correspondiente autorización".

2.—Nuestros comentarios:

2.1.—Según aparece de lo arriba transcrito, el Directorio de la Comisión Nacional de Valores admite sin mayores problemas la figura en cuestión, dado sobre todo porque no hace ninguna consideración de fondo sobre la misma.

2.2.—Aparece clara la calificación de REMATE que se le da a la figura, lo cual puede dar lugar a afirmar que en Venezuela, a juicio de la Comisión Nacional de Valores, existe cuando menos un tipo de remate no judicial de los bienes del deudor.

29. República de Venezuela, Comisión Nacional de Valores. Informe sobre el Mercado de Capitales 1979 - 1980. pps. 162 y 163.

4) **Análisis a profundidad de la venta de acciones que permite el artículo 295 del Código de Comercio:**

Queremos aquí determinar qué es la venta de acciones que permite el artículo 295 del Código de Comercio, o dicho en otras palabras cuál es la naturaleza jurídica de la figura que estudiamos, para luego exponer las consecuencias que de ello deriven.

A) Naturaleza jurídica de la venta de acciones que permite el artículo 295 del Código de Comercio:

a) **Tesis de la rescisión contractual por vía compulsiva:** Según quedó anotado, Mascheroni (Argentina) y, en cierto modo, Heinsheimer (Alemania) fundamentan la venta que nos ocupa diciendo que se trata de un caso de "rescisión contractual por vía compulsiva", agregando Mascheroni que tal rescisión se debe entender como una Resolución contractual por voluntad de una de las partes.

En nuestro ordenamiento jurídico esta posición no es aceptable en los términos en que está expresada, pues tenemos por dos cuestiones distintas a la "Rescisión", por un lado, y a la "Resolución" por otro. "La rescisión es un medio de impugnar contratos, en el sentido de que no produzcan éstos sus efectos normales en aquellos casos que establecen una desproporción excesiva entre las prestaciones de las partes en perjuicio o detrimento de alguna de ellas"<sup>30</sup>. En tanto que la resolución, de un modo general, es la manera de terminación de un contrato "en virtud del incumplimiento culposo de una de las partes contractuales"<sup>31</sup>, bien sea por el ejercicio de la acción resolutoria o en virtud de la resolución de pleno derecho.

Hecha la anterior precisión terminológica, cabe destacar que la venta que estudiamos tampoco puede entenderse como una "resolución contractual por voluntad de una de las partes" (el acreedor), pues dicha venta no encaja en lo que en nuestro derecho se conoce como "resolución de pleno derecho en interés del acreedor", dado que ésta es una de las formas de terminación de los contratos en la cual por el característico efecto extunc se supone que el contrato en cuestión nunca se celebró

30. Maduro Luyando, Eloy: opus citatis p. 592.

31. Maduro Luyando, Eloy: opus citatis p. 591.

debiendo consecuentemente las partes restituirse de manera recíproca las prestaciones cumplidas (cuando ello sea posible); y aquélla no es más que una agresión extrajudicial contra determinados bienes del deudor (las acciones) para satisfacer un derecho de crédito (de la sociedad).

b) **Tesis de la condición resolutoria tácita:** Para Burgos Villasmil (Venezuela) la venta y las demás operaciones del artículo 295 del C. Com., se fundamentan en la condición resolutoria tácita que va envuelta en todo contrato bilateral para el caso de incumplimiento. A la luz de nuestro ordenamiento jurídico diferimos totalmente de tal fundamentación por las siguientes razones:

1.—En términos exactos los contratos no se someten a condiciones: En efecto, ¿qué es una condición?: "para Glorgi, la condición es una relación arbitraria entre la obligación y un acontecimiento futuro e incierto por la cual se hace depender la existencia o la resolución de la obligación misma del hecho de verificarse o no aquel acontecimiento"<sup>32</sup>. En ese orden de ideas reza el artículo 1.197 del Código Civil: "La obligación es condicional cuando su existencia o resolución depende de un acontecimiento futuro e incierto". Nótese que el artículo se refiere a las "obligaciones" y no a los "contratos". En relación a esto comenta el doctor Maduro Luyando: "En algunas situaciones se habla de contratos condicionales, entendiéndose por ellos los que para su existencia o extinción están sometidos a la realización de un hecho futuro e incierto. Sin embargo, tal terminología no es apropiada, por cuanto los contratos no están sometidos a condición; sólo las obligaciones derivadas de un contrato son las sometidas a esta modalidad"<sup>33</sup>.

2.—El incumplimiento no puede ser asimilado a ese hecho futuro e incierto que supone la condición en una obligación: Salvando la precisión terminológica hecha en el punto anterior, los elementos del contrato desde el punto de vista de su estructura técnica son según el profesor Maduro:

2. 1.—**Elementos esenciales:** que son aquellos indispensables para la existencia y validez del contrato como tal. Son elementos **esenciales** a la **existencia** del contrato: el objeto, la

32. Maduro Luyando, Eloy opus citatis p. 235.

33. Maduro Luyando, Eloy: opus citatis p. 236.

causa y el consentimiento. Son elementos **esenciales** a la **validez** del contrato: la capacidad de los contratantes y la ausencia de vicios en la expresión del consentimiento.

2.2.—**Elementos naturales:** que son aquellos característicos de un contrato determinado. Son elementos estrechamente vinculados a la naturaleza peculiar del contrato de que se trate. Por ejemplo la gratuidad en el contrato de mandato.

2.3.—**Elementos accidentales:** que son aquellos elementos introducidos por las partes en el contrato para limitar o modificar sus efectos normales; así ocurre con la condición, el término y el modo. En rigor, no son indispensables al contrato, sino que provienen de la voluntad de las partes, quienes los introducen conforme a sus deseos.

Entonces, de acuerdo a lo anterior, el **incumplimiento** es una falta al cumplimiento de una obligación que se refiere al **objeto** de la misma, que a su vez es un "**elemento esencial a la existencia del contrato**". En cambio la **condición**, suspensiva o resolutoria, es un **elemento accidental del contrato**", referido a las obligaciones que surgen del mismo.

Afirmar que el **incumplimiento** de las prestaciones debidas en un contrato es una **condición** por tratarse de un hecho futuro e incierto es un error de lógica pues: "**Toda condición es un hecho futuro e incierto pero no todo hecho futuro e incierto es una condición**". El incumplimiento es un hecho futuro e incierto, futuro porque no se ha realizado al momento de contratar, incierto porque no se sabe de antemano si ocurrirá o no. Pero ese hecho futuro e incierto que es **el incumplimiento no es una condición**, pues dada su ocurrencia ni nacen ni se extinguen las obligaciones de los contratantes. En efecto: pretender asimilar el **incumplimiento** a una "**condición suspensiva**" es absolutamente imposible porque no se puede decir: "**Te deberé desde que te incumpla**" o "**Te deberé desde que me incumplas**" pues aquí el incumplimiento, como hecho futuro e incierto, presupone la violación de un deber **que no existe aún** en la misma relación contractual por parte de quien se obligará a partir de la ocurrencia de la condición suspensiva. Así mismo, pretender asimilar el **incumplimiento** a una "**condición resolutoria**", también es imposible porque en este caso no se puede decir: "**Te deberé hasta que te incumpla**", pues ello equivaldría a aceptar, por prin-

cipio y regla general, que las partes contratantes deben hasta que lo deseen, y ello no es posible en nuestro ordenamiento jurídico, primero: por una exigencia obvia que impone la seguridad jurídica; y segundo: porque las partes no deben hasta que lo deseen según la regla general del artículo 1.202 del Código Civil que dice: "la obligación contraída bajo una condición que la hace depender de la sola voluntad de aquel que se ha obligado, es nula" (el retracto convencional es la excepción a esta regla, es decir, el vendedor que ha pactado retracto debe hasta que lo desea, dentro de los límites previstos por la ley, pero debemos advertir que cuando el vendedor ejerce el derecho de retracto pactado no está incumpliendo su obligación de transferir la propiedad de la cosa vendida sino que por el contrario: la está cumpliendo en los términos convenidos); así como tampoco se puede decir: "**Te deberé hasta que me incumplas**" por que el ordenamiento jurídico está interesado en que la determinación de si ha habido o no incumplimiento y la calificación del mismo (es decir, si es o no culposo) no queden al libre arbitrio de uno de los contratantes. Esto lo demuestra el hecho de que el principal efecto del incumplimiento, en un contrato bilateral, es que la parte afectada tiene en virtud del artículo 1.167 del Código Civil una acción para reclamar judicialmente bien la ejecución del contrato, bien la resolución del mismo, con los daños y perjuicios en ambos casos si hubiere lugar a ello, que no es otra cosa que la existencia de la responsabilidad civil para ser aplicada por los tribunales de justicia (artículo 1.264 del Código Civil), previéndose además para el mismo caso de incumplimiento la solución inmediata de la exceptio non adimpleti contractus (artículo 1.168 del Código Civil) que supone una permisión a las partes de no cumplir mientras no les cumplan.

De modo que ese hecho futuro e incierto que es el **incumplimiento** de las obligaciones de la otra parte en un contrato bilateral tiene por **efecto**: que quede abierta para el afectado la posibilidad de ejercicio de la acción de cumplimiento o de resolución, o la posibilidad de no seguir cumpliendo con sus obligaciones y de oponer, en caso de ser demandado, la exceptio non adimpleti contractus, cuestiones todas **muy distintas** al **típico efecto** del hecho futuro e incierto de la **condición resolutoria** que es la extinción de las obligaciones.



De modo pues que ante un incumplimiento las obligaciones ya existentes de las partes, dichas obligaciones van a seguir existiendo, sólo que entonces se podrá optar, en la mayoría de los casos, por alguna de las posibilidades mencionadas (acción de cumplimiento; acción de resolución y exceptio non adimpleti) ante los tribunales de justicia, y, en los menos de los casos (los que permita la ley) se podrá contar además con la posibilidad de la Resolución de pleno derecho del contrato, que en todo caso se discute si debe ser o no declarada por los tribunales.

3.—Las condiciones resolutorias tácitas no existen en nuestro derecho: El artículo 1.204 del Código Civil establece que: "La condición resolutoria no suspende la ejecución de la obligación; obliga únicamente al acreedor a restituir lo que ha recibido, cuando se efectúe el acontecimiento **PREVISTO** en la condición". De donde se desprende claramente que si el acontecimiento constitutivo de una condición resolutoria es el **PREVISTO**, tal acontecimiento tiene que ser **EXPRESO** y **NO TACITO**.

Sin embargo, el artículo 141 del Código de Comercio menciona las "disposiciones del Código Civil sobre la condición resolutoria tácita". Como hemos visto estas disposiciones no existen en el actual Código Civil, de modo que esa referencia del artículo 141 del Código de Comercio podemos entenderla como una inconcordancia entre ambos cuerpos legales. Particularmente nos inclinamos por considerar que allí hubo una falta de técnica legislativa, pues ha debido referirse el legislador en el artículo 141 del Código de Comercio a las disposiciones del Código Civil sobre resolución de pleno derecho, ya que como quedó anotado, en el Código Civil no hay "disposiciones sobre la condición resolutoria tácita". Armando Hernández Bretón parece ser de la opinión de que esas "disposiciones del Código Civil sobre la condición resolutoria tácita" a que se refiere el artículo 141 del C. Com., son las normas del Código Civil sobre la "lex commissoria de cosas", entre las cuales cita a los artículos 1.496, 1.531 y 1.593 del C. C.<sup>34</sup>. Sobre tal opinión podemos afirmar que las normas contenidas en tales artículos se

34. Hernández Bretón, Armando: "Código de Comercio Venezolano Comentado" Novena edición aumentada y corregida. Editorial "La Torre". Caracas - Venezuela 1972, p. 80.



refieren más bien a "Resoluciones de pleno derecho" y que si se trata de resoluciones previstas en la ley entonces por su propia naturaleza no son tácitas, porque lo que está previsto en la ley no es tácito sino expreso.

Creemos igualmente que la idea de que en el Código Civil existen condiciones resolutorias tácitas se halla basada en el superado criterio de considerar que en ciertos contratos existe la llamada "lex commisoria" del antiguo derecho romano. Nos explica el doctor Maduro Luyando que en el derecho romano como no existía la acción resolutoria, el incumplimiento en los contratos bilaterales creaba múltiples problemas: "En Roma, en los contratos bilaterales las obligaciones de las partes eran consideradas como entes independientes, desvinculadas entre sí. Como consecuencia, si una de las partes no cumplía su obligación, la otra parte de todos modos quedaba obligada a cumplir la suya. La solución causaba indudables perjuicios a la parte que estando obligada a cumplir perdía su prestación sin recibir nada a cambio. Para atenuar estos inconvenientes se acudió a diversas soluciones: . . . 2º En la venta a crédito, se consideraba la venta sometida a una condición implícita o lex commisoria, por la cual si el comprador no pagaba el precio, el vendedor podía considerar cumplida la condición resolutoria y por lo tanto pedía la devolución de la cosa entregando a su vez las sumas recibidas por concepto de precio. Sin embargo esta solución tuvo el inconveniente de que sólo era aplicable a los contratos de venta y no a los demás contratos bilaterales"<sup>35</sup>. Termina el doctor Maduro ofreciéndonos un argumento suficiente para concluir que las "condiciones resolutorias tácitas" no existen en nuestro derecho, cuando nos explica el fundamento de la Acción Resolutoria en el Derecho Moderno: "En la doctrina moderna se ha tratado de fundamentar la resolución de los contratos en diversas figuras jurídicas, a saber:

1.—En la antigua **lex commisoria romana**, la cual se extendió en el derecho moderno a todo tipo de contrato bilateral mediante la forma de una **condición resolutoria implícita** en ese tipo de contratos. Esa es la posición adoptada por el Código Napoleón y que inspiró a todos los códigos venezolanos, **con excepción del vigente**.

35. Maduro Luyando, Eloy: opus citatis ps. 511.

Sin embargo, se critica a este primer fundamento:

a) Si la resolución se fundamentara en una condición resolutoria implícita, no sería necesaria la intervención del juez que la declarara, pues provendría de la misma voluntad de las partes.

b) No procedería tampoco la indemnización de los daños y perjuicios, porque la condición resolutoria implícita significaría que las partes se han otorgado mutuamente la opción de no cumplir sus respectivas obligaciones.

c) No se explicaría por qué la parte a quien no se le cumple puede escoger entre pedir el cumplimiento del contrato o la resolución del mismo, ya que sólo operaría la resolución, la cual tendría como consecuencia única o fundamental la extinción del contrato"<sup>36</sup>.

Por las anteriores consideraciones podemos concluir que en el derecho venezolano vigente no existen las "condiciones resolutorias tácitas" y que por tanto éstas no pueden servir de fundamento a la venta prevista por el artículo 295 del Código de Comercio.

4.—En el supuesto negado que existieran en nuestro derecho "condiciones resolutorias tácitas", éstas no podrían servir de fundamento a la venta que prevé el artículo 295 del Código de Comercio por tratarse de supuestos enteramente distintos:

Esto, porque como ya quedó explicado los efectos de una condición resolutoria cumplida son: la extinción de la obligación en cuestión, la retrotracción de la situación al estado en que se hallaba antes de la celebración del contrato en virtud del efecto ex-tunc, y el consecuencial efecto restitutorio recíproco de las prestaciones cumplidas por las partes cuando ello sea posible (arts. 1.198 y 1.204 del Código Civil). En tanto que el artículo 295 del Código de Comercio contempla el supuesto de una venta de los bienes del deudor que realiza el acreedor ante un incumplimiento de aquél: según el 295 C. Com. cuando ocurre la situación en él prevista no hay ni extinción de las obligaciones ni efecto ex-tunc, ni efecto restitutorio recíproco, y todo ello obedece a que no supone, para tales efectos, que el contrato de suscripción se haya resuelto por condición resolutoria alguna.

36. Maduro Luyando Eloy: opus citatis p. 512.

c) **Tesis de la penalidad:** El autor español Gay de Montellá en su obra: "Código de Comercio Español Comentado (Legislación, Jurisprudencia, Derecho Comparado)" nos informa que en Francia se denomina a la institución que estudiamos: "Ejecución por venta de títulos entendida como una penalidad". De ello podemos deducir que el fundamento que se le da figura es el de un tipo de "PENALIDAD". Así en nuestro ordenamiento jurídico, la venta del artículo 295 del C. Com. sería una penalidad legal basada a su vez en la normativa del Código Civil sobre la "CLAUSULA PENAL". Según dispone el artículo 1.257 del C. C., la cláusula penal es "una estipulación mediante la cual las partes disponen que en caso de inexecución culposa de la obligación, o de retardo en la ejecución, el deudor se compromete a cumplir una determinada prestación de dar o de hacer"<sup>37</sup>. Entonces la venta del artículo 295 del C. Com. sería: "una regulación del contrato de suscripción de acciones, mediante la cual el legislador dispone que en caso de retardo en la ejecución o de inexecución culposa de la obligación de aportar, el deudor se hallará comprometido a una prestación de hacer y de dar, consistente en permitir que la sociedad venda las acciones de aquél en ésta, para que así la última pueda satisfacer, con el producto de dicha venta, el monto debido".

Aparentemente ésta podría ser una explicación a la venta del artículo 295 C. Com., pero ello no es así porque el cumplimiento de la Cláusula Penal siempre tiene que pedirse ante los Tribunales de Justicia, pues existe la necesidad de determinar si ha habido o no un retardo en la ejecución o una inexecución y de fijar si tales son o no culposos; y, en la figura contenida en el artículo 295 del C. Com., se prescinde en forma absoluta de cualquier procedimiento judicial al cual pudiere haber lugar. Por tanto ambas instituciones gozan de naturalezas distintas y la venta del artículo 295 del C. Com. no puede fundarse en la idea de una PENALIDAD LEGAL cuyas bases sean las disposiciones del Código Civil sobre la Cláusula Penal.

d) **Tesis de la defensa privada:** Aquí vamos a agrupar a varias corrientes doctrinarias que de una manera u otra entienden que el fundamento de la venta que permite el artículo 295 del C. Com., es una forma de defensa privada:

37. Maduro Luyando, Eloy: opus citatis p. 565.

1.—**Rocco** (Italia): Fundamenta esta venta, en general, en una AUTODEFENSA O DEFENSA PRIVADA del acreedor (excepción al principio de prohibición de hacerse justicia por propia mano), y, en particular, dice que se trata de una VENTA POR EL PROPIO ACREEDOR.

2.—**Messineo** (Italia): Para este autor se trata de una EJECUCION COACTIVA cuya base es la VENTA EN DAÑO o la VENTA POR AUTORIDAD DEL ACREEDOR, en la cual el vendedor tiene derecho además de al producto neto de la venta, a la diferencia entre el precio convenido y dicho producto (en contra de esto último: Ferri).

3.—**Ascarelli** (Italia): para este autor la figura que estudiamos es una FORMA ESPECIAL DE EJECUCION COACTIVA, (especial porque no hay intervención judicial).

4.—**Ferri** (Italia): para Ferri se trata de una EJECUCION COACTIVA fundada en la VENTA EN DAÑO, donde si lo recaudado en la venta es superior al aporte, el exceso deberá ser atribuido al socio moroso, y si lo recaudado es inferior al aporte debido a la sociedad conservará acción contra el socio moroso por la diferencia. Estas últimas consecuencias son producto de que la venta sea hecha **por cuenta y riesgo** del socio moroso (en contra de esto último: Messineo).

5.—**Garríguez** (España): dice que se trata de una AUTO-EJECUCION SINE MINISTERIO JUDICIS, es decir, que la figura que estudiamos es una enajenación o especie de EJECUCION PRIVADA que permite la EXPROPIACION DEL DEUDOR POR LA PROPIA AUTORIDAD DEL ACREEDOR.

6.—**Solá Cañizares** (España): Según este autor a la figura que estudiamos se la fundamenta en Francia en la EJECUCION EN BOLSA.

De las fundamentaciones dadas por la doctrina nacional y extranjera a la venta de las acciones hecha por la sociedad, cuando el socio no ha cumplido con el resto de los aportes debidos, ésta es la que nos parece más correcta pues por exclusión no tratándose ni de "una rescisión contractual por vía compulsiva" ni de "un caso de condición resolutoria tácita" ni de una

"penalidad", "LA VENTA EN DAÑO COMO FORMA ESPECIAL COACTIVA DE EJECUCION O EXPROPIACION NO JUDICIAL POR AUTORIDAD DEL PROPIO ACREEDOR" nos parece, en principio, el fundamento de la figura.

La única crítica que podría formularse a esta posición es que el fundamento de la figura que estudiamos pueda estar en otras tesis no dadas ni por la doctrina nacional ni por la extranjera, que son:

- La tesis de la forma agravada del Derecho de Retención.
- La tesis del Retracto Legal Especial.
- La tesis de la Resolución de pleno Derecho Legal, y
- La tesis de la Restricción Legal al Derecho de Propiedad de las Acciones.

e) **Otras Tesis:**

1. Tesis de la forma agravada del Derecho de Retención.
2. Tesis del Retracto Legal Especial.
3. Tesis de la Resolución de Pleno Derecho Legal.
4. Tesis de la Restricción Legal al Derecho de Propiedad de las Acciones.

1.—**Tesis de la forma agravada del Derecho de Retención:**  
El derecho de retención es la facultad que tiene el acreedor de mantenerse en la posesión de ciertas cosas muebles propiedad del deudor cuando éste no haya cumplido con su obligación. Se da especialmente en materia comercial. Así el artículo 122 del C. Com. dispone: "En garantía de acreencias vencidas de un comerciante contra otro comerciante, originadas de acto de comercio para ambas partes, el acreedor puede ejercer el derecho de retención sobre las cosas muebles y valores pertenecientes a un deudor, que estén en posesión de aquél con el consentimiento de éste, por causa de operación mercantil, y mientras subsista tal posesión". La naturaleza última del derecho de retención permite buscar una identidad o semejanza con la venta del artículo 295 del Código de Comercio. Sin embargo entre ambas instituciones hay una enorme diferencia: en el derecho



de retención se está agrediendo el patrimonio del deudor sin intervención judicial pero **de una manera tenue** que se asemeja a una medida cautelar o de **garantía** para el cumplimiento de las obligaciones, y, en la venta del artículo 295 del Código de Comercio se está agrediendo el patrimonio del deudor sin intervención judicial pero de una **manera intensa** que se asemeja a una **medida ejecutiva**. Lo que ocurre es que ambos son casos de Defensa Privada en un **sentido lato y genérico** pues en ambos se adoptan medidas sin intervención judicial contra el patrimonio del deudor, pero en **particular** tienen naturalezas distintas pues con el derecho de retención se persigue garantizar el cumplimiento de las obligaciones del deudor pudiendo éste ejercer el derecho a defensa fácilmente provocando una intervención judicial, en tanto que con la venta del artículo 295 del C. Com. se está **ejecutando** al patrimonio del deudor violándose totalmente el derecho a defensa y siendo muy difícil provocar una intervención judicial que a posteriori no tendría muy buenos resultados.

Por las anteriores razones descartamos esta tesis para explicar la naturaleza de la figura que estudiamos.

**2.—Tesis del Retracto Legal Especial:** Dice el artículo 1.534 del Código Civil que " El retracto convencional es un pacto por el cual el vendedor se reserva recuperar la cosa vendida, mediante la restitución del precio y el reembolso de los gastos que se expresan en el artículo 1.544".

En base a tal concepto pudiera buscarse la naturaleza de la venta del artículo 295 del C. Com. en la institución del retracto, entendiéndose que en virtud de tal norma la sociedad puede ejercer un derecho de retracto recuperando las acciones suscritas para luego poder venderlas y cobrarse lo que se debe. Sería una especie de **RETRACTO LEGAL ESPECIAL**.

La tesis que emana de tal elucubración teórica es falsa, pues las consecuencias del **retracto** serían completamente diferentes a las de la **venta del artículo 295** ya que **ésta supone una ejecución** de los bienes del deudor sin que a éste se le devuelva lo que inicialmente aportó a la sociedad, en tanto que aquél supondría una **restitución del aporte**.

Por las anteriores consideraciones descartamos esta tesis también:



3.—**Tesis de la Resolución de Pleno Derecho Legal:** Podría pensarse que la venta del artículo 295 C. Com. obedece en su estructura a una resolución de pleno derecho establecida por la ley en beneficio de la sociedad. "La Resolución de pleno derecho es aquella por la cual el contrato queda resuelto sin necesidad de la declaración judicial. La resolución de pleno derecho puede ser legal o convencional. Es legal cuando así es establecida expresamente por el legislador"<sup>38</sup>. Salvando la cuestión de que en opinión del doctor Maduro la resolución de pleno derecho legal tiene que ser **EXPRESAMENTE** establecida por el legislador (VG art. 1.531 C. C.: "si se trata de cosas muebles, la RESOLUCION DE LA VENTA SE VERIFICA DE PLENO DERECHO, en interés del vendedor. . .), podría considerarse que en el 295 del C. Com. el legislador creó una resolución de pleno derecho por la cual si el socio moroso no cumple con su obligación de aportar, el contrato de suscripción se resuelve de pleno derecho recuperando la sociedad las acciones para venderlas luego y así poder satisfacer su acreencia. Esta tesis podría verse reforzada por la consideración histórica de que se trataría de un ejemplo más de las reminiscencias que aún quedan en nuestro Código Civil de la antiguamente extendida *lex commisoriae* de cosas, bajo la encubierta y peligrosa forma de condición resolutoria tácita o implícita (que ya descartamos razonadamente en su oportunidad).

Un argumento contra esta posición podría ser, como ya dejó esbozado, que tratándose de algo tan grave como lo es una resolución y más de pleno derecho, ésta tendría que ser consagrada **EXPRESAMENTE POR EL LEGISLADOR**, cuestión que no ocurre en el artículo 295 C. Com.

Otro argumento en contra podría hallarse en la siguiente opinión: "Algunos autores sostienen que la resolución de pleno derecho no procede como acción, aunque siempre será necesario que sea declarada por la autoridad judicial. Desde este punto de vista sólo procedería como excepción, en el sentido de que la parte demandada por el cumplimiento podría negarse válidamente a cumplirlo, alegando la resolución de pleno derecho estipulada en el contrato o en la ley"<sup>39</sup>. Según esto si la resolución

38. Maduro Luyando, Eloy: *opus citatis* p. 519.

39. Maduro Luyando, Eloy: *opus citatis* p. 520.

de pleno derecho siempre tiene que ser declarada por la autoridad judicial: La venta del artículo 295 C. Com. (en el cual no hay ninguna intervención judicial) no tendrá ninguna relación con la resolución de pleno derecho.

Pero el argumento de fondo para descartar a esta posición se halla en que en esencia ambas instituciones tienen consecuencias distintas. En la resolución de pleno derecho, como en cualquier forma de resolución hay un efecto retroactivo y otro restitutorio para las prestaciones cumplidas, cuestiones ambas que no ocurren en la venta del artículo 295 por el cual se venden unos bienes del socio moroso sin restituirle el aporte inicial que hizo a la sociedad.

4.—**Tesis de la Restricción Legal al Derecho de Propiedad de las Acciones:** Podría afirmarse que cuando el socio adquiere, mediante el contrato de suscripción, acciones en una compañía, tiene sobre éstas un derecho de propiedad restringido por la venta establecida en el artículo 295 del C. Com. En efecto, el artículo 99 de la Constitución Nacional determina que: "se garantiza el derecho de propiedad. En virtud de su función social la propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezcan la ley con fines de utilidad pública o de interés general", y el artículo 545 del Código Civil establece que: "La propiedad es el derecho de usar, gozar y disponer de una cosa de manera exclusiva, con las restricciones y obligaciones establecidas por la ley". En tal sentido y tratando de buscar la combinación suficiente, podría esgrimirse el argumento de que la venta permitida por el artículo 295 del C. Com. es una de esas restricciones del derecho de propiedad a las que aluden el artículo 99 de la Constitución y el artículo 545 del C. C., cumpliendo así la propiedad de esas acciones su función social dado el interés general que existe en que todos los deudores cumplan con sus obligaciones, máxime en las sociedades comerciales (imaginemos grandes sociedades vg: Bancos, con muchísimos accionistas de cuyo aporte depende la integridad del capital de la sociedad que es con lo que principalmente se va a responder frente a terceros) en cuyo buen funcionamiento está interesado el orden social mismo.

Sin embargo consideramos que esta tesis también debe descartarse por las siguientes razones:

4.1.—Decir que el derecho de propiedad de las acciones de una compañía cumple su función social con la restricción establecida por el artículo 295 del C. Com., dado el interés general que existe en que todos los deudores cumplan con sus obligaciones máxime en las sociedades comerciales en cuyo buen funcionamiento está interesado el orden social mismo, es falso porque los conceptos de función social de la propiedad y de utilidad pública o interés general atienden a una necesidad completamente distinta a la de que todos los deudores cumplan con sus obligaciones especialmente cuando está en juego el buen funcionamiento de las sociedades comerciales. No, tales conceptos atienden más bien a la necesidad de "lograr la participación equitativa de todos en el disfrute de la riqueza", según el preámbulo de nuestra Constitución.

En palabras más sencillas: resultaría un total contrasentido pretender colocar los conceptos de función social de la propiedad y de utilidad pública o interés general al servicio de algo tan del interés privado de un tipo de sujetos de derecho como lo es que los socios cumplan con su obligación de aportar.

Además, históricamente el concepto de función social de la propiedad (que es el presupuesto de las restricciones a la propiedad) nació mucho después que las ventas como las que permiten normas similares a nuestro artículo 295 del C. Com. Así, mal podría una idea fundar a la otra.

4.2.—En el supuesto caso que no se tomaran en cuenta las anteriores consideraciones, cabe afirmar que es inaceptable pensar que las contribuciones, restricciones y obligaciones a la propiedad que se establezcan por la ley en virtud de la función social de aquélla y con fines de utilidad pública o interés general atenten contra otras garantías constitucionales del individuo: como es el caso de la garantía de derecho a defensa de la propiedad (que se desprende del artículo 68 de la Constitución. Si tan alegremente pudiera interpretarse el artículo 99 de la Constitución entonces sería muy fácil desvirtuar por ley a las propias y mismísimas garantías constitucionales.

Sin embargo consideramos que esta tesis también debe descartarse por las siguientes razones:

**B) Nuestra posición:**

Hemos hecho un estudio para responder con propiedad a la pregunta: ¿qué es la venta que contempla el artículo 295 del Código de Comercio?. Responder a esta interrogante, es decir, saber qué es la venta en cuestión, es lo que nos va a permitir concluir si la misma es o no inconstitucional o ilegal. Hemos tratado de diseccionarla para desentrañar el misterio de su naturaleza y así poder conocerla en puridad.

¿Qué es la venta del artículo 295 del Código de Comercio? Es lo que la Doctrina Extranjera (italiana y española) denomina "UNA VENTA EN DAÑO COMO FORMA ESPECIAL COACTIVA DE EJECUCION O EXPROPIACION NO JUDICIAL. POR AUTORIDAD DEL PROPIO ACREEDOR", por las razones siguientes:

a) Porque su naturaleza no es ninguna de las otras posibles aportadas por la Doctrina extranjera y nacional, a saber: ni "una rescisión contractual por vía compulsiva" ni "un caso de condición resolutoria tácita" ni "una penalidad".

b) Porque su naturaleza no es ninguna de las otras posibles, a saber: ni "una forma agravada del derecho de retención", ni "un retracto legal especial", ni "una resolución de pleno derecho legal", ni "una restricción legal al derecho de propiedad de las acciones".

c) Porque es una agresión contra los bienes del deudor por la cual se los extrae de su patrimonio para satisfacer el derecho de crédito del acreedor, sin que medie intervención judicial alguna que determine si efectivamente ha habido o no un incumplimiento y si éste es o no culposo.

**5) Tratamiento a la venta de acciones que permiten el artículo 295 del Código de Comercio:**

A) Posible inconstitucionalidad por atentar contra el derecho de defensa:

a) Normas constitucionales:

1.—**Artículo 68 de la Constitución:** "Todos pueden utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses, en los términos y condiciones establecidas por la ley, la cual fijará normas que aseguren el ejercicio de este derecho a quienes no dispongan de medios suficientes."

La defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso".

2.—**Artículo 69 de la Constitución:** "Nadie podrá ser juzgado sino por sus jueces naturales...".

3.—**Artículo 136 ord. 23 de la Constitución:** "Es de la competencia del Poder Nacional... 23º—La administración de justicia y la creación, organización y competencia de los Tribunales..."

4.—**Artículo 204 de la Constitución:** "El Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia y por los demás Tribunales que determine la ley orgánica".

5.—**Nuestros comentarios:** En los transcritos artículos de nuestra Constitución se estructura un pilar, una base de nuestra organización social. Ese cimiento consiste en que la administración de justicia corresponde al Poder Nacional en cabeza del Poder Judicial, el cual cumple su cometido a través de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales de la República, y que todos los ciudadanos, cuando tengan controversias entre sí, están investidos del DERECHO INVOLABLE de que tales órganos de justicia, es decir, sus jueces naturales, les administren justicia, tanto desde el punto de vista activo como desde el punto de vista pasivo, vale decir: tanto en situación de demandantes como en situación de demandados.

En palabras más sencillas y relacionadas con nuestro estudio: "Todo acreedor tiene derecho a que el deudor cumpla con sus obligaciones y tiene también la facultad inviolable de demandarlo ante los Tribunales competentes en caso que considere que ha habido un incumplimiento culposo, y, todo deudor tiene el deber de cumplir con sus obligaciones pero también tiene el DERECHO INVOLABLE a ser demandado ante los Tribunales competentes para que se determine si ha o no cumplido o si su incumplimiento ha sido o no culposo".

#### b) Jurisprudencia:

1.—Sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, G.F. N° 58 p. 734. Fuente<sup>40</sup>.

40. Arcaya, Marlano: "Constitución de la República de Venezuela", ediciones El Cojo, 1971.



"El derecho del ciudadano a defenderse en juicio es, según el artículo 68 de la Constitución Nacional, inviolable, o lo que es lo mismo, que nadie puede ser condenado sin que antes se hubiera defendido".

Comentario del doctor Arcaya: "Diario de debates del Congreso de la República: Senador Núñez Aristimuño: Entiendo que el propósito del proyectista es garantizar a todo ciudadano de utilizar los órganos de la administración de justicia sin discriminaciones ni privilegios".

Nuestro comentario: ¿Tiene posibilidades de defenderse antes de ser ejecutado el socio que se halle en la situación del artículo 295 del C. Com., ¿ante una venta por autoridad del propio acreedor cómo queda el principio constitucional de que nadie puede ser condenado sin que antes se hubiera defendido?

2.—Sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia del 30-5-1960, G.F. N° 28 2E p. 195. Fuente <sup>41</sup>.

"Jueces naturales son los que integran la administración de justicia conforme a las leyes constitucionales".

Nuestro comentario: ¿Es la misma sociedad el juez natural del socio que debe unos aportes?, ¿es la propia sociedad quien puede decidir si el socio ha incumplido o si su incumplimiento es o no culposo?, ¿es la sociedad en conflicto con el socio quien puede ejecutar los bienes de éste?

3.—Sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de fecha 13-3-1968, G.F. 59 2E p. 250. Fuente <sup>42</sup>.

"La indefensión o menoscabo del derecho de defensa sólo ocurre cuando se niega o se coarta el ejercicio de los medios que la ley autoriza para obrar o contradecir en juicio...".

4.—Sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de fecha 6-8-1969, G.F. N° 65 2E p. 386. Fuente <sup>43</sup>.

"La jurisdicción es la facultad de administrar justicia en las cuestiones que suscitan las partes. Ella es una manifesta-

41. Bustamante Miranda, Maruja: "15 años de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia". Ediciones de la Contraloría General de la República. 1978. N° 2.229, p. 416.

42. Bustamante Miranda, Maruja: opus citatis. N° 1990, p. 363.

43. Bustamante Miranda, Maruja: opus citatis. N° 2330, p. 421.



ción de la Soberanía Nacional que la Constitución atribuye a una de las ramas del Poder Público Nacional —el Poder Judicial— integrada por los jueces”.

Nuestro comentario: ¿Puede la sociedad al mismo tiempo ser Juez y parte?

5.—Sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de fecha 21-10-1970, G.F. N° 70 2E p. 254. Fuente <sup>44</sup>.

“La indefensión resulta de que **no se le haya dado al demandado oportunidad para defender sus derechos, bien sea en cuanto a la citación, a la promoción de pruebas o al ejercicio de los recursos que la ley le acuerda. Extremando, podría hablarse de indefensión en casos de extrapetita pero ello lo es en el sentido de que, al decidir sobre el punto no planteado en el proceso, se ha privado a la parte de la oportunidad de defensa y prueba contra ese punto extraño al juicio**”.

Nuestro comentario: ¿No resulta aún más evidente la indefensión para el caso de que ni siquiera se le haya dado al socio la oportunidad de ser demandado?

6.—Sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de fecha 15-11-1973. Fuente <sup>45</sup>.

“La defensa en su sentido procesal, no es un derecho que compete exclusivamente al demandado, sino que es la facultad que la ley concede a **ambas partes para formular pedimentos ante la autoridad judicial en resguardo de los bienes jurídicos en que estén interesados (art. 68 C.)**”.

Nuestro comentarios: Esto corrobora la tesis de la ambivalencia del “inviolable derecho a defensa”, que consiste en el derecho a “demandar” y también en el derecho a “ser demandado”.

7.—Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia 2-2-1981. Fuente <sup>46</sup>.

44. Bustamante Miranda, Maruja: opus citatis. N° 1995. p. 364.

45. Bustamante Miranda, Maruja: opus citatis. N° 1906. p. 347.

46. Boletín de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. N° 1. Impreso en los Talleres Gráficos del Congreso de la República en el mes de marzo de 1982. pp. 54 y 57.

"LA DEFENSA —DERECHO INVOLABLE— ART. 68 CONSTITUCION NACIONAL. La defensa, el derecho a ser oído, debe acatarse y respetarse siempre, cualquiera que sea la naturaleza del "proceso" de que se trate, judicial o administrativo".

Nuestro comentario: ¿Se respeta el principio de defensa cuando la sociedad vende las acciones del socio moroso sin que medie procedimiento judicial?

c) Doctrina:

1.—Eloy Maduro Luyando <sup>47</sup>: "EJECUCION FORZOSA: Por ejecución forzosa se entiende el cumplimiento coactivo que le es impuesto al deudor por los Tribunales de Justicia (órganos jurisdiccionales), a petición del acreedor, cuando no cumple voluntariamente su obligación. Toda obligación es de obligatoria ejecución para el deudor, en el sentido de que EL ESTADO le impondrá el cumplimiento correspondiente por encima de su propia voluntad. Ese cumplimiento forzoso (característico de toda obligación) puede ser en especie en los casos en que dicha forma de ejecución sea procedente, o mediante equivalente. Toda obligación es, pues, susceptible de cumplimiento forzoso, en el sentido de que puede imponérsele el cumplimiento coactivo al deudor mediante la intervención de los órganos jurisdiccionales (Tribunales de Justicia)".

Nuestro comentario: De la opinión transcrita del doctor Maduro se desprende que: Toda ejecución coactiva necesariamente implica la intervención de los Tribunales de Justicia. De donde: si hay una ejecución coactiva donde no intervengan los Tribunales de Justicia (venta del artículo 295 del C. Com.) se estará violando el derecho a defensa de todo ciudadano.

2.—Allan R. Brewer Carías <sup>48</sup>.

2.1.—"La consagración constitucional de los derechos y libertades públicas.

1.—La consagración constitucional:

A: **El rango constitucional de los derechos:** Es una tendencia general en América Latina, la consagración en el propio

47. Maduro Luyando, Eloy: opus citatis p. 77.

48. Brewer-Carías Allan R: "Instituciones Políticas y Constitucionales" Universidad Católica Andrés Bello. Caracas-San Cristóbal 1982. pp. 465 466, 467, 477, 478, 485 y 506.

texto constitucional, de las libertades públicas. Estas tienen por tanto, rango constitucional, por lo que no pueden ser modificadas por el legislador ordinario. Ello implica que la reforma de los derechos y garantías constitucionales sólo puede realizarse por los mecanismos de reforma constitucional.

**B. El tipo de consagración constitucional y la imperatividad constitucional:** *En este sentido debe señalarse que la consagración constitucional de las libertades públicas no tiene igual valor respecto de todas ellas; o en otras palabras, no todos esos derechos constitucionales tienen igual consagración constitucional. No sólo algunos, en realidad, han sido consagrados como meras expectativas de derecho cuya actualización depende enteramente del legislador, sino que incluso en los derechos directamente consagrados por el constituyente pueden distinguirse verdaderas graduaciones: En algunos casos se trata de derechos absolutos que no admiten restricciones, suspensiones ni limitaciones en su ejercicio; en otros casos se trata de derechos que no pueden ser limitados por el legislador, aun cuando su ejercicio puede ser restringido o suspendido temporalmente; en otros casos se trata de derechos que pueden ser limitados o regulados en aspectos específicos por el legislador; en otros casos, puede tratarse de derechos que pueden ser regulados o limitados sin restricciones por el legislador; y por último, puede tratarse de derechos que requieren de regulación legal para poder ser ejercidos.*

**b: Los derechos cuyo ejercicio puede ser restringido o suspendido por actos de gobierno:** El texto constitucional consagra una serie de derechos fundamentales que si bien no pueden ser limitados por el legislador pueden, sin embargo, ser suspendidos o restringidos por actos de gobierno, temporalmente, en situaciones o circunstancias excepcionales: El derecho a ser juzgados por sus jueces y el derecho a la defensa.

## 2.—La enumeración constitucional de los Derechos y las Libertades Públicas:

### A. Los derechos individuales:...

**j. El derecho de acudir a la justicia y a ser juzgado por los jueces naturales:** Por otra parte, también se consagra como derecho individual en la Constitución, el derecho a utilizar los órga-

nos de la administración de justicia para la defensa de los derechos e intereses, dentro de las condiciones que establezcan las leyes, siendo además la defensa, un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso.

2.2.—“D. **La exigencia del control jurisdiccional:** Por último, otra de las consecuencias fundamentales de la consagración constitucional de los derechos y garantías, es la necesaria intervención del poder judicial para garantizar dichos derechos, dentro del principio del balance en la separación de poderes. No habrá efectividad de los derechos constitucionales si el poder judicial no pudiera intervenir para controlar la vigencia de los mismos.

La Constitución venezolana consagra, inclusive como un derecho constitucional, el de todos a “utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses”, y aun cuando la Constitución remite a la ley para fijar los términos y condiciones del ejercicio de dicho derecho, el propio texto garantiza que “nadie podrá ser juzgado sino por sus jueces naturales ni condenado a sufrir pena que no esté establecida por ley preexistente”, por lo que no pueden crearse Tribunales *ad-hoc* o someterse irrestrictamente a personas a una jurisdicción que no le es “natural”, como la militar ni imponérsele penas creadas especialmente, aunque sea por ley”.

2.3.—Nuestros comentarios: En base a lo afirmado por el doctor Brewer, podría arribarse a las siguientes conclusiones:

2.3.1.—Que el “Derecho a la defensa” es de aquellos que no pueden ser limitados por el legislador.

2.3.2.—Que para la defensa de todos los derechos y garantías constitucionales es necesaria la intervención judicial. Lo cual incluye que para la defensa del “Derecho a defensa” es necesaria la intervención del Poder Judicial. Es decir que no es posible, so pena de violar a la Constitución, que una ley prive del derecho a defensa a ciudadano alguno.

2.3.3.—Que si la asamblea de la sociedad decide “vender” las acciones del socio moroso, se está constituyendo en uno de esos Tribunales *ad-hoc* que prohíbe la Constitución cuando consagra el derecho a defensa.

## d) Nuestra opinión:

Desde antaño se ha pretendido que en la "venta en daño" el hecho de que el acreedor no vaya ante los Tribunales competentes para satisfacer coactivamente su acreencia (sino que pueda él mismo ejecutar al deudor) no necesariamente implica una violación al "Derecho a defensa". Así lo afirmaba Bolchini<sup>49</sup>, para quien como la venta se hacía en pública subasta o al precio corriente en Bolsa por un funcionario público autorizado se trataba de una verdadera y propia venta judicial. También desde ese entonces se oponía Rocco a tales consideraciones<sup>50</sup>, pues, según él, para que hubiese venta judicial era necesario que la venta fuera ordenada por un juez, cosa que no ocurría en los casos de "venta en daño", en los cuales la venta se realizaba por exclusiva voluntad del acreedor.

Retomando esa vieja polémica, hoy día podrían darse una serie de argumentos a favor de que con la venta del artículo 295 del C. Com. no se está violando el "derecho a defensa". En efecto podría argumentarse que hay una serie de elementos de publicidad que buscan proteger al socio como los carteles que han de publicarse, la intervención de un notario o de un corredor de bolsa o vendutero; que el socio que se sienta realmente propietario puede ejercer una acción reivindicatoria (art. 548 C. C.) e incluso una acción de responsabilidad contractual (si efectivamente ha cumplido) o una acción de responsabilidad extracontractual (art. 1.185 C.C.); y que todavía, en caso de discutirse la posesión de las acciones, podría el socio ejercer un interdicto restitutorio (art. 783 C. C.). Pero lo cierto del caso es que ninguno de esos argumentos es válido porque ninguno llega al punto neurálgico de lo que significa una violación al "derecho de defensa". Ninguno de esos argumentos varía la naturaleza misma de la venta que permite el artículo 295 del C. Com. que es la de "una venta en daño como forma especial coactiva de ejecución o expropiación no judicial por autoridad del propio acreedor".

49. Bolchini: opus citatis p. 429 y ss.

50. Rocco, Alfredo: opus citatis: pp. 360 a 365.



El artículo 295 del Código de Comercio al establecer que la sociedad puede vender las acciones del socio moroso, cuando éste no haya cumplido con el aporte debido, está diciendo que el acreedor, en ese caso, se halla facultado para determinar que ha habido un incumplimiento culposo y para proceder a ejecutar unos bienes del deudor (las acciones) y así satisfacer su acreencia sin que medie procedimiento judicial alguno. Es por ello que el artículo 295 del Código de Comercio transgrede y atenta contra el derecho constitucional inviolable del deudor a ser demandado ante los Tribunales competentes para que se determine si ha cumplido o no o si su incumplimiento ha sido o no culposo. Es por ello que el artículo 295 del Código de Comercio viola los artículos 68, 69 y 136, ordinales 23 y 204 de la Constitución.

**B) Posible inconstitucionalidad por atentar contra el derecho de propiedad:**

a) Normas constitucionales:

1.—**Artículo 99 de la Constitución:** "Se garantiza el derecho de propiedad. En virtud de su función social la propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general".

2.—**Artículo 101 de la Constitución:** "Sólo por causa de utilidad pública o de interés social, mediante sentencia firme y pago de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de Bienes".

3.—**Artículo 102 de la Constitución:** "No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones sino en los casos permitidos por el artículo 250. Quedan a salvo, respecto de extranjeros, las medidas aceptadas por el derecho internacional".

4.—**Artículo 250 de la Constitución:** "...El Congreso podrá decretar, mediante acuerdo aprobado por la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todo o parte de los bienes de esas mismas personas y de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo de la usurpación, para resarcir a la República de los perjuicios que se le hayan causado".

5.—Nuestros comentarios: Otro pilar de nuestra organización social es el respeto y la garantía a la propiedad privada con-



sagrado en los antes citados artículos de nuestra Constitución. La propiedad tiene ciertas limitaciones derivadas de su función social. Incluso la propiedad puede ser expropiada por causa de utilidad pública mediante sentencia firme y pago de justa indemnización. La propiedad no puede ser confiscada ni incautada, excepto en los excepcionalísimos casos de castigo a quienes hayan violentado al orden constitucional mismo.

En palabras más sencillas y relacionadas con nuestro estudio: "Todo acreedor tiene derecho a que el deudor cumpla con sus obligaciones y todo deudor tiene el deber de cumplir con las mismas, pero ni esa relación obligacional ni ningún artículo de la ley pueden otorgar al primero, ante un incumplimiento del segundo, la facultad de irrespetar las propiedades de éste al grado de ejecutarlas sin intervención judicial, o de expropiarlas o confiscarlas, para satisfacer su acreencia".

b) Jurisprudencia:

1.—Sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, G.F. N° 51 2E p. 220. Fuente <sup>51</sup>.

"Como consecuencia del derecho que establece el artículo 99 de la Constitución Nacional, el artículo 547 C.C. dispone que: "nadie puede ser obligado a ceder su propiedad ni a permitir que otros hagan uso de ella", y podría completarse: "sino sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago de justa indemnización".

Nuestro comentario: ¿Cómo queda el derecho de propiedad del socio sobre sus acciones cuando el art. 295 del C. Com. permite que éstas sean vendidas si la sociedad lo estima conveniente dado en incumplimiento de la obligación de aportar del primero?

2.—Sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, G.F. N° 47 2E p. 160. Fuente <sup>52</sup> (Resumen de las ideas principales):

"La expropiación es un instituto que afecta al derecho de propiedad. Para justificarla hay que considerar: la gestión de los intereses públicos por parte del Estado, para lo cual éste suele necesitar que ciertos bienes le pertenezcan.

51. Arcaya, Mariano: opus citatis. Tomo II, p. 44.

52. Arcaya, Mariano: opus citatis. Tomo II, pp. 47, 48 y 49.

De acuerdo con la normativa vigente, la expropiación es una institución de derecho público mediante la cual la Administración logra coactivamente la adquisición de bienes muebles o inmuebles, siguiendo un procedimiento judicial determinado y pagando una justa indemnización".

Nuestro comentario: ¿Cómo queda el derecho de propiedad del socio sobre sus acciones si éstas pueden ser virtualmente "expropiadas" por un simple particular ante un incumplimiento de su obligación de aportar si la Asamblea así lo decide?

3.—Sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, G.F. N° 25 2E Vol. corresp. p. 138. Fuente <sup>53</sup>.

"Toda disposición que regula la expropiación por causa de utilidad pública o social es de orden público, porque ese derecho del Estado establecido en la Constitución Nacional constituye una limitación a otro que ella misma reconoce y garantiza a los habitantes de la República, como es el de propiedad".

c) Nuestra opinión:

El artículo 295 del Código de Comercio no tiene la naturaleza de ser una "restricción legal al derecho de propiedad de las acciones" en atención a los argumentos expuestos en el punto II 4) A) e) 4. - del presente estudio y que damos aquí por reproducidos. Luego, por tratarse de **"una venta en daño como forma especial coactiva de ejecución o expropiación no judicial por autoridad del propio acreedor"** (presupuesto del cual partimos y que damos por plenamente comprobado) en base a la cual el acreedor dispone de la propiedad del deudor, el artículo 295 del C. Com. viola a los artículos **99, 101, 102 y 205 de la Constitución.**

C) Ilegalidad del artículo 295 del Código de Comercio:

a) Comentario preliminar:

Según el principio: "Toda inconstitucionalidad implica una ilegalidad, aunque no toda ilegalidad implica una inconstitucionalidad"; la ilegalidad genérica del artículo 295 del C. Com. ha quedado comprobada. Sin embargo nos ocuparemos en esta parte de nuestro estudio de tratar de calificar la "ilegalidad en sí" del

53. Arcaya, Mariano: opus citatis. Tomo II, pp. 64 y 65.

artículo en cuestión. Tal "ilegalidad en sí" podría afectar al artículo 295 del C.Com. de violar estas normas legales de orden superior.

b) *Bases jurisprudenciales de nuestras consideraciones:*

1.—Sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, G.F. N° 58 p. 412. Fuente <sup>54</sup>.

"...Que la Constitución Nacional en su artículo 68 establece como derecho inviolable en todo estado y grado de un proceso el de defensa. Consiguientemente toda norma procesal que tienda a salvaguardar dicho derecho debe considerarse de eminente orden público y, de consiguiente, de imperativo cumplimiento...".

2.—Sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de fecha 20-4-1971, G.F. N° 72 2E p. 225. Fuente <sup>55</sup>.

"Las normas jurídicas que regulan el derecho de defensa deben ser interpretadas, no en forma restrictiva, sino en forma extensiva, a fin de que no se corra el riesgo de menoscabarlo o vulnerarlo, para acatar así el mandato constitucional que ordena mantener la inviolabilidad de la defensa en todo estado y grado del proceso" (art. 2, C.P.C.).

3.—Nuestro comentario: Combinando el contenido de ambas sentencias de nuestro alto Tribunal se puede obtener el siguiente principio: "TODA NORMA QUE REGULE EL DERECHO DE DEFENSA TENDIENDO A SALVAGUARDARLO, DEBE CONSIDERARSE DE EMINENTE ORDEN PUBLICO, DE IMPERATIVO CUMPLIMIENTO Y DE INTERPRETACION EXTENSIVA A FIN DE NO CORRER EL RIESGO DE MENOSCABARLO O VIOLARLO".

Trataremos ahora de precisar normas legales en nuestros Código de Procedimiento Civil y Civil, que por regular el derecho de defensa, tendiendo a salvaguardarlo, **deben** considerarse de eminente orden público y de interpretación extensiva.

c) **Algunas normas del Código de Procedimiento Civil que regulan el derecho de defensa, tendiendo a salvaguardarlo, y que deben considerarse de eminente orden público y de interpretación extensiva (nos referimos al C.P.C. del 1916).**

54. Arcaya, Mariano: opus citatis p. 414.

55. Bustamante Miranda, Maruja: opus citatis. N° 1998. p. 365.

1.—**Artículo 21 del C.P.C.** (15 del C.P.C. de 1986) "Los Tribunales mantendrán a las partes en los derechos y facultades comunes a ellas, sin preferencias ni desigualdades; y en los privativos de cada una, las mantendrán respectivamente, según los acuerdos de la ley a la diversa condición que tengan en el juicio, sin que puedan permitir ni permitirse ellos extralimitaciones de ningún género".

2.—**Artículo 23 del C.P.C.** (188 del C.P.C. de 1986) "La justicia se administrará en nombre de la República de Venezuela...".

3.—**Artículo 446 al 501 del C.P.C.** (con sus correspondientes del C.P.C. de 1986). Estos artículos tratan de la ejecución de la sentencia, siendo de importancia capital para determinar, por una falta de su cumplimiento, si se ha o no violado el derecho a defensa.

4.—**Conclusiones particulares:** Las disposiciones del artículo 295 del C. Com. violan las normas de orden superior contenidas en los artículos 21, 23 y 446 al 501 del Código de Procedimiento Civil porque transgreden al principio de igualdad procesal, porque permiten que se administre justicia por un ente distinto a la República de Venezuela y porque obvian las principales garantías procesales sobre la ejecución de los bienes del deudor. Por tanto el artículo 295 del C. Com. está viciado de "ilegalidad en sí misma".

d) **Algunas normas del Código Civil que regulan el derecho de defensa, tendiendo a salvaguardarlo, y que deben considerarse de eminente orden público y de interpretación extensiva:**

1.—**Artículo 1.929 del Código Civil:** "Las sentencias que hayan de ejecutarse por los Tribunales de la República, se llevarán a efecto sobre los bienes inmuebles del deudor y sobre sus derechos y acciones que puedan enajenarse o cederse".

2.—**Artículo 1.930 del Código Civil:** "Los bienes, derechos y acciones sobre los cuales haya de llevarse a cabo la ejecución, no podrán rematarse sino después que haya una **sentencia ejecutoriada** o un **acto equivalente**, y que se haya determinado el crédito, cualquiera que sea su naturaleza, en una cantidad de dinero...".

3.—**Artículo 1.933 del Código Civil:** "Los bienes, derechos o acciones sobre los cuales haya de llevarse a efecto la ejecución, no podrán rematarse **sino** con los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Civil".

4.—**Artículo 547 del Código Civil:** "Nadie puede ser obligado a ceder su propiedad, ni a permitir que otros hagan uso de ella, **sino** por causa de utilidad pública o social, mediante juicio contradictorio e indemnización previa.

Las reglas relativas a la expropiación por causa de utilidad pública o social se determinarán por leyes especiales".

5.—**Conclusiones particulares:** Las disposiciones del artículo 295 del C. Com. violan las normas de orden superior contenidas en los artículos 1.929, 1.930, 1.933 y 547 del Código Civil, y las razones de ello son las siguientes:

5.1.—**En cuanto al artículo 547 del Código Civil:** El artículo 295 del C. Com. determina que el socio moroso está virtualmente obligado a permitir que la sociedad ejecute las acciones que tiene en la misma sin procedimiento judicial ni garantía alguna. Con ello el artículo 295 del C. Com. está violando al artículo 547 del Código Civil y viciándose de "ilegalidad en sí misma".

5.2.—**En cuanto a los artículos 1.929, 1.930 y 1.933 del Código Civil:** Dadas ciertas condiciones materiales suficientes (a saber: 1º que haya habido un incumplimiento del deudor y una demanda de cumplimiento del acreedor; 2º Que se haya determinado el monto del crédito y 3º Que hayan bienes del deudor de los que son susceptibles de ejecución judicial) para que pueda realizarse una **EJECUCION COACTIVA sobre los bienes del deudor** estrictamente indispensable el cumplimiento de **tres requisitos taxativos y concurrentes** a la luz de lo establecido por los artículos 1.929, 1.930 y 1.933 del Código Civil. Tales requisitos son:

1º Que la ejecución coactiva sea llevada a cabo por un Tribunal de la República.

2º Que la ejecución coactiva tenga por fundamento una sentencia ejecutoria o un acto equivalente.

3º Que la ejecución coactiva se efectúe única y exclusivamente según los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Civil.



La ejecución coactiva de los bienes del deudor permitida por el artículo 295 del Código de Comercio no cumple con ninguno de los enumerados requisitos de orden público:

1º **Porque no es llevada a cabo por Tribunal de la República alguno, sino por la propia sociedad o por un tercero.**

2º **Porque no tiene por fundamento una sentencia ejecutoriada o un acto equivalente.** Es decir, porque se basa en una decisión privada de la sociedad que no es ni una sentencia ejecutoriada ni un acto equivalente a ésta (actos equivalentes a sentencia ejecutoriada: decisiones de la Comisión Investigadora Contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos (hoy Tribunal de Salvaguarda del Patrimonio Público) —Disposición Transitoria 21 de la Constitución— las conciliaciones —artículo 200 C.P.C.— las sentencias que permanen en apelación —artículo 204 del C.P.C.— los desistimientos de la acción por parte del demandante o los convenimientos en la demanda por parte del demandado —artículo 205 del C.P.C.— (263 del C.P.C. de 1986) e incluso las transacciones —artículo 1.713 y 1.718 C.C.— con la aclaratoria de que la transacción no es un contrato por el cual las partes se administren justicia sino que es un contrato por el cual las partes mediante recíprocas concesiones permiten que el Tribunal administre justicia —si se trata de una transacción judicial, es decir, si hay un litigio pendiente— o se las arreglan entre sí antes que se les administre justicia —si se trata de una transacción extrajudicial, es decir si con ella precaven un litigio eventual— además vale decir que jamás podría ser objeto de una transacción: que el deudor permitiera que el acreedor le ejecutara unos bienes sin intervención judicial, porque el derecho de defensa por ser de orden público es irrenunciable por el deudor).

3º **Porque se efectúa sin arreglo a los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Civil para la ejecución coactiva:** Por tanto el artículo 295 del Código de Comercio está viciado de "ilegalidad en sí misma"

e) Apéndice: "actuar conforme a lo establecido en el artículo 295 del Código de Comercio puede conllevar la comisión de hechos punibles": Si la sociedad procede conforme a lo establecido en el artículo 295 del Código de Comercio sus administradores podrán ser perseguidos por la comisión de ciertos hechos



punibles a saber: 1. **"Usurpación de Funciones"** (artículo 214 del Código Penal): "Cualquiera que indebidamente asuma o ejerza funciones públicas, civiles o militares, será castigado con prisión de dos a seis meses...". Esto dado que los administradores de la sociedad, en su nombre, al ejecutar o mandar a ejecutar las acciones del socio moroso, están ejerciendo una función pública que corresponde a los Tribunales de la República cual es la Administración de Justicia.

2.—**"Prohibición de hacerse justicia por sí mismo"** (artículo 271 del Código Penal): "El que, con el objeto sólo de ejercer un pretendido derecho, se haga justicia por sí mismo, haciendo uso de la violencia sobre las cosas, cuando podía haber ocurrido a la autoridad, será castigado con multa de doscientos cincuenta a dos mil bolívares.

Si el culpable se valiese de amenaza o violencia contra las personas, aunque no haya empleado violencia sobre las cosas, será castigado con prisión de uno a seis meses o confinamiento de tres meses a un año...

...Si el hecho no fuera acompañado de otro delito enjuiciable de oficio, no se procederá sino a instancia de parte". Esto dado que los administradores de la sociedad, en su nombre, al ejecutar o mandar a ejecutar las acciones del socio moroso, se están haciendo justicia por sí mismos, utilizando la violencia física sobre las cosas (en caso que despojen de sus certificados al accionista o que alteren los libros de la compañía a los fines de la ejecución no judicial) y pudiendo llegar a utilizar la violencia moral contra las personas (en caso que se amenace al deudor con una pretendida ejecución no judicial).

3.—**"Apropiación indebida"** (artículo 468 del Código Penal): "El que se haya apropiado, en beneficio propio o de otro, alguna cosa ajena que se le hubiere confiado o entregado por cualquier título que comporte la obligación de restituirla o de hacer de ella un uso determinado, será castigado con prisión de tres meses a dos años, por acusación de la parte agraviada". Esto dado que los administradores de la sociedad, en su nombre, al ejecutar mandar a ejecutar las acciones del socio moroso para satisfacer el derecho de crédito de la sociedad, se están apropiando indebidamente de una suma de dinero, producto de dicha venta por

demás ilegal, que corresponde al valor del aporte que el socio hizo a la sociedad y del cual ésta no puede disponer, sin intervención judicial, para satisfacer los aportes debidos por ese socio, porque tal aporte, representado en las acciones del socio, es propiedad del mismo y fue entregado con la obligación de ser restituidos al liquidarse la sociedad.

De modo pues que, en resumen, si los administradores de una sociedad proceden conforme al artículo 295 del Código de Comercio pueden ser reos de: "**Usurpación de funciones**" (hecho punible de acción pública); "**Prohibición de hacerse justicia por sí mismo**" (hecho punible de acción privada convertible a pública si concurre con la comisión de un hecho punible de acción pública) y "**apropiación indebida**" (hecho punible de acción privada).

6) **Posibles posiciones a asumirse ante el artículo 295 del Código de Comercio:**

A) **Por cualquier ciudadano capaz:**

a) En ejercicio del simple interés del artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, cualquier ciudadano capaz podría demandar ante la Corte la nulidad del artículo 295 del Código de Comercio. Dispone el artículo 112 "**ejusdem**": "Toda persona natural o jurídica plenamente capaz, que sea afectada en sus derechos o intereses por ley, reglamento, ordenanza u otro acto de efectos generales emanado de alguno de los cuerpos deliberantes nacionales, estatales o municipales o del Poder Ejecutivo Nacional, puede demandar la nulidad del mismo, ante la Corte, por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, salvo lo previsto en las disposiciones transitorias de esta ley".

Somos de la opinión de que en este Art. se ha consagrado sin limitación alguna la llamada "acción popular". Tanto en el campo de la jurisdicción constitucional como en el campo de la jurisdicción contencioso-administrativa. El principal argumento en el cual nos fundamos es en que el artículo 134 de la misma ley consagra que "las acciones de nulidad contra los actos generales del Poder Público podrán intentarse en cualquier tiempo...", con lo cual se está diciendo que cuando se ataque un acto general del Poder Público (vg una ley) existe un recurso

"objetivo" que puede ser ejercido en cualquier tiempo y por cualquier persona dada la importancia que reviste la restitución del orden constitucional y legal. Hemos de reconocer que hay buenos y sólidos argumentos contra esta posición, pero no es la ocasión de profundizar al respecto.

El recurso en cuestión se fundaría en **la violación** por parte del artículo 295 del Código de Comercio de las **normas constitucionales** contenidas en los artículos 68, 69 y 136 ord. 23, 204, 99, 101, 102 y 205 de la Constitución (según quedó ya explicado), y, de las **normas legales de orden público y de imperativo cumplimiento** contenidas en los artículos 21, 23 y 446 al 501 del Código de Procedimiento Civil, y 1.929, 1.930, 1.933 y 547 del Código Civil (según quedó ya explicado también).

En los términos de los artículos 42, ordinal 1º, y 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, sería competente la Corte en Pleno para conocer de este recurso de inconstitucionalidad.

b) Si algún ciudadano conoce de algún caso en que se le hayan ejecutado al socio moroso sus acciones por el procedimiento del artículo 295 del Código de Comercio, puede **denunciar**, ante las autoridades policiales competentes, la comisión por parte de los administradores de la sociedad ejecutante de los hechos punibles: "**Usurpación de funciones**" (tipificado en el artículo 214 del Código Penal) y "**Prohibición de hacerse justicia por sí mismo**" (tipificado en el artículo 271 del Código Penal y elevada su accionabilidad a la condición de pública por haber sido concurrente cometido con el hecho punible: "Usurpación de funciones" que es de acción pública).

#### B) **Por el socio afectado:**

Estudiaremos aquí las diversas posiciones que puede asumir cualquier socio de una sociedad según deba aún o no una cantidad en concepto de aportes a ésta, y se vea en la situación de que la sociedad conforme al artículo 295 C. Com. le ejecute sus acciones.

a) **Si el socio pagó los aportes debidos y la sociedad de todas maneras ha procedido conforme al artículo 295 C. Com puede el primero:** <sup>56.</sup>

56. En todos los casos el socio debe alegar la inconstitucionalidad y la ilegalidad del artículo 295 del Código de Comercio.

1.—Demandar a la sociedad, ante el Tribunal competente, en base al artículo 1.167 del Código Civil pudiendo reclamar a su elección la **ejecución** del contrato de suscripción (que la sociedad le reconozca la cualidad de socio y el monto total de los aportes hechos, tanto inicial como posteriormente) o la **resolución del mismo**, con los daños y perjuicios en ambos casos si hubiera lugar a ello.

En este supuesto alegaría el total y exacto cumplimiento de sus obligaciones, y de acuerdo con el artículo 1.354 del Código Civil deberá probar el pago bien con recibos que tenga de ello bien con las anotaciones hechas en los libros de la sociedad, cuya exhibición solicitaría (artículo 42 del C. Com.).

2.—Demandar al poseedor o detentador de sus acciones, ante el Tribunal competente, en reivindicación conforme a lo previsto por el artículo 548 del Código Civil. Incluso si desea recuperar sus certificados puede el socio interponer un interdicto restitutorio, de acuerdo al artículo 783 del Código Civil, a fin de que se le restituya en la posesión de los mismos.

3.—Demandar a la sociedad, ante el tribunal competente, en base al artículo 1.185 del Código Civil en atención al daño que le ha causado ésta ejecutando las acciones que le pertenecen. Esto nos lleva al campo de la "Teoría del cúmulo de responsabilidades". "Por cúmulo de responsabilidades se estudia en la doctrina la posibilidad de acumular la responsabilidad civil contractual y la delictual contra el autor de un daño, en el sentido de que éste responde ante la víctima tanto por vía contractual como por la delictual. De una manera general puede afirmarse que la doctrina asume dos posiciones antagónicas en relación a la procedencia del cúmulo de responsabilidades. Los partidarios de la procedencia del cúmulo manifiestan que la circunstancia de que agente y víctima estén vinculados mediante un contrato no implica que la víctima renuncie a la protección que le otorga el ordenamiento jurídico mediante las normas de orden público que rigen la responsabilidad civil delictual. Los partidarios de la improcedencia de la acumulación de responsabilidades señalan como principio general que cuando existe un contrato sólo pueden aplicarse las normas que regulan la responsabilidad civil contractual porque el contrato es ley entre las partes. En doctrina muy reciente se habla de "concurso de culpa contractual y de

culpa delictual". En tales casos la víctima puede escoger la acción a intentar contra el agente, bien ejerciendo una acción contractual o una acción delictual. Igualmente existe en la doctrina la tendencia a considerar que cuando un contratante ha experimentado daños y perjuicios derivados del incumplimiento de un contrato, este incumplimiento no es considerado un acto único, lesivo de patrimonio de la víctima, sino como dos actos lesivos, de naturaleza contractual y delictual, respectivamente. De aceptarse este criterio no habría lugar a una acumulación de responsabilidades propiamente dichas, sino a distintas acciones de responsabilidad"<sup>57</sup>.

4.—Demandar a la sociedad, ante el Tribunal competente, en base al artículo 1.184 del Código Civil en una acción de "Enriquecimiento sin causa". En efecto, si la sociedad vende las acciones del socio está obteniendo un beneficio en la medida de un empobrecimiento de éste sin que haya ninguna causa que justifique tales aumentos y disminuciones patrimoniales. "La noción de enriquecimiento sin causa se basa fundamentalmente en la idea de que nadie puede enriquecerse a costa de otro sujeto de derecho, a menos que el enriquecimiento tenga algún motivo o causa que sea contemplada por el derecho. Supone este principio que la situación jurídica del patrimonio de los diversos sujetos de derecho está en una situación de equilibrio, en una situación estática; cuando ese equilibrio patrimonial se rompe pueden pasar bienes del patrimonio de un titular al patrimonio de otro titular, siempre que ese traslado se efectúe por una causa, motivo o razón jurídica válida, contemplada y autorizada por el ordenamiento jurídico positivo"<sup>58</sup>. Podría argumentarse que en este caso la causa está prevista en la ley: "artículo 295 del C. Com" (partiendo de la base de que la sociedad fraudulentamente y en contra de la realidad, afirme que el socio no ha cumplido con sus aportes).

A lo cual podría contestarse que el artículo 295 del Código de Comercio no puede servir de causa a ningún enriquecimiento porque es inconstitucional e ilegal.

5.—Demandar penalmente a los administradores de la sociedad por la comisión del hecho punible: "aprobación indebida calificada" (tipificado en el artículo 468 del Código Penal).

57. Maduro Luyando, Eloy: opus citatis pp. 172, 173 y 174.

58. Maduro Luyando, Eloy: opus citatis pps. 717 y 718.

6.—Demandar penalmente a los administradores de la sociedad por la comisión de los hechos punibles: "usurpación de funciones" (tipificado en el artículo 214 del Código Penal) y "prohibición de hacerse justicia por sí mismo" (tipificado en el artículo 271 del Código Penal).

7.—Demandar conforme al artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, ante la Corte Suprema de Justicia, la nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad del artículo 295 del Código de Comercio. Podría incluso el socio aventurarse a solicitar con fundamento en el artículo 131 "ejusdem" que la Corte condene al Estado al pago de las sumas de dinero que debe por haber sancionado una norma ilegal e inconstitucional (artículo 295 del Código de Comercio), disponiendo así lo necesario por el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por el Estado al dictar una disposición inconstitucional e ilegal. Evidentemente esto último no lo dice el artículo 131 *ejusdem* pero debería ser la consecuencia lógica de la declaración de inconstitucionalidad e ilegalidad del artículo 295 del Código de Comercio, desde el punto de vista de los "poderes del juez de lo constitucional y lo contencioso administrativo". Por supuesto que esto último sólo podría pedirlo el socio afectado a quien le hubieran ejecutado sus acciones. No está demás recordar que cualquier socio que deba o no aportes a la sociedad puede pedir, en base al artículo 112 *ejusdem*, el pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad e ilegalidad del artículo 295 C. Com., aun cuando sería necesario que efectivamente le hubiesen ejecutado las acciones para que pidiera además el pago de sumas de dinero y el restablecimiento de situaciones jurídicas lesionadas.

b) Si el socio no pagó los aportes debidos y la sociedad ha procedido conforme al artículo 295 C. Com., puede el primero<sup>59</sup>:

(Para simplificar las cosas nos remitiremos a lo dicho en la letra anterior) puede el socio actuar conforme a lo dicho en el N° 2, en el N° 3. (Salvando lo relativo al cúmulo de responsabilidades); en el N° 4; en el N° 5; en el N° 6 y en el N° 7. No

59. En todos los casos el socio debe alegar la inconstitucionalidad y la ilegalidad del artículo 295 del Código de Comercio.



puede el socio proceder en justicia conforme al N° 1 de la letra anterior, porque si él no ha cumplido (en el caso deba ya haberlo hecho) no puede demandar a la sociedad para que ésta cumpla con sus obligaciones so pena de que le opongan con toda la razón la "exceptio non adimpleti contractus".

- c) **Independientemente de que haya pagado o no, si la sociedad no ha procedido conforme al artículo 295 del Código de Comercio, el socio sólo puede demandar la inconstitucionalidad e ilegalidad de dicha norma de Justicia** (no se darían en este caso ninguna al artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (no se darían en este caso ninguna de las acciones civiles y penales antes señaladas).

### III CONCLUSIONES

1) La venta y las subsiguientes operaciones contempladas en el artículo 295 del Código de Comercio gozan de la naturaleza jurídica de: "Una venta en daño como forma especial coactiva de ejecución o expropiación no judicial por autoridad del propio acreedor".

2) Por tal razón el artículo 295 del Código de Comercio es tanto *inconstitucional* como *ilegal*.

3) En consecuencia, cualquier persona plenamente capaz puede demandar ante la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la "acción popular", la nulidad del artículo 295 del Código de Comercio.

4) Así mismo, el socio afectado dispone de diversas acciones civiles-mercantiles, penales y constitucionales, según haya o no cumplido con su aporte y según haya o no procedido la sociedad conforme al artículo 295 del Código de Comercio.

## IV. BIBLIOGRAFIA

1. ACEDO MENDOZA, Manuel: "Temas sobre la Sociedad Anónima" Ediciones de la Contraloría, Caracas, 1984.
2. ARCAAYA, Mariano: "Constitución de la República de Venezuela". Tomo I y II.
3. ASCARELLI, Tulio: 1. "Principios y problemas de las Sociedades Anónimas" México, Imprenta Universitaria 1951.  
2. "Sociedades y asociaciones comerciales" (con traducción de Santiago Sentís Melendo). Ediar, S.A., Editores Buenos Aires, Argentina, 1947.
4. BOLCHINI, en Riv. di dir comm. 1908; citado por Montesori; il Diritto al Ritenzione nella materia commerciale; citado a su vez por Rocco.
5. BREWER CARIAS, Allan R.: "Instituciones Políticas, y Constituciones". Universidad Católica Andrés Bello. Caracas - San Cristóbal 1982.
6. BROSETA PONT, Manuel: "Manual de Derecho Mercantil". Editorial Tecnos 1977.
7. BURGOS VILLASMIL, J. R.: "Aspectos fundamentales de las sociedades anónimas y del mercado de capitales". Apuntes. Caracas. 1982.
8. BUSTAMANTE Miranda, Maruja: "15 años de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia". Ediciones de la Contraloría General de la República 1978.
9. DE SOLA CAÑIZARES, Felipe: "Tratado de Derecho Comercial Comparado, Tomo III" Montaner y Simenon S.A., Barcelona 1963.
10. DOMINICI, Aníbal: "Comentarios al Código de Comercio Venezolano" (Vigente para 1891), Caracas, tipografía El Cojo.
11. FERRI, Guissepe: "Le società". U.E.T. Turín 1971.
12. GARCIA VILLAVERDE, Raúl: "La exclusión de los socios" 1977.
13. GARRIGUEZ, Joaquín: 1. "Tratado de Derecho Mercantil". 1941.  
2. "Tratado de Derecho Mercantil". (Corregido luego de 1951.)  
3. "Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas" (Posterior a 1951).
14. GOLDSCHMIDT Roberto: "Curso de Derecho Mercantil". Reimpresión Offset de la segunda Edición corregida y ampliada por el autor y actualizada por el profesor Víctor Pulido Méndez. Cursos de Derecho. Facultad de Derecho Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1980.
15. HEINSHEIMER, KARL: "Derecho Mercantil". Editorial Labor, S.A. Barcelona, Madrid, Buenos Aires, 1933.
16. JIMENEZ SALAS, Simón: "Derechos Básicos del socio y el derecho de las minorías" Jornadas de Derecho Mercantil U. C. A. B. 1978. Editorial Sucre.
17. MADURO LUYANO, Eloy: "Curso de Obligaciones. Derecho Civil III". Universidad Católica Andrés Bello. Manuales de Derecho 1977.
18. MARMOL MARQUIS, Hugo: "Fundamentos de Derecho Mercantil. Parte General". U.C.A.B. Estudios Jurídicos. Caracas 1978.

19. MASCHERONI, Fernando: "El vínculo accionista, Sociedad Anónima y el Contrato de suscripción". Editorial Cangallo S.A. 1970.
20. MESSINEO, Francisco: "Manual de Derecho Civil y Comercial con Traducción de Santiago Sentís Melendo, Tomo V: Relaciones obligatorias singulares".
21. MONTELLA R. GAY DE: 1. "Tratado práctico de Sociedades Mercantiles". librería Bosch, Barcelona, 1930.  
2. "Código de Comercio Español Comentado" (Legislación, Jurisprudencia, derecho comparado). Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1936.
22. MORALES, Carlos: "Comentarios al Código de Comercio Venezolano".
23. NUÑEZ, Jorge Enrique: "Sociedades Mercantiles". Tomo II. Maracaibo, Venezuela, 1978.
24. PINEDA LEON, Pedro: "Principios de Derecho Mercantil". Cuarta Edición aumentada y corregida. Talleres Gráficos Universitarios. Mérida-Venezuela, 1964.
25. ROCCO, Alfredo: "Principios de Derecho Mercantil. Parte General". Madrid. Revista de Derecho Privado, 1931.
26. RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín: "Curso de Derecho Mercantil". Editorial Porrúa S.A. 1952.
27. SANOJO, Luis: "Código de Comercio explicado y comentado". Caracas, imprenta al vapor 1862.
28. VIVANTE, César: "Curso de Derecho Mercantil". (No aparecen ni editor ni editorial ni año de edición).
29. OTROS TEXTOS.
  - A) Código de Comercio Venezolano por Armando Hernández-Bretón. Novena Edición corregida y aumentada. "Editorial La Torre". Caracas-Venezuela 1972.
  - B) Código de Procedimiento Civil Venezolano comentado por Armando Hernández. Editorial La Torre, Caracas, 1969.
  - C) Código Civil Venezolano. Editorial Paz Pérez. Caracas.
  - D) Código Penal de Venezuela. El Cid. Editor. Buenos Aires, Caracas, 1978.
  - E) Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Editorial La Torre Caracas.
  - F) Informe sobre el mercado de capitales 1979-1980, de la Comisión Nacional de Valores.
  - G) Boletín de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. N° 1. impreso en los talleres gráficos del Congreso de la República en el mes de marzo de 1982.

## V: TABLA DE MATERIAS:

## I.—INTRODUCCION

## II.—DESARROLLO:

- 1) Planteamiento.
  - A) El artículo 295 del Código de Comercio.
  - B) Análisis preliminar del artículo 295 del Código de Comercio.
  - C) Principales problemas que se nos plantean en relación al artículo 295 del Código de Comercio.
- 2) El problema en el Derecho Comparado:
  - A) Posición del ordenamiento jurídico argentino:
    - a) Fernando Mascheroni.
  - B) Posición del ordenamiento jurídico mexicano:
    - a) Joaquín Rodríguez Rodríguez.
  - C) Posición del ordenamiento jurídico alemán:
    - a) Karl Heinsheimer.
  - D) Posición del ordenamiento jurídico italiano:
    - a) Alfredo Rocco.
    - b) César Vivante.
    - c) Francesco Messineo.
    - d) Tulio Ascarelli.
    - e) Giuseppe Ferri.
  - E) Posición del ordenamiento jurídico español.
    - a) R. Gay de Montellá.
    - b) Joaquín Garríguez.
    - c) Felipe de Solá Cañizares.
    - d) Raúl García Villaverde.
- 3) El problema en el Derecho venezolano.
  - A) Normas de rango legal.

- B) La Jurisprudencia.
- C) La Doctrina:
  - a) Luis Sanojo.
  - b) Aníbal Dominici.
  - c) Pedro Pineda León.
  - d) Carlos Morales.
  - e) Simón Jiménez Salas.
  - f) Roberto Golsdschmidt.
  - g) Jorge Enrique Núñez.
  - h) Manuel Acedo Mendoza.
  - i) J. R. Burgos Villasmil.
  - j) Doctrina Administrativa de la Comisión Nacional de Valores.
- 4) Análisis a profundidad de la venta de acciones que permite el artículo 295 del Código de Comercio:
  - A) Naturaleza jurídica de la venta de acciones que permita el artículo 295 del Código de Comercio:
    - a) Tesis de la rescisión contractual por vía compulsiva.
    - b) Tesis de la condición resolutoria tácita.
    - c) Tesis de la penalidad.
    - d) Tesis de la defensa privada.
    - e) Otras tesis.
  - B) Nuestra posición:
- 5) Tratamiento a la venta de acciones que permite el artículo 295 del Código de Comercio.
  - A) Posible inconstitucionalidad por atentar contra el derecho de defensa:
    - a) Normas constitucionales.
    - b) Jurisprudencia.

- c) Doctrina.
- d) Nuestra opinión.
- B) Posible inconstitucionalidad por atentar contra el derecho de propiedad:
  - a) Normas constitucionales.
  - b) Jurisprudencia.
  - c) Nuestra opinión.
- C) Ilegalidad del artículo 295 del Código de Comercio.
  - a) Comentario preliminar.
  - b) Bases jurisprudenciales de nuestras consideraciones.
  - c) Algunas normas del Código de Procedimiento Civil que regulan el derecho de defensa, tendiendo a salvaguardarlo, y que deben considerarse de eminente orden público y de interpretación extensiva.
  - d) Algunas normas del Código Civil que regulan el derecho de defensa, tendiendo a salvaguardarlo y que deben considerarse de eminente orden público y de interpretación extensiva.
  - e) Apéndice: "actuar conforme a lo establecido en el artículo 295 del Código de Comercio puede conllevar a la comisión de hechos punibles".
- 6) Posibles posiciones a asumirse ante el artículo 295 del Código de Comercio.
  - A) Por cualquier ciudadano capaz.
  - B) Por el socio afectado.

### III. CONCLUSIONES.

### IV. Bibliografía

### V. TABLA DE MATERIAS.



## EL CONCEPTO LEGAL DE ENFERMEDAD PROFESIONAL

OSWALDO MANTERO DE SAN VICENTE

La Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, da nueva vigencia a la distinción entre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y a la distinción entre éstos y los accidentes y enfermedades comunes.

Al mismo tiempo introduce en nuestro derecho una nueva definición de enfermedad profesional. Se intenta en este estudio un análisis del concepto de enfermedad profesional en nuestro derecho positivo y de los alcances de las modificaciones introducidas al mismo por la nueva Ley.

— I —

## EVOLUCION DE LOS CONCEPTOS DE ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL

### 1. - Evolución a nivel universal

1.1. El desarrollo de las ideas de accidente de trabajo y de enfermedad profesional, o de los infortunios del trabajo, en la denominación común para ambos, dada por Tissembaun, constituye uno de los mayores esfuerzos realizados por el pensamiento jurídico occidental a comienzos del siglo XX<sup>1</sup>.

1. Esa evolución, que comienza con la aplicación del criterio contractualista, que liberaba al patrón de toda responsabilidad y culmina con las diversas concepciones de la culpa objetiva del patrón (responsabilidad por el hecho de las cosas, teoría del riesgo, teoría del riesgo de autoridad, etc.), constituye aún en nuestros días un tema apasionante, del que pueden obtener gran provecho los estudiantes y los estudiosos del Derecho del Trabajo. Puede verse la bibliografía clásica sobre la materia: SACHET "Traité théorique et pratique de la législation sur les accidents du travail et les maladies professionnelles", Paris Sirey, 1936; ROUAST A., et GIVORD M., "Traité des accidents du travail et des maladies professionnelles"; GAZIER H. "Les accidents du travail et les maladies professionnelles". En español DE LA CUEVA, "Derecho Mexicano del Trabajo", México, Edit. Porrúa, 1954, Tomo II, pp. 49 a 179, donde se hace una extensa exposición de las principales teorías.

Parte de esa elaboración es la distinción entre accidente y enfermedad profesional; entre enfermedad común y enfermedad profesional, y entre accidente de trabajo y accidente común.

En el primer aspecto: distinción entre enfermedad y accidente, el derecho comparado señaló dos orientaciones: por un lado la de la legislación francesa, alemana, belga e italiana, que distinguió nítidamente ambos conceptos; y por otro la legislación española, seguida por México y otros países latinoamericanos, que dieron un tratamiento común al accidente y a la enfermedad profesional.

A la necesidad de distinguir el accidente de la enfermedad, responde, por ejemplo, la definición de la Oficina Imperial Alemana que establece que el accidente es aquél que se produce en un instante y está claramente limitado en su principio y por su fin".

Como consecuencia de esa distinción, la jurisprudencia de las primeras décadas de nuestro siglo, es profusa en cuanto al análisis de casos límites, tales como si la mordedura de una víbora implica enfermedad o accidente, si la muerte por tétanos es originada en una enfermedad o en un accidente, y sobre todo en cuanto a la distinción entre el accidente ocurrido en el lugar de trabajo y el accidente en viaje hacia el lugar de trabajo, o accidente in itinere.

1.2. La aparición y el posterior predominio de las ideas propias de la seguridad social, operada a partir de la segunda postguerra, hizo perder importancia a esas distinciones.

En efecto: la seguridad social impone la concepción del riesgo social o de socialización del riesgo, que no basa ya la indemnización, o la prestación de reparación, en la idea de la culpa.

La situación de quien perdió total o parcialmente la posibilidad de trabajar por uno de los llamados infortunios del trabajo, es, en la nueva concepción, reparada por toda la sociedad y no por quien causó el daño real o presuntivamente, o creó el riesgo.

La seguridad social atiende más a la contingencia que a la causa, de manera que tiende a atender en igual forma, a quien no puede trabajar porque sufrió un accidente, que a quien no puede hacerlo porque sufrió una enfermedad, sean uno u otro, originados o no en el trabajo.

## 2. La evolución de ambos conceptos en el Derecho Venezolano

2.1. Nuestro derecho positivo comienza a recibir los efectos de la transformación que en todo el mundo se opera en torno al tratamiento legal de los accidentes de trabajo, con la Ley de Minas de 1915, que introduce la teoría del riesgo<sup>2</sup>. La misma teoría es posteriormente recibida en la Ley de 1928, de la que pasa a la Ley del Trabajo de 1936, que con pequeñas modificaciones rige aún.

2.2. La Ley del Trabajo en su Título IV crea un régimen de responsabilidad patronal objetiva por los daños sufridos por accidente de trabajo y enfermedad profesional.

Los conceptos de enfermedad profesional y accidente de trabajo, son definidos por la Ley del Trabajo en los arts. 141, 142 y 163.

2.3. En 1940 se sanciona la primera Ley de Seguro Social, que comienza a regir en 1944, y que pone a cargo del mismo, las indemnizaciones por accidente o enfermedad profesional. No obstante, no se deroga el régimen de responsabilidad patronal por riesgo, previsto en la Ley del Trabajo, porque el mismo continúa vigente en las zonas del país en que no es posible la aplicación integral del régimen de Seguro Social.

En virtud de la Ley del 11 de julio de 1967, el Seguro Social amplía su cobertura a las contingencias de accidente y enfermedad común.

Debe tenerse en cuenta además, que si bien **el régimen del Seguro Social, modificó profundamente el sistema de indemnización, no derogó las definiciones de accidente de trabajo y de enfermedad profesional contenidas en la Ley del Trabajo**. Por el contrario, el artículo 100 de la Ley del Seguro Social, se remite expresamente a las definiciones de la Ley del Trabajo<sup>3</sup>.

2. Sobre los antecedentes de esa Discusión en Venezuela puede verse **Parra Aranguren Fernando** "Antecedentes del Derecho del Trabajo en Venezuela", Caracas - San Cristóbal 1980.

En la Revista de la Facultad de Derecho de la UCAB, N° 8, año 1968-1969 se publicó bajo el Título de "Proyecto de Leyes Laborales de Venezuela en 1916". El Proyecto de "Ley de Protección de Obreros" y de "Ley de Responsabilidad por Accidente de Trabajo".

3. **Ley del Seguro Social, artículo 100** "Si la presente Ley o su reglamento, no contuvieren, en términos expresos, las definiciones de ciertos conceptos, en ellos enunciados, serán aplicables las establecidas en la Ley del Trabajo y su Reglamento

### 3. Los conceptos de accidente de trabajo y enfermedad profesional en la Ley del Trabajo.

Es obvia la diferencia en la Ley del Trabajo en cuanto a los conceptos de accidente de trabajo y enfermedad profesional. En tanto que el accidente de trabajo es el que ocurre **"en el curso del trabajo, por el hecho o con ocasión del trabajo"**; la enfermedad profesional, es la **"resultante"** del trabajo o del medio en el cual el trabajador se encuentra obligado a trabajar.

En otras palabras: es accidente de trabajo, cualquier lesión corporal o la muerte, que ocurra en el curso de, por el hecho de, o con ocasión del trabajo. En cuanto al alcance de estos conceptos, la doctrina universal y la jurisprudencia, han precisado que **"en ocasión del trabajo"**, debe entenderse como **"en el lugar y tiempo del trabajo"**, que para una fuerte corriente doctrinal, es equivalente, al lugar y tiempo en que el trabajador se encuentra bajo subordinación, es decir, que **entre el accidente y el trabajo, no hay necesariamente una relación de causa a efecto, sino que es suficiente una relación de concomitancia o contemporaneidad.** Todo accidente que ocurra al trabajador en el curso del trabajo, por el hecho del mismo, o en ocasión del trabajo, es, por definición legal, un accidente de trabajo.

En cambio, la definición que el artículo 142 de la Ley del Trabajo<sup>4</sup>, da de la enfermedad profesional, se basa en el concepto de causalidad, expresado en el adverbio **"resultante"**.

Para el artículo 142 de la Ley del Trabajo, es enfermedad profesional el estado patológico resultante del trabajo o del medio en el cual el obrero se encuentra obligado a trabajar.

**A diferencia del accidente de trabajo, la enfermedad profesional, tal como está definida en el artículo 142, se basa en la causalidad: enfermedad profesional es la causada (resultante de) por el trabajo o el medio de trabajo.**

4. Ley del Trabajo artículo 142: "Se consideran como enfermedades profesionales, todos los estados patológicos resultantes del trabajo que efectúe el obrero o del medio en el cual se encuentra obligado a trabajar; y que provocan en el organismo una lesión o un trastorno funcional, permanente o temporal, pudiendo ser determinadas las dichas enfermedades profesionales por agentes físicos, químicos o biológicos".

#### **4. La definición de enfermedad profesional en el art. 142 de la Ley del Trabajo.**

El artículo 142 de la Ley del Trabajo, como acabamos de señalar, da una definición de la "enfermedad profesional" en base al criterio de causalidad: enfermedad profesional es la causada por ("resultante de"), "el trabajo que efectúa el obrero o el medio en el cual se encuentra obligado a trabajar".

Esa definición es completada con la descripción de los efectos de las enfermedades y con la enunciación de los agentes causantes de las mismas.

En el primer aspecto, el texto legal dice que las enfermedades o estados patológicos "provocan en el organismo, una lesión o un trastorno funcional, permanente o temporal",

En el segundo aspecto, indica como agentes de las enfermedades, "los agentes físicos, químicos o biológicos"

#### **5. Exclusión de las enfermedades endémicas**

La misma Ley del Trabajo, en su artículo 162, excluía de la calificación de enfermedad profesional, a las enfermedades endémicas que se contraen por el hecho de residir en los lugares donde se practican los trabajos.

Si esta exclusión no hubiera sido hecho a texto expreso, creemos que las enfermedades endémicas, como el paludismo y la anquilostomiasis, debían haber sido consideradas como enfermedades profesionales cuando fueran resultantes del medio en el cual el obrero se encuentra obligado a trabajar.

#### **6. El sistema de listas de enfermedades profesionales**

Es sabido que existen en el derecho comparado, dos grandes sistemas de determinación de las enfermedades profesionales: el que consiste en una definición genérica del concepto legal y el que recurre a la elaboración de listas de enfermedades consideradas profesionales. En general el sistema de listas, consiste en la elaboración de dos listados: uno de enfermedades y otro de actividades o sustancias que las causan, de manera que es enfermedad profesional, la que aparece en la lista de tales, cuando aqueja a un trabajador que trabaja con la sustancia o en la actividad indicada en la segunda lista.



En reciente exposición ante el XI Congreso Internacional del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, el Profesor LASZLO NAGY, expuso el panorama del derecho comparado en los siguientes términos: "Algunos países recurren a listas pormenorizadas (Corea, R.F.A., Francia, Hungría, Israel, Japón, Reino Unido). Otros permiten la posibilidad de extender la lista de enfermedades ocupacionales a otros casos. La determinación es confiada a los tribunales (Columbia USA) o a algún órgano administrativo (Chile, Suiza). Muchos países consagran principios con el propósito de facilitar la calificación. Así por ejemplo, enfermedades no incluidas en las listas pueden ser consideradas como ocupacionales si, de acuerdo a evidencia científica confiable, ocurren exclusiva o predominantemente si el trabajador manipula alguna materia o está expuesto a radiación (Austria), o si se verifica como el exclusivo o predominante resultado de sus actividades (Suiza) o que no fue causado por desarreglos del organismo sino que fue la consecuencia directa e inevitable de la labor (Portugal-España) o fue causado por un peligro inherente al trabajo (o la labor) en sí misma"<sup>5</sup>.

En vista de esta disparidad de criterios, la Organización Internacional del Trabajo, sancionó en 1964 el Convenio 121 referente a "Prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedades profesionales", que nuestro país ratificó mediante Ley de 1981, en cuyo artículo 8º se impone a los estados miembros que lo ratifiquen la obligación de optar por una de tres soluciones alternativas: la de la lista, que debe ser por lo menos igual a una anexa al convenio, la de definición, en forma tal que la definición abarque a todas las enfermedades previstas en la lista y una solución mixta de los dos anteriores<sup>6</sup>.

5. Vid. XI Congreso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social". Ponencias Generales Tomo I, p. 137. Caracas, 1985.

6. Convenio 121 relativo a las prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedades profesionales.- Art. 8 "Todo miembro deberá: a) prescribir una lista de enfermedades en la que figuren, por lo menos, las que se enumeran en el cuadro I del presente Convenio y que serán reconocidas como enfermedades profesionales cuando sean contraídas en las condiciones prescritas; o b) incluir en su legislación una definición general de las enfermedades profesionales, que deberá ser suficientemente amplia para que abarque, por lo menos, las enfermedades enumeradas en el cuadro I del presente Convenio; o c) establecer una lista de enfermedades en cumplimiento del apartado a) añadiendo además, sea una definición general de enfermedades profesionales o bien otras disposiciones que permitan establecer el origen profesional de las enfermedades que no figuran en la lista o que se manifiestan bajo condiciones diferentes de las prescritas."

### 7. La utilización del sistema de listas en el Art. 163 de la Ley del Trabajo.

La Ley del Trabajo impone en el Art. 163<sup>7</sup> el sistema de listas, de acuerdo al criterio generalmente utilizado de relacionar en listas paralelas, las enfermedades y las sustancias que las causan.

Rige actualmente la lista del art. 319 del Reglamento de la Ley del Trabajo.

Dado que la lista del art. 319 es diferente a la lista mínima, prevista en el Convenio 121, que ha sido convertido en norma nacional mediante su ratificación, creemos, de acuerdo con el principio de la vigencia de la norma más beneficiosa, recogido en el párrafo 8 del art. 19 de la Constitución de la O.I.T., que actualmente rigen en Venezuela ambas listas<sup>8</sup>.

### 8. El concepto de enfermedad profesional en la Ley del Trabajo

8.1. La circunstancia de que el artículo 142 de la Ley del Trabajo establezca una definición de la enfermedad profesional, al tiempo que el artículo 164 de la misma Ley, establece el sistema de listas, conforme al cual se consideran enfermedades profesionales las indicadas en la lista como causadas por determinadas sustancias cuando sean padecidas por trabajadores que laboren en industrias en las cuales se fabriquen o se empleen dichas sustancias, plantea un problema de interpretación.

Durante la vigencia de las definiciones de la Ley del Trabajo, la opción más generalizada, apoyada en la autoridad de RAFAEL CALDERA, entendía que la Ley del Trabajo seguía el sistema según el cual sólo son enfermedades profesionales las enumeradas en las listas que conforme a la Ley, elabore el Poder Ejecutivo.

7. Ley del Trabajo art. 163 "Se consideran como enfermedades o intoxicaciones profesionales las producidas por las sustancias que determinará el Ejecutivo Federal al reglamentar la presente Ley, o por Resoluciones especiales, cuando hayan sido adquiridas por obreros, empleados o aprendices que trabajen en industrias en las cuales se fabriquen o se empleen dichas sustancias".

8. Está además vigente en nuestro derecho, el art. 79 del Reglamento de Higiene y Seguridad Industrial, que establece, también, con el sistema de listas paralelas, un listado de industrias o trabajos peligrosos o insalubres.

Dice al respecto el Dr. Caldera<sup>9</sup> "Estas normas responden al sistema taxativo de la Ley Francesa, y establecen, como ella, el procedimiento de la doble lista, la cual "ha quedado establecida en el artículo 258 (hoy 319) del Reglamento de la Ley del Trabajo. Pero contiene además la ley vigente, una definición de enfermedad profesional, evidentemente inspirada en la mexicana: artículo 103 (hoy 142). Y se pregunta: esta adición ¿significa que el Derecho Venezolano haya adoptado el sistema mexicano de extender la responsabilidad por enfermedades profesionales en forma general? No lo creo. "La supresión del aparte mexicano que permite la yuxtaposición de la definición y de la lista (además de los padecimientos que pudieran estar comprendidos, etc.), excluye en mi concepto, esa yuxtaposición en Venezuela. Ni siquiera me parece que tenga fundamento la tesis de que el artículo 103 y el 124 (hoy 142 y 163) de nuestra ley coliden. Por ninguna parte aparece semejante colisión.

La interpretación que encaja en el caso venezolano es la de que la definición del artículo 103 (hoy 142) constituye la base legal sobre la cual el Ejecutivo debe dictar reglamentariamente la enumeración prevista por el artículo 124 (hoy 163). El sistema de la ley de 1928 no ponía ningún límite ni daba ninguna norma a la facultad ejecutiva, éstos vinieron a fijarse mediante la definición, en la reforma de 1936. Sólo que es de desear mayor claridad en alguna futura reforma".

#### 9. El concepto de enfermedad profesional en la Ley del Trabajo (Conclusión).

Creemos con el Prof. Caldera que el artículo 143 de la Ley del Trabajo no colide con el artículo 163 de la misma Ley. Pero la armonización de ambos artículos, es también posible entendiendo que el régimen de la Ley del Trabajo era el de definición genérica del concepto de enfermedad profesional, complementa-

9. La posición del Dr. Caldera aparece expuesta en la edición de su obra "Derecho del Trabajo". Editada en Caracas en 1939 por Tipografía Nacional, ya que el capítulo correspondiente a accidentes de trabajo fue suprimido en las ediciones posteriores a la sanción de la Ley de Seguro Social.

Dado que consideramos fundamental que los estudiantes de Derecho del Trabajo, conozcan el desarrollo que el Dr. Caldera hace en una obra prácticamente agotada, hemos transcrito textualmente el párrafo correspondiente.

da con el sistema de listas, tal como se prevé en la tercera opción de los previstos en el artículo 8 de la Convención de la OTI <sup>10</sup>.

De acuerdo a los textos de la Ley del Trabajo, es perfectamente posible entender que la definición de enfermedad profesional es la del artículo 143 y que las listas que el Poder Ejecutivo elabore en cumplimiento del artículo 163 tienen, conforme al mismo, la finalidad de establecer la presunción, de que siempre que aparezca esa enfermedad en un trabajador que labora en contacto con la sustancia indicada, estamos ante un caso de enfermedad profesional.

De esa manera, ambos artículos se armonizarían entendiendo que las listas establecen una presunción que libera al trabajador de la obligación de probar la causalidad entre la enfermedad que padece y el trabajo que realiza. Pero además de las enfermedades enumeradas en el reglamento, el trabajador puede aportar la prueba del origen profesional de otras enfermedades conforme a la definición genérica del artículo 142.

Es de señalar que la interpretación que proponemos para la legislación venezolana, que mantiene la definición genérica de enfermedad profesional, al mismo tiempo que recurre al sistema de listas, ha sido propuesta también ante la legislación francesa, que claramente opta por el sistema de listas. Explicando el sistema francés enseña el profesor LYON CAEN: "Para facilitar la prueba de ese vínculo de causalidad-muy difícil en sí misma el legislador ha recurrido a varias emisiones de listas de enfermedades cuyo origen profesional se presume. La presunción es susceptible de prueba en contrario. Fuera de las enfermedades enumeradas por la ley, el asalariado puede aportar la prueba del origen profesional de una enfermedad. Si la enfermedad figura en la lista de enfermedades de origen profesional, alcanza para el obrero con establecer que él efectuaba el trabajo correspondiente a la aparición normal de la enfermedad" <sup>11</sup>.

10. Ver Nota 6.

11. Lyon Caen Gerard "Manuel de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale" Paris Librairie Générale de Droit et de la Jurisprudence 1955, pág. 337.

10. **Situación del tratamiento legal de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en el momento de sancionarse la Ley Orgánica de Prevención, Condición y Medio Ambiente de Trabajo.**

Al sancionarse la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, las principales características de nuestro régimen eran:

1) Continuaban vigentes las definiciones de accidente de trabajo y de enfermedad profesional, previstas en el Título IV de la Ley del Trabajo.

2) En las zonas del país en que regía plenamente el seguro social, la indemnización legal, tanto por accidente de trabajo, como por enfermedad profesional, estaba exclusivamente a cargo del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales.

A su vez el régimen de indemnización del Seguro Social, presenta las siguientes características:

- a) No hace diferencia entre accidente de trabajo y enfermedad profesional;
- b) Minimiza la diferencia entre accidente de trabajo y accidente común en cuanto al derecho a percibir indemnización, y
- c) Mantiene diferencias entre las condiciones para generar el derecho a la indemnización de la invalidez provocada por una enfermedad profesional y por una enfermedad común<sup>12</sup>.

12. **Ley del Seguro Social, artículo 14.** "El inválido tiene derecho a percibir una pensión siempre que tenga acreditadas: a) no menos de cien cotizaciones semanales en los tres últimos años anteriores a la iniciación del estado de invalidez; y además, b) un mínimo de doscientas cincuenta semanas cotizadas. Cuando el asegurado sea menor de treinta y cinco años, el mínimo de doscientas cincuenta cotizaciones semanales se reducirá a razón de 20 cotizaciones por cada año, sin que ello excluya el cumplimiento del requisito establecido en el inciso a) de este artículo.

**Artículo 15.** Los asegurados que se invaliden a consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, tendrán derecho a la pensión de invalidez, cualquiera que sea su edad y no se les exigirá requisito de cotizaciones previas. Cuando la invalidez provenga de un accidente común también tendrá derecho a la pensión, siempre que el trabajador, para el día del accidente esté sujeto a la obligación del Seguro Social".

**11. Modificaciones al tratamiento legal de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales introducidas por la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo.**

La Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, ha vuelto a plantear entre nosotros la necesidad de distinguir los conceptos de accidente de trabajo y enfermedad común o el accidente común.

La Ley no innova fundamentalmente en cuanto al régimen de reparación o indemnización por infortunios del trabajo. La indemnización de los accidentes y enfermedades continúa estando entre nosotros a cargo del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales y se rige por el régimen legal en materia de indemnizaciones o prestaciones, establecido por ley de creación de dicho instituto. Pero se establece, además, un régimen de indemnizaciones a cargo del empleador, cuando la muerte o *incapacidad del trabajador fuese originada en el no cumplimiento*, por parte del empleador, de sus obligaciones de seguridad, aun a sabiendas de que los trabajadores corren en peligro en el desempeño de sus labores.

El nuevo texto se incorpora así, al grupo de legislaciones, que si bien mantienen los modernos principios de la seguridad social, en materia de reparación de los infortunios laborales, impone además una indemnización especial a cargo del empleador, cuando éste actúe con culpa en un grado que puede calificarse de "culpa inexcusable", "culpa grave" o culpa lata". Es una solución similar, a la que, desde 1898, y a través de numerosas reformas, ha mantenido la legislación francesa<sup>13</sup>.

Más allá de los notorios defectos de redacción del artículo 33 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, es necesario señalar, que la reforma introdu-

13. Aunque nuestro artículo 33 no introduce con claridad el concepto de "culpa inexcusable", que utiliza la Ley Francesa de 1898, ni ninguna de las clasificaciones que de la culpa, hace el derecho civil (culpa leve, culpa grave, culpa lata, etc.), es interesante señalar que el texto legal, parece recibir varios de los elementos característicos de la culpa inexcusable según la jurisprudencia francesa, que estableció que por falta inexcusable, debe entenderse una falta de una gravedad excepcional, derivada de un acto o de una omisión voluntaria, de la conciencia del peligro por parte de su autor, de la ausencia de toda causa de justificación y que se distingue de la falta intencional, por la ausencia del elemento intención (Vide ROUAST DURAND et DUPEYROUX "Sécurité Sociale", Paris Dalloz, 1961, p. 407).



cida por el mismo en cuanto al régimen de indemnizaciones, es necesaria y conveniente. Nuestro régimen, que ponía la reparación íntegramente a cargo del seguro, no creaba mecanismos legales eficientes, para lograr que los patronos invirtieran en seguridad. Esta norma, que impone el pago de importantes indemnizaciones a los patronos que en forma culpable dejaren de cumplir con sus obligaciones de seguridad, tiende a incentivar las inversiones en seguridad y debe considerarse complementaria, con la del artículo 43 de la misma ley, que hace objeto de desgravamen fiscal a las inversiones que los patronos realicen en materia de higiene y seguridad.

Pero lo que importa señalar, dentro de los límites de este ensayo, es que en virtud de la nueva ley recobra importancia la distinción entre accidente de trabajo y accidente común y entre enfermedad profesional y enfermedad común, ya que obviamente la responsabilidad especial prevista en el artículo 33 se causa por el accidente de trabajo o la enfermedad profesional pero no por el accidente o la enfermedad común.

— II —

#### **LAS DEFINICIONES DE ACCIDENTE DE TRABAJO Y DE ENFERMEDAD PROFESIONAL EN LA LEY ORGANICA DE PREVENCION CONDICIONES Y MEDIO AMBIENTE DE TRABAJO**

La Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, en sus artículos 28 y 32 define los conceptos de enfermedad profesional y de accidente de trabajo respectivamente.

#### **12. La definición de accidentes de trabajo.**

La definición de accidente de trabajo no es nueva; repite la ya contenida, en el artículo 141 de la Ley del Trabajo.<sup>14</sup> Sólo

14. Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, Artículo 32: "Se entiende por accidente de trabajo todas las lesiones funcionales o corporales permanentes o temporales, inmediatas o posteriores, o la muerte resultantes de la acción violenta de una fuerza exterior que pueda ser determinada o (y) sobrevenida, en el curso del trabajo por el hecho o con ocasión del trabajo; será igualmente considerado como accidente de trabajo, toda lesión interna determinada por un esfuerzo violento, sobrevenida en las mismas circunstancias."

cabe señalar, que en la publicación oficial de la Ley (Gaceta Oficial N° Extraordinario 3.850 del 18 de julio de 1986), aparece una pequeña modificación atribuible a un error de imprenta. En donde la Ley del Trabajo dice: "...una fuerza exterior que pueda ser determinada y sobrevenida en el curso del trabajo, por el hecho o con ocasión del trabajo...", el texto publicado dice: "...una fuerza exterior que pueda ser determinada o sobrevenida en el curso del trabajo, por el hecho o con ocasión del trabajo...". La modificación carece de sentido y de explicación, ya que sería absurdo interpretar, que es accidente de trabajo, la lesión causada por una fuerza exterior que pueda ser determinada, pero que no sobrevenga en el curso del trabajo, por el hecho o en ocasión del trabajo, como semánticamente podría entenderse ante la sustitución de la conjunción "y" por "o".

### 13. Antecedentes legislativos de la nueva definición de enfermedad profesional.

A diferencia de lo ocurrido en cuanto a los accidentes de trabajo, el legislador quiso introducir profundas modificaciones en el concepto de enfermedades profesionales al sancionar la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo.

Lo modificación de dicha definición es señalada por los autores del proyecto como uno de los aportes fundamentales de la ley, y su fundamentación y exposición ocupa más de tres páginas de la Exposición de Motivos, bajo el título "Reformulación de la Enfermedad Profesional como categoría Legal".

En dicha Exposición de Motivos, los autores del proyecto señalan varios puntos concretos en virtud de los cuales se modifica la legislación anterior.

a) En primer lugar se señala la necesidad de abandonar el sistema de lista en los siguientes términos:

"La Legislación Venezolana ha sido tradicionalmente amplia a la hora de definir la enfermedad profesional desde sus primeras leyes de trabajo, y empleó el término "**con Ocasión**", "de trabajo" (subrayado en el texto) por demás comprensivo, para establecer una relación de causalidad".

"Esa amplitud inicial quedó sin embargo limitada, al ser restringido el carácter de profesional "a una lista" o baremo de entidades nosológicas prácticamente impuestas por normas foráneas o convenios internacionales...".

b) A esa crítica clara a lo que los autores del proyecto entendían que era el régimen legal vigente en Venezuela, se agrega otra, que es la de que la Ley del Trabajo se adecúa a un criterio de causalidad demasiado estricto. Dice en este sentido la exposición de motivos: "... La limitación no sólo queda circunscrita al baremo mencionado, sino que al establecer una relación lineal de causalidad entre las condiciones y medio ambiente de trabajo y la salud ocupacional, el legislador se circunscribió a los agentes que la Medicina del Trabajo y la Seguridad Industrial manejaban como **generadores universales de la patología profesional** (subrayado en el texto) (agentes físicos, químicos y biológicos)".

c) Conforme a la explicación de los proyectistas, la modificación de la legislación resultaba imperiosa, para incluir entre los agentes causantes de enfermedad profesional las "adversas condiciones ergonómicas" y para incluir entre esas enfermedades a "los trastornos físicos y mentales derivados de la desarmonía o desajuste entre el trabajador" y los complejos sistemas y vertiginosas velocidades del moderno desarrollo tecnológico.

#### 14. **La definición de enfermedad profesional en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo.**

De la lectura del artículo 28 de Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo,<sup>15</sup> puede inferirse que en el mismo hay dos definiciones o dos conceptos de enfermedad profesional, separados en el texto por la conjunción "y".

15. Se entiende por enfermedades profesionales, a los efectos de esta Ley, **los estados patológicos contraídos con ocasión del trabajo o exposición al medio en que el trabajador se encuentra obligado a trabajar; y aquellos estados patológicos imputables a la acción de agentes físicos, condiciones ergonómicas, meteorológicas; agentes químicos, agentes biológicos, factores psicológicos y emocionales, que se manifiestan por una lesión orgánica, trastornos enzimáticos o bioquímicos, trastornos funcionales o desequilibrio mentales temporales o permanentes contraídos en el ambiente de trabajo que señale la reglamentación de la presente ley, y en lo sucesivo se añadieren al ser aprobada su inclusión por el organismo competente.**

En la primera parte del artículo, se define a las enfermedades profesionales, como "los estados patológicos contraídos con ocasión del trabajo o exposición al medio en el que el trabajador se encuentra obligado a trabajar".

En la parte final del artículo, después de la conjunción "y" que señala que se trata de otro criterio de definición, se define a las enfermedades profesionales como "aquellos estados patológicos imputables a la acción de agentes físicos, condiciones ergonómicas, meteorológicas, agentes químicos, agentes biológicos, factores psicológicos y emocionales, que se manifiestan por una lesión orgánica, trastornos enzimáticos o bioquímicos, trastornos funcionales o desequilibrio mental, temporales o permanentes, contraídos en el ambiente de trabajo que señale la reglamentación de la presente ley, y en lo sucesivo se añadieren al ser aprobada su inclusión por el organismo competente".

El hecho de que se recurra a dos criterios, no es sorprendente.

Se trata de la misma fórmula que utilizaba ya la Ley del Trabajo en los artículos 142 y 163. Por una parte se da una definición genérica de lo que es enfermedad profesional, y por la otra se dan las pautas, para que por vía de reglamentación, se establezcan las listas de enfermedades y los agentes que las causan. Es decir que nuestra legislación, no hizo más que optar por una de las tres fórmulas admitidas en el Convenio de la OIT<sup>16</sup>.

Por lo demás la solución adoptada por la Ley, resulta conveniente y ajustada a los propósitos anunciados por el legislador en la exposición de motivos. Con el criterio de definición genérica adoptada en la primera parte se obvia la rigidez y la limitación del sistema de listas. Pero como este criterio presenta la dificultad de que el trabajador debe probar que contrajo la enfermedad en ocasión del trabajo o exposición al medio en que se encuentra obligado a trabajar, se utiliza también el sistema de listas establecidas por vía reglamentaria, que al establecer la presunción (juris et de jure) de que determinada enfermedad es consecuencia de trabajar con una sustancia determinada o de realizar una determinada actividad libera al trabajador de la carga de la prueba.

16. Ver Nota 6.

**15. Diferencias en el concepto de enfermedad profesional en la Ley del Trabajo y en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo.**

Debe señalarse sin embargo, que ambos criterios se dan en la nueva legislación, con algunos caracteres diferenciales en comparación con la Ley del Trabajo.

15.1. En cuanto a la definición genérica de la primera parte del artículo, llama la atención la utilización de la expresión "con ocasión del trabajo"; se sustitución de la expresión "resultante del trabajo" que utilizaba la Ley del Trabajo.

Si la utilización de una u otra expresión, debe interpretarse como un cambio de orientación querida por el legislador, y no como un mero descuido en el sentido de los términos que se estaban utilizando, deberemos entender que se quiso hacer más laxo el criterio de la relación de causalidad entre el trabajo y la enfermedad.

Esa interpretación resulta concordante con la intención del legislador manifestada en la exposición de motivos, en que se critica la legislación anterior por "establecer una relación lineal de causalidad".

Ya hemos señalado que la jurisprudencia y la doctrina universales han afirmado una acepción amplia del concepto en ocasión del trabajo (utilizado para definir al accidente de trabajo), en virtud de la cual se considera "en ocasión del trabajo", al accidente ocurrido en el lugar o en la oportunidad del trabajo, aunque el mismo no sea causado directamente por el trabajo. En virtud de esa interpretación puede afirmarse que no es necesaria una relación de causalidad entre el trabajo y el accidente, sino que también es accidente de trabajo, aquél que sin ser causado por el trabajo, ocurre en el momento, en el lugar o en relación con el trabajo.

Si se diera a la expresión "en ocasión", utilizada en la definición de enfermedad profesional, una interpretación tan amplia, como la que la doctrina y la jurisdicción universales dieron a la misma expresión en cuanto a los accidentes de trabajo, podría incurrirse en una interpretación exagerada, que permitiera calificar de enfermedad profesional a cualquier enfermedad, contraída en el tiempo o en el lugar de trabajo, aunque no tuviera

ninguna relación con él. Pero sin duda el nuevo texto, obliga a ser menos riguroso en la exigencia de la prueba de la relación de causalidad entre la enfermedad y el trabajo o el ambiente en que se trabaja.

Ese criterio es coherente con el sistema general adoptado por la ley: cuando una enfermedad haya sido incluida en la lista, debe presumirse la relación de causalidad; cuando la enfermedad no hubiera sido incluida en la lista, podrá exigirse la prueba de la relación entre la enfermedad y el trabajo, pero esa relación no deberá ser de estricta causalidad (resultante) como en el régimen de la Ley del Trabajo, sino que será necesario probar tan sólo que la enfermedad fue contraída con ocasión del trabajo o exposición al medio en que el trabajador se encuentra obligado a trabajar.

15.2. El segundo criterio de definición contenido en el artículo 28 recoge el sistema de listas, que conforme al texto, han de señalarse en la reglamentación, o en inclusiones posteriores que hará el organismo competente.

Pero también en cuanto a este segundo criterio, que corresponde en líneas generales al utilizado en el art. 162 de la Ley del Trabajo, la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo introduce modificaciones.

En primer lugar flexibiliza el sistema, al prever un proceso constante de revisión de las listas y la inclusión de nuevas enfermedades en las mismas y sobre todo al atribuir competencia para esas inclusiones a un organismo especializado, sin necesidad de recurrir a la vía de sanción de un decreto reglamentario de la ley.

Por otra parte, la Ley Orgánica amplía el concepto de enfermedad profesional.

Esa ampliación resulta importantísima en un texto que, como señalaba el Dr. CALDERA comentando la Ley del Trabajo, constituye la base legal sobre la cual el Ejecutivo debe dictar reglamentariamente las listas. En efecto, conforme al artículo 28 las causas de las enfermedades no se limitan ya a sustancias o a agentes físicos, químicos o biológicos, sino a "agentes físicos, condiciones ergonómicas, meteorológicas, agentes químicos, agentes biológicos, factores psicológicos y emocionales".



No sólo se amplía el concepto de agentes causantes de la enfermedad, sino que se amplía también el propio concepto de enfermedad, al establecer que son aquellos estados patológicos que se manifiestan por una lesión orgánica, trastornos enzimáticos o bioquímicos, trastornos funcionales o desequilibrio mental, temporales o permanentes. En tanto que la Ley del Trabajo limitaba su concepto de enfermedad profesional a los estados patológicos que provocan en el organismo una lesión o un trastorno funcional, permanente o temporal.

Tanto en la enunciación de los agentes como en el concepto de enfermedad, es evidente la preocupación del legislador porque en las listas de enfermedades profesionales puedan incluirse las enfermedades psíquicas.

Como técnica legislativa tal vez hubiera sido preferible dar tan sólo un concepto amplio sin incurrir en enumeración de causas, o de manifestaciones de los estados patológicos.

De esa manera el intérprete podría incorporar libremente al texto, los nuevos elementos que aportaran los avances científicos, y se habría liquidado toda posibilidad de interpretación restrictiva. De cualquier manera, es importante señalar, que tanto la enumeración de agentes que puedan considerarse como causantes ("imputables a" dice la Ley), como la enumeración de formas de manifestación de la enfermedad, deben entenderse en forma meramente enunciativa y no en forma taxativa o limitativa.

**16. Diferencias en el concepto de enfermedad profesional en la Ley del Trabajo y la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (Conclusión).**

*En resumen: Ambos textos utilizan dos formas de determinación de las enfermedades profesionales:*

- a) La definición conceptual, que obliga a probar el nexo de causalidad entre el trabajo y la enfermedad, y
- b) El criterio de listas, conforme al cual se presume que una enfermedad es profesional, siempre que aparezca en una persona que trabaja en una actividad o con una sustancia indicada por la misma lista.

En cuanto a la primera forma la Ley Orgánica sustituye la relación de causalidad estricta derivada de la utilización del adverbio "resultante" por una relación mucho menos estricta derivada de la expresión en "ocasión de trabajo".

En cuanto a la segunda forma (enunciación de criterios para que se elaboren listados en vía administrativa), la Ley Orgánica introduce las siguientes modificaciones:

a) Las listas, y las posteriores inclusiones en ellas no se harán por decreto reglamentario de la ley, sino que se atribuye competencia para ello a un órgano especializado.

b) Se amplía la lista (meramente enunciativa) de los agentes causantes de enfermedades profesionales (se incluyen: condiciones ergonómicas, condiciones meteorológicas, factores psicológicos y emocionales).

c) Se amplía la lista (también meramente enunciativa) de las formas de manifestarse las enfermedades profesionales (se incluyen: trastornos enzimáticos o bioquímicos y el desequilibrio mental).

## LA JUSTICIA, LOS DERECHOS HUMANOS Y LA PAZ

Luis María Olaso, S.J.\*

\* Ponencia presentada en las jornadas con motivo del Año Internacional de la Paz, realizadas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes en diciembre de 1986.

El poder y el amor en el mundo, el amor es el poder que crea la cultura.  
El poder es el amor que crea la cultura.

Jamás la naturaleza  
se cansa de ser hermosa.

"La Paz, un valor sin fronteras". "Norte - Sur, Este - Oeste, una sola Paz". Con estas palabras del Peregrino de la Paz, Juan Pablo II, que pronto hará dos años recibimos gozosos en "La Hechicerá", palabras con las que comienza su Mensaje para la "JORNADA MUNDIAL DE LA PAZ" en este año 86, declarado por la O. N. U. "AÑO INTERNACIONAL DE LA PAZ", quiero comenzar esta ponencia "JUSTICIA, DERECHOS HUMANOS Y PAZ" que me fue designada por la Comisión Organizadora de este evento.

Quiero felicitar, sinceramente, a los organizadores de estas Jornadas, por haber escogido para realizarlas estos días, primeros de diciembre, en los que se empieza ya a respirar algo tan enraizado en las entrañas de nuestro pueblo y nuestras costumbres, el ambiente de Navidad: Aguinaldos y Parrandas, adornos y preparativos para esa noche única en el año, noche de Amor y de Paz que llena corazones y hogares, hace callar a las armas, cesar las actividades, descansar a los cuerpos y a los espíritus. Días en los que el sol luce más limpio, el cielo más azul, el paisaje más hermoso, el hogar más confortable, las amistades y el amor más hondos y sinceros.

Días en que se revive un anhelo profundo del hombre, de todos los hombres: La PAZ. Idea y sentimiento expresado de mil maneras en el arte y la poesía de todas las culturas, de todas las creencias. Con qué belleza poética, en nuestra cultura judeo-cristiana, lo canta Isaías, presagiando un futuro lejano, que todavía no ha llegado:

"El lobo habitará con el cordero,  
el puma se acostará junto al cabrito,  
el ternero comerá al lado del león  
y un niño chiquito los cuidará.

La vaca y el oso pastarán en compañía  
y sus crías reposarán juntas,  
pues el león también comerá pasto, igual que el buey.

El niño de pecho pisará el hoyo de la víbora, y sobre la  
cueva de la culebra  
el pequeñuelo colocará su mano.

No cometerán el mal,  
ni dañarán a su prójimo en  
todo mi cerro santo".<sup>1</sup>

Dentro, pues, de este marco teórico y poseído de una intuición fundamental, a saber, "que el hombre sólo se encuentra a sí mismo y sólo se puede desarrollar en la Paz", trataré muy brevemente estos puntos:

I—Situación actual del mundo.

II—La Justicia, fundamento de la Paz.

III—Los Derechos Humanos y la Paz.

IV—Los caminos de la Paz.

I—SITUACION ACTUAL DEL MUNDO

Quien examine con ojos limpios y espíritu desinteresado el panorama general de las relaciones internacionales tendrá que reconocer la existencia de situaciones anormales y alarmantes.

1) **La Sociedad Mundial está dividida.** Un afán hegemónico de dos ideologías, difícilmente conciliables, dan lugar a dos sistemas enfrentados, dos bloques cerrados y opuestos que "dividen y contraponen entre sí a los pueblos".<sup>2</sup> El dinamismo de estos bloques está determinado por el antagonismo de las dos superpotencias que los presiden. Cada una de ellas mira a la otra con desconfianza, ve en ella una amenaza para su prosperidad y hasta una rival en su voluntad de expansión y hegemonía. Las posiciones se endurecen. El afán por mantener las propias ventajas tiende a ser la razón primordial de las actitudes y de las acciones. Se sigue de ello una política de competencia y

1. ISAIAS II, 6-9°.

2. JUAN PABLO II. *Mensaje para la celebración del Día Mundial de la Paz*, 1° de enero de 1986. Periódico "La Religión" del 19 de diciembre de 1985, p. 6.

rivalidad que mata la necesaria confianza entre los pueblos, favorece la existencia de tensiones Este-Oeste y provoca la carrera de armamentos.<sup>3</sup>

2) **Carrera de armamentos y guerras localizadas.** La permanente tensión entre los dos bloques provoca el recurso a la fabricación de armas cada vez más perfeccionadas y con mayor poder de destrucción. Este objetivo destructor tiende a independizarse de cualquier otra consideración, llegando a planteamientos irracionales y crueles: un arma es tanto mejor cuanto mayor poder destructor tenga y más capaz sea de amedrentar al posible adversario.

Las grandes potencias ponen a prueba sus armas en guerras localizadas, en las que, sin necesidad de enfrentarse directamente, dirimen sus diferencias tratando de conservar y de ampliar su hegemonía en territorios de terceros países. De esta manera acrecientan la producción de nuevas armas, venden las ya superadas a otros países que se endeudan cada vez más, hundiéndose en el subdesarrollo y la miseria. Así, los conflictos locales entre pequeños países se "ideologizan por parte de aquellas potencias que buscan ventajas en una determinada región abusando de los pueblos pobres e indefensos"<sup>4</sup>.

3) **Creciente fosa entre Norte - Sur.** La rivalidad que enfrenta a los países desarrollados entre sí los mueve a centrarse en sus propios objetivos de desarrollo y armamento, desentendiéndose de las necesidades primarias de los pueblos menos desarrollados. Más aún: las erróneas exigencias de armamentismo inducen a los países fuertes a aprovecharse de las riquezas existentes en los países pobres sin compensarles adecuadamente ni colaborar seriamente en su desarrollo. De esta manera se hace cada vez más profundo el abismo social y económico que separa a los ricos de los pobres"<sup>5</sup>.

Los pueblos del Norte aumentan progresivamente las distancias con los pueblos del Sur. El desarrollo insolidario de los primeros mantiene a los más pobres en el subdesarrollo mediante "manipulaciones inteligentes al servicio de ideologías y sistemas políticos que tienen como último objetivo la domina-

3. CASTAÑO, GASPARD Y OTROS. *Por el camino de la Paz*, p. 152. (Edic. S. M., Madrid, 1986).

4. JUAN PABLO II, *op. cit.*, 2

5. *Ibid.* 2



ción"<sup>6</sup>. Mientras las tres cuartas partes de los recursos mundiales son consumidos por los Estados del Norte, que sólo representan una cuarta parte de la población mundial, centenares de millones de personas pasan hambre; y mientras las grandes potencias del mundo acaparan los recursos de la humanidad para defender sus privilegiadas posiciones los países pobres se ven privados de lo más indispensables para sobrevivir.

4) **Peligro de una catástrofe nuclear.** Con esta situación, la Paz no tiene garantías suficientes. La acumulación de armas, que algunos consideran como el mejor medio de evitar la guerra, el "equilibrio del terror", no es capaz de construir la paz ni eliminar las raíces profundas de las tensiones. En cualquier momento, las rivalidades pueden ser tan graves que hagan estallar el conflicto, sin que sea posible controlar sus dimensiones ni mitigar su inmenso poder destructor.

Pero antes de llegar a este momento crítico, la Paz ya está herida en sus fundamentos por la injusticia existente, las múltiples agresiones localizadas y la estrategia de subversión y terrorismo, extendida ya por casi todo el mundo. La guerra no es más que la expansión brutal de la injusticia y de las ideologías expansionistas y dominadoras<sup>7</sup>.

5) **La situación Latinoamericana y la Paz.** América Latina es una región dependiente del bloque industrializado capitalista occidental con dos pequeñas excepciones, también dependientes del otro bloque. Nuestra dependencia nos hace subdesarrollados. Pero aunque en cada país el subdesarrollo tiene características peculiares, constituye, en conjunto, una situación promotora de tensiones que conspiran contra la paz. Siguiendo a Medellín<sup>8</sup> enumeramos las siguientes:

A) **Tensiones entre clases y colonialismo interno.** Además de las diversas formas de marginalidad, socioeconómicas, políticas, culturales, raciales y religiosas, existen en América Latina excesivas desigualdades hirientes: pocos tienen mucho, muchos tienen poco. Decía Pablo VI en Bogotá, 1968, que:

6. *Ibid.* 2.

7. CASTAÑO, GASPAR Y OTROS, *op. cit.*, p. 153.

8. MEDELLIN. *Conclusiones*, p. 33 (Ed. Secretariado General del CELAM, Bogotá, 1971, Sexta Edición).

"...el desarrollo económico y social ha sido desigual en el gran continente de América Latina; mientras ha favorecido a quienes la promovieron en un principio, ha descuidado la masa de las poblaciones nativas, casi siempre abandonadas a un innoble nivel de vida y, a veces, tratadas y explotadas duramente"<sup>9</sup>.

No es raro que los grupos o sectores privilegiados, con algunas breves excepciones, califiquen de "acción subversiva" o "comunismo" cualquier intento de cambiar un sistema social que favorece la permanencia de sus privilegios. La situación se hace cada día más difícil, pues, como decía Pablo VI, a los campesinos,

"...hoy el problema se ha agravado porque Uds. han tomado conciencia de sus necesidades y de sus sufrimientos y... ya no pueden tolerar que estas condiciones deban perdurar sin ponerles solícito remedio"<sup>10</sup>.

La visión estática de la situación descrita se agrava aún más cuando se proyecta hacia el futuro: Porque la educación de base y la alfabetización aumentarán la toma de conciencia y, por otra parte, la explosión demográfica multiplicará problemas y tensiones. Por lo tanto, si la paz se ve ya seriamente amenazada, ¿no provocará consecuencias explosivas la agravación automática de los problemas?

**B) Tensiones Internacionales y Neocolonialismo Externo.**  
Nos referimos aquí, particularmente, a las consecuencias que entraña para nuestros países su dependencia de un centro de poder económico en torno al cual gravitan. En realidad, con frecuencia, nuestras naciones no son dueñas de sus bienes ni de sus decisiones económicas: El comercio internacional se distorsiona crecientemente porque, como sabemos, nuestras materias primas valen cada vez menos en relación al costo de los productos manufacturados. ¿Se reciben ayudas externas? Sí. Pero nuestros países tienen la impresión de que "una mano les quita lo que otra les da"<sup>11</sup>.

9. *Ibíd.* p. 33.

10. *Ibíd.* p. 34.

11. PAULO VI. Carta Encíclica "El desarrollo de los pueblos", N° 56. En *Ocho Grandes Mensajes*, p. 353 (Edit. B.A.C., Madrid, 1977, 10ª Edición).

Añadimos que la búsqueda de la seguridad y el criterio del lucro individual lleva a muchos miembros de nuestros sectores acomodados a invertir sus ganancias en el extranjero. El comunicado sobre el desempleo del 11 de enero del presente año publicado por la Conferencia Episcopal Venezolana denunciaba la existencia de 35.000 millones de dólares de venezolanos (unos 500.000 millones de bolívares), en el extranjero como una de las causas del actual alto índice de desempleo que sufre el país. Sumemos a estos factores la evasión de impuestos, la fuga de técnicos y personal competente, el endeudamiento externo de nuestros pueblos. Todo conspira contra la Paz. Pero queremos subrayar con Medellín que,

"... los principales culpables de la dependencia económica de nuestros países son aquellas fuerzas que, inspiradas en el lucro sin freno, conducen a la dictadura económica y al "imperialismo internacional del dinero"<sup>12</sup>

Finalmente,

**C) Tensiones entre los países de América Latina.** Es un fenómeno especial de origen histórico-político que todavía enturbia las relaciones cordiales entre algunas naciones y pone trabas a una colaboración realmente constructiva. Favorecen estas tensiones primero, un nacionalismo exacerbado en algunos países que retrasa, indudablemente, el desarrollo ya que la debilidad de las economías nacionales parece que está exigiendo la solidaridad de esfuerzos, conocimientos y medios financieros, *solidaridad que se debilita ante ese nacionalismo. Segundo, la carrera armamentista de algunos estados que responde a intereses diversos, a necesidades ficticias y no reales porque,*

"... cuando tantos pueblos tienen hambre, cuando tantos hogares sufren miseria, cuando tantos hombres viven sumidos en la ignorancia... toda carrera de armamentos se convierte en un escándalo intolerable"<sup>13</sup>.

**SEÑORES:** La realidad que hemos analizado, tanto a nivel mundial como latinoamericano constituye una negación de la Paz tal como la entiende la tradición de Occidente, porque ante todo, la Paz es obra de la Justicia y en ella se fundamenta.

12. *Ibid.* N° 26. En *Ibid.*, p. 340.

13. *Ibid.* N° 26. En *Ibid.*, p. 340.

## II - LA JUSTICIA FUNDAMENTO DE LA PAZ

Nadie duda hoy que la justicia es uno de los núcleos primarios en los que se hace y se expresa la conciencia ética de Occidente. Las coordenadas ideológicas que le dieron origen son tres:

**Primera**, la religión judeo-cristiana que introduce en la idea de justicia los rasgos de mesianismo, escatología y utopía. Para el judeo-cristiano la Justicia es una promesa divina" (don de lo alto) y una obra humana (trabajo del hombre). Es, a la vez, realización presente y horizonte de esperanza escatológica. Por razón de estas características la Justicia Occidental tiene rasgos prometeicos: sirve para someter a crisis total el mundo humano y constituye el programa de una permanente e inacabable **Revolución**: El mundo no está totalmente acabado. Siempre es posible un **Mundo Mejor**. Por eso dice muy bien el Documento de Medellín refiriéndose a la Paz, pero connotado el carácter dinámico de la Justicia, en la que aquélla se funda:

"La Paz es un quehacer permanente... La "tranquilidad en el orden" según la definición agustiniana de la Paz, no es, pues, pasividad ni conformismo... es el resultado de un continuo esfuerzo de adaptación a las nuevas circunstancias, a las exigencias y desafíos de una historia cambiante. Una Paz estática y aparente puede obtenerse con el empleo de la fuerza; una Paz auténtica implica lucha, capacidad inventiva, conquista permanente. La Paz no se encuentra, se construye"<sup>14</sup>.

Se construye sobre la justicia. La situación nos exige que seamos "artesanos de la justicia" para producir la Paz. Esta tarea reviste un carácter especial en nuestro continente ya que será necesario hacer frente, con audacia y valentía al egoísmo, a la injusticia personal y colectiva.

**Segunda Coordenada**: La Filosofía griega introduce el "logos" clarificador, es decir, la justicia occidental debe a la Filosofía griega la luz de la VERDAD manifestada aquí en el equilibrio y la igualdad.

14. MEDELLIN. *Op. Cit.*, p. 37.

**Tercera:** Finalmente, el Derecho proporciona a la justicia los niveles de "positivación jurídica" que necesita. En resumen: el compromiso profético de la religión judeo-cristiana y la iluminación clarificadora de la Filosofía griega quedan completados con la "positividad" del Derecho Romano: concreción del contenido, exigibilidad en la vinculación y sociabilidad en la exteriorización. Así, la Justicia puede comenzar a constituirse en fundamento de la Paz. Pero, para que lo sea del todo, la Justicia debe hacerse una virtud. Virtud que se puede entender de dos maneras: al modo de Platón, "hacer cada uno lo suyo", o al modo del griego Simónides "dar a cada uno lo que le conviene".

Para Platón, la Justicia es la que mantiene el orden y la Paz entre las tres clases de ciudadanos (filósofos, militares y trabajadores) y las tres pulsiones del hombre (racional, irascible y concupiscible) para lograr que cada una de las partes "haga lo que conviene". De este modo integra Platón toda la vida ética de la ciudad y del hombre dentro del cuadro de las cuatro virtudes cardinales: PRUDENCIA (virtud de los filósofos y de la parte racional). FORTALEZA (virtud de los militares y de la parte irascible). TEMPLANZA (virtud de los trabajadores y de la parte concupiscible). Y JUSTICIA, virtud que consigue que cada una de las partes del hombre y cada una de las clases ciudadanas "haga lo que le corresponde hacer". De aquí nace la armonía y la Paz. Bien claro está que en esta armonía, en este equilibrio, que no es estático sino dinámico (porque debe cambiar a medida que las sociedades cambian), consiste la Paz, y la Justicia es su fundamento.

Pero, dada la ambigüedad del hombre, es preciso, para ello, que la Justicia, como virtud, entre en el mundo jurídico. Y esto ocurre en el Derecho Romano. Ulpiano nos dejó la célebre definición que todos aprendimos y recordamos: "*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*", es decir, "la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo". La Justicia está ya enlazada con el Derecho. Enlazada, aunque no siempre identificada. Pero este enlace jurídico es un elemento importante para que ella pueda imponerse, en un caso, como fundamento de la Paz.

Podemos afirmar que la Justicia, como virtud, es la categoría ética que ha recibido por una parte, **más elogios** en el mundo



occidental, llegando a convertirse en motivo de exaltación poética, por ejemplo en Aristóteles cuando exclama: "Ni la estrella de la tarde ni el lucero de la mañana son tan maravillosos como la justicia". Pero, por otra parte, la Justicia ha sido motivo de la **mayor preocupación**. Por alguna razón comienza KELSEN su libro "Que es Justicia" con estas palabras:

"Cuando Jesús de Nazareth fue conducido ante Pilatos y reconoció que era Rey, dijo: "Nací para dar testimonio de la verdad y para ello vine al mundo". El Procurador Romano preguntó "qué es la Verdad? Esperaba una respuesta. Jesús no se la dió, ya que dar testimonio de la verdad no era la esencia de su misión divina como Rey mesiánico. Jesús había nacido para dar testimonio de la JUSTICIA, la JUSTICIA DEL REINO DE DIOS, y por esa Justicia murió en la Cruz. Por eso, tras la pregunta de Pilatos, ¿qué es la verdad", se plantea... otra pregunta de mayor importancia, la eterna pregunta de la humanidad: ¿QUE ES LA JUSTICIA?.

Ninguna otra cuestión se ha debatido tan apasionadamente; ninguna ha hecho derramar tanta sangre y tantas lágrimas; ninguna otra cuestión ha sido objeto de tanta reflexión para los pensadores más ilustres de Platón a Kant. Y, sin embargo, la pregunta sigue sin respuesta. Parece ser una de esas cuestiones que la sabiduría se ha resignado a no poder contestar de modo definitivo y que sólo pueden ser replanteadas<sup>15</sup>.

Creo que este "quasi escepticismo" de KELSEN sobre la Justicia puede provenir del objetivo que se plantea en su Teoría Pura del Derecho, a saber, desideologizarlo totalmente y hacer de él una pura ciencia.<sup>16</sup> Con eso el problema de la Justicia queda como "metajurídico" y no debe ser objeto de atención del jurista. Sin embargo, nos permitimos pensar que la Justicia es una categoría mental que pertenece a dos importantes áreas de la realidad humana: la Jurídica y la Moral. Y que, dentro del cam-

15. KELSEN, HANS. *¿Qué es Justicia?*, p. 35 (Edit. Ariel, Barcelona-Caracas-México, 1982).

16. KELSEN, HANS. *Teoría Pura del Derecho*, p. 17. (Editora Nacional S.A., México, 1982).



no jurídico, la Justicia expresa dos aspiraciones de los hombres: 1) Que las leyes, las normas, el Derecho en general sean constituidos desde la **igualdad fundamental** de todo hombre; y 2) que sea aplicado con **equidad y sin privilegios**. El reino de la justicia es el lugar de la igualdad. Una igualdad que es "armonía" ya que "las cosas iguales deben ser tratadas como iguales, y las desiguales como desiguales". Existen desigualdades entre los hombres que provienen de la misma naturaleza, pero la Justicia se dirige a las "igualdades fundamentales" que están también en la naturaleza. Como dice muy bien DEL VECCHIO.

"... para la Justicia queda en segundo plano lo que el sujeto tiene de individualidad, de "irreductible o "inefable"; en cambio cobra relieve destacado el valor de igualdad fundamental entre los sujetos. Se deduce de esto que un sujeto no puede obrar en cierto modo respecto a los otros, sin convertir en legítima o "justa", en idénticas circunstancias, una operación igual de los otros con relación a él" <sup>17</sup>.

Por esta razón, también, la justicia es el fundamento de la Paz.

### III - LOS DERECHOS HUMANOS Y LA PAZ

Los términos jurídicos son muchas veces imprecisos y susceptibles de acepciones variadas. En rigor, la frase **derechos humanos** lleva en sí una redundancia, porque todos los derechos **son humanos**. Sin embargo, entendemos aquí por **derechos humanos**:

"aquellos derechos fundamentales de la persona humana —considerada tanto en su aspecto individual como comunitario— que corresponde a ésta en razón de su propia naturaleza (de esencia; a un mismo tiempo, corpórea, espiritual, social y trascendente), y que deben ser reconocidos y respetados por todo poder o autoridad y toda norma jurídica positiva, cediendo no obstante en su ejercicio ante las exigencias del bien común" <sup>18</sup>.

17. DEL VECCHIO. *Filosofía del Derecho*. (Ed. Uthea, México, 1946).

18. CASTAN TOBENAS JOSE, *Los Derechos del Hombre*, p. 15. (Edit. Reus, Madrid, 1976).

El principio capital que debe orientarnos en esta parte de nuestro trabajo es el siguiente: "Que el hombre es, necesariamente fundamento, causa y fin de todas las instituciones sociales"<sup>19</sup>, y que "en toda convivencia humana bien ordenada y provechosa hay que establecer como fundamento el principio de que todo hombre es persona, esto es, naturaleza dotada de inteligencia y libre albedrío, y que, por tanto, el hombre tiene por sí mismo derechos y deberes que dimanen inmediatamente y al mismo tiempo de su propia naturaleza"<sup>20</sup>.

En otras ocasiones me he referido extensamente a los derechos humanos en este mundo ideologizado y dividido. Quisiera ahora solamente señalar algunas perspectivas favorables a la progresiva escalada de los derechos humanos, en beneficio de la Paz.

Nos preguntamos: ¿Llegarán a tener algún día plena efectividad los derechos humanos? ¿Podrá la humanidad vencer las dificultades de hoy y ver instaurado un régimen de convivencia basado en la Justicia y la Paz?. Hemos visto el cúmulo de circunstancias y datos francamente negativos que nos pueden llevar al pesimismo. Pero, a la vez también se dan signos positivos que llevan consigo perspectivas favorables para el futuro. Señalamos:

1) **La Ley del Progreso.** Hay una ley de "progresivo avance" que preside la historia. No es una ley de progreso constante y necesario como dice la teoría de la evolución. En los fenómenos de la sociedad y de la historia humana hay avances y retrocesos, oscilaciones, a veces involuciones. Pero como dice JACQUES MARITAIN,

"el progreso de la conciencia moral en cuanto al **conocimiento** de los preceptos particulares de la ley natural, entre los que encuentran los derechos humanos, ofrece uno de los ejemplos menos dudosos del progreso de la humanidad, aunque este progreso de la conciencia moral puede ser compatible con desviaciones prácticas de las comunidades humanas"<sup>21</sup>.

19. JUAN XXIII. Carta Encíclica "Mater et Magistra", N° 219. En "Ocho. op. cit.", p. 189.

20. JUAN XXIII. Carta Encíclica "Pacem in Terris", N° 9. En *ibid.*, p. 213.

21. CASTAN, TOBENAS, JOSE *op. cit.*, p. 166.

El momento actual de crisis y transformaciones lleva consigo un **desequilibrio de valores**: mientras el progreso material es indudable e impresionante, no hay progreso moral que pueda controlarlo. Ello produce un debilitamiento en las instituciones y actividades jurídicas, entre ellas las que afectan a los derechos humanos fundamentales.

Pero esta crisis, ¿llegará a oscurecer la **percepción** de los supremos principios e ideales jurídicos o, por el contrario tienen estos —precisamente por la actual situación— más relieve que nunca? Así lo creemos.

2) **Renacimiento actual de las ideas ético-jurídicas favorables a la afirmación de la personalidad y sus atributos.** Las dolorosas realidades vividas en los últimos tiempos contra la persona humana, obra de totalitarismos, guerras, sistemas filosóficos e ideologías, están provocando las más contundentes réplicas por parte de la doctrina filosófico-jurídica. Se advierte en los países, especialmente en los de occidente una gran difusión de concepciones personalistas y humanistas, un renacimiento del Derecho Natural, un florecimiento de los valores jurídicos. Todas estas direcciones culturales están sirviendo de base a un fuerte movimiento de reacción en favor de los derechos humanos y de la Paz.

3) **Avance en la conciencia moral de los hombres sobre la comprensión y realización de los Derechos Humanos.** No serviría de mucho el renacer del valor de la persona humana, si esta idea no fuera recogida y compartida por la conciencia general de los hombres. Afortunadamente hay bastantes indicios de la toma de conciencia por la Humanidad casi entera de la importancia y respetabilidad de los fundamentales derechos de los hombres y de los pueblos: Las violaciones de ellos, son seguidas de fuertes protestas y reacciones por parte de sectores del mundo libre y, en lo posible, en los del mundo sometido a regímenes de fuerza. Dice PABLO LUCAS VERDU,

"A pesar de las frecuentes y necesarias decadencias en el enriquecimiento de la persona humana al desenvolverse en la sociedad, la historia demuestra cómo el círculo de derechos humanos se va ensanchando: cada adelanto técnico (prensa, radiodifusión, televisión), cada progreso social (solidarismo, sindicalismo, seguros sociales) e incluso

las aberraciones (esclavitud, genocidio, discriminación racial, etc) han hecho brotar nuevas pretensiones: ampliación y universalización de la opinión, seguridad social y económica dignificación de la persona humana... mayor conciencia de la necesidad de Paz, todo lo cual ha redundado en beneficio del hombre".

Quizás, el más optimista a este respecto sea el profesor WERNER GOLDSMICHDT, para quien:

"...en la órbita de la convivencia social, en la moral, el camino ascendente de la humanidad es mucho más maravilloso que en la esfera de las ciencias de la naturaleza. La abolición de la esclavitud, la igualdad del hombre y la mujer, la comprensión de la patria potestad como una tarea, la protección del gobierno contra el gobernante... la igualdad económica y política son empresas de excepcional importancia que en una minoría de Estados funcionan satisfactoriamente"<sup>22</sup>.

Finalmente, ampliando un poco más el horizonte de los siglos, nos aparece acertadas las reflexiones de SANCHEZ DE LA TORRE y de CASTAN TOBEÑAS en lo que se refiere a la expansión del espíritu de libertad, de igualdad y de participación unidos al sentimiento de la dignidad humana.

"La inviolabilidad personal se transmitió desde las clases aristocráticas a las burguesas y al resto de las clases de cada país. El derecho a la intervención en los asuntos públicos, se contagió de los aristócratas a los funcionarios, a los burgueses y —con reservas— a todo el conjunto de la población mediante los recursos del régimen democrático. El nivel de vida moderno, (enseñanza, sanidad, alimentación, etc.) que anteriormente era patrimonio de unos pocos privilegiados se ha extendido también a otros grupos humanos que se apoyan en sus propios ingresos o en sistemas de seguridad social.

Tampoco hay duda de que la promoción de las clases trabajadoras, de la mujer y de los pueblos colonizados... la integración de la agricultura al cuadro de la Justicia Social

22. VERDU, PABLO LUCAS, citado por CASTAN TOBEÑAS, *op. cit.*, p. 168.

23. GOLDSMICHDT, WERNER, citado por CASTAN TOBEÑAS, *op. cit.*, p. 169.

y al progreso de esta Justicia a partir del siglo XIX, a pesar de dificultades y retornos, todo significa perspectivas de avance en el desarrollo de la humanidad, a través del reconocimiento de los derechos y deberes de los hombres"<sup>24</sup>.

Y en el orden internacional, aunque todavía no se ha logrado dar forma al ideal de comunidad internacional, y la vida de relación entre los pueblos pase por tan serias dificultades, por primera vez en la historia dice el profesor WILFRED JENKS,

"...tenemos ya los elementos de un orden jurídico universal y podemos hablar de un Derecho Común de la Humanidad, de un derecho de la comunidad mundial organizada establecido sobre la base de los Estados a través de un complejo de instituciones internacionales y regionales llamadas a garantizar los derechos del hombre y a imponerle las correspondientes obligaciones, siquiera que este nuevo Derecho Universal se halle todavía en una etapa incipiente de desarrollo"<sup>25</sup>.

**En conclusión:** Muchos de los angustiosos acontecimientos que vivimos hoy significan la culminación de los grandes errores en que ha incurrido y todavía incurre la Humanidad. Es bueno que se hagan patentes para, así, poder rectificarlos. Pero vemos también cómo en medio de este inmenso lodazal empiezan a abrirse flores de esperanza en favor de los Derechos Humanos y de la Paz. Ahora nos hacemos la siguiente pregunta: ¿Cómo superar la crisis actual del mundo y de la eficacia de los Derechos Humanos? No se puede esperar que llegue por el desarrollo espontáneo de la fase evolutiva que —según acabamos de indicar— parece iniciarse. La luz inextinguible del espíritu del hombre puede iluminar nuestro esfuerzo para cimentar las bases necesarias de un mundo más justo y más humano.

3) **Bases necesarias para la construcción de un mundo más justo y más humano en el que reine la Paz.**

A) **Cambiar las ideologías.** Las ideologías están en crisis. ARNOLD TOYNBEE nos ha hablado del fracaso de las ideologías post-cristianas como el nacionalismo, el individualismo y el comu-

24. CASTAN TOBEÑAS, *op. cit.*, p. 169.

25. *Ibid.* p. 170.



nismo, con las que el hombre occidental pretendió llenar el vacío espiritual creado por el abandono de las auténticas religiones ancestrales. Sin embargo, las ideologías siguen siendo necesarias: siempre harán falta sistemas de ideas, creencias e ideales que sirvan de orientación y guía, como puntos de coincidencia, a la pluralidad de los pareceres. Pero las nuevas ideologías serán equilibradas y con sentido armónico; no unilaterales, sino multidimensionales; y estarán acompañadas de soluciones pragmáticas acomodadas a las circunstancias de cada país; para encauzar y resolver sus problemas: La pura ideología no sirve para gobernar a un pueblo. Las soluciones pragmáticas deberán destacar no sólo los derechos de las personas, sino también sus deberes; no sólo los grandes principios de libertad e igualdad sino también el sentido de responsabilidad que ha de acompañarlos. Así se hace posible la Paz.

B) **El ideal de la Paz por el Derecho.** Esta fórmula es brillante y acertada. La Paz, en sus diversos matices, paz social, paz política, paz internacional es un deseo y un imperativo del momento presente; y el Derecho es el que ha de prestar su concurso y su fuerza para que una paz duradera haga posible la vida y el desarrollo de los pueblos. El Derecho Social y el Derecho Internacional son hoy la esperanza no sólo de los hombres más destacados, sino de todos los que están condenados a vivir en un mundo en crisis. Las instituciones y realizaciones jurídicas son las únicas que pueden llevarnos a un mundo de Paz donde sean respetados y promovidos los Derechos Humanos. Pero el Derecho sólo no basta para regir al mundo:

"El Derecho ocupa sólo una parcela de la vida del hombre; una parcela inmensa entre las del Amor y de la Fuerza (poder). Además necesita de ellas para desarrollar su actuación"<sup>26</sup>.

Pero, para obtener la paz que por el Derecho se espera, ¿cómo ha de ser ese Derecho? ¿Cómo ha de ser, ante él, la actitud del hombre? En cuanto a lo primero, no podemos conformarnos con un Derecho de formas lógicas y vacías, de estructuras meramente contractuales; requerimos un Derecho de contenidos éticos, fundado en la naturaleza del hombre presentada

26. *Ibid.*, p. 174.



en su integridad, individual y social, abierta y trascendente; y en principios de justicia que proteja la convivencia libre y ordenada de todos los hombres y de todos los pueblos. En cuanto a lo segundo, no es satisfactoria la figura del "homo-economicus" determinada exclusivamente por el bienestar; ni la del "homo-iuridicus" que piensa en la suficiencia del Derecho, sin ayuda de la Moral, para regular la conducta humana. Es la Moral la que, a través de la conciencia, muestra al hombre la plenitud de sus deberes. Como dice DEL VECCHIO:

"...el Derecho no establece el uso que el hombre debe hacer de su libertad... sólo la Moral, que considera todos los fines de la vida subordinando los inferiores a los superiores, domina la existencia de la persona en su integridad y ayuda a resolver los problemas continuamente nuevos que plantea esta existencia... Es preciso que el sujeto encuentre en su conciencia una regla, que se instaure en su mismo espíritu y, partiendo así "ex interiore hominis", le guíe en la solución de sus problemas y de sus dudas, indicándole siempre y en todo caso la vía del deber"<sup>27</sup>.

C) **La reforma de las estructuras jurídicas.** Aún con todos los riesgos e inconvenientes que puedan producirse, no cabe duda de que la actual coyuntura exige el cambio de las viejas instituciones políticas, económicas y sociales para adaptarlas a las exigencias de justicia de los nuevos tiempos:

Hay que humanizar íntegramente las estructuras estatales y sociales. Conciliar los principios de libertad y autoridad; las exigencias de un orden político estable con las de una adecuada participación y representación popular no sólo en las elecciones. Ante las funestas consecuencias, tanto del desenfrenado capitalismo manchesteriano como del sometimiento total del individuo a la máquina estatal, en el comunismo, hay que alentar todo lo que responde al adecuado desarrollo de la personalidad humana dentro de una sociedad construida orgánicamente sobre la base de la articulación de las entidades y grupos —con una necesaria aunque relativa autonomía— que integren el conjunto comunitario de los hombres.

27. *Ibid.* p. 175.

En el plano económico-social hay que dar paso a todos los cambios profundos que puedan conducir a una más equitativa distribución de la riqueza y a la elevación del nivel de bienestar de las clases menos favorecidas. El Derecho no puede seguir siendo como dice Novoa Monreal "un obstáculo al cambio social"<sup>28</sup>. Podrá admitirse la propiedad privada, pero deberá evitarse la posibilidad de su acumulación en manos de personas naturales o jurídicas, y recordar siempre que "sobre toda propiedad privada pesa una hipoteca social"<sup>29</sup>.

Quizás uno de los puntos más difíciles de la reforma de las estructuras sea la de la empresa. Lo que no puede tolerarse es que continúe como hasta el presente. Ya en 1961 advertía Juan XXIII que:

"...En la naturaleza humana está arraigada la exigencia de que, en el ejercicio de la actividad económica, le sea posible al hombre asumir la responsabilidad de lo que hace y perfeccionarse a sí mismo"<sup>30</sup>.

No hace mucho tiempo, al intervenir como mediador en un conflicto laboral, oí del empresario esta frase que no puedo olvidar: "Las empresas no tienen sentimientos, sino intereses". Por esta razón se hace más necesaria la reforma de estructura de la empresa, dando "prioridad al trabajo sobre el capital"<sup>31</sup>, dimensionando el "conflicto entre trabajo y capital en la presente fase histórica"<sup>32</sup> haciendo de ella una comunidad organizada sobre la base de la participación de los trabajadores —altos y bajos— en la propiedad, la gestión y el rendimiento de la empresa.

D) **La gradual organización e integración mundial.** Decimos gradual porque, hoy por hoy, no se ve posible realizar una reforma en la organización de las Naciones Unidas o crear otra organización que pudiera realizar el ideal de la integración del mundo.

28. NOVOA, MONREAL, *El Derecho como obstáculo al cambio social*. (Edit. Siglo XXI, México, 1980).

29. JUAN PABLO II. *Alocución Oaxaca 5*. en PUEBLA. N° 27. (Edit. CELAM, Bogotá, 1979), p. 61.

30. JUAN XXIII. *Master et Magistra*, N° 82. En "Ocho..." op. cit., p. 153.

31. JUAN PABLO II. *CARTA Encíclica "Laborem Exercens"*, N° 12, Edit. Tripode, Caracas, 1981. p. 43).

32. *Ibid.* cap. III, pp. 39-62.

No hay que renunciar a la unificación cosmopolítica de todo el género humano. Pero esto es sólo realizable por grados. Por el momento, para los fines de garantizar la Paz y los Derechos Humanos, resultan más válidas y eficaces, como dice DEL VECCHIO:

"...aquellas otras organizaciones que, aún comprendiendo un número menor de Estados los coaligan efectivamente para una común defensa"<sup>33</sup>.

**E) Hacia una nueva sociedad por la rehabilitación del Hombre.** Lograr la Paz y la vigencia de los Derechos Humanos supone un trabajo serio para que esta crisis del mundo, que es fundamentalmente una crisis moral, sea superada. Hay que comenzar, pues, por estimular las fuerzas espirituales del hombre: su buen sentido y juicio, su conciencia moral y de responsabilidad, sus sentimientos de solidaridad social. No podemos olvidar lo expresado anteriormente acerca de las ideologías y estructuras. Pero lo más esencial es la regeneración de los hombres. Promover un humanismo pleno que se traduce en el desarrollo integral de todo el hombre y de todos los hombres ya que:

"... el desarrollo integral del hombre no puede darse sin el desarrollo solidario de la humanidad".

**F) Revalorización del papel de la familia en la formación de la personalidad.** Dice MESSNER:

"... una sociedad se aparta tanto más de la realización del bien común, cuanto mayor es la pérdida de la validez de los valores familiares y mayor el fracaso del orden en la vida de la familia como depósito de aquellos valores"<sup>35</sup>.

La moralización de las costumbres depende más que de las leyes, de la familia, si ésta conserva en esencia sus valores permanentes. Los cambios sociales, el urbanismo, la vida en las grandes megápolis afectan gravemente la familia. Las más modernas constituciones y las declaraciones de derechos humanos en el ámbito mundial incluyen ya, entre los derechos sociales, los

33. CASTAN TOBENAS, *op. cit.*, p. 179.

34. PABLO VI, *op. cit.*, Nº 42 y 43. En "Ocho..." *op. cit.*, pp. 347 y 348.

35. MESSNER, JOHANNES, "Ética Social", p. 208. Citado por CASTAN TOBENAS, *op. cit.*, p. 181.

que afectan a la protección de la familia. Hay que aspirar a que el derecho de la familia consiga el mayor equilibrio posible entre los derechos propiamente individuales, basados en la idea de igualdad y el principio fundamental del respeto debido a la dignidad humana y los derechos de la familia como grupo social, célula básica de la sociedad y del Estado, que tiene a su cargo la formación de los seres que viven en ella y han de obtener dentro de ella su pleno desarrollo.

#### IV — CONCLUSION: LOS CAMINOS DE LA PAZ

Juan Pablo II en su mensaje de paz para el 1º de Enero de 1986 hace un llamamiento para construir la Paz:

"El justo camino para una comunidad mundial, en donde reine la paz y la justicia sin fronteras entre todos los pueblos y todos los continentes es el camino de la solidaridad, del diálogo y de la fraternidad universal"<sup>36</sup>.

1) **Solidaridad.** Significa rechazar los modos de pensar que llevan a las divisiones y a la explotación; y comprometerse en favor de una nueva solidaridad: la solidaridad de la familia humana. Las dificultades y problemas que provienen de la situación analizada en la primera parte, tensiones Norte - Sur, Este - Oeste podrán ser vencidas por hombres y mujeres que se consideren solidarios con las personas de la tierra.

"Si la Justicia Social es el camino para encaminarse hacia una Paz para todos los pueblos, esto significa que la Paz es el fruto indivisible de las relaciones justas y honestas a todos los niveles —social, económico, cultural y ético— de la vida humana sobre la tierra. Esta conversión hacia una actitud de solidaridad social sirve también para poner de relieve las dificultades de la presente situación"<sup>37</sup>.

2) **El Diálogo.** Es necesario porque es el medio con el que las personas se manifiestan mutuamente y descubren las esperanzas de bien y las aspiraciones de paz que, frecuentemente,

36. JUAN PABLO II. Mensaje... op. cit., p. 6.

37. *Ibid.* p. 7.

están ocultas en el fondo de su ser. El verdadero diálogo va más allá de las ideologías y las personas se encuentran unas con otras en la realidad de su humano vivir; con él se rompen las barreras artificiales y los prejuicios; y lleva a los seres humanos a un contacto mutuo como miembros de la única familia humana con todas las riquezas de su diversidad cultural e histórica. Un sincero diálogo debe reunir los siguientes caracteres:

A) **Claridad.** Porque el diálogo supone y exige capacidad de comprensión, es un trasvase de pensamiento y una invitación al ejercicio de las facultades superiores del hombre.

B) **Humildad.** El diálogo no es orgulloso, no es hiriente, no es ofensivo. Su autoridad es intrínseca por la verdad que expone; no es ordenar, ni mandar, ni disponer. Es pacífico y evita los modos violentos; es además, paciente y generoso.

C) **Confianza,** tanto en el valor de la palabra propia cuanto en la actitud para aceptarla por parte del interlocutor. Así entrelaza los espíritus en la mutua adhesión a un bien que excluye todo fin egoísta.

D) Finalmente, **prudencia pedagógica,** que tiene muy en cuenta las condiciones psicológicas y morales del que escucha; y se afana por conocer la sensibilidad del interlocutor y por modificarse racionalmente uno mismo y las formas de la propia presentación para no resultarle a aquél molesto e incomprensible<sup>38</sup>.

3) **Fraternidad Universal.** Hablamos mucho de la "gran familia humana". No se concibe una familia en la que no existan lazos de fraternidad. Pero, como hemos visto, en la situación actual del mundo, la fraternidad está lejos aún. Poco a poco se irá llegando a ella por medio de una seria educación para la Paz. Educar encierra un nuevo estilo de vida. Educar para la Paz, ¿desde dónde?

— Desde un corazón pacífico y pacificador, reconciliado con la naturaleza, solidario del género humano, crítico con todo lo que desfigure al hombre y la creación.

— Educarnos desde el compromiso con los derechos humanos que dignifican al hombre.

38. PAULO VI. Carta Encíclica "ecclesiam Suam", N.º 75. En "Ocho", op. cit., p. 301.

- Educarnos desde la historia, conociéndola y luchando por una reconciliación en profundidad.
- Educarnos desde una mentalidad nueva, no sujeta a ideologías políticas inaceptables o con fines partidistas que conllevan violencia y odio.
- Educarnos desde la esperanza, sin desencanto ni desánimo.
- Educarnos para la Paz es emprender nuevos caminos con un estilo de vida contrario a:
  - La tranquilidad egoísta;
  - El ambiente de presiones que intentan satisfacer los propios intereses prescindiendo de los demás.
  - la antisolidaridad,
  - la paz de los regímenes totalitarios que la instauran con la fuerza del poder, el equilibrio o el terror mutuo<sup>39</sup>.

Y concluyo aquí. No han faltado en nuestro siglo, heraldos de la Paz, y no faltan tampoco ahora. Muchos son desconocidos. Otros, pocos, alcanzaron renombre mundial. Todos son perseguidos, más o menos, por los poderosos que tienen intereses en la situación actual. Algunos, pagaron con su vida su lucha por la Paz. Uno de ellos fue Mahatma Gandhi, quien el último día de su vida, oró o cantó un antiguo himno gujarati que es como una explosión de valor y esperanza para superar las dificultades que encuentra el constructor de la Paz. Fue su última plegaria:

"Ya te sientas fatigado o no, ¡oh hombre! no descanses; no ceses en tu lucha solitaria,

sigue adelante, no descanses.

Caminarás por senderos confusos y enmarañados y sólo salvarás unas cuantas vidas tristes.

¡Oh hombre! No pierdas la fe. No descanses.

Tu propia vida se agotará y anulará,

y habrá crecientes peligros en la jornada.

39. CASTAÑO, GASPAR Y OTROS, *op. cit.*, p. 136.



¡Oh hombre: Soporta todas estas cargas. No descases.

Salta sobre tus dificultades aunque sean más altas que las montañas, y aunque más allá sólo haya campos secos y desnudos,

¡Oh hombre! No descases hasta llegar a esos campos.

El mundo se oscurecerá y tú verterás luz sobre él y disiparás las tinieblas.

¡Oh hombre! Aunque la vida se aleje de ti, no descases.

¡Oh hombre! No descases: procura descanso a los demás".<sup>40</sup>

40. *Ibid.* p. 143.

Palabras clave:

### HUMANISMO Y DERECHO NATURAL EN SAN AGUSTIN

Humanismo y Derecho: Dos nociones gemelas por tener origen de cerca el nacimiento del hombre.

Algunas dificultades de entender la brillante cultura jurídica romana, especialmente el Derecho natural, en el contexto y

Historia del pensamiento jurídico romano.

El origen del Derecho natural romano, su evolución y su influencia en el Derecho medieval y moderno.

El concepto de Derecho natural en el pensamiento romano.

El concepto de Derecho natural en el pensamiento medieval y moderno.

El concepto de Derecho natural en el pensamiento actual.

El concepto de Derecho natural en el pensamiento actual.

El concepto de Derecho natural en el pensamiento actual.

El concepto de Derecho natural en el pensamiento actual.

El concepto de Derecho natural en el pensamiento actual.

El concepto de Derecho natural en el pensamiento actual.

El concepto de Derecho natural en el pensamiento actual.

El concepto de Derecho natural en el pensamiento actual.

El concepto de Derecho natural en el pensamiento actual.

Conclusiones.

## RESUMEN

1. **El viejo introducir.**
2. **Percepción del tema.**
  - Humanismo y Derecho: Dos nociones gemelas por tocar ambas de cerca el destino del hombre.
  - Nociones difíciles de injertar en la incipiente cultura cristiana. Lo logró San Agustín, "pensando con el cerebro y la sangre".
3. **Marco del pensamiento agustiniano.**
  - Sobre el eje de la historia para un cambio de sentido del mundo antiguo al moderno.
  - Comienzos heroicos de la civilización cristiana.
  - Reconciliación de San Agustín con este punto de partida para poder visualizar el de llegada.
4. **Perfiles del humanismo en San Agustín.**
  - Aproximación a un concepto del humanismo.
  - Humanismo antropocéntrico y teocéntrico.
  - Nueva perspectiva del hombre cristiano, "hecho a imagen y semejanza de Dios". San Agustín, primer humanista.
5. **Visión tridimensional de la Ley en San Agustín.**
  - La herencia pagan sobre Derecho Natural.
  - Correcciones e iniciativas del Santo.
  - Primera formulación acabada de una teoría cristiana sobre el Derecho Natural: Ley Eterna, Ley Natural y Ley Positiva.
6. **Conclusiones.**

## HUMANISMO Y DERECHO NATURAL EN SAN AGUSTIN

### 1. INTRODUCCION

Buscando algo que leer sobre San Agustín para esta ocasión, me sorprendieron dos cosas: En primer lugar, la extraordinaria riqueza de la bibliografía agustiniana, originada especialmente en autores alemanes y franceses, sin que falten algunos meritorios nombres españoles, como el Padre Camilo Alonso Vega, O. F. M., a quien se debe, entre otros estudios, una excelente traducción de "Las Confesiones"<sup>1</sup> y su "Introducción a la Filosofía de San Agustín"<sup>2</sup>, y el distinguido Profesor de la Universidad Complutense y Magistrado del Tribunal Constitucional, Antonio Truyol y Serra, quien publicó varios trabajos sobre el pensamiento jurídico y político del Santo<sup>3</sup>.

En segundo lugar, me llamó la atención que en un fascículo contentivo de dos documentos particularmente representativos de la teología africana<sup>4</sup>, fruto de dos encuentros al más alto nivel, realizados por la Asociación Ecuménica de Teólogos del Tercer Mundo, uno en Tanzania (agosto de 1976) y el otro en Ghana (diciembre de 1977) se omite toda referencia al primero y más grande de los teólogos africanos, cuya obra "La Ciudad de Dios", no sólo es una apología del Cristianismo, sino también una verdadera enciclopedia de Doctrina Cristiana que constituye, a la vez, el primer ensayo de una Teología de la Historia, inquietud de esta hora de indiscutible inspiración agustiniana que, como la teología política, o la teología de la liberación, o la teología negra o la teología de Africa, busca una ubicación entre las diversas corrientes del pensamiento cristiano.

1. En "Nueva Biblioteca Filosófica". Espasa-Calpe, Volúmenes LIX y LX. Madrid.
2. "El Escorial". Madrid, 1928.
3. "El Derecho y el Estado en San Agustín". Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1924.
4. "Teología Africana", en Colección "Documentos y Estudios", N° 30. Madrid, 1978.

Encontré la respuesta a tan inexplicable omisión leyendo la obra "Derecho, Estado e Historia de Agustín de Hipona", de Ortega Muñoz<sup>5</sup>: "San Agustín no está de moda en ese 'mercado de ocasión' que es la filosofía en nuestros días" —dice este autor—. En efecto, es frecuente hoy resistirse a meditar los esquemas filosóficos del pasado, confundiendo lo "antiguo" con lo "anticuado", y rechazar la idea de volver la mirada a la historia, siempre maestra, como quien teme quedar convertido en estatua de sal. Pero negarse a un ajuste de cuentas con la historia es negarse a sí mismo, porque el hombre está hecho de historia. Lleva en sí, como se llevan las propias entrañas, el pasado. El pensamiento, como la energía, no se destruye, sino que se transforma. Esta afirmación se llena de sentido cuando la referimos al genio de San Agustín, de cuya "modernidad" se ha escrito tanto que es mejor no ubicarlo en una época, sino decir que de él se han nutrido todas las generaciones por encima de los cambios de los tiempos.

Por ello, me complace presentar en este evento filosófico venezolano el presente trabajo, porque la figura de San Agustín es una de las cumbres más altas del pensamiento de todos los siglos, con la que uno se encuentra cada vez que miramos a la Historia, sin poder sustraernos al hechizo de la dimensión vital de este "hombre-palabra", como lo llamó Papini. Contribuir en esta pequeña medida a mantener su vigencia, es un noble y placentero quehacer.

## 2. PERCEPCION DEL TEMA

Se me pidió que eligiera el tema. Se agolparon tantos en mi mente, que tardé un tiempo en decidirme. ¿Acaso la concepción agustiniana del orden y la paz, que tanto convendría al mundo de hoy meditar? ¿Tal vez su duda metódica, con la que se anticipó muchos siglos a la fórmula cartesiana del "Cógito, ergo sum"? ¿O el agustinismo político, que inspiró durante toda la Edad Media las diferentes formas de Estado Teocrático? ¿O quizá su concepción del saber humano, fruto de la fecunda compenetración entre razón y fe, expresada en su célebre esquema "intellige ut credas, crede ut intelligas", sentando bases que utilizó la Escolástica siglos después? Y, ¿por qué

5. ORTEGA MUÑOZ, Juan Fernando: Universidad de Málaga, 1981.

no elegir el tema que lo aproxima más a nosotros? Su llamamiento a la vida interior, en que tanto insistió y que nos hace sentirlo tan cerca como a Bergson, Husserl o al propio Heidegger, o Gabriel Marcel cuando leemos, con la fuerza imperativa propia del idioma de Cicerón "**Qui te docet intus est... Noli foras ire, in teipsum redi...**" "**Veritas est inte**".

Me decidí, al fin, por un tema nada fácil de ensamblar: Humanismo y Derecho en San Agustín. La dificultad se debe, en primer lugar, a que San Agustín escribe en un tiempo, eje de la historia para un cambio de sentido del mundo antiguo al moderno. Fue protagonista del nacimiento de una nueva era a la caída del Imperio Romano, considerado "uno de los momentos vitales de la historia del mundo"; de modo que su obra representa un vehículo providencial de transmisión de la cultura clásica a la Edad Media. Pero no debió resultarle fácil al Obispo de Hipona hablar de humanismo cuando la esclavitud continuaba siendo una institución legítima y se apremiaba constantemente al esclavo al cumplimiento de su deber de obediencia y sumisión. Tampoco le resultó fácil escribir sobre Derecho, en una época en que la incipiente cultura cristiana seguía repudiando el legalismo farisaico, máxima expresión de la moralidad en la vieja sociedad hebrea, como lo repudiara Jesús, según San Lucas: "Ay de vosotros doctores de la ley, que os habéis apoderado de la llave de la ciencia, y ni entráis vosotros ni dejáis entrar".

Pero Agustín, el Aguila de Hipona, levantó su vuelo sobre las vastas regiones aún ensombrecidas por aquella especie de temor o de pudor que retenían la mirada del hombre medieval alejada de sí mismo, y alcanzó a discernir que el hombre no era sólo un animal dotado de razón, según la vieja definición aristotélica, sino que era también persona, noción de auténtica raíz cristiana que inspiró las grandes concepciones del humanismo en el mundo occidental. Y por lo que respecta al Derecho, noción gemela de aquélla por tocar ambas de cerca el destino del hombre, la trilogía agustiniana Ley Eterna, Ley Natural y Ley Positiva, constituye la columna vertebral de la filosofía jurídica desarrollada más tarde por Santo Tomás, Victoria, Suárez, etc., y es punto obligado de referencia para filósofos y juristas de las más diversas ideologías, cada vez que apelan a los fundamentos éticos del Derecho en busca de reparación de las injusticias y de protección para la dignidad del hombre.



Se debe, en segundo lugar, la dificultad del tema a que Agustín pensó "con el cerebro y la sangre", como diría Unamuno. La Filosofía se hace según el hombre que se es, advirtió Fichte; y Agustín es de aquellos espíritus en que la dimensión subjetiva, el impulso vital de su misticismo y el acento cálido de su expresión invaden hasta los últimos resquicios de los temas que aborda, enraizados siempre en alguna de sus vivencias personales. No lo asistió la visión de Saulo en el camino de Damasco. No llegó de golpe, sino por etapas, como llamado desde lejos, pero con voz que se oía más cercana en cada etapa. Esta evolución de su pensamiento se aprecia en la extensa gama de sus escritos, fruto de cuarenta años de meditación y estudio, en los que ascendió desde el catecumenado hasta la dirección espiritual del mundo como Obispo de Hipona.

Hombre de contrastes en su vida y en su obra. En su vida, porque conoció en el hogar que le sirvió de cuna en Tagaste, ardiente tierra africana, la violencia de un padre pagano y la dulzura de una madre cristiana, emprendiendo él mismo una búsqueda febril de la verdad entre los claroscuros dejados por el resplandor lívido de la cultura pagana decadente, en pugna con las nuevas concepciones cristianas, hasta que la encontró, gracias a lo que él mismo llama en sus "Confesiones" la "Luz de seguridad que disipa todas las tinieblas". Su conversión tuvo lugar hace 16 siglos a primeros de agosto del año 386, recibiendo el bautismo de manos de San Ambrosio en la Pascua del año siguiente.

Contrastes también en su obra, porque ella responde a las necesidades de la polémica y de las circunstancias. Es una obra fraguada en lucha continua consigo mismo y con los demás. Si Tomás de Aquino inspiró, con su calma didáctica y su raciocinio académico, los cánones de Trento, Agustín de Tagaste alentó la vida íntima de la Iglesia, el saber vivencial, la verdad no tanto como espectáculo que ha de contemplarse, sino como bien del que hay que apoderarse con el corazón. No es pues, la obra de un hombre cerebral, sistemático, de fríos esquemas, sino terriblemente apasionado, en quien vida y pensamiento se funden en una realidad apretada y cálida, causándole lo que Esteban Gilson llamó "impotencia nativa" de Agustín para organizar sus pensamientos en un sistema cerrado. Es por ello que no se encuentra en su extensa producción literaria una expo-

sición sistemática que constituya un cuerpo orgánico de doctrina, con textura lógica, sobre filosofía moral, jurídica o política, ni sobre ningún otro tema.

Aunque esta falta de construcción sistemática no impide la unidad radical del pensamiento agustiniano que, en su conjunto, es la proyección de una filosofía esencialmente teológica, hace más difícil reunir y ensamblar sus ideas sobre el tema elegido, dispersas ocasionalmente en las mil piezas distintas que se conservan de sus escritos.

Salvada así la esencia del viejo introducir, esto me propongo: espigar en la vasta mies que dejó sembrada el Santo argelino para componer su pensamiento sobre el humanismo jurídico, que es tal vez el aspecto que más lo aproxima a nuestra época y a las mejores motivaciones de la filosofía contemporánea. No en vano fue un converso, cuyas "Confesiones" son cumplida expresión de la trayectoria de una libertad que ha ido sacudiendo ligaduras conforme depuraba su sed de verdad y de amor, convencido de que la verdad lo haría libre, según la sentencia evangélica, porque nadie es tan libre como el que sabe lo que quiere.

### 3. MARCO DEL PENSAMIENTO AGUSTINIANO

Cualquier historiador del pensamiento jurídico occidental nos introduce a su historia con la idea de que no se aprecian manifestaciones relevantes sobre Filosofía del Derecho desde la caída del Imperio Romano hasta la Escolástica. Durante ese período la civilización occidental se encontraba en sus comienzos heroicos, y las mejores elaboraciones doctrinales sobre Derecho y Política de aquellos dos grandes pueblos que fueron Grecia y Roma, quedaron reducidos a las costumbres rudas de los bárbaros vencedores y a las prácticas rutinarias de los magistrados.

Ello se debió en gran parte a que las primeras comunidades cristianas conservaron el desinterés del Evangelio por el Derecho, por la organización institucional de la sociedad, por la regulación de las relaciones intersubjetivas y, en general, por todo lo que estuviere ligado a la vida terrena. "En la Tierra pasamos la vida, pero somos ciudadanos del Cielo —solían decir los primeros cristianos.

La "buena nueva" anunciada por Jesús no tenía por objeto la renovación de la sociedad terrena y de sus instituciones. Era un mensaje exclusivamente espiritual. El reino que Jesús anuncia no es de este mundo, como le respondió a Pilatos. Por ello, el Evangelio es anunciado y está dirigido a los "pobres", a quienes no tienen nada en la tierra, porque no se puede servir a dos amos al mismo tiempo... Al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios... Claro que Jesús tampoco vino a abolir la Ley, "Antes pasarán el cielo y la tierra —nos dice— que falte una jota a una sola palabra a la Ley". Más bien vino a completarla, esto es, a ponerla en práctica, a vivirla; no al viejo modo del legalismo farisaico que consistía en una adhesión huera a la letra muerta de la ley, sino al nuevo modo inspirado en el gran precepto del amor en el que se resuelve, en definitiva, todo cumplimiento de la ley cuando obedece al impulso espontáneo, ardiente y vivificador de aquel primer precepto.

La idea de derecho es, pues, extraña al cristianismo evangélico. La doctrina cristiana, que en pocos siglos se difundió en gran parte del mundo civilizado, produciendo honda transformación en las viejas concepciones jurídico-políticas, no tuvo originalmente significado jurídico o político, sino sólo moral. Cristo vino a convocar a los hombres a la unidad con Dios y entre sí por el amor. No en sentido metafórico, sino en sentido real. De manera que no hay cabida para relaciones intersubjetivas ni para las normas de coexistencia en que el derecho consiste, distintas de aquel primero y gran precepto que es el amor. Esta incompatibilidad de tipo moral entre la vida de los primeros cristianos y la sociedad de su tiempo tomó cariz político cuando el Estado Romano comenzó a perseguirlos como rebeldes a sus leyes porque se consideraban "forasteros" en la tierra y ciudadanos del Cielo. Por otra parte, la hostilidad hacia el imperio pagano y represivo, cuyas leyes condenaban al Cristianismo como ilícito, hizo que persistiera hasta su caída, la originaria infravaloración cristiana del Derecho imperial.

Sin embargo, la sociedad cristiana, como toda sociedad al fin, pronto tuvo que organizarse a medida que se fue extendiendo. Tomó forma en la Iglesia, una institución desconocida para los antiguos, y estableció un derecho cristiano, distinto del romano y en pugna con éste, porque le atribuyó autoridad

divina y estimó en consecuencia, que debían desobedecerse los preceptos imperiales cuando no fuesen conformes con aquélla, recordando las palabras de Antígona en la tragedia de Sófocles: "Es necesario obedecer a Dios antes que a los hombres".

San Pablo en su Primera Carta a los Corintios formuló un verdadero código de normas penales y civiles para la organización y mantenimiento de la disciplina en las comunidades cristianas. Sintió la necesidad, a medida que estas comunidades se iban formando, de acompañar a la obra apostólica de una iglesia puramente espiritual, una continua actividad disciplinaria, que señaló el inicio del período de la juridicidad de la Iglesia y de la organización de sus comunidades.

De esta manera, se fue atenuando el antilegalismo primitivo, tan acentuado en el propio San Pablo, hasta el punto que terminó aceptando y compartiendo la doctrina del Derecho Natural, a pesar de su origen pagano y de su contenido, considerado legalista por la primitiva intuición cristiana. Da pie para ello un pasaje de una de sus cartas a los romanos en la que afirma que también los gentiles tienen ley, aunque no conozcan la ley mosaica, porque hay preceptos inscritos por la naturaleza en sus corazones que deben cumplir.

Este pasaje del apóstol favoreció, sin duda, la introducción de la doctrina del Derecho Natural en la moral cristiana, ya que de otra manera no habría logrado penetrar por su intrínseco legalismo y su origen en los pueblos gentiles.

Se inició así el proceso de inserción de la doctrina cristiana en la vida terrena y social, proceso que culminó con el Edicto de Tolerancia promulgado por el Emperador Constantino, quien también convocó y presidió el Concilio de Nicea. Tres siglos de cristianismo reafirman en Nicea las bondades de su credo y de su moral. Pero faltaba aún una dirección de pensamiento, un cuerpo de doctrina. Los pocos hombres esclarecidos de la época, se hallaban demasiado empeñados en echar las bases espirituales y religiosas de la nueva sociedad, de modo que, ni la filosofía ni el derecho eran objeto de su especial atención.

Pero el creciente compromiso cristiano en el mundo fue generando una filosofía que, aun dentro de un marco esencialmente teológico, contenía los principios de una elaboración

doctrinal del cristianismo sobre el hombre y sobre el Derecho. Los padres de la Iglesia que al principio se limitaban a buscar apoyo en el Evangelio, pronto se vieron obligados a construir contra las desviaciones heréticas, un cuerpo de doctrina con fuertes bases filosóficas, éticas y jurídicas, cercanas en algunos aspectos al pensamiento pagano, pero empeñados a fondo en un radical ajuste de los fundamentos apologéticos de la doctrina evangélica.

Este es el punto de partida con el que San Agustín necesitó reconciliarse previamente para poder visualizar el de llegada.

#### 4. PERFILES DE HUMANISMO EN SAN AGUSTIN

Los términos en ISMO abundan. Son distribuidos con más generosidad que rigor, y tienen resonancias diferentes según que sean filosóficos, jurídicos, políticos o de cualquier otra fracción de nuestro mundo cultural, dependiendo incluso de la arbitrariedad y el desenfado con que frecuentemente falsean sus respectivos contenidos quienes los emplean. Así hemos llegado a un estado de confusión tal que apenas podemos entendernos.

La palabra "humanismo" es uno de tantos términos ambiguos con matices diversos que corresponden a las más antagónicas posiciones del pensamiento. De tal manera que ya no se trata de una pugna entre el humanismo y otros sistemas, sino de un conflicto entre las variantes del propio humanismo, disperso en todas las direcciones.

El término en sí es un neologismo que se generaliza y difunde en el siglo XIX, alcanzando en la actualidad importancia de postulado filosófico fundamental y clave decisiva en el destino histórico de nuestra cultura; y el concepto que traduce depende de la idea que se tenga del hombre, ya que es en la realidad humana donde tiene sus raíces. En cambio, "humanitas" como concepto, tiene una larga y hermosa historia que se inició al asimilar los romanos la cultura griega. Cicerón solía utilizar ese vocablo para significar la formación humana y espiritual del hombre.

En las diversas tentativas de alcanzar una definición del humanismo, concretamente del filosófico, orillando otras acepciones culturales, se aprecia una orientación sostenida hacia el



valor y el despliegue de la personalidad, que afirma y exalta el valor "hombre" y sus posibilidades, tanto en el plano intelectual, afectivo u operacional, como en la esfera de su vida espiritual y de la convivencia intersubjetiva, defendiendo la supremacía del hombre **como persona** frente a las exigencias de su dimensión social.

Pero, a pesar de ser ésta una fórmula conciliadora por su misma indeterminación, ya que se limita a vincular el concepto **de humanismo a la afirmación del valor "hombre"** en un marco tan amplio que puede cobijar diferentes ideologías, no se vislumbra cuál sea el contenido de la idea humanística hasta que no se aborde y resuelva el problema de la jerarquía de los valores en torno al hombre, en su relación con la naturaleza y con Dios.

A partir de este planteamiento, dos han sido las interpretaciones principales que representan otros tantos puntos de vista, en principio parciales y excluyentes, sobre el humanismo: Uno **antropocéntrico**, del que son responsables el espíritu del Renacimiento y de la Reforma, por una parte, y el positivismo, por otra; otro, **teocéntrico**, con fuentes en la antigüedad pagana, pero que tomó cuerpo y solidez en la filosofía cristiana y su concepción del hombre.

A. **El Humanismo Antropocéntrico** fue, en realidad, el primer fruto del nominalismo y el voluntarismo de los franciscanos ingleses Juan Duns Escoto y Guillermo de Ockam, quienes, rompiendo el equilibrio y armonía que el gran genio metafísico de Santo Tomás había logrado establecer entre la filosofía y la teología, dejaron abierto el proceso hacia la "pérdida de Dios", que se desarrolló en diferentes etapas de la filosofía moderna y culminó en el idealismo alemán cuando Kant declaró imposible la prueba ontológica, y Nietzsche, en un pasaje de "Así hablaba Zaratustra", se pregunta, refiriéndose al santo ermitaño que encontró en el bosque, "¿cómo es posible que el viejo no se haya enterado todavía que Dios ha muerto?". El Renacimiento fue una de esas etapas hacia la indefensión metafísica que padece la humanidad actual. En ella, el humanismo quedó reducido a expresión cultural de una filosofía cuyo distintivo fue el desplazamiento de la idea de Dios y del centro de gravedad de la determinación ética de la vida y de otras valoraciones, y su sustitución por la idea del hombre y



la glorificación de la naturaleza, de modo que el hombre mismo sea el centro del hombre, y "hombre" y "naturaleza" sean los dos grandes temas en el nuevo horizonte intelectual, dando al traste con la concepción cristiana de la cultura y de la Sociedad, que era la base del auténtico humanismo.

Al extremar estas ideas, se alentó la reacción de las doctrinas totalitaristas en el presente siglo, las cuales, a su vez, *provocaron con sus excesos y desviaciones, las diversas formas y matices del humanismo contemporáneo*. Estas van desde la concepción cristiana del humanismo "integral" de Maritain, que es un humanismo abierto, que reconoce a Dios como centro del hombre, y defiende los derechos a la dignidad de la persona humana, a la vez que su necesaria inserción en la comunidad para el logro de sus verdaderos fines a través de la convivencia; hasta el humanismo marxista de los seguidores de Carlos Marx y Feuerbach, pasando por las cercanías de alguna de las vertientes por las que discurre el existencialismo, que es un humanismo cerrado, orgullosamente humano, que *prescinde de Dios y, paradójicamente, también del hombre*, ya que su valor reside únicamente en la clase o colectividad a que pertenece. Si quisiéramos señalar algo que tengan en común estas diferentes expresiones del humanismo podría ser únicamente su preocupación por la aventura del hombre en el mundo, bien sea desde el punto de vista de la metafísica de la **razón vital**, que propone como esencia del hombre su forzada libertad para "ir siendo" sobre la base insoslayable del "ser-ya-sido"; bien, al modo existencialista, que es un modo nuevo de concebir al hombre en su postura individual, convocándolo a una existencia "auténtica" en la que sea él mismo, con singularidad irrepetible, angustiado por el afán de existir y por el temor a la nada, quien experimente esa suprema contradicción de ser y no ser en que la vida consiste; o bien, en fin, a la manera del pretendido humanismo marxista, que el Profesor Tierno Galván —recientemente fallecido— definió como "un humanismo ateo que responde a una concepción natural y positiva del mundo y del hombre reduciendo el valor a lo meramente social". Para el humanismo marxista —*escribe Fueyo Alvarez*— la personalidad ha dejado de ser la esencia del hombre... El hombre deja de ser en el marxismo el titular de la existencia, por lo que, más que humanismo, es deshumanización del hombre, herejía humanista del mundo moderno".

Todos estos humanismos, por diferentes que sean en su finalidad y fundamento, en el modo y los medios de su realización, en la forma de sus doctrinas, coinciden en la tendencia a realizar en todos los órdenes la "humanitas", es decir, un ideal humano que no puede ser el mismo para todas las ideologías, porque se determina sobre la base de un esquema interpretativo de la naturaleza, de la historia y del mundo, y por eso, o se fundamenta en una metafísica o se constituye en fundamento de ella.

Una etiología de estas diversas maneras de concebir el humanismo en la actualidad nos alejaría de nuestro propósito. Debemos regresar al tema, pero antes, permítanme recordar aquí la advertencia que hiciera, hace poco más de una década, Alvin Toffler en su obra "El shock del futuro": "El mundo entró en una era de cambios capaces de empujar hasta sus últimos reductos las instituciones existentes y hacer estallar las estructuras mentales mejor establecidas". Los valores espirituales están en trance de ser embargados por una civilización deshumanizada. Esas muchedumbres en los suburbios de casi todas las grandes ciudades del mundo y en los campos viven en condiciones irreconocibles con la dignidad humana son manifestaciones del antihumanismo que sufre la sociedad actual.

**B. El humanismo teocéntrico.** Si convenimos, como se ha propuesto, en llamar "humanismo" a todo ese vocerío de la filosofía moderna que va desde el Renacimiento hasta el Existencialismo, por el hecho de haber convertido al hombre en quicio del filosofar, San Agustín fue el primer humanista. A él corresponde el hallazgo por primera vez en filosofía de lo auténticamente "humano", y no al movimiento renacentista, como suele creerse, al que sólo puede atribuirse el mérito del redescubrimiento del hombre. En efecto, aunque el tema del hombre no es extraño al pensamiento griego, sin embargo, a fuerza de destacar su dimensión "política", no alcanzaron a comprender al hombre como "individualidad", en su estado de aislamiento, como persona, sino en íntima conexión con la totalidad del cosmos, encuadrado dentro de la familia y de la sociedad.

Aristóteles designa al hombre como un "animal político" y considera al bien individual como subordinado al bien familiar; y a ambos, en dependencia del bien o utilidad social. En

este orden de ideas, la Política, cuyo objeto es el buen gobierno de la ciudad con miras al bien común, es subalternante respecto de la Economía, que se ocupa del régimen de la casa para preservar el bien de la familia, y ambos lo son respecto de la Etica, que versa sobre el bien particular del individuo y la orientación de su conducta para conseguir su perfección<sup>6</sup>. Carente del sentido de trascendencia, distinguió al hombre del puro animal sólo por su "ciudadanía", y creyó que encontraba su máxima felicidad en el Estado. Por eso, en su Etica a Nicómaco, considera a la Política como "ciencia principalísima y maestra de todas las demás". De modo que la concepción helénica del hombre quedó aún lejos de la cristiana, a pesar del cambio de perspectiva con los sofistas, Sócrates y Platón, a quienes se debe el primer discernimiento del hombre frente al cosmos, como lo expresa la divisa socrática "conócete a ti mismo" ("Nosce Te Ipsum").

En Roma no hubo, en principio, reflexión filosófica propia. Sus conceptos fundamentales y la textura lógica de su sistema jurídico fueron tomadas en su mayor parte de la filosofía griega. El insigne Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Roma GIORGIO DEL VECCHIO dice al respecto que, "mientras el pensamiento griego nos ofrece un derecho absorbido por la Filosofía, el pensamiento romano nos presenta una Filosofía diluida y absorbida realmente en el Derecho"<sup>7</sup>. Uno de esos conceptos importados es el de "humanitas", que no es otra cosa que la traducción romana de la "ética de la vida conforme a la naturaleza" de la escuela Estoica, que concebía la vida como un proceso de libre desarrollo de la personalidad, y al hombre, como un ser llamado a su plenitud, con capacidad para forjarse espiritual y socialmente a sí mismo. A estas ideas griegas agregó Cicerón algunos tópicos romanos, como la exaltación de la dignidad del hombre y la idea de la libertad<sup>8</sup>.

Pero esta antropología pagana se llenó de sentido y se elevó a una perspectiva nueva con la aparición del hombre cristiano, "imagen y semejanza de Dios". La filosofía cristiana

6. FERNANDEZ GOMEZ, Lorenzo: "Bases Filosóficas para el estudio del Derecho", Edit. Tecnos. Madrid, 1982, p. 115 y ss.

7. DEL VECCHIO, Giorgio: "Historia de la Filosofía del Derecho", Edit. Bosch, Barcelona, 1963.

8. DEL VECCHIO, Giorgio: "Derecho y personalidad humana en la historia del pensamiento", en el Volumen "Persona, Estado y Derecho". Madrid, 1957, Instituto de Estudios Políticos, p. 6.

colocó al hombre en una situación de equilibrio entre la naturaleza y Dios, que le permite distinguirse con relieve propio, aun estando vinculado a ambas ideas. En el pensamiento de Agustín la persona humana ocupa el centro de la escena filosófica, como primer protagonista. Una fragancia nueva de intimidad, no conocida hasta entonces, se percibe en sus escritos, imprimiendo un sello de distinción al humanismo cristiano. Sin caer en el subjetivismo mórbido que minó la filosofía moderna a partir de Descartes, centró su reflexión filosófica en torno al "yo", a la riqueza espiritual del alma humana. Para él, la única actividad filosófica verdadera es la introversión tendente a descubrir, en un análisis íntimo del "yo", la realidad primera y radical que es Dios. Intimidad y Dios, prisocología y ontología, son los dos polos del pensamiento agustiniano que le dan a la vez armonía, cohesión y unidad a toda obra <sup>9</sup>.

Este pensamiento teocéntrico continúa siendo una de las bases de la civilización cristiana, aunque esta expresión apunta hoy a un complejo cultural que excede los límites del campo estrictamente religioso. Y es que las notas de un humanismo cristiano, como señala Maritain <sup>10</sup>, son: 1º) Superioridad de la persona individual sobre el grupo. 2º) Igualdad fundamental de todos los hombres y 3º) Fraternidad.

En relación con el primero de estos principios, si se entiende a San Agustín de un modo material, a la simple luz de una razón geométrica, parecería que la criatura está aniquilada. El hombre estaría esencialmente "corrompido" por el pecado original. Esta será, siglos después, la doctrina de Lutero, de Calvino, de Jansenio, etc. La teoría de la "gracia sin libertad". Pero si nos detenemos en su análisis de la "persona" desde una perspectiva teológica, Agustín alcanzó a discernir, en sus grandes intuiciones contemplativas, verdades luminosas en torno a la naturaleza humana, y al problema de la gracia y de la libertad, en los que toda la Edad Media mantuvo los ojos puestos, hasta que Santo Tomás las incorporó como sillares fundamentales en la arquitectura de su doctrina perenne. Entre esas verdades está que el hombre no es solamente un animal dotado de razón; es también "persona", concepto que, preci-

9. GALAN, Eustaqui: "Jus Naturae" (Lecciones de Cátedra). Tomo II, Madrid, 1961. p. 99 y ss.

10. MARITAIN, Jacques: "Humanismo Integral". París, Aubier, 1936.

sado por él a la luz de la teología, significa un universo de naturaleza espiritual, dotado de libre albedrío, que constituye, por ello, un todo independiente frente al mundo, de modo que ni la naturaleza ni el Estado pueden penetrar sin su permiso en ese universo. Hasta Dios mismo que está y actúa dentro de él, obra con exquisita delicadeza, respetando su libertad. Creado el hombre para un fin sobrenatural, en él pueden y deben realizarse los valores supremos, y no en el grupo o en la colectividad, que sólo son medios o instrumentos. Queda así afirmado con claridad el valor propio de la persona humana y de sus derechos primarios, en franca oposición al modo tan absoluto en que la personalidad individual era absorbida en la concepción pagana del Estado.

En razón del fin para el que fue creado, el hombre está situado en los confines de ambos mundos, el natural y el espiritual, ocupando un lugar privilegiado en el orden de la creación. De ahí que no sea un mero "consistir en", sino un "ser para". Tiene la capacidad, que los seres desprovistos de razón no tienen, de dirigirse mediante sus acciones libres y deliberadas, hacia la consecución de su último fin y de su felicidad. Puede conocer y amar a Dios, y, en consecuencia, tender hacia Él, porque como criatura racional, tiende a alcanzar su última perfección en su Creador, que es, según expresión del Santo, "La plenitud de todos los bienes deseables" ("plenitudo omnium rerum optandarum").

Bajo esta nueva perspectiva, San Agustín hizo un aporte muy valioso al pensamiento cristiano, colocando al hombre en una nueva plaza entre lo natural y lo sobrenatural, que no conoció el mundo antiguo y que sirvió de marco a las variadas floraciones o idearios humanistas en el moderno. Dirán algunos que dejó vastas regiones en sombra, especialmente en lo que se refiere a la permisión divina del acto malo y a la significación y valor de la actividad del hombre. Pero esa circunstancia no le resta méritos ni disminuye la claridad de los puntos luminosos de su doctrina, ya que se trata de temas tan insondables que sobre ellos aún queda en nuestros días mucho terreno en barbecho.

El segundo principio del humanismo cristiano integral, según Maritain, es la igualdad fundamental de todos los hombres. El tema preocupó de modo especial a Agustín por su estrecha



conexión con el tratamiento de la institución de la esclavitud<sup>11</sup>. En un pasaje de la Ciudad de Dios, famoso porque ilustra la firme convicción agustiniana de la igualdad de los hombres por naturaleza, a la vez que contiene la mejor de las teorías patrísticas sobre la esclavitud, San Agustín sostiene con énfasis que "el hombre por naturaleza no es esclavo ni de otro hombre ni del pecado". Que la esclavitud es una institución **antinatural** por ser contraria a las condiciones originales de la naturaleza humana, pero **necesaria** bajo las circunstancias sociales de la época. Que la esclavitud nada le resta al hombre en cuanto creado a imagen y semejanza de Dios y dotado de razón, así como la libertad jurídica nada puede añadirle a esa su condición; que hay formas de esclavitud peores que la jurídica, como las del pecado, el vicio o la ignorancia, pues a veces es un beneficio para quien no sabe gobernarse a sí mismo estar bajo la autoridad de otro, como Isaac puso a Esaú bajo dependencia de Jacob; en fin, esclavos o libres, todos somos unos en Cristo.

No puede pretenderse que San Agustín condenara la institución de la esclavitud como injusta cuando ni juristas ni filósofos alcanzaron a explicar esa contradicción paradójica entre los principios de la ley natural y las condiciones de vida humana de la época. La Iglesia no tenía otra alternativa que rechazar la esclavitud con la misma claridad con que debió aceptarla de hecho, articulando en su propia legislación el tema del esclavo que ha entrado en un monasterio o aspira a ordenarse de sacerdote. Sin embargo, a juzgar por varios de sus pasajes, San Agustín inició una línea de influencias que gradualmente eliminaron la esclavitud o mitigaron su rigor en el mundo antiguo. Son frecuentes sus advertencias a los dueños de esclavos en el sentido de que los traten igual que a sus hijos. Es conocido uno de sus sermones en que reprocha severamente a quienes dispensan un trato duro a los esclavos cristianos, sin considerar que son sus hermanos por la gracia. También se sabe que promovió reformas legislativas para proteger al esclavo y provocar su manumisión.

Mensajes como éstos del doctor africano conservan todo su valor, enriquecido por los siglos, para la doliente y desconcertada humanidad de nuestro mundo, más necesitado que

11. CASTAN TOBEÑAS, José: "Humanismo y Derecho", Instituto Edit. Reus. Madrid, 1962.



nunca de entendimiento entre los pueblos y entre los hombres, en el que se practican de diferentes formas todas las variedades de esclavitud que Agustín denunció en su tiempo. Por esta recia actualidad de su pensamiento, que cada época entendió según sus propios esquemas e intereses, y para desvirtuar equívocos propiciados por alguno de sus expositores, se hace necesario, a pesar de la selva bibliográfica ya existente, un estudio serio sobre el sentido auténtico de la doctrina agustiniana. Si entonces sirvió para crear una fecunda dirección de humanismo cristiano, puede repetirse ahora la experiencia. No se desvirtúan ni el cristianismo por ser humanista, ni el humanista por ser cristiano. Pensar de otra manera es desconocer el verdadero sentido de la gran tradición humanista y atribuirle matices excluyentes que no le pertenecen.

El significado e interés actual del humanismo cristiano que impulsó San Agustín, se aprecia aún mejor si se entiende como un **humanismo social** que conjuga a la dignidad de la persona con su necesaria inserción en la comunidad. Con esta idea, enlazamos la última parte del tema que exponemos.

## 5. VISION TRIDIMENSIONAL DE LA LEY EN SAN AGUSTIN

### 1º) *Herencia pagana sobre Derecho Natural.*

Si el primer postulado del humanismo, en una concepción cristiana del mundo y de la vida, es el reconocimiento del valor del hombre, de su última dimensión espiritual en que radica su dignidad, este principio está implícito también en la noción misma del Derecho, que presupone al hombre y se da para él como condición de la convivencia social. De aquí que haya sido muy clara la conexión del humanismo con la doctrina del Derecho Natural en todas las fases del desarrollo histórico de ambos conceptos, desde los mismos orígenes de las nociones romanas de "humanitas" y de "natura".

San Agustín recibió del pensamiento pagano una rica herencia sobre la intrínseca armonía del universo, que apuntaba a la idea de una "justicia cósmica" o "logos racional" que mide, regula y proporciona todo cuanto existe. Fue la visión estoica del cosmos, que Cicerón plasmó con calor emotivo en fórmulas que le dieron amplia y perdurable difusión. Fue también la con-

cepción del "alma universal" que anidaba bajo el UNO de Plotino, comparada por él, en imagen sugestiva, con "el principio que en cada animal da forma a las partes de que consta y las coordina con el conjunto de que son partes". También Sócrates, desde otras bases hincadas en la **naturaleza** misma de las cosas, distinguió el orden que se revela en ellas, del que establecen las leyes humanas; y Aristóteles precisó esta idea, dividiendo la justicia en "natural" y "legal": la primera procede de la naturaleza y abarca todo lo que, conforme a ella, **debe hacerse**, y también lo que —por ser contrario a lo que debe hacerse— **debe evitarse**; la segunda proviene del concierto y de la voluntad de los hombres. Ambas tendencias, la racionalista y la naturaleza, se encontraron en Roma: Gayo siguió la primera de ellas, concibiendo el "jus Gentium" en base a la idea del derecho natural derivada del "logos" griego ("quod naturalis ratio inter omnes homines constituit"); Ulpiano, en cambio, prefirió la segunda de dichas tendencias, definiendo el derecho natural como "lo que la naturaleza enseñó a todos los animales" ("quod natura docuit omnia animalia"). Desde entonces, "la Historia de la Filosofía del Derecho —dice Legaz Lacambra— tiene como eje central, en torno al cual gira su especulación, la idea de un derecho superior a toda ley escrita".

A esta herencia, vinculada a lo más selecto del pensamiento greco-romano, hay que agregar el legado, no menos rico, de algunos textos bíblicos que, lejos de la impronta panteísta de las doctrinas paganas, destacan, además de la belleza en la expresión propia del estilo oriental, la presencia y la acción personal de un Dios Creador y Ordenador, conforme a la tradición monoteísta del pueblo de Israel.

La gran misión de San Agustín fue depurar esa corriente de pensamiento que le llegó por diferentes vías, enriquecerla con las nuevas luces del Cristianismo e impulsarla vigorosamente hacia el futuro, revestida del atuendo teológico nuevo que dio unidad y colorido a toda su obra.

El proceso evolutivo de asimilación y desarrollo de la herencia jus-naturalista, incubada en las fuentes mismas de la meditación filosófica, no ha culminado todavía. Tras la consistente reelaboración de Santo Tomás, Victoria, Suárez y otras figuras señeras en la Filosofía cristiana, y superados los excesos ideológicos del racionalismo y las no menos exageradas

reacciones en las corrientes positivizadas del siglo XIX, estamos ahora mismo asistiendo a un vigoroso resurgir del Derecho Natural, en una nueva fase de ese proceso evolutivo, que el autor francés Le Fur denomina significativamente "período científico", en atención a que está nucleando un nutrido conjunto de tendencias modernas, de procedencia diferente y con distintas bases filosóficas, pero que tienen en común más flexibilidad y menos dogmatismo que las escuelas tradicionales, y sobre todo, tienen la firmeza de saber que hay cosas que deben hacerse y cosas que deben evitarse, y que unas y otras surgen necesariamente del solo hecho de que el hombre es hombre, como lo advirtiera Cicerón: "Natura juris ab hominis natura repetenda est".

*Dentro de este marco ideológico, en actitud más humilde y menos dogmática, pero no menos consistente que el jusnaturalismo Racionalista, tomó cuerpo en nuestras universidades durante las últimas décadas una línea de pensamiento que, con raíces en la propia esencia del gentilicio venezolano, preconiza un Derecho Natural también fundamentado en la naturaleza del hombre, pero concebido como un conjunto de principios o criterios normativos generales más flexibles, de carácter más comunitario y más participativo que el tradicional jusnaturalismo individualista, volviendo así a la interpretación correcta del pensamiento de Tomás de Aquino sobre el Bien Común. Maestros nuestros, como Arístides Calvani y Luis María Olaso, han revalorizado aquella vieja idea del doctor Angélico, revistiéndola de un ropaje nuevo que le permite comparecer en el escenario del derecho positivo y reafirmarse como puntos de referencia a valores a los que el legislador ha de ajustar sus normas.*

El doctor Calvani, lamentablemente desaparecido en una hora aciaga, nos enseñó que "la regulación de la conducta humana no se puede establecer en el aire. La regla de conducta presupone una finalidad, un objetivo, una meta, un punto de referencia. ¿Dónde hemos de hallar esa finalidad, ese objetivo, esa meta, ese punto de referencia? En la naturaleza misma del sujeto de la regla: en la naturaleza humana".

Y el doctor Luis María Olaso, en su obra "INTRODUCCION AL DERECHO", reeditado varias veces, escribe:

"El moderno iusnaturalismo evita caer en la discusión de la primacía del Derecho Natural sobre el Positivo. Comprende que, así como no es "auténtico derecho" el Derecho Positivo cuando rige la vida de los hombres sin considerarlos como personas o cuando falta a lo fundamental de la Justicia, tampoco llegan a ser "auténtico derecho" esos principios generales o criterios normativos del Derecho Natural hasta que no encajen en *normas jurídicas positivas*".

Este es, en definitiva, el verdadero contenido del Derecho Natural, aunque se utilicen diferentes nombres para apelar a él; es el único "ideal de justicia que corresponde a la conciencia jurídica de un mundo civilizado", como frecuentemente lo señaló el Papa Pío XII. A todas estas corrientes del pensamiento moderno, unidas, al menos, por el deseo de encontrar un sistema de valores a que aferrarse, va dirigido el mensaje de Juan XXIII, en su "Pacem in terris", exhortándolas a comprender tanto el verdadero significado de ese contenido, como la adecuada perspectiva desde la cual debe ser hoy contemplado sobre premisas antropológicas:

"En toda humana convivencia bien organizada y fecunda hay que colocar como fundamento el principio de que todo ser humano es persona, es decir, una naturaleza dotada de inteligencia y de voluntad libre, y que, por tanto, de esa misma naturaleza directamente nacen al mismo tiempo derechos y deberes que, al ser universales e inviolables, son también absolutamente inalienables"<sup>12</sup>.

## 2º) Correcciones e iniciativas de San Agustín.

Esta vigencia perseverante de la doctrina del Derecho Natural, fortalecida con el paso de los siglos, mientras muchas otras doctrinas que deslumbraron al pasar, sólo permanecen como hechos históricos, se debe al impulso y vitalidad perennes que el primer filósofo cristiano, San Agustín, imprimió a la herencia pagana, no únicamente pagana por la diversidad de su

12. JUAN XXIII: Carta Encíclica "Paz en la Tierra", Edit. BAC. Madrid, 1971.

acento evangélico, "acento único e inimitable", como dice Pablo Janet <sup>13</sup>, sino también porque sometió el pensamiento gentil a sustanciales correcciones de fondo.

Comenzó desplazando la idea del orden y la armonía cósmica de la filosofía pagana como punto de partida para explicar el fundamento de la virtud y de la justicia moral; y, en su lugar, colocó la razón y la voluntad de un Dios Trascendente al cosmos, que dispone conservar el orden natural y prohíbe perturbarlo ("Lex seterma est ratio divina vel voluntas Dei ordinem naturalem conservari jubens et perturbari vetans"). El Santo llama "Ley Eterna" a esa razón y voluntad divinas que nos vinculan al orden universal. Lo novedoso en la perspectiva cristiana de Agustín es que deja de ser una ley "cósmica", impersonal, independiente de la divinidad o superior a ella, para ser concebida como un decreto divino, fruto a la vez de la razón y de la voluntad de Dios, y consecuencia directa de su acción creadora.

Es "eterna", aunque ya no lo sea el mundo que regula como lo era en la concepción pagana, porque es la representación del orden universal en la mente divina, y, como tal, precedió al acto de la creación, y subsistirá independientemente de la existencia del mundo creado. No tuvo principio ni tendrá fin. Es, además inmutable, "inmóvil sobre todos los tiempos" <sup>14</sup> y Universal porque nada hay fuera del orden establecido por Dios <sup>15</sup>. Es, en fin, la Ley por antonomasia para el Santo, fundamento de todas las demás. "Nada es justo que no se derive de la Ley Eterna" <sup>16</sup>.

Hay que admirar su agudeza, como lo hace en su fino análisis el jesuita Francisco Suárez, al prevenir las polémicas posteriores bajo las rúbricas del "intellectualismo" o del "voluntarismo". De ahí que colocara como fundamento de la Ley Eterna unidas la "razón y la voluntad" de Dios, excluyendo así el angostamiento implícito en cualquiera de ambos conceptos y, por consiguiente, la posibilidad de discutir primacías entre ellos.

13. JANET, Pablo: "Historia de la Ciencia Política en sus relaciones con la Moral", Trad. Española de Cerrillo Escobar y R. Puente, Tomo I, p. 304.

14. "...aeternitate super omnia tempora immobilis", en "De Vera Real", pp. 43, 81.

15. "...et omnia mutabilia pulcherrima gubernatione moderetud", en "De diversis Quaestionibus", quaestio N° 27. p. 83.

16. "...nihil esse justum arque legitimun quod son ex hac aeterna sibi homines derivarint...", en "De Libero arbitrio", I, 6, 15.

Pero donde mejor se aprecia la originalidad de San Agustín y la visión teológica que orienta todo su pensamiento es en su doctrina sobre la Ley Natural. Los Padres de la Iglesia que le precedieron conservaron la tradición pagana sobre la "Lex Naturalis", recogida de manera un tanto confusa, a través de dos formas afines: "jus naturale" y "jus gentium", y trataron el tema profundamente, convirtiéndolo en un lugar común del pensamiento cristiano. Correspondió, sin embargo, al Obispo de Hipona realizar la primera formulación acabada de una teoría cristiana sobre el Derecho Natural.

A ello lo determinó de manera decisiva la doctrina de San Pablo que aseguró a la Ley Natural un lugar definitivo e indiscutible en el pensamiento cristiano, al afirmar que los gentiles que no tuviesen otra ley, tenían siempre "la escrita en sus corazones y en los pensamientos de dentro, que unas veces los acusan y otras los defienden"<sup>17</sup>. Esta concepción pauliana de la igualdad entre todos los hombres en cuanto al conocimiento de los primeros principios de la moral, dispuso en el Santo africano el temor a una **ley natural**, producto de la razón humana a través de su participación activa en el cumplimiento de la **Ley Eterna**.

Era esta misma filosofía contraria a la primitiva intuición cristiana, tanto por su origen pagano, como por su contenido teórico. Contraria en cuanto **ley**, porque los cristianos primitivos subestimaban la ley para la vida del espíritu y rechazaban el legalismo imperial, fieles a la tradición hebrea de la ley revelada por Dios a Moisés. Contraria en cuanto **natural**, porque la naturaleza era "carne", "mundo", "pecado"; era la condición del hombre caído que Cristo vino a salvar por la gracia. Contraria, en fin, en cuanto **razón**, porque el conocimiento racional mantiene al hombre vinculado a su condición mundana, de la que sólo puede ser rescatado mediante el conocimiento sobrenatural de la verdad con el auxilio de la fe y de la gracia.

17. SAN PABLO: Romanos, II, 14-15. Se ha querido ver en este pasaje, así como en la doctrina agustiniana sobre el Derecho Natural, un influjo decisivo de la escuela estoica. Esto es falso, porque los preceptos fundamentales de la Ley Natural se encuentran consagrados tanto en el Antiguo Testamento (v.g. DEUT. XXX, 11-14; JEREM. XXXI, 33; TOB. 14-16, etc.), como en el Evangelio (v.g. SAN MATEO: VII, 12; SAN LUCAS: VI, 31, etc.).



Removidos estos escrúpulos gracias a la aceptación del Derecho Natural por San Pablo en el pasaje citado, que tantas veces vuelve a la pluma de Agustín, como para asegurarse de que no es una referencia meramente incidental en el epistolario paulino, sino el deseo del Apóstol de insertar en la moral cristiana la doctrina del Derecho Natural, el Aguila de Hipona levantó vuelo en busca de todos los elementos valiosos, tanto los de procedencia gentil como los elaborados por el pensamiento cristiano, y comenzó a trazar las grandes líneas de su concepción *jusnaturalista*.

“La Ley Natural —nos dice— está transcrita en el alma racional para que los hombres conserven en sus costumbres las imágenes de las ideas morales que les fueron comunicadas”. “Es la Ley interior (*lex intima*) —dice también— de la que el hombre trata con frecuencia de huir, teniendo por misión la ley exterior hacerle volver a ella”. Tal vez la corrección más significativa que necesitó hacer en esta materia a la herencia que recibió fue poner en conexión el orden natural con la totalidad del orden cósmico del que forma parte. Comprendió que la Ley Eterna y la Ley Natural coinciden en cuanto se refieren al mismo orden del universo, pero difieren en que la Ley Eterna está enfocada desde el ángulo de Dios, mientras que la Ley Natural está impresa en la naturaleza del universo; es la encarnación de la Ley Eterna en la Naturaleza, y se *manifiesta como tendencia ciega en los seres inanimados*, como instinto en los animales y como precepto moral en el hombre. Un ejemplo muy expresivo le sirvió para aclarar las relaciones entre ambas leyes: “Como la imagen impresa en la cera muestra la misma imagen del sello que la imprimió, así la Ley Eterna, trascendente al mundo, coincide con la Ley Natural incorporada al mismo”<sup>18</sup>. Ortega Muñoz interpreta que “en virtud de esta coincidencia formal podría hablarse de una única ley contemplada desde dos ángulos opuestos: Dios y la Naturaleza, o considerar como aspecto formal la voluntad divina que regula, y como aspecto material el universo regulado por ella”<sup>19</sup>.

18. SAN AGUSTIN: en “De Trinitate”, XIV, 15, 21.

19. ORTEGA MUÑOZ, Juan Fernando: Op. Cit., p. 72.

En definitiva, la Ley Natural es la misma Ley Eterna en el aspecto particular de su vigencia que atañe a la criatura racional. Los irracionales cumplen necesariamente la Ley Eterna de forma pasiva, impulsados por razones seminales o de instinto; pero el hombre aprehende la Ley Eterna en la intimidad de su conciencia y descubre los primeros principios de la moral que representan en el orden de la acción lo que los primeros principios del conocimiento en el orden de la ciencia. La expresión "Ley Divina" la reserva San Agustín para la Ley Natural en cuanto revelada en los Libros Sagrados.

Aunque es ampliamente providencialista, puesto que sostiene firmemente que "fuera del orden establecido por Dios nada se hace"<sup>20</sup>, sin embargo, las cosas fueron creadas de modo que no requieran en cada una de sus operaciones la intervención directa e inmediata de Dios. "Dios —nos dice— gobierna las cosas creadas de tal manera que las deja ejecutar acciones y movimientos propios"<sup>21</sup>. Con este fin, al crearlas, dotó a cada cosa de una "ratio" particular o fuerza inmanente a su ser que las impulsa, a cada una según su naturaleza, a desempeñarse conforme al plan general del Universo. Esa inclinación o fuerza particular con que las cosas ejecutan sus movimientos propios, se genera en los irracionales en lo que el Santo llama "razones seminales", y consiste en una participación en la "razón universal" o Ley Natural en sentido amplio, que coordina esas fuerzas dispares y las mantiene en armonía, de manera que "el orden del universo sea el más perfecto".

Este optimismo cósmico nos permite señalar a San Agustín como un seguro precursor de la "armonía preestablecida de Leibniz pero sin la apariencia del espectáculo pirotécnico que tuvo el mundo de las "mónadas" del genial filósofo del barroco alemán.

Algunos expositores van más lejos, creyendo ver en lo que el Santo llama "razones seminales" un precedente del evolucionismo moderno. Pero la lectura meditada de varios de sus pasajes sobre el tema conduce a desvirtuar este equívoco. Aunque afirma que las "razones seminales" no sólo tienen alcance biológico, sino que abarcan todos los demás procesos causales

20. "...nullo modo aliquid legibus summi illius Creatoris Ordinatorisque subtrahitur...", en *De Ordine*, II 7, 21.

21. SAN AGUSTIN: *De Civitate Dei*, VII, 30.

del universo ("Mundus gravidus est causis nascentium"), sin embargo, aclara de inmediato que no actúan arbitrariamente en el desarrollo de las posibilidades de su inmanencia, sino conforme al orden y en la medida que Dios imprimió en su naturaleza. "De modo —dice el Santo— que de un grano de trigo no nacen habas, ni de una bestia un hombre", porque las causas motoras de la evolución ordenada del Universo ("razones seminales") obedecen a estos dos principios: uno divino o Ley Eterna, y otro infundido en la naturaleza de las cosas o Ley Natural.

### 3º) Caracteres del Derecho Natural.

Concebida la Ley Natural como manifestación de la Ley Eterna en la naturaleza, resultan de necesaria atribución las siguientes propiedades:

A. **Es Universal**, referida tanto al espacio como a sus destinatarios. *En el orden espacial, porque está impresa en la naturaleza del Universo y, por tanto, "es la misma en todas partes... Nada se hace fuera del orden divino".* Y en cuanto a los destinatarios, San Agustín se planteó también y resolvió la *vieja controversia acerca de si la Ley Natural comprende a todos los seres o sólo los dotados de razón.* Se decidió por la primera tesis concibiendo la Ley Natural en un sentido amplio y universalista que abarca a todos los seres creados y adaptándola a sus diferentes clases, como ya vimos. A los seres dotados de razón les reservó la modalidad específica del precepto moral, o Ley Natural en sentido estricto. Aclaró, además, que la Ley Natural no sólo rige las relaciones individuales, sino también las relaciones entre los Estados y las de éstos con los individuos; porque "¿Qué es Roma sino los romanos?" —se preguntaba— queriendo significar que "el hombre es la medida de la sociedad"

B. **Es invariable**, en segundo lugar, porque "siendo ley rectísima de Dios, según la cual se han de formar las costumbres de los países y de los tiempos... no varía según las latitudes y las épocas"<sup>22</sup>. San Agustín no desconoció la existencia de distintas legislaciones en los diferentes pueblos y

22 Confesiones, III, 7.

épocas, pero eso no significa que no exista la **Justicia en sí misma**, ni que para cada nación "su propia costumbre sea justicia"<sup>23</sup>. "Quienes piensan así —dice con énfasis— están poseídos del sueño de la ignorancia, y no entienden la máxima 'lo que no quieras que hagan contigo, no lo hagas tú a otro', la cual no puede en modo alguno variar por mucha que sea la diversidad de naciones"<sup>24</sup>.

Sin embargo, en otro lance de posmodernidad, presintió la doctrina sobre el Derecho Natural de contenido variable de Stammler, o lo que —más cerca de nosotros— Teilhard de Chardin llama "fase de planetización"<sup>25</sup>, en la que el hombre adquiere la vivencia de su historicidad. En efecto, San Agustín entiende que la inmutabilidad de los primeros principios del Derecho Natural no pueden alcanzar a las normas de ellos derivadas. "Ello obedece —dice en forma sugestiva— a que los tiempos no discurren con la misma armadura, pues en vano son tiempos"<sup>26</sup>.

C. Es por último, la **Ley Suprema**. "Nada debe ser obedecida más estrictamente que la Ley Natural, ya que por ser expresión de la voluntad divina, debe estar sobre toda otra norma inferior"<sup>27</sup> San Agustín, que meditó obsesivamente sobre el orden en el Universo y la paz, estaba convencido de que la "suprema y más radical expresión de la paz es la obediencia ordenada bajo la Ley Natural"<sup>28</sup>.

Distingue dos preceptos fundamentales: Uno en forma positiva: "Ama al prójimo como a ti mismo"; el otro, de formulación negativa: "No hagas a otro lo que no quieres para ti". Atribuye mayor importancia al primero de ellos, pues "toda ley se reduce al precepto del amor que el hombre debe cumplir según la pauta que encuentra en su propia naturaleza. "En el amor que

23. En "Doctrina Christiana", 3, 14, 22.

24. *Ibidem*: 3, 15, 18.

25. P. TEILHARD DE CHARDIN: "El Porvenir del Hombre", Edit. Taurus, Madrid, 1964, citado por el Dr. LUIS MARIA OLASO, S. J. en su Obra INTRODUCCION AL DERECHO, Tomo I, p. 337.

26. SAN AGUSTIN: Confesiones, III, 7.

27. SAN AGUSTIN: en "De bautismo contra Donatistas", 3, 9.

28. SAN AGUSTIN: en Sermón, 62, 8.

el hombre se tiene a sí mismo —nos dice— está el camino para el amor a Dios y la medida para el amor al prójimo”<sup>29</sup>.

#### 4º) Derecho Natural y Derecho Positivo.

En el Libro contra Fausto formula San Agustín su conocida división tripartita de las leyes: Ley Eterna, Ley Natural y Ley Positiva. Para justificar la existencia del Derecho Positivo, y también la variabilidad del Derecho Natural en sus derivaciones o normas secundarias, el Santo acude con frecuencia al argumento de la “oportunitas temporum”, anticipando una vez más el concepto moderno de “signos de los tiempos”. Al principio —dice el Santo— no había necesidad de leyes escritas; los hombres vivían en la tranquilidad del orden bajo el único régimen de la Ley Natural, escrita en sus corazones”<sup>30</sup>. Después, hasta el mismo Dios juzgó necesario concretar y confirmar la Ley Natural mediante el Decálogo.

Llama indistintamente “leyes humanas”, “leyes positivas” o “leyes exteriores” a las que los hombres y los pueblos se dan a sí mismos. Pueden ser escritas o no, según se trate de leyes o de costumbres; y unas y otras tienen por misión hacer que el hombre vuelva a la ley natural o “interior”, cada vez que pretende huir de ella. Se detiene a definir el derecho consuetudinario como “el que el uso ha deducido de la naturaleza... o el que, desde largo tiempo, ha entrado en uso después de una duradera apreciación por parte del pueblo”. En cambio llama “derecho legal” al “derecho escrito, promulgado ante el pueblo para ser observado”.

También se detuvo a analizar en detalle las diferentes hipótesis de conflicto posible entre el Derecho Natural y el Positivo, distinguiendo por lo menos estas tres situaciones:

29. SAN AGUSTIN: en *De Civitate Dei*, XIX, 14. Para Agustín, el amor es la fuerza que empuja, el timón que guía; es la medida de la grandeza del hombre; pero la gran tarea del ser humano es elegir lo que ha de amar, de poner orden en el amor. Su bien conocida máxima “ama y haz lo que quieras” no debe ser entendida como un llamamiento al amor sin prioridades, puesto que no hay nadie que no ame en esa forma; sino como un exhorto a establecer jerarquía clara y precisa en lo que se ama.

30. “...Non fuit necessaria lex per Moysen. Denique subintravit, quod otique non ordinarium sed velut furtivum significare videtur introitum; eo quod in docum naturalis legis intraverit”. (En *Epist.* LXXIII, 10).

1º) Que el Derecho Positivo regule materias que el Derecho Natural no alcanza a regular en forma visible. "Aún así —dice el Santo— ese derecho humano tiene en el Derecho Natural el fundamento de su obligatoriedad, porque nada es justo que no se derive de la Ley Eterna... y la participación de la Ley Eterna en el hombre es la Ley Natural"<sup>31</sup>.

2º) Que, invirtiendo el supuesto, el Derecho Natural regule aspectos de la conducta humana en los que el Derecho Positivo es más transigente. "Es explicable —nos dice al respecto— que la Ley escrita por el gobierno de los pueblos permita ciertas cosas que la Providencia Divina castiga...". Pero advierte a los pueblos que no por ello quedan desligados de la obediencia a la Ley Natural. Con esta advertencia, deja San Agustín anclado en tierra firme otro de los grandes puntales de la concepción cristiana del Derecho Natural: La esencial inclusión del orden jurídico en el orden moral sin que ambos aspectos de la norma de conducta se confundan ni se excluyan, sino que se complementan: como norma moral obligatoria en conciencia y como simple regla de conducta externa ordenada a sus fines.

3º) Que el Derecho Positivo se enfrente en pugna abierta contra el Derecho Natural. San Agustín vivió intensamente este conflicto que apunta a la aguda polémica sobre la legitimidad de las leyes humanas, sostenida desde los orígenes de la sociedad hasta las formas políticas más desarrolladas de nuestro tiempo. Cuando el imperio romano se acercaba a su ocaso y el gran edificio de la cultura clásica comenzó a derrumbarse por todas partes, el Santo Obispo de Hipona aseguró otra base sólida del pensamiento cristiano, sosteniendo que "nada es justo en la ley temporal que no sea derivado por el hombre de la Ley Eterna". Conocedor a fondo como era de la naturaleza humana, quiso decir con esa frase que allí, en el santuario de la conciencia, en la constitución íntima de la persona, donde se encuentra la primera ley del ser y del conocer, debe encontrarse también la fuente del deber y el fundamento de la legitimidad del derecho. Convencido de ello, rechaza enérgicamente la "opinión de quienes afirman que es derecho lo que es útil al más fuerte"; y termina su análisis sobre el tema con esta sentencia definitiva: "Lo que no es justo no es Ley".

31. En "De Libero Arbitrio", I, 6, 15.



## 6. CONCLUSIONES

1º) La obra de San Agustín, ubicada providencialmente sobre el eje central de la historia, representa el punto de sutura entre dos mundos: el antiguo y el moderno. Entre dos culturas: la pagana y la cristiana. Una clara orientación teocéntrica asegura la unidad de su pensamiento, más allá de la dispersión y diversidad del mismo. Más allá también de interpretaciones pesimistas sobre algunos aspectos de su doctrina, investigaciones serias en las últimas décadas han sometido a revisión su ideario político, en particular, concluyendo que es falso que San Agustín haya visto en la sociedad política y en las instituciones que la rigen un fruto del pecado y, en consecuencia, "obra del espíritu maligno".

Es cierto que para el hijo de Mónica el pecado no era sólo un concepto, sino una vivencia dolorosa de su inquieta mocedad que jugó papel importante en el resto de su vida. Pero la más reciente valoración de su doctrina, lo sitúa de lleno en la línea de quienes pensaron desde siempre que la sociedad política es producto de una tendencia **natural** en el hombre, que se hubiera manifestado igualmente en el estado de inocencia.

2º) Es precisamente ese profundo conocimiento de la naturaleza humana y la sugestiva dimensión humanista de sus escritos lo que hace que sea San Agustín con quien uno se encuentra cada vez que le preguntamos a la historia por el sentido del hombre. Quien lea los episodios de sus "Confesiones" o descubra las intimidades de los "soliloquios" sentirá el hechizo de reconocer en ellos sus propias vivencias<sup>32</sup>.

Por eso, y porque encontró para el hombre un nuevo lugar entre el cosmos y Dios, San Agustín debe ser considerado como el **primer humanista cristiano**.

3º) En el campo específico del humanismo **social**, que combina la dignidad de la persona con su necesaria inserción en la comunidad, la gran misión de San Agustín fue depurar y

32. "Nada de lo humano me es ajeno" —solía decir Agustín. Lo humano era para él todo un universo de significados, entreverados en feliz textura, en la que hasta las carencias y debilidades ayudan al ser humano a percibirse como un ser pleno de posibilidades y a advertir su grandeza en razón del destino a que está convocado: "Nos hiciste, Señor, para Ti".

enriquecer con las nuevas luces del cristianismo la corriente de pensamiento jusnaturalista que le llegó por diferentes vías, incubada en la fuente misma de la meditación filosófica. Artífice de la primera concepción cristiana de la Ley Eterna, lo fue también de la primera formulación acabada de una doctrina sobre el Derecho Natural <sup>33</sup>, cuyos confines alcanzó a distinguir desde la atalaya de sus premisas teológicas y sus obsesivas meditaciones sobre el orden y la paz. "Deus ordinavit omnia" <sup>34</sup>.

33. GALAN, EUSTAQUI: San Agustín y el Derecho Natural, en "Ecclesia", 1942, N° 50. pp. 15-16.

34. SAN AGUSTIN: En la Ciudad de Dios (XIX, 13) evoca, en un hermoso pasaje, la armonía del universo, que adorna con esta última pincelada: "Pax omnium rerum, tranquillitas ordinis".

**SECCION ESTUDIANTIL**

**EL AMPARO CONSTITUCIONAL \***

**María Eugenia Reyes F.  
Jesús María Casal H.**

---

\* Premio en el Concurso Estudiantil Conmemorativo del XXV Aniversario de la Constitución de 1961.

## MOTIVACION

## PREFACIO

- I. Trinomio fundamental para la comprensión del Amparo Constitucional.
- II. Definición del Amparo.
  - a. El Amparo en Venezuela.
- III. El Amparo en la Constitución Venezolana de 1961.  
Constitución de 1961.
  1. Interpretación objetiva de los artículos 49 y 50 de la Constitución.
  2. Procedencia del Amparo aún en ausencia de la Ley Reglamentaria.
    - A. Interpretación objetiva.
    - B. Interpretación según la voluntad del Constituyente.
    - C. Jurisprudencia en torno a la procedencia del Amparo, en ausencia de Ley Reglamentaria.
    - D. La necesidad de una Ley reglamentaria.
- IV. Principios Jurídicos fundamentales aplicables a la Institución del Amparo
  - A. Admisibilidad del Amparo.
    - a. Legitimación para la solicitud.
    - b. Actos que pueden dar lugar a la solicitud de un Amparo.
    - c. Derechos que pueden ser protegidos a través del Amparo.

- d. Admisibilidad del Amparo en existencia de vías ordinarias para la protección de los derechos fundamentales.
  - B. Competencia de los tribunales y Procedimientos del Amparo.
    - a. Nuestra doctrina y jurisprudencia en torno al procedimiento del Amparo.
  - V. Intentos de elaboración de una Ley reglamentaria del Amparo.
    - A. Principios generales extraídos de los intentos de elaboración de una Ley Reglamentaria del Amparo.
      - a. En cuanto a la admisibilidad.
      - b. Competencia.
      - c. Procedimientos.
    - B. Aportes especiales de los Proyectos de Ley reglamentaria del Amparo.
    - C. Críticas a algunos señalamientos del material estudiado.
    - D. Nuestro aporte a los señalamientos anteriores.
- Citas Bibliográficas.

## MOTIVACION

Conmemorándose el aniversario de la puesta en vigencia de nuestra Constitución, creemos que es una oportunidad para acercarnos a ella, y demostrar que hoy, veinticinco años después de promulgada, se necesita más que nunca su aplicación. Para lograr ese acercamiento, consideramos que lo más adecuado es dedicarnos al estudio de un punto concreto dentro de su contenido, que por su trascendencia haga de nuestro estudio, más que un trabajo, un compromiso. El tema que hemos escogido, sin duda alguna reúne las características que antes mencionamos. El Amparo, además de ser muy interesante como estudio jurídico por las posiciones contrarias que genera dentro de la doctrina y la jurisprudencia, implica una lucha por los derechos humanos.

Conscientes de nuestras limitaciones, pero con grandes deseos de trabajar, emprendemos la realización de este estudio; para ello pretendemos ser lo más objetivos posible, tomando en consideración todas las tendencias doctrinarias de la materia, por contrarias que sean a nuestro criterio particular. De todas esas posiciones, queremos hacer una síntesis que deje a un lado lo negativo y conserve lo positivo de cada una, para lograr así obtener un resultado satisfactorio que humildemente ofrecemos como homenaje a todas aquellas personas que hicieron posible ese gran proyecto político que es la Carta promulgada el 23 de enero de 1961, calificada por muchos de avanzada, excelente e incluso perfecta...

## PREFACIO

En Carta de Mahatma Gandhi al Director General de la UNESCO, en respuesta a consulta que se le realizara sobre los requisitos de unas Declaraciones de Derechos Humanos, expresó:



"De mi ignorante, pero sabia madre, aprendí que los derechos que pueden merecerse y conservarse proceden del deber bien cumplido.

De tal modo que sólo somos acreedores del derecho a la vida cuando cumplimos el deber de ciudadanos del mundo.

... Todo otro derecho sólo será una usurpación por la que no merecerá la pena luchar".

Pudiera parecer que esta frase siendo bella, se alejara del objeto de nuestro trabajo, al tener un significado que se proyecta hacia el campo de la moral individual; podemos sin embargo, sin mucha dificultad, trasladar su contenido hacia la moral social, la moral del Estado.

Ciertamente sería un engaño, que el Estado consagrara derechos humanos sin que se hubiese concientizado del deber de ofrecer los medios necesarios para que estos sean ejercidos. Si fuera así, más valdría no consagrarlos, para que los ciudadanos conscientes de su indefensión, suplieran por otros medios esta deficiencia. Un Estado de esta naturaleza, no estaría cumpliendo su fin último, la búsqueda del pleno desarrollo de los miembros de la sociedad a través del ejercicio de estos derechos. Si no es el hombre para el Estado, sino el Estado para el hombre ¿puede aquél ser indiferente frente a la violación de los derechos humanos?

El contrato social debe renovarse. Dejemos atrás al Estado Gendarme, al Estado Abstencionista del dejar hacer, dejar pasar, vayamos al Estado Amigo, que lucha por el bienestar integral de la sociedad.

## **I. TRINOMIO FUNDAMENTAL PARA LA COMPRESION DEL AMPARO CONSTITUCIONAL**

Resulta indispensable, para la exacta comprensión de la Institución del Amparo en nuestro ordenamiento jurídico, la precisión de una serie de conceptos que son justificación de su existencia y determinación de su alcance.

No pueden las instituciones jurídicas ser analizadas únicamente a través de la interpretación gramatical de su consagración positiva. Es menester acercarnos a sus fundamentos, para interpretarlas en función de ellos. Tampoco es el ordenamiento jurídico, un conjunto aislado de elementos, que tan sólo tienen en común un tiempo y un espacio, sino que es una unidad interdependiente que funciona para la protección de una serie de valores.

Por ello, el estudio del Amparo nos obliga a indagar el sentido de conceptos determinantes en la voluntad del constituyente.

Es así como, a nuestro juicio, los Derechos Humanos, el Estado Social de Derecho y la Democracia son razón de ser del Amparo Constitucional.

### 1. Los Derechos Humanos

Siendo el Amparo una institución jurídica al servicio de los Derechos Humanos, su estudio exige una definición de ellos, es por esto que muy brevemente queremos llegar a una conceptualización de los Derechos Humanos, propia de nuestra época.

Las primeras Declaraciones de Derechos estuvieron justificadas por el individualismo, propio de la formulación liberal del Estado; los Derechos Humanos estaban destinados a asegurar un ámbito cerrado a la intervención estatal que permitiera el libre desenvolvimiento de la persona. Así, se garantizaban los derechos civiles y políticos, considerándolos suficientes para hacer armoniosa la vida en sociedad.

Una nueva concepción de los Derechos Humanos, compromete al Estado en la creación de vías para la consecución de los fines que el hombre persigue. Se ha dejado de ver al hombre como un ser abstracto para entenderlo en medio de necesidades concretas. Por ello, se consagran además, derechos económicos y culturales. Actualmente: "Todos los Derechos deben ser desarrollados y protegidos. En ausencia de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos corren el peligro de ser puramente nominales; en ausencia de los derechos civiles y políticos, los derechos sociales, económicos y culturales, no podrán ser garantizados mucho tiempo".

Muy bien ha expresado Gros Spiell que: "Sólo el reconocimiento integral de todos estos derechos puede asegurar la existencia real de cada uno de ellos".<sup>1</sup>

Esta concepción ha sido acogida por nuestra Constitución cuando coloca como uno de sus propósitos fundamentales: "Proteger y enaltecer el trabajo, amparar la dignidad humana, promover el interés general y la seguridad social...".<sup>2</sup> Igualmente la exposición de motivos al referirse al título III de nuestra carta fundamental dice que éste "comprende todo lo relativo a los derechos fundamentales de la persona humana", sin distinguir entre los distintos tipos de derechos enunciados. "Todos los derechos individuales, sociales, económicos y políticos son inherentes al ser humano y, por lo tanto, dignos de defensa permanente y de recuperación o satisfacción, cuando sean negados u objeto de menoscabo".<sup>3</sup>

Paralelamente a esta ampliación de los Derechos Humanos, se ha desarrollado un proceso de universalización. "En la actualidad se conceptúa que los derechos del hombre constituyen una materia regulada por el derecho interno y por el internacional y que el Derecho de los Estados y el derecho internacional deben necesariamente coexistir en la promoción, garantía y defensa de los derechos de la persona humana".<sup>4</sup> Este proceso de universalización se vio acompañado por la búsqueda de mecanismos eficaces para la protección de los derechos; se entendió cómo la simple declaración de los derechos, si no iba acompañada de mecanismos protectores, podía ser un formalismo engañoso, carente de sentido. Señala Castán Tobeñas que: "De poco sirven las meras declaraciones de los Derechos, si no van acompañados de las garantías que aseguren su eficacia".<sup>5</sup> Esta tendencia se concreta en el ámbito internacional con la Declaración Universal de los Derechos del

1. GROS ESPIELL, Héctor. **Estudios sobre Derechos Humanos**. Ediciones del Instituto Interamericano de los Derechos Humanos. Editorial Jurídica Venezolana. 1955, p. 17.

2. Preámbulo de la Constitución Venezolana de 1961.

3. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Penal, del Tránsito, del Trabajo, de Menores y de Salvaguarda del Patrimonio Público de la Circunscripción Judicial del Estado Apure y Territorio Federal Amazonas (04-07-1975).

4. GROS ESPIELL, Héctor. Op. cit. p. 79.

5. CASTAN TOBEÑAS, José. **Los Derechos del Hombre**. Ediciones Rens S.A. Madrid, 1976. p. 128.

Hombre que expresa en su artículo 8º: "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley".

Se desarrolló así, un proceso de consagración constitucional de medios procesales tendientes a los fines ya mencionados. Venezuela tomó parte del mismo desde su Constitución de 1947, con la consagración del **Hábeas Corpus** en su artículo 32. En la vigente Constitución de 1961 se consagra además, el Amparo como medio de protección de todos los derechos allí consagrados distintos a la libertad personal.

El Congreso venezolano ha aprobado por Ley: La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1977, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el de Derechos Civiles y Políticos en 1978; que establecen normas análogas al artículo 8º de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Además, "los criterios sustentados en la Declaración Universal, se admiten hoy como obligatorios, ya sea como consecuencia de estimarse que constituyen principios generales del Derecho Internacional o un desarrollo interpretativo de la Carta aceptada expresa y reiteradamente por la Comunidad Internacional, por medio de una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que proclamó estos derechos y libertades, actuando como portavoz de la humanidad".<sup>6</sup>

Nuestro Amparo Constitucional como medio de protección de todos los derechos consagrados en la Carta Fundamental, es la respuesta más idónea a las exigencias universales de los Derechos Humanos y a los principios inspiradores de nuestro constituyente. El mismo invoca la protección de Dios Todopoderoso, con el propósito de amparar la dignidad humana, como se desprende del preámbulo constitucional.

## 2. Estado Social de Derecho

La teoría política contemporánea supera los esquemas individualistas propios del Estado Liberal. Se habla por ello, de un tránsito del Estado Liberal al Estado Social de Derecho. El Esta-

6. GROS ESPIELL, Héctor. Op. cit. p. 26.

do era abstencionista, de cometidos reducidos a la salvaguarda del orden público. Un Estado Gendarme garantizador de libertades abstractas que no comprometían el Estado para su realización.

El Estado, aparecía como un mal necesario opuesto a la realización del individuo. Por ello Duverger expresa que los derechos consagrados por el liberalismo eran "libertades-resistencia" o "libertades-oposición" frente al Estado "...las libertades del siglo XIX vivieron con la idea de un conflicto permanente entre las exigencias del individuo y las de la sociedad".<sup>7</sup>

El Estado Social de Derecho nos lleva a una concepción distinta de las relaciones Estado-Individuo, como lo expresa Ricardo Combellas. "Supuesto de la concepción del Estado Social de Derecho es la de la simbiosis Estado-Sociedad. Las simbiosis significan un doble proceso en el cual el Estado interviene en la sociedad, coadyuvando a su configuración, como la sociedad interviene en el Estado convirtiéndose los poderes de la sociedad en poderes inmediatamente políticos".<sup>8</sup>

Dentro de este esquema los Derechos Humanos tienen un sentido muy distinto. Expresa Loweinstein que: "No están destinados a garantizar la libertad frente al Estado y la protección contra el Estado, sino que son pretensiones del individuo o del grupo colectivo ante el Estado".<sup>9</sup>

El Estado pasa a ser un agente comprometido en la realización de los Derechos Humanos. Deja de ser un enemigo del individuo constituyéndose en camino de su pleno desarrollo.

Nuestra constitución se encuadra dentro de esta concepción del Estado Social de Derecho\*.

El Amparo constitucional permite la vigencia de un Estado Social de Derecho al ser el procedimiento más directo y eficaz

7. DUVERGER, Maurice. *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. Editorial Ariel. Caracas-Barcelona 1962. p. 207.

8. COMBELLAS, Ricardo. *Estudios sobre la Constitución*. Libro homenaje a Rafael Caldera. Tomo II. "El concepto de Estado Social de Derecho y la Constitución de 1961" JCV. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. 1979, pág. 799.

9. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Editorial Ariel. Barcelona 1982, págs. 400-401.

\* Véase: Ricardo Combellas. *El Concepto de Estado Social de Derecho y la Constitución de 1961*. Estudio sobre la Constitución, Libro Homenaje a Rafael Caldera. Tomo II.

para proteger el ejercicio de los derechos fundamentales, es mecanismo brindado al individuo para que recuerde al Estado su deber de velar por la Justicia.

### 3. La Democracia

La democracia, que nace como una forma de gobernar, carente de un contenido axiológico específico, constituye hoy el sistema ideal que permite la realización de una serie de valores. Apunta Burdeau que: "La democracia es hoy una filosofía, una manera de vivir, una religión y casi accesoriamente una forma de gobierno".<sup>10</sup>

Es así como, la democracia es mucho más que la participación de los ciudadanos en el ejercicio de las funciones políticas. La democracia es un sistema protector de la libertad y la dignidad humana que encuentra su fundamento en la voluntad popular. Es también idea central de la democracia la de los Derechos Fundamentales; en este sentido ha expresado Tocqueville que: "Tras la idea general de la virtud, no conozco ninguna más bella que la de los derechos, o antes bien se confunden estas dos ideas, pues esta no es otra cosa que aquella introducida en el mundo de lo político... sin derechos no hay pueblo grandioso pudiéndose casi decir que no existe sociedad, porque ¿qué cosa es una reunión de seres racionales inteligentes, cuyo solo vínculo es la fuerza?".<sup>11</sup>

Nuestra constitución acoge esta concepción integral de la democracia. Además de las previsiones del preámbulo constitucional que ya señalamos, expresa el propósito de "Sustentar el orden democrático como único e irrenunciable medio de asegurar los derechos y la dignidad de los ciudadanos y favorecer pacíficamente su extensión a todos los pueblos de la Tierra".

El Amparo constitucional es sin duda asidero fundamental de nuestra democracia, ya que ¿cómo puede vivirse en ella careciendo de instrumentos capaces de salvaguardar la dignidad del hombre?

10. BURDEAU, Georges. *La Democracia*. Ediciones Ariel. Caracas - Barcelona 1960.

11. TOCQUEVILLE, Alejo. *De la Democracia en la América del Norte*. Tomo II. París 1837, pág. 136.



## II. DEFINICION DEL AMPARO

"Es indudable, que la institución procesal que por excelencia se configura en una garantía constitucional de los derechos y libertades públicas, es el denominado Amparo Judicial".<sup>12</sup> Este es ciertamente, el elemento esencial que permite establecer una definición del Amparo: el constituir una vía protectora de los derechos humanos. Además, como característica procesal del mismo, deben señalarse su brevedad y sumariedad, tendientes a lograr la mayor efectividad en la salvaguarda de los derechos fundamentales. Muchas otras cosas podrían decirse sobre el Amparo, si nos concretásemos al estudio de la institución en el Derecho Venezolano, pero en esta primera sección de nuestro trabajo, pretendemos establecer una definición general, que tome en cuenta las distintas regulaciones que de él se han hecho, en otros ordenamientos jurídicos.

El estudio comparativo de la institución, no permite señalar como generales, otras características. Así, mientras el Amparo mejicano ha sido objeto de una sucesiva ampliación que lo convierte en mecanismo protector de todo el ordenamiento jurídico, contra cualquier acto inconstitucional o ilegal; la regulación que se ha hecho de la institución, en la Constitución española de 1978, circunscribe su aplicación, a la protección de los derechos fundamentales que consagra\*. Igualmente, mientras en algunos ordenamientos, nace el Amparo por su reconocimiento expreso en norma de rango constitucional (caso Venezuela), en otros ha surgido por un desarrollo jurisprudencial (caso de Argentina, donde sólo se previó el **Hábeas Corpus**). Así también, en ciertos países, el Amparo se configura como una acción ante los tribunales de la República (caso venezolano); y en otros se prevé además de una acción de Amparo ante los tribunales ordinarios, un recurso ante el Tribunal Constitucional (caso español).

12. BREWER CARIAS, Allan. **Garantías Constitucionales de los Derechos del Hombre**. Colección Monografías Jurídicas. Nº 1. Editorial Jurídica Venezolana. 1976, pág. 69.

\* Véase: José J. Cascajo y Vicente Gimeno Sendra. **El Recurso de Amparo Temas claves de la Constitución Española**. Editorial Tecnos, 1984. Héctor Fix Zamudio. **Libro somenaje a la memoria de Lorenzo Herrera Mendoza. Algunos aspectos comparativos del Derecho de Amparo en México y Venezuela**. U.C.V., 1970.

La idea inspiradora de la institución, está en la insuficiencia de una declaración de derechos, carente de instrumentos que garanticen el ejercicio de éstos. Es, por una parte, una defensa del individuo contra todo acto perturbador de sus derechos, y, por otra parte, un llamado al Estado para que asuma sus responsabilidades como Garante del Bien Común. Muy bien, ha dicho el Reverendo Martin Luther King, hijo: "Sabemos por dolorosa experiencia, que la libertad nunca se da voluntariamente por el opresor; debe ser exigida por el oprimido"<sup>13</sup>.

La institución del Amparo, es elemento muy importante para conceptualizar un ordenamiento jurídico; la aplicación que del Amparo se haga en él mismo, será una, entre otras manifestaciones, de que el hombre es punto de convergencia de los fines del Estado. Esto, porque se busca reforzar la debilidad del individuo frente a múltiples fuerzas sociales que pudieran llegar a vulnerar su dignidad.

#### 1. El espíritu de la institución

Para la comprensión del espíritu de la institución es conveniente remontarnos a los antecedentes más antiguos de la misma. La doctrina, los ubica en los interdictos. Así, el **Hábeas Corpus**, halla su predecesor en el interdicto romano de "Homine libero exhibendo" en el que se manifiestan los principios generales de los interdictos posesorios, específicamente del interdicto de despojo o restricción.

En el interdicto de despojo, se protege una situación de hecho vulnerada, independientemente de que el afectado sea titular o no del derecho de propiedad sobre la cosa que posee, se protege el "goce y ejercicio" de las facultades inherentes al derecho de propiedad, aún frente al propietario que por vía extra judicial, pretenda hacer valer su derecho. La protección a la posesión cesa, cuando un pronunciamiento judicial evidencia que hay razones para privar al poseedor del "goce y ejercicio".

Podemos hacer **analogía\***, entre ambas figuras jurídicas, y ver así, como en el Amparo, se protege una situación de hecho,

13. FRIEDRICH, Carl. *La Filosofía del Derecho*. Fondo de Cultura Económica. México. 1964, pág. 339.

\* Hablamos de analogía y no de igualdad, porque en el interdicto, el juez no se manifiesta sobre la situación de derecho subyacente, lo que sí debe hacer el juez de Amparo.

representada por el "goce y ejercicio" de los Derechos Humanos. Esta protección, cesará únicamente, cuando el juez de Amparo, tenga certeza de la juridicidad del acto violatorio de un derecho fundamental. En caso de duda sobre la legitimidad del acto violatorio, pensamos que el Amparo debe ser declarado con lugar, porque, como luego desarrollaremos, del espíritu general de nuestra Constitución se desprende que lo fundamental es la protección de los Derechos Humanos.

## 2. Características de la Institución

a) **Brevedad y Sumariedad:** El procedimiento del Amparo, ha de ser breve y éste, puede desarrollarse hasta llegar a sentencia, sin la participación del ente causante de la amenaza o violación de un derecho.

b) **Extraordinariedad:** Es extraordinario, por la especial *protección que se ofrece y los particulares supuestos para su procedencia*. Esta protección especial —manifestada en las características de su procedimiento, y en la reposición de la situación de hecho vulnerada— se deriva de la urgencia de las condiciones en que se encuentre una persona, por la efectiva violación de sus derechos o el peligro de una violación inminente. Urgencia que, lo diferencia de los supuestos de procedencia de las vías ordinarias, que de forma indirecta, protegen los Derechos Humanos.

c) **Provisionalidad:** Sería atentar contra todo el orden jurídico, que un procedimiento de tal sencillez, dejara como definitivamente firmes, las situaciones sobre las cuales se manifestare. En el Amparo, el juez conoce en forma incidental, sobre la legalidad del acto violatorio, como punto previo, necesario para manifestarse sobre el restablecimiento de la situación de hecho, lo que constituye el objeto principal de su decisión. Por ello, la cosa juzgada en el Amparo, no se extiende a la legalidad del acto violatorio, lo cual queda al conocimiento de las vías ordinarias. Ahora bien, en caso de que la decisión emitida por las vías ordinarias sea contraria a la del juez de Amparo, los efectos de éste cesarán.

Si no se somete al conocimiento de las vías ordinarias el hecho que ha dado lugar al Amparo, permanecerá la situación que por medio de él se ha restablecido.

### 3. El Amparo en Venezuela

Tomando en cuenta que en una sección posterior haremos un estudio detallado de la consagración que nuestra Constitución hace del Amparo, nos limitaremos aquí a hablar de la naturaleza jurídica del mismo y de la limitación de su ámbito.

Entendemos el Amparo, como un derecho a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales que nuestra Constitución otorga a toda persona. Es al mismo tiempo, una garantía de la vigencia de los derechos fundamentales. Siendo pues, un derecho, coexiste con otros derechos de carácter procesal (derecho de petición —artículo 67 de la Constitución— y derecho a la protección jurisdiccional *lato sensu* —artículo 68 de la Constitución). Siendo una garantía, coexiste con otros mecanismos protectores de los derechos fundamentales (contencioso-administrativo artículo 206 de la Constitución; y el recurso de inconstitucionalidad— artículo 215 de la Constitución).

Apoyamos nuestro criterio en los siguientes argumentos:

—Nuestra Constitución de 1961 regula el Amparo dentro de su Título III, atinente a los Deberes, Derechos y Garantías. Nuestro Texto Fundamental, como lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia, no distingue entre derechos y garantías; esto se refleja en la Exposición de Motivos de la Constitución, cuando ella habla de "...la consagración del Derecho de Amparo", y cuando refiriéndose a todos los derechos y garantías que la Carta Fundamental recoge, dice que: "...no pueden quedar las garantías a merced de que exista o no una legislación que explícitamente las consagre y reglamente".

—Dentro de las corrientes modernas del derecho procesal se entiende a la acción como un "**derecho** subjetivo público" o como una **garantía** constitucional del proceso civil"<sup>3</sup>. Así el Amparo teniendo también este carácter procesal, es simultáneamente derecho y garantía.

Pensamos que nuestra jurisprudencia y nuestra Disposición Transitoria Quinta de la Constitución, para el caso específico del **Hábeas Corpus**, han dado a este derecho garantía, la configuración procesal de una acción. No es la denominación Recurso

\* Véase: Couture. Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo 1., pp. 30-35.

de Amparo adecuada, en una estricta aplicación de la terminología jurídica. "El Recurso, no es iniciación de un proceso, sino el medio que da la Ley para que una persona que haya sido *perjudicada o perniciosa en una resolución o decisión judicial*, obtenga su revocación, rescisión o nulidad de ésta. Para que se haga de un recurso, indudablemente, se requiere una actuación anterior, que a criterio de quien lo interpone, le produce un agravio. En la petición de Amparo, se actúa por primera vez ante la justicia, pidiendo el restablecimiento de un derecho violado..."<sup>4</sup>.

Ahora bien, esta configuración del Amparo como una acción, es consecuencia de la aplicación analógica que se ha hecho de la Disposición Transitoria Quinta de la Constitución, pues el artículo 49, consagrador del Amparo, se limita a afirmar que: "Los tribunales ampararán..." dejando al criterio del legislador, si es a través de una acción, de un recurso o simultáneamente, que los individuos ejercerán su derecho a la protección jurisdiccional de los derechos humanos.

En cuanto a la delimitación del ámbito del Amparo, queremos decir que lo entendemos como una institución comprensiva del Hábeas Corpus, dándose así entre ellos una relación de género a especie. Siendo el Amparo un mecanismo protector de todos los derechos fundamentales, el Hábeas Corpus desarrolla este principio para el caso específico de la protección de la libertad personal. Así lo entiende nuestra doctrina y jurisprudencia. De tal forma que esta investigación que realizamos sobre el Amparo, lo es también sobre el Hábeas Corpus y todo lo dicho para aquél, se referirá también a éste; a menos que expresamente, digamos lo contrario.\*

Queremos destacar cómo, en la fundamentación del Amparo, concurren, tanto un interés particular, privado y concreto, como uno colectivo, público y abstracto. Por una parte, es necesario asegurar que los sujetos permanezcan en el goce y ejercicio de sus derechos fundamentales; y por otra, la pervivencia del Estado de Derecho y del orden constitucional.

\* Juzgado de Primera Instancia en lo Penal. Estado Barinas, 21-05-1970.

\* Sobre la historia del Amparo y Hábeas Corpus, puede consultarse a Víctor M. Álvarez. Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales N° 39, 1969. El Recurso de Amparo y el Hábeas Corpus en la Legislación Venezolana. Pp. 1-19.



### III. EL AMPARO EN LA CONSTITUCION VENEZOLANA DE 1961

La Constitución de 1947, fue la primera en consagrar un mecanismo de carácter breve y sumario, dirigido a proteger algunos de los derechos fundamentales establecidos en la misma. Se institucionalizó en su artículo 32 el Hábeas Corpus, refiriéndolo a la libertad individual en los términos siguientes: "A toda persona detenida o presa, con violación de las garantías establecidas en esta Constitución, en resguardo de la libertad individual, le asiste el recurso de **Hábeas Corpus**. Este recurso podrá ser ejercido por el interesado o por cualquier otra persona en nombre de aquél, y será admisible cuando la Ley no lo consagre contra la orden, acto o procedimiento que lo motive un recurso judicial ordinario. La Ley determinará los tribunales que conocerán y decidirán en forma breve y sumaria de las denuncias del caso, así como también las demás condiciones necesarias para el ejercicio de este recurso. La misma, establecía en la disposición transitoria décima quinta, su procedimiento, otorgando competencia a dos Tribunales de Primera Instancia en lo Penal. El procedimiento señalado es el siguiente: "Dentro de las veinticuatro horas siguientes al recibo de las denuncias, dicho Tribunal requerirá de los funcionarios bajo cuya custodia estuvieren los detenidos, los motivos de privación de la libertad y acto seguido, con vistas de los actos de la inquisición, ordenarán...".

El proyecto de Constitución de 1947 en su artículo 27, previó el Amparo como medio protector de todos los derechos, dejando al Hábeas Corpus como garantía específica del derecho a la libertad individual sensu stricto; pero su redacción definitiva no lo incorporó y se limitó a contemplar al Hábeas Corpus.

#### **La Constitución de 1961**

Establece el Amparo como herramienta para la defensa de todos los derechos establecidos en ella, y aun de aquellos que, no figurando expresamente, sean inherentes a la persona humana. El artículo 49 de la Constitución, contempla el Amparo, en los términos que luego analizaremos. También contempla la Constitucional al Hábeas Corpus como medio específico protector de la libertad personal. Otorga competencia a los tribunales de



primera instancia en lo Penal, que tengan jurisdicción en el lugar donde se haya ejecutado el acto de solicitud o donde se encuentre la persona agraviada, para que expida un mandamiento de Hábeas Corpus.

Recibida la solicitud, que podrá ser hecha por cualquier persona, el Juez ordenará inmediatamente al funcionario bajo cuya custodia esté la persona agraviada, que informe dentro del plazo de veinticuatro horas sobre los motivos de la privación o restricción de la libertad, y abrirá una averiguación sumaria.

El Juez decidirá, en un término no mayor de noventa y seis horas, después de presentada la solicitud, la inmediata libertad del agraviado o el cese de las restricciones que se le hayan impuesto, si encontrare que para la privación o restricción de la libertad no se han llenado las formalidades legales. El Juez podrá sujetar esta decisión al otorgamiento de caución o prohibición de salida del país de la persona agraviada, por un término que no podrá exceder de treinta días si lo considerare necesario. La decisión dictada por el Juez de Primera Instancia se consultará con el Superior, al que deberán enviarse los recaudos en el mismo día o en el siguiente. La consulta no impedirá la ejecución inmediata de la decisión. El Tribunal Superior decidirá dentro de las setenta y dos horas siguientes a la fecha de recibo de los autos.

Antes de entrar a una interpretación objetiva de los artículos 49 y 50 de la Constitución, es necesario aclarar dos conceptos básicos, para que ésta sea realizada correctamente. Nos referiremos en primer término a la distinción entre normas programáticas y normas operativas, y al concepto de derechos inherentes a la persona humana.

#### **Normas programáticas y normas operativas**

Se entiende por normas operativas, aquellas que son directamente aplicables en todo su contenido en forma inmediata a su entrada en vigencia. Son normas programáticas, aquellas que para su aplicación total requieren de la creación por parte del Estado de una serie de condiciones que permitan su realización plena.

La Exposición de Motivos de nuestra Constitución, dice que se han establecido: "numerosas disposiciones de contenido programático, que, aun cuando no constituyen preceptos de aplicación inmediata y directa, señalan a la acción futura de los poderes públicos, aquellos objetivos que la realidad histórica y actual de nuestro país define como imperativos". Posteriormente, en lo referente al título tercero, sobre los deberes, derechos y garantías, señala que: "Muchas de estas disposiciones tienen carácter programático".

Este tema es de nuestro interés, porque, un sector de la doctrina y la jurisprudencia nacional opina que el carácter programático de una norma, le resta toda eficacia jurídica hasta tanto no se cumplan las condiciones allí exigidas. Esto "nos llevaría a la triste conclusión de que la Constitución está llena de expresiones huecas carentes de sentido, no obstante que responden a la alta función del Estado...", en materia específica de los derechos consagrados en el título tercero de la Constitución de enunciado programático, nos conduciría a la negación de la "...conservación y protección del ser humano, mediante el reconocimiento de sus derechos fundamentales, logrados después de miles de años de lucha y de derramamiento de mucha sangre".<sup>14</sup>

Pensamos que la norma programática debe considerarse que posee estos efectos jurídicos:

- 1.—Establece la obligación para el Estado de actuar en conformidad con lo que la norma prescribe.
- 2.—Crea para los Poderes Públicos la prohibición de realizar cualquier acto contrario a ella.
- 3.—Puede dar lugar a reclamaciones en casos de actos de entes públicos o privados que atenten contra sus exigencias.

Cuando una norma constitucional, hace un llamado al poder legislativo para que legisle sobre su contenido, no está suspendiendo su eficacia hasta tanto sea dictada esa ley reglamentaria. Por el contrario, esa norma tiene vigencia, lo que ocurre es

14. Sentencia de la Corte Superior Segunda en lo Civil y Mercantil. Caracas, 14-07-1979.

que el Constituyente considera conveniente que el contenido de la norma sea desarrollado y completado para que ésta cobre la plenitud de su eficacia. Afirmar otra cosa sería incurrir en el absurdo de subordinar la Constitución a los poderes constituidos cuando éstos reciben de aquella su legitimidad. Como apunta De Sola: "Las leyes que reglamentan alguna norma constitucional, están destinadas a facilitar su ejecución. Pero su ausencia no puede ser nunca un impedimento para la aplicación del precepto constitucional...".<sup>15</sup>

### **Derechos inherentes a la persona humana**

Los derechos inherentes a la persona humana, son aquellos que están ligados a la existencia misma del hombre como garantes de su dignidad y caminos para su crecimiento y perfeccionamiento integral.

Estos derechos, son anteriores a cualquier previsión por parte del Estado, el cual se limita a reconocerlos y a velar por su ejercicio. Bien ha señalado el autor escolástico: "La Ley escrita, así como no dé nueva fuerza al derecho natural, tampoco puede disminuir su vigor o suprimirlo, porque la voluntad del hombre, no puede cambiar la naturaleza".<sup>16</sup>

Nuestro constituyente acoge este criterio como lo deja ver la Exposición de Motivos al referirse al artículo 50 de la Constitución: "Se incorpora al texto fundamental el de aquellas constituciones que basan el sistema de las garantías sobre la noción de la persona humana y se deja fuera de toda duda, la interpretación de que no pueden quedar las garantías a merced de que exista o no una legislación que explícitamente las consagre y reglamente".

#### **1.— Interpretación objetiva de los artículos 49 y 50 de la Constitución**

Artículo 49: "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.

15. DE SOLA, René. *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. N° 97-98. Vida y Vicisitudes del Recurso de Amparo en Venezuela. Caracas, 1984, pág. 106.

16. DE AQUINO, Santo Tomás. *Los Derechos Humanos en Santo Tomás de Aquino*. Jesús García López. Ediciones de la Universidad de Navarra. 1979, pp. 70-71.

El procedimiento será breve y sumario, y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida".

Cuando el artículo dice que los tribunales ampararán a todo habitante de la República, establece un deber para el Estado, concretamente para el Poder Judicial. Así lo ha señalado la Corte Superior Cuarta en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda (22-12-1969) al expresar: "A juicio de esta Corte Superior, cuando la Constitución dice: "Los tribunales ampararán..." está creando una obligación..."

En segundo lugar, vemos cómo el artículo protege a todo habitante de la República sin otros requisitos de legitimación (ni siquiera el de la nacionalidad). Esto es consecuencia de que el concepto de derechos inherentes a la persona humana, objeto de Amparo, es de una universalidad tal, que rebasa las consideraciones de nacionalidad, etnia, ideología, etc.

El artículo expresa que el Amparo se realizará "en conformidad con la Ley"; sobre esto nos expresaremos posteriormente.

El carácter breve y sumario del proceso se debe a que están de por medio los derechos fundamentales de la persona.

— La institución del Amparo no puede ser estudiada al margen del espíritu general de nuestra Constitución, en materia de derechos y garantías. Es por ello, que pasamos a una interpretación del artículo 50 de la Constitución, precepto éste que se consagra por primera vez en la Constitución de 1961.\*

Artículo 50: "La enunciación de los derechos y garantías contenidas en esta Constitución, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella.

La falta de ley reglamentaria de estos derechos, no menoscaba el ejercicio de los mismos".

\* Las constituciones anteriores, se limitaban a establecer el carácter enunciativo de la enumeración de los derechos (desde 1858).

Con este artículo, nuestra Constitución coloca a la persona humana como eje central de todo el ordenamiento jurídico. Ciertamente, lo ideal en cuanto a sistemática jurídica se refiere es que las normas positivas, recojan expresamente todos los supuestos a los cuales son aplicables para satisfacer así la plenitud hermética del orden jurídico. Sin embargo, nuestra Constitución al reconocer que la dignidad del hombre desborda sus previsiones, se subordina a los valores supremos que ésta implica. Se deja así una puerta abierta a otros derechos que no se hubieran mencionado a pesar de ser exigencias de nuestro tiempo; también a otros que la historia revelará como fundamentales.

Supera así nuestra Constitución, todo tipo de formalismos jurídicos que pudiesen de algún modo ir en perjuicio de la persona humana.\*

## 2. — Procedencia del Amparo aun en ausencia de Ley Reglamentaria

Merece ser tratado como tema de fundamental importancia el problema de la procedencia del Amparo, aun en ausencia de Ley Reglamentaria. Las múltiples discusiones que por esta materia han surgido en la doctrina y en la jurisprudencia han producido, luego de enfrentamientos radicales, un avance importante en el pensamiento constitucional venezolano.

Para el estudio de este tema, partiremos de una interpretación objetiva de la norma constitucional, pasando luego a un análisis de la voluntad del constituyente y a una breve reseña de la jurisprudencia venezolana.

---

\* Nuestra doctrina y jurisprudencia ha señalado, que para el reconocimiento de nuevos derechos inherentes a la persona humana, deben tomarse en cuenta las Convenciones Internacionales suscritas por la República, sobre derechos humanos.

Nuestra jurisprudencia ha decretado Amparos por el derecho a leer y el derecho a la subsistencia (Juez Séptimo de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial Administrativa del Distrito Federal y Estado Miranda).

Juzgado Primero de Primera Instancia de Tránsito y del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Lara (05-06-1984).

**A. - Interpretación objetiva**

La tesis fundamental que se ha esgrimido para negar la procedencia del Amparo, es la que sigue: se afirma, que el artículo 49 de la Constitución es una norma programática carente de eficacia hasta tanto se dicte su ley reglamentaria. Se argumenta además que cuando el artículo 50 de la Constitución establece que "la falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos", se refiere tan sólo a los derechos inherentes al ser humano, no establecidos expresamente en el texto constitucional. Según esta tesis, la exigencia de la ley reglamentaria sigue en pie para los derechos expresamente consagrados. En fortalecimiento de la tesis expresada, se cita a la Exposición de Motivos de la Constitución cuando dice que: "En cuanto al Amparo, se establece solamente el principio general, para que la ley lo reglamente; pero, a fin de no dejar en suspenso su eficacia hasta la promulgación de la ley respectiva, se consagra en las disposiciones transitorias, el derecho de **Hábeas Corpus**, reglamentándolo de manera provisional".

No estamos de acuerdo con el razonamiento anterior, por las siguientes razones:

- La norma de enunciado programático, sí tiene eficacia jurídica, como se desprende de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia (20-10-1983).
- En cuanto al segundo argumento que se señala, pensamos que sería presumir una incoherencia del constituyente, el que no se exija la ley reglamentaria para un derecho inherente no señalado expresamente y sí se exija para uno previsto por el texto constitucional. Es lógico pensar que la consagración expresa de un derecho, deriva de su importancia para el desarrollo del ser humano. El artículo 50 de la Constitución, en su encabezamiento, lo que hace es dejar la posibilidad de entrada a derechos que siendo también inherentes a la persona humana, escaparán a la previsión del Constituyente. Por tanto, los derechos expresamente consagrados no requieren de ley reglamentaria para su ejercicio.



Como lo señaláramos en puntos anteriores, nuestra Constitución, se aleja de todo tipo de formalismos jurídicos. ¿Cómo puede entonces el intérprete, condicionar la vida de un derecho fundamental a la existencia de una reglamentación? ¿No estaría poniendo en duda la superlegalidad constitucional?

- En cuanto a la cita que se hace de la Exposición de Motivos de la Constitución, sostenemos la idea de que éstas nos conduce necesariamente a negar la vigencia del Amparo sin ley que lo reglamente, pues como lo señala De Sola: "La Constitución establece el principio general y deja a la ley la facultad de reglamentarlo. En modo alguno, la vigencia de la institución queda sujeta a la promulgación de la ley reglamentaria, que sólo está destinada a facilitar su aplicación. Así lo entendió claramente el propio proyectista, cuando seguidamente expresa: "... Pero, a fin de no dejar en suspenso su **eficacia**, hasta la promulgación de la ley respectiva, se consagra en las Disposiciones transitorias el derecho de **Hábeas Corpus**, reglamentándolo de manera provisional". Lo que quedaría en suspenso respecto a los demás derechos garantizados por el Amparo, no es la vigencia de éste, sino su inmediata eficacia, esto es, su capacidad de obtener el máximo resultado con el mínimo esfuerzo"<sup>17</sup>.
- Y por último consideramos, que el Estado, a través de sus poderes públicos, no puede alegar su propia torpeza, en detrimento de la eficacia del Amparo. La consagración de un Derecho por el Estado, crea para éste el deber de velar por su vigencia. "... Todo otro derecho sólo será una usurpación por la que no merece la pena luchar"<sup>18</sup>.

#### B.- Interpretación según la voluntad del Constituyente

Consideramos que el Constituyente de 1961 dudó, al igual que el de 1947, de la conveniencia de consagrar el Amparo, dándole inmediata aplicabilidad.

17. DE SOLA, René. Op. Cit., p. 106.

18. GANDHI, Mahatma. **Carta dirigida al Director General de la UNESCO**. Tomado de: Los Derechos del Hombre. Recopilación de varios autores, realizada por la Editorial LAIA. Barcelona, 1983, p. 34.

En 1947, no se llegó a la consagración de la institución del Amparo porque: "Unos, la tildaron de rémora para el progreso democrático y protectora de intereses mezquinos. Otros temían que el abceso del recurso, podía traer un caos institucional y perturbar el desarrollo social y económico del país"<sup>19</sup>.

El Constituyente de 1961 consagró con cierta timidez la institución del Amparo, hubo muchas dudas sobre la conveniencia de su consagración y además sobre su inmediata aplicación. Pero, era indudable que los principios medulares de la Constitución, impedían la omisión de un mecanismo directo y eficaz que salvaguardara los derechos humanos. En este sentido ha expresado Escovar Salom<sup>20</sup> lo siguiente: "Formé parte de la Comisión de Reforma Constitucional que trabajó en el proyecto correspondiente desde comienzos de 1959 hasta el final de 1960. Muchas dudas ofreció esta materia a la mente de la Comisión. Se consideró que era prematuro en Venezuela, establecer de una vez en la previsión del Amparo y del **Hábeas Corpus**. Se prefirió una definición general del Amparo, la consagrada en el artículo 49, y se pensó que era también prudente disponer sobre el **Hábeas Corpus**, con la inspiración y el antecedente del texto de 1947, en los términos prudentes que indican en la disposición transitoria correspondiente".\*

Como consta en las "Actas de la Comisión Redactora del Proyecto de la Constitución", en el Acta número 16 se señala que: "El diputado Villalba opina que el juicio de Amparo es una innovación peligrosa, que puede paralizar la actividad del Poder Ejecutivo.

En el mismo sentido se pronuncian, Arturo Uslar Pietri, Escovar Salom y Elpidio La Riva Mata"<sup>21</sup>.

19. DE SOLA, René. Op. cit., p. 104.

\* Opinión en contra puede encontrarse en Artículo de René De Sola, publicado en el Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales N° 97-98, pp. 108.

Igualmente en el caso Rondalera, se expresa cómo el Acuerdo impuso prohibición tan sólo a los Tribunales Penales.

20. ESCOVAR SALOM, Ramón. **El Amparo en Venezuela**. Ediciones del Colegio de Abogados del Distrito Federal, 1971. Caracas, p. 55.

21. Actas de la Comisión Redactora del Proyecto de Constitución de 1961. La Constitución de 1961 y la Evolución Constitucional de Venezuela. Tomo I. Vol. I, p. 42.

Según carpeta que guardaba la sub-secretaría del Senado a propósito del Acta N.º 17, se expresa: El doctor Villalba dice: "... se puede establecer el Amparo a favor de la libertad, y decir que la ley ordinaria podrá extenderlo a los otros derechos"<sup>22</sup>.

En el Acta N.º 149, discutiéndose sobre el artículo 6 del Anteproyecto de Constitución que establecía el Amparo se señala: "En el artículo 6, el Senador Leoni, expresa que el Amparo se limita al **Hábeas Corpus**. El Diputado Barrios expresa que el juicio de Amparo debe establecerse como una posibilidad.

El Senador Pérez Guevara expresa que el artículo 6 es lo suficientemente amplio como para establecer cualquier sistema. Recuerda que en Venezuela existe el Amparo en materia de interdictos.

El Diputado Tovar propone se consagre el **Hábeas Corpus**, y se prevea que el legislador podrá dictar una ley de Amparo"<sup>23</sup>.

Es así como el Constituyente temeroso de darle aplicabilidad inmediata a la institución del Amparo, consagra un principio general en espera de que: "se acumulara una experiencia suficiente para legislar de acuerdo con la conveniencia general. En la Comisión de Reforma Constitucional, este fue el criterio predominante y, por esto se redactó el artículo 49 consagradorio del Amparo, en la forma que aparece"<sup>24</sup>.

Era comprensible, en la apertura de un nuevo período democrático, que se consagrara tímidamente el amparo en espera de que se sedimentara la violencia y se estabilizaran las instituciones; por ello creemos que si el Constituyente pudiera volver a expresar su voluntad, se manifestaría sin duda alguna en favor de la aplicación inmediata del Amparo. Pero aún siendo errada nuestra interpretación de la voluntad del Constituyente debe tenerse presente que la norma jurídica una vez consagrada, adquiere vida propia y se independiza de la voluntad del ente creador. Y, esta vida propia se alimenta del devenir de los tiempos nuevos, de su contacto con la realidad.

22. VILLALBA, Jovito. *Opinión recogida por Esteban Agudo Freitas. Estado Actual de la Acción de Amparo en Venezuela*. Editorial Poseidón. 1979. Caracas, p. 37.

23. *Actas de la Comisión Redactora del Proyecto de Constitución de 1961*. Op. cit. Vol. II., pp. 83-84.

24. ESCOVAR SALOM, Ramón. Op. cit., p. 57.

Como ya señalamos, la interpretación objetiva del texto constitucional, conduce a la necesaria aplicación inmediata del Amparo, aun en ausencia de ley reglamentaria.

El trinomio de Derechos Humanos, Estado Social de Derecho y Democracia, es principio inspirador y rector de la Constitución de 1961. Por ello no puede condicionarse la eficacia del Amparo a la promulgación de una ley reglamentaria.

C.- **Jurisprudencia en torno a la procedencia del Amparo, en ausencia de Ley Reglamentaria.**

Pretendemos, en este aparte, hacer una recopilación de los argumentos fundamentales sostenidos por nuestra jurisprudencia en esta materia.

- a.- Entre las primeras sentencias que reconocieron la procedencia del Amparo, aun en ausencia de ley reglamentaria destaca la de la Corte Superior Cuarto en lo Penal, de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y el Estado Miranda (22-12-1959), la cual señala: "... sería absurdo e in-moral que el Estado, le dijera a un particular cuyo derecho se le niega, que no se le reconoce... porque el propio Estado no ha preparado el remedio técnico-jurídico necesario para hacer efectiva la garantía con la cual se protege ese derecho".

*En sentencia del 14-07-1969 la Corte Suprema Segunda Civil y Mercantil de Caracas, expresa: "Admitir que el recurso debe ser negado, porque los derechos cuyo amparo se solicita, no han sido aún reglamentados en su ejercicio, nos llevaría a la triste conclusión de que la Constitución está llena de expresiones huecas, carentes de sentido...".*

- b.- La sentencia del 14-12-1970, de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, que junto con el "Acuerdo con fuerza obligatoria" del 24-04-1972 de la Corte Suprema de Justicia paralizó —según interpreta gran parte de la doctrina nacional—\* la aplicación del Amparo, hace un distinción entre las normas directamente operativas y las inmediatamente operativas o programáticas, que no

\* Prudencia que se manifiesta en que la Constitución de 1961, a diferencia de la de 1947, prevé consultas con el superior.

pueden aplicarse sino cuando las complete la legislación ulterior, por exigirlo así la redacción misma de la norma constitucional. Además, considera que el artículo 50 de la Constitución, en lo prescrito en su aparte único, no es aplicable al Amparo, aunque sí lo es, para los derechos inherentes a la persona humana, no expresamente consagrados. Esta sentencia hizo una distinción implícita entre los derechos y garantías, y considerando al Amparo como una garantía, negó su eficacia en ausencia de ley reglamentaria, por cuanto el aparte único del artículo 50, habla tan sólo de derechos.

- c - La Corte Suprema de Justicia en sentencia histórica del 20-10-1983, reconoce la procedencia del Amparo aun en ausencia de ley reglamentaria; señala: "Considera la Corte que con esta declaración (artículo 50 de la Constitución), el constituyente ha reafirmado su voluntad en el sentido de mantener la integridad de los derechos humanos y de ponerlos a cubierto de cualquier intento o acto que pudiese vulnerarlos, ya que, en su concepto, la diferencia que ha pretendido hacerse entre derechos y garantías es inadmisibles, desde el momento que haría de aquellas meras declaraciones retóricas, sin contenido real".

Luego de "Admitir la posibilidad del ejercicio actual del recurso de Amparo", entra, nuestro Supremo Tribunal en consideraciones acerca de la competencia de Amparo, cuestión que luego abordaremos.

- d. - Enumeración de las sentencias más importantes de los Tribunales de Instancia, reconociendo el Amparo, posteriores al Acuerdo de 1972.

— Caso Rondalera, Juzgado Superior Octavo en lo Civil y Mercantil, de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda (establece los principios que recogería la CSJ en 1983) (10-02-83). En esta decisión se expresa que el Acuerdo de 1972, era obligatorio para los Tribunales Penales, solamente y se dice que incurre en denegación de Justicia el Juez que no conoce de solicitudes de Amparo, argumentando ausencia de ley reglamentaria.

— Caso Nabisco. El Juzgado Segundo de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción del Distrito Federal y

Estado Miranda, decreta Amparo en protección de la inmovilidad laboral (25-04-85), al igual que el juzgado Primero de Primera Instancia del Tránsito y del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, contra la Empresa Nabisco (05-06-84).

En el desarrollo de este mismo caso, el Juzgado Superior Segundo del Trabajo, de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Distrito Sucre del Estado Miranda, en decisión del 17-07 de 1984, al conocer de Recurso de Hecho interpuesto por la Compañía Nabisco, por haberse oído la apelación en un solo efecto; expresa: "Tiene pues, el Recurso de Amparo, desde el punto de vista adjetivo la naturaleza de urgencia y excepcionalidad" y por estas razones declara sin lugar el Recurso de Hecho.

— Caso Hevensa. El Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y de Menores del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, declara con lugar un Amparo solicitado en protección del "Derecho a la Huelga". (22-10-84).

— Es de importancia la decisión del Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda (15-02-85), en que se decreta Amparo solicitado por particulares conforme a los artículos 49, 59 y 66 de la Constitución, ordenándose la ocupación de una publicación anónima que atentaba contra el honor de los recurrentes.

— Caso SIDOR. El Juzgado de Primera Instancia de la Circunscripción territorial del Estado Bolívar, admite un Amparo en defensa del "fuero sindical", contra una Empresa del Estado. (13-03-85).

— Caso de los Piaroas. El Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Penal, de Tránsito, del Trabajo, de Menores y de Salvaguarda del Patrimonio Público de la Circunscripción Judicial del Estado Apure y Territorio Federal Amazonas (04-07-85) declara con lugar Amparo solicitado en defensa de la Comunidad Piaroa, alegando fundamentalmente, el artículo 77 de la Constitución, que ordena la protección de las comunidades indígenas.



**D.- La necesidad de una ley reglamentaria**

Si bien es cierto que la ausencia de ley reglamentaria del Amparo, no es obstáculo para su ejercicio, también lo es que la ley facilitaría el desarrollo y garantizaría la aplicación de la institución.

*Vimos cómo el Espíritu del Constituyente era esperar a que se acumulará una experiencia suficiente para proceder a legislar sobre la materia. Esa misma experiencia jurisprudencial, es la que ha revelado la necesidad de la ley. En sistemas jurídicos de tradición legislativa, dejar que una materia se desarrolle libremente por criterios jurisprudenciales, puede presentar dispersiones inconvenientes, y más en la situación actual de la Institución. Por otra parte los jueces son temerosos en muchos casos de conocer de solicitudes cuando se enfrentan a situaciones en que la misma jurisprudencia y doctrina se contrarían.*

En sección posterior del trabajo abordaremos el tema de la ley reglamentaria.

**IV. PRINCIPIOS JURIDICOS FUNDAMENTALES APLICABLES A LA INSTITUCION DEL AMPARO**

En esta sección de nuestro trabajo, abordaremos el tema de los principios jurídicos fundamentales, reguladores de la institución del Amparo.

**A.—Admisibilidad del Amparo:**

Comenzamos por precisar, cuáles son las condiciones requeridas para solicitar de los Tribunales de la República, el Amparo de algún derecho fundamental.

**a.—Legitimación para la solicitud:**

Todo habitante de la República tiene la facultad de solicitar el Amparo ante los tribunales nacionales. No distingue el Constituyente entre nacionales o extranjeros. La importancia que tiene dentro de nuestra Constitución, el concepto de derechos inherentes a la persona humana, hace superficial e inútil, a estos efectos, consideraciones acerca de la nacionalidad.

En principio, podría resultar difícil hacer una interpretación extensiva del artículo 49 de la Constitución, que lleve a otorgar legitimidad a las personas colectivas.

La dificultad para otorgar esta legitimidad, radica en el hecho de que nuestra Constitución es tajante al afirmar que "...todo habitante de la República..." será amparado por los tribunales; distinto es en otros ordenamientos jurídicos, donde se ha reconocido esta capacidad a personas jurídicas porque normas de rango constitucional expresamente la han otorgado. Ejemplo de ello lo tenemos en la Constitución española de 1978 donde: "su capacidad está expresamente reconocida por el artículo 162, 1, b, de la Constitución que confiere legitimación y, por lo tanto, capacidad, para interponer el recurso de Amparo a "toda persona natural o jurídica"<sup>25</sup>.

Pero, es indudable que las personas colectivas pueden ser sujetos pasivos de violaciones de los derechos fundamentales del hombre, por ser ellas, canales para su desenvolvimiento. Por lo que nuestra Jurisprudencia ha reconocido legitimación a las personas colectivas.\* Más difícil resulta extender la legitimación a las personas jurídicas de derecho público. En la práctica, el Bvrig alemán, así lo ha reconocido a través del desarrollo jurisprudencial. "Les ha reconocido capacidad a las Universidades para la defensa de la libertad de cátedra..., a las emisoras de radio y TV, etc., en cuanto a la libertad de expresión a las Iglesias con **status** de Corporación de Derecho Público para la defensa de la libertad religiosa"<sup>26</sup>, todas estas personas jurídicas de derecho público, en este ordenamiento jurídico.

Respetando la advertencia de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de: "Suplir, por medio de la analogía, y demás instrumentos de interpretación, la lamentable ausencia de una ley reglamentaria de la materia"<sup>27</sup>, consideramos que, el

25. CASCAJO, José y SENDRA, Jimeno. **El Recurso de Amparo**. Temas Claves de la Constitución Española. Editorial Tecnos. 1984, pp. 96-97.

\* Nuestra jurisprudencia ha otorgado legitimidad para interponer Amparo a las personas colectivas; en el caso "Rondalera", en sentencia del 10-02-1983, dictada por el Juez Superior Octavo en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda. El Amparo fue solicitado por una Asociación Civil de carácter educativo.

26. CASCAJO, José y SENDRA, Jimeno. Op. cit., p. 99.

27. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa (20-10-1983).

Amparo puede solicitarlo cualquier persona, sin ser afectada por el hecho violatorio de su derecho. En efecto, la Disposición Transitoria Quinta de nuestra Constitución, señala con respecto a la solicitud del Hábeas Corpus: "Recibida la solicitud que podrá ser hecha por cualquier persona...", por tanto, por analogía se deduce que el Amparo puede ser solicitado por cualquier persona.

Caso muy interesante sería, la legitimidad para intentar un Amparo, en favor de un nasciturus, en salvaguarda del derecho a la vida, cuando mediante prácticas abortivas, pretenda negársele.

El hecho de que el Amparo pueda intentarse por cualquier persona, no es más que la consecuencia del carácter de orden público de su procedimiento.

**b.—Actos\* que pueden dar lugar a la solicitud de un Amparo:**

Ha reconocido la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia trascendental del 20-10-83, solicitarse el Amparo por cualquier violación o amenaza de violación de los derechos fundamentales del hombre. La custodia de los derechos fundamentales del hombre, exige una defensa contra la violación actual y también inminente de los mismos. Estimamos que no es necesario distinguir entre violaciones directas de la norma constitucional, y violaciones indirectas (a través de la realización de actos contrarios a leyes dictadas en desarrollo de normas constitucionales), pues en todo caso, el Amparo será procedente. No estamos de acuerdo con el criterio que exige para la procedencia del Amparo, la existencia de una violación manifiesta, gravísima, de la norma constitucional. Esto llevaría a restringir muchísimo el ámbito de la aplicación de la institución partiendo de una distinción que no hace el constituyente. Además, en muchos casos, la situación de indefensión del afectado, podría ser mayor aun no siendo manifiesta la violación de la norma constitucional.

Esta distinción se desprende de decisión de la Corte Suprema de Justicia del 20 de octubre de 1983, cuando en el caso concreto sometido a su consideración, la Corte decretó sin

\* Término omnicompreensivo de acción y omisión.

lugar el Amparo al considerar que no era manifiesto el alegato de *inconstitucionalidad de la resolución del Consejo Supremo Electoral*, "y en razón de que no puede esta Corte, hacer un pronunciamiento al respecto, sino de acuerdo con los procedimientos establecidos para la tramitación y decisión de los respectivos recursos de nulidad".

El acto que viole un derecho fundamental, debe originar una situación de urgencia, para que el Amparo sea procedente. Esta idea será desarrollada infra (sección IV, parte A, de este trabajo). Sí debe señalarse aquí, que esta urgencia debe presumirse, cuando el Amparo sea la única vía para la protección del derecho vulnerado.

Los actos anteriores dan lugar al Amparo, sean realizados, ya por entidades públicas, privadas o particulares. "Las constituciones de la Democracia clásica, se limitaban a la defensa ante el Estado; la sociedad de hoy, exige una seguridad más amplia. Existen organizaciones y factores de interés y de presión, que también puede ahogar la libertad del ciudadano. Un sistema jurídico equilibrado, sabio y moderno, tiene que encontrar garantías firmes frente a estas nuevas modalidades del poder"<sup>28</sup>.

Así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia, cuando declara con lugar el Amparo solicitado contra actos de la Compañía Nacional de Galletas Nabisco La Favorita, por trabajadores de la misma (Juzgado Superior Segundo del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, 17-07-84).

Consideremos, que es indiferente, la circunstancia de que estos actos sean producidos por los tribunales de la República. Lo importante, dentro del espíritu de nuestra Constitución, es la protección de los derechos humanos, independientemente de quien sea el agente que produzca violaciones. En primer término podemos señalar cómo la dilación judicial, en las causas penales, produce flagrantes violaciones de los derechos humanos; no sólo contra la libertad, sino también contra un derecho inherente a la persona humana, no expresamente consagrado, como lo es el derecho que tiene toda persona, a que se le administre justicia prontamente. En aquellas causas penales, en que se

28. ESCOVAR SALOM, Ramón. Op. cit. p. 26.

priva al sujeto procesado de su libertad, pensamos que procede el Amparo, cuando ésta se prolonga más allá de lo que en justicia se exige.

Sánchez Viamonte, ha expresado que el Hábeas Corpus "...procede contra cualquier acto de autoridad, aunque provenga de un juez o de un tribunal colegiado"<sup>29</sup>.

La institución del Amparo, como figura genérica comprensiva del Hábeas Corpus, no lleva implícita la negación de su procedencia contra decisiones judiciales.

En primer lugar, un estudio comparativo de la institución, confirma nuestra tesis. El Amparo en México, al consagrarse por primera vez, en el Acta de Reforma de la Constitución de 1824, en su artículo 25, lo establece: "contra todo ataque de los poderes legislativos y ejecutivos...". Sin Embargo, a partir de 1917 se reconoce el Amparo contra las decisiones judiciales.\*

Como ejemplo reciente, tenemos a la Constitución española de 1978, que consagra el Amparo contra todo acto de cualquiera de los Poderes Públicos, violatorios de los derechos consagrados por esa Constitución.\*

En segundo lugar, la interpretación objetiva de las normas de nuestra Constitución de 1961 al respecto, no distinguen entre los agentes que eventualmente causarían violaciones a los derechos humanos, protegidos por el Amparo y, como bien lo expresa el aforismo latino: *Nemo lex non distinguit nec nos distinguit debemus*. Nuestra jurisprudencia, ha reconocido la procedencia del Hábeas Corpus, contra decisiones judiciales, sin que sea este el criterio acogido unánimemente. Tal como lo informa Agudo Freytes: "Ha sido declarado con lugar, la solicitud de Amparo personal, o de Hábeas Corpus, introducida contra la prohibición de salida del país... Se basó la decisión en que no existían los requisitos legales establecidos en el

29. SANCHEZ VIAMONTE, Carlos. *Enciclopedia Jurídica Omega*, p. 485.

\* Véase Héctor Fix Zamudio: "Algunos aspectos comparativos de Derecho de Amparo en México y Venezuela" en libro homenaje a la Memoria de Lorenzo Herrera Mendoza. Tomo II. U.C.V. Facultad de Derecho, 1970, Caracas.

\* Véase: al respecto: Cascajo Castro y Gimeno Sendra. *El Recurso de Amparo. Temas claves de la Constitución española*. Editorial Tecnos S.A. 1984. Madrid.

mencionado Código de Procedimiento Civil, para fundamentar aquella medida de prohibición..." (Juez Tercero de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, 15-12-1965)<sup>30</sup>.

Igualmente, el Juzgado Décimo Sexto de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda (22-05-1984), declara con lugar el Hábeas Corpus interpuesto ante él, en contra de un auto de detención realizado sin el cumplimiento de la formalidad del antejuicio de mérito. (No acogemos las cuestiones de fondo involucradas en este caso, tan sólo señalamos como un ejemplo de Hábeas Corpus, contra decisiones judiciales).

Por último, el Juzgado Superior Segundo de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo (18-11-1975), expidió un mandamiento de Hábeas Corpus por restricción de la libertad, derivada de la indebida prolongación del Sumario.

Igualmente, nuestra jurisprudencia ha reconocido la procedencia del Amparo, para la protección de derechos distintos a la libertad personal. Así se pone de manifiesto en Amparos declarados contra medidas preventivas, uno de los cuales es el caso de la Universidad Santa María, que por una deuda fiscal, se le amenazó con embargo y ante la inminencia de este daño, se acudió a un tribunal y se declaró un Amparo.\*

Entendemos, que una admisión sin limitaciones, del Amparo contra decisiones judiciales, podría traducirse en una paralización de la justicia, pero esto no debe llevar a su negación, sino a una regulación que respete la amplitud de la norma constitucional. Ahora bien, conscientes de nuestras limitaciones, creemos que no estamos en capacidad de sugerir alguna solución para ello. Sí pensamos, que la misma provisionalidad del Amparo lo hace improcedente contra una sentencia definitivamente firme que resuelva, a través de las vías ordinarias, un problema de derecho.

30. Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Penal, de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda (15-12-1965).

\* Conferencia dictada por el Juez Alirio Abreu Burelli, en la Universidad Católica Andrés Bello, el 29-01-86, sobre el Amparo Constitucional.



Entendemos que el Amparo debe coexistir armónicamente, y no rivalizar con las otras vías protectoras de los derechos humanos. Sí sería procedente, contra actuaciones de nuestros tribunales, que sean incidencias dentro del procedimiento y no tengan el carácter definitivo, que sea prueba de la juridicidad del acto violatorio.

**c.—Derechos que pueden ser protegidos a través del Amparo:**

Brevemente, reiteramos la posición antes sostenida, en el sentido de que tanto los derechos individuales (término comprensivo de los individuales sensu stricto y de los políticos) como los sociales (concepto genérico que comprende a las sociedades sensu stricto y a los económicos) son inherentes a la persona humana, por tanto pueden ser protegidos a través del Amparo.

**d.—Admisibilidad del Amparo, en existencia de vías ordinarias para la protección de derechos fundamentales.**

Problema de difícil tratamiento, pues ha suscitado fuertes enfrentamientos, dentro de nuestra doctrina y jurisprudencia. Fundamentalmente, el conflicto se ha planteado entre el Amparo y mecanismos procesales de naturaleza administrativa.

Por una parte, se afirma que el Amparo, es un mecanismo subsidiario de protección de los derechos fundamentales; "El recurso de Amparo, tiene un carácter residual, por cuanto el mismo no podría operar cuando la Constitución o Ley establezcan vías expresas para el restablecimiento de los derechos violados..."<sup>31</sup>. En el fondo de esta tesis, está la idea de que las vías ordinarias, ofrecen la misma protección que el Amparo.

Otros, han atemperado este criterio, sosteniendo que el Amparo sólo procede cuando el uso de las vías ordinarias produzca un gravamen irreparable.\*

31. RONDON DESANSO, Hildegard. *Revista de Derecho Público*. Consideraciones generales sobre el Recurso de Amparo. N° 21. 1985, p. 64.

\* Véase René De Sola. Op. cit. Pág. 106.

Por otra parte, se sostiene que el Amparo es una vía autónoma de protección de los derechos fundamentales, independiente de cualquier procedimiento ordinario coexistente. Fundamento de esta posición, se halla en la idea de que la brevedad y sumariedad del Amparo y los efectos del mismo, consagrados con rango constitucional lo distinguen de cualquier vía ordinaria de protección. Esto lleva a considerar que "... La Constitución está preservada, en forma ordinaria, por una diversidad de medios, cada uno de los cuales tiene un ámbito específico de aplicación y que con tales medios ordinarios concurre siempre la acción de Amparo..."<sup>32</sup>.

Nosotros opinamos que el Amparo es una vía autónoma de protección de los derechos fundamentales; nuestra Constitución en su artículo 49, no consagra un derecho genérico a la tutela jurisdiccional de los derechos del hombre, sino una vía específica que directa e inmediatamente en forma breve y sumaria restituya la situación jurídica infringida.

El Amparo coexiste con otros mecanismos protectores de los derechos humanos del rango constitucional, como es el caso del contencioso administrativo y del recurso de inconstitucionalidad. Estos tienden a proteger los derechos fundamentales, pero de un modo diferente a la tutela del Amparo.

También concurre el Amparo con vías protectoras de los derechos humanos de rango legal; ya sean de naturaleza penal, civil, etc.

En todo caso de violación de un derecho fundamental, consideramos que el Amparo coexiste paralelamente con los mecanismos ordinarios de protección, siempre que se den los supuestos que lo justifica. Esta coexistencia se explica porque la naturaleza y efectos del Amparo, con respecto a las vías ordinarias, son distintos. De la redacción del artículo 49 de la Constitución y de una interpretación de su espíritu, se deduce que el Amparo tiene sus propios supuestos de procedencia; así en todo caso de violación de un derecho fundamental cuyo restablecimiento sea necesario por el daño producido por su persistencia el Amparo procede. Esto es igualmente aplicable al caso de violación inminentes.

32. QUINTERO, Jesús Ramón. *Revista de la Facultad de Derecho*. Universidad Católica Andrés Bello, N° 10. 1969-70. Nuevas Consideraciones sobre el Amparo, p. 192.

Pensamos esto porque el carácter "breve y sumario" del procedimiento del Amparo y la potestad que se da al Juez de restituir "inmediatamente" la situación jurídica infringida derivan de una urgencia, dada ésta, cualquier afectado puede acudir a la vía del Amparo, sin desmedro de la posibilidad que tiene de acudir a vías ordinarias. El Juez deberá constatar en cada caso la situación de urgencia.

No aceptamos por tanto, las tesis que dan al Amparo un carácter subsidiario o residual con respecto a las vías ordinarias. Entendemos la preocupación de sus defensores, la cual consiste básicamente en un temor a que la consagración del Amparo como una vía principal y autónoma, llevar a un caos institucional, pues se abandonaría la vía ordinaria acreditada por su constante e inveterada aplicación. Pero este temor, si bien lo comprendemos no lo compartimos. No existiendo el supuesto de la urgencia, no será admisible el Amparo, pues para eso existen las vías ordinarias, para regular situaciones carentes de esa característica. No hay duda de que también existen vías ordinarias que responden a estas exigencias, precisamente Cuando éstas brinden a la persona idéntica protección que el Amparo deberá entenderse que son una manifestación de la institución, hacia un campo concreto de intereses jurídicos, debiendo el Amparo cobrar las particulares características que las normas ordinarias prevean.

Sin embargo, cuando la vía ordinaria ofrezca una protección tan sólo similar al Amparo, procederá este último. Se ha prestado a confusión, la distinción entre el contencioso-administrativo y el Amparo, por lo que merece ser tratado este punto. "En virtud del recurso contencioso-administrativo de anulación, se declara en lo dispositivo del fallo, la nulidad o no del acto recurrido". En el Amparo: "... se trata de preservar la vigencia de un derecho subjetivo amenazado o violado, por el acto lesivo contrario a la Constitución; es evidente que para la expedición del mandamiento, cuando éste esté destinado a operar frente a actos jurídicos del poder público, el Juez de Amparo ha debido considerarlo nulo por inconstitucionalidad, pero la "res in indicium deducta", es otra: preservar a un sujeto de derecho contra efectos subjetivos de un acto jurídico; en consecuencia, el límite objetivo de la cosa juzgada en el Amparo excluye el pronunciamiento sobre la nulidad del acto"<sup>33</sup>.

33. QUINTERO, Jesús Ramón. Op. cit., p. 190.

Nuestra opinión se fundamenta en un respeto al espíritu de la Constitución de 1961, que no establece ninguna relación de subsidiariedad del Amparo respecto de otras vías que tiendan a la protección de los derechos humanos. Nuestra Constitución, consagra el Amparo como un derecho-garantía de todo habitante de la República ¿Cómo negarlo en virtud de un supuesto caos institucional? ¿Cómo subordinar un precepto constitucional, a su conformidad con normas de rango legal?

La tesis subsidiaria atenuada, estima que el Amparo sólo será procedente cuando el uso de las vías ordinarias acarree un gravamen irreparable. Se establece así la procedencia de las vías ordinarias como un principio general y se considera al Amparo como una vía excepcional cuyos supuestos deberán estar plenamente demostrados para admitir su procedencia. No acogemos esta tesis por las razones teóricas ya expuestas y porque sostenerla llevaría a efectos prácticos muy distintos al criterio que nosotros hemos defendido.

En efecto, de acuerdo con la tesis subsidiaria atenuada, el Amparo procedería, cuando el uso de las vías ordinarias produzca un gravamen irreparable. Nosotros estimamos que el Amparo debe admitirse aun cuando el uso de las vías ordinarias, no produzcan un gravamen irreparable, siempre que la protección que éstas ofrezcan, sea inferior a la del Amparo. Además, sostener esta tesis, implicaría que los Jueces que conozcan de solicitudes de Amparo, en caso de duda sobre la irreparabilidad del daño producido deberían negarlas, dando preferencia a las vías ordinarias. Nosotros, pensamos que por el contrario, en caso de duda sobre los supuestos de procedencia del Amparo, el Juez debe conocer el Amparo. Además el Amparo podría verse sujeto a dilaciones que vayan en detrimento de la persona humana; ya que, mientras el juez decide si existen o no, vías ordinarias para la protección de los derechos humanos, puede hacerse efectivo el ataque inminente o consumarse el ataque actual contra algunos de ellos. El tribunal que conoce de una solicitud de Amparo, al constituirse en Tribunal Constitucional, debe velar por la observancia de nuestra Carta Fundamental y para ella, no es el Hombre para el Derecho, sino el Derecho para el Hombre (Véase sección III, parte A, 1 de este trabajo).

34. SANTOS, Gabriel. *Revista de Derecho Público*. El Contencioso Tributario, N° 21, 1985, p. 26.

Por lo expuesto se comprende que el fin y los efectos del Amparo son distintos a los de las vías ordinarias. Es así como mientras en el Amparo, se conoce —principalmente— sobre la urgencia de la restricción de la situación jurídica infringida, e —incidentalmente— de la legitimidad del acto perturbador o violatorio; en las vías ordinarias ocurre lo inverso. Por ello en la sentencia de Amparo, la causa juzgada no recae sobre la consideración que se haga de la legitimidad del acto, quedando abiertas a estos efectos, las vías ordinarias. El carácter breve y *sumario del procedimiento del Amparo y el fin perseguido por éste*, explicar que la causa juzgada no abarque la consideración que se haga sobre la legitimidad del acto. En caso de que las vías ordinarias contraríen la consideración que al respecto haya hecho el juez de Amparo, cesarán los efectos de este último.

Una cuestión distinta se plantearía, cuando el Amparo Constitucional sea recogido por leyes, para la protección de sus intereses específicos. Un ejemplo recogido por nuestra doctrina y jurisprudencia, lo tenemos en la acción de Amparo, consagrada en el Capítulo IV del Código Orgánico Tributario, que establece su procedencia, cuando la Administración Tributaria, incurra en demoras excesivas, en resolver sobre peticiones de los interesados. "Con el establecimiento de esta acción, y del procedimiento correspondiente... se desarrolla la garantía consagrada en el artículo 49 de la Constitución, en el ámbito tributario".

Planteamiento similar puede hacerse con respecto al Amparo Agrario y a los interdictos posesorios.

En estos casos, estamos en presencia de manifestaciones del Amparo Constitucional hacia campos jurídicos bien definidos, dentro de los cuales cobrará particulares características.

Parte de nuestra doctrina y jurisprudencia, ha considerado la posibilidad de solicitar la suspensión de efectos de un acto administrativo, en virtud del artículo 136 de la Corte Suprema de Justicia, como una manifestación del Amparo contra actuaciones de la administración.\*

\* Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Véase decisiones en Revista de Derecho Público, N° 11. Julio-septiembre de 1982, pág. 170-172.



Pensamos que la posibilidad de suspensión de efectos de los actos administrativos, sí responde al espíritu de la Constitución, pero de manera restringida. Decimos esto, porque esta es una medida, que se deja a la discrecionalidad del órgano *jurisdiccional, quien la debe aplicar sólo cuando sea indispensable*, extremo éste que la Corte siempre ha considerado primordial; además, la exigencia de caución que asegure las results del juicio, acentúa la limitación. Por ello, entendemos procedente el Amparo, aun siendo posible solicitar la suspensión de los efectos de un acto administrativo. Así lo ha reconocido nuestra Jurisprudencia en fallo dictado por el Juez Omar Portales, en que se declara con lugar un Amparo solicitado por una mujer embarazada que había sido destituida de sus funciones públicas.

Merecen citarse las sentencias más importantes de nuestros tribunales:

— La Corte Suprema de Justicia en su sentencia del 20-10-1983. "...dejó implícitamente establecido que la existencia de recursos ordinarios no es obstáculo para el ejercicio del recurso constitucional de Amparo. Sin que ello signifique descartar el empleo prioritario de los recursos ordinarios siempre que el hecho no constituya violación directa de la norma constitucional, o que las demoras legales a que *están aquellos sometidos no aparejen la irreparabilidad de la lesión denunciada*"<sup>35</sup>.

— Juzgado Primero de Primera Instancia del Tránsito y del Trabajo, de la Circunscripción Judicial del Estado Lara (05-06-1984). En un caso en que se intenta un Amparo, en favor de la inamovilidad laboral, se expresa que: "Ahora bien, careciendo la decisión de la Inspectoría del Tránsito del Estado Lara, de la coercibilidad suficiente, su ejecución forzosa no puede tener lugar sino por vía judicial, siendo ésta la escogida por los peticionarios del presente recurso, para obtener el restablecimiento de la situación

35. DE SOLA, René. Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Op. cit., p. 106.



planteada, cuya base la constituye el artículo 49 de la Constitución vigente... admite y decreta el Amparo Constitucional".

— Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo (25-01-1984). La presente sentencia, marca el comienzo del criterio sustentado por esta Corte, con respecto a la procedencia del Amparo. Se dice que: "...cuando, frente a determinada actuación de la administración se precisa de un medio específico para controlar su constitucionalidad o ilegalidad, para obtener el restablecimiento de un derecho o garantía violada, la acción de Amparo es inadmisibles, porque aparte de que los efectos que se aspiran conseguir con el recurso de Amparo, es posible obtenerlos con el medio específico de impugnación, la aceptación general e ilimitada de tal acción, haría inútil e inoperante, los remedios jurídicos y judiciales que la Constitución y las leyes prevén ordinariamente". Más adelante se cuestiona: "...¿Para qué continuar regulando los recursos administrativos y las acciones de nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad de los actos de los poderes públicos y transición de los juicios de tales acciones, si su anulación pudiera obtener principalmente por la vía del Amparo?"

Este criterio residual o subsidiario en cuanto al Amparo no lo acogemos por las razones indicadas supra.

— Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo (17-01-1985). La mencionada Corte expresa que: "...es característica y requisito de procedencia del Amparo, que frente a la situación fáctica que lesiona a la persona en el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales, no debe existir recurso paralelo que salvaguarde la situación jurídica infringida... lo que determina que su procedencia solamente puede acordarse ante el supuesto concreto de la inexistencia de otros recursos administrativos o judiciales, ordinarios o especiales, que puedan alcanzar el fin perseguido con el Amparo... El Pre-

sidente de esta Corte, en el caso de autos, veló por mantener el carácter sumario de este recurso y conservó la relación procesal dentro de la sencillez necesaria".\*

#### B.—Competencia de los Tribunales y Procedimientos del Amparo

Debemos ante todo decir, que el procedimiento del Amparo es de rango constitucional. Este explica por qué: "... es norma fundamental de la Constitución, establecer esas reglas generales de procedimiento. Que no puede ser materia de una disposición transitoria, ni menos dejarse al arbitrio de una ley..."\*

Además, los Tribunales que conozcan de solicitudes de Amparo, se constituyen en Tribunales Constitucionales, lo que explica que el Juez tenga una potestad muy amplia en comparación a la que tiene en los procedimientos de rango legal.

Aclarado esto, pasaremos a estudiar el tratamiento que nuestra doctrina y jurisprudencia, han dado respecto a la competencia y procedimiento en materia de Amparo.

Cuando nuestros tribunales comienzan a conocer y declarar con lugar solicitudes de Amparo, encontraron como obstáculos fundamentales, los alegatos de que estaban incurriendo en Usurpación de funciones y Abuso de poder.\*

El voto salvado de Otto Marín Gómez, como miembro de la Corte Superior Cuarta en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda en sentencia del 22-12-69, marcó el inicio de la reacción contra la práctica de algunos tribunales de instancia.\*

\* El subrayado es nuestro.

\* Intervención completa de Jesús María Casal en la Cámara de Diputados. Diario de Debates. Sección extraordinaria. (24-10-1960).

\* Véase: Esteban Agudo Freites. Estado Actual de la Acción de Amparo en Venezuela. Editores Poseidón. 1979. Caracas. pp. 85-90.

\* Véase: Otto Marín Gómez. La Protección Procesal de las Garantías Constitucionales de Venezuela, Amparo y Hábeas Corpus. U.C.V. 1983. Caracas, p. 235.

Se decía que incurrían en Usurpación de funciones, porque al aplicar como procedimiento para el Amparo a la Disposición Transitoria Quinta, estaban ejerciendo funciones propias del Poder Legislativo, por falta de una Ley Reglamentaria de la institución.

Se afirmaba que incurrían en abuso de Poder, ya que conocían de solicitudes de Amparo, en ausencia de norma jurídica alguna que les atribuyera competencia para ello. La competencia, la entendían establecida, sólo para el caso de Hábeas Corpus. Se negaba la competencia, no sólo cuando los tribunales penales conocían de solicitudes de Amparo de contenido distinto a la materia penal, sino también cuando tribunales de cualquier tipo, conocían pretensiones de Amparo de su competencia específica.

Por los argumentos anteriores, la Corte Suprema de Justicia, con su decisión del 14-12-70, en Sala Político-Administrativa y con el Acuerdo con Fuerza Obligatoria del 24-4-1972, paraliza el ejercicio del Amparo, según opina la mayoría de la doctrina nacional, dejando eficacia, sólo al Hábeas Corpus.

Ambos argumentos, han sido superados por nuestra doctrina y jurisprudencia. Con respecto al primero, se entiende que no se incurre en Usurpación de funciones ya que el empleo por parte del Juez de la analogía, no constituye un proceso de creación legislativa, sino de integración de los elementos que expresamente consagra la Constitución. Decir lo contrario, sería convertir al Juez en un simple ejecutor, más que en un intérprete de la ley.

Nuestra Constitución, al establecer en la Disposición Transitoria Quinta un procedimiento para el Hábeas Corpus, debe entenderse que está desarrollando los principios de brevedad y sumariedad que el Amparo requiere. La falta de normas reguladoras del procedimiento del Amparo, representa una laguna de la Ley. "Inspirándose entonces en las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas, o en los principios generales del derecho, según las nuevas corrientes del pensamiento científico, y los requerimientos de la realidad, es la única manera de salvaguardar la justicia y evitar las conmociones sociales producidas por la llamada crisis de la legalidad"<sup>36</sup>.

36. DE SOLA, René. *La Ley como Instrumento de la Justicia*. Discurso de orden pronunciado por la apertura de las actividades judiciales. p. 15.

La Corte Suprema de Justicia, en su sentencia del 23-10-83, invita a los tribunales de la República, a "...hacer un uso prudente y racional de la norma contenida en el artículo 49 de la Constitución, tratando de suplir, por medio de la analogía y demás instrumentos de interpretación de que los provee el sistema jurídico venezolano, la lamentable ausencia de una Ley reglamentaria de la materia".

En cuanto al segundo de los argumentos, referido a la competencia de los tribunales, nuestro Supremo Tribunal, en la sentencia antes señalada, expresa que los Tribunales: "... Deben limitar su facultad para admitir recursos de Amparo de acuerdo con la afinidad que con su competencia natural tengan los derechos que se pretendan vulnerados, en razón de que el propio artículo 49 de la Constitución, dé a entender claramente que si el deber de Amparo corresponde a los Tribunales de la República, habrá una distribución de competencias entre los mismos, según se desprende del aparte que se refiere al Juez competente, y porque el propio constituyente inició esta distribución de competencia al otorgarla a los Jueces de Primera Instancia en lo Penal, en lo referente al Amparo de la libertad personal (Disposición Transitoria Quinta)".

Queremos agregar a este respecto, que podrían presentarse casos en que fuese difícil determinar si un tribunal, de acuerdo a su competencia natural puede conocer solicitudes de Amparo; en estos casos supuestos, por las mismas razones expuestas infra (Ver sección IV, parte A, d), el tribunal, debe conocer el Amparo; **bastará como justificación de la actitud del Juez, la demostración de la existencia de fundadas razones para dudar sobre la correspondencia entre la pretensión de expuestas infra (Ver sección IV, parte A, d), el tribunal, debe conocer el Amparo, bastará como justificación de la actitud del Juez, la demostración de la existencia de fundadas razones para dudar sobre la correspondencia entre la pretensión de Amparo y la competencia natural de los tribunales de la República.**

— Nuestra doctrina y jurisprudencia en torno al procedimiento del Amparo.

Nuestra doctrina y jurisprudencia, siguiendo con la recomendación de la Corte Suprema de Justicia, de hacer uso de la analogía, ha planteado como procedimientos para el

Amparo, además de la Disposición Transitoria Quinta, el artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia que faculta a la Corte para aplicar, en ausencia de un procedimiento establecido, aquél que considere más conveniente de acuerdo a la naturaleza del caso; también se ha planteado la analogía con respecto al artículo 234 del Código de Procedimiento Civil, que establece el procedimiento del juicio ordinario como aplicable en ausencia de disposiciones especiales; igualmente se ha sugerido la analogía con el artículo 386 del Código de Procedimiento Civil que regula las incidencias que pudieran presentarse por resistencia de alguna de las partes, a alguna medida legal del Juez, dentro del procedimiento ordinario; y por último, se aplica la analogía, con respecto al Capítulo IV del Código Orgánico Tributario, cuando regula la acción de Amparo.

Pasamos ahora, a considerar los principios generales del procedimiento del Amparo:

En primer lugar, no son aplicables al Amparo, los principios jurídicos propios del procedimiento contencioso. No puede hablarse en el Amparo, de la existencia de un litigio en sentido estricto, la función del Juez, no consistirá en la resolución de una **litis**, nacida por el enfrentamiento de pretensiones jurídicas subjetivas, sino que en el Amparo, nos encontramos con la pretensión de un sujeto ante el Poder Judicial, que busca la protección de algún derecho fundamental vulnerado. No se busca, subordinar un interés ajeno a un interés propio, sino restituir la situación jurídica infringida por el acto violatorio.

De lo anterior se deduce que, no siendo el Amparo un juicio **sensu** estricto, no estará por tanto sometido a los mecanismos de revisión de las decisiones judiciales propias del procedimiento ordinario.

La Corte Suprema de Justicia ha expresado en sentencia del 14-12-1983 en Sala Político-Administrativa que el Amparo: "... en manera alguna, trata de una acción a seguirse dentro del procedimiento ordinario ni dentro de los procedimientos especiales, destinada a obtener un pronunciamiento, sentencia, que decida una controversia suscitada entre partes", en la misma sentencia, se declara inadmisibile el Recurso de casación anunciado contra

el Amparo declarado con lugar por el juzgado Superior Segundo del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, porque: "Las actuaciones o procedimientos como el de la especie de autos, no constituyen propiamente juicio en los términos del artículo 418 del Código de Procedimiento Civil y en su consecuencia, en ningún caso, dichas actuaciones están amparadas por el Recurso de casación".

Podemos señalar además, la decisión del Juzgado Superior Segundo del trabajo de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Distrito Sucre del Estado Miranda (17-07-1984), en la cual, se declara sin lugar el Recurso de hecho intentado persiguiendo que la apelación se oyerá en ambos efectos.

"Tiene, pues, el Recurso de Amparo desde el punto de vista adjetivo la naturaleza de urgencia y excepcionalidad, y por ello, en interpretación de este sentenciador, la decisión que admitió y declaró con lugar dicho Recurso, no se circunscribe a los efectos de cómo debe oírse la apelación, dentro de la clasificación general que establece el Código de Procedimiento Civil... ya que... al ser todo el actual procedimiento de carácter urgente por la misma naturaleza de la institución del Amparo... consideró procedente oír dicha apelación en un solo efecto...".

Aunque la anterior sentencia, persiste en el criterio —a nuestro juicio equivocado— de aplicar al Amparo, figuras jurídicas específicas del procedimiento ordinario, como es la apelación; destaca como ésta, en virtud del carácter urgente del Amparo debe ser oída en un solo efecto.

Queremos referirnos a una postura de nuestra doctrina que considera el Amparo, una medida cautelar. Esto, lo consideramos como una desnaturalización del Amparo. En efecto, una de las características de toda medida cautelar, es su instrumentalidad, en virtud de la cual, no tiene un fin en sí misma, sino que sólo pretende garantizar las resultas de un procedimiento principal. Pero ¿cómo puede ser instrumental, la protección de los derechos inherentes a la persona humana? Si bien es cierto, que el pronunciamiento que realice el Juez de Amparo está sujeto a la revisión de las vías ordinarias, esto no implica que sea una medida cautelar. Lo que ocurre es que el fin perseguido por el Amparo, es la restitución de la situación jurídica infringida, conociéndose sobre la nulidad, pero incidentalmente.



## V. INTENTOS DE ELABORACION DE UNA LEY REGLAMENTARIA DEL AMPARO.

Sobre este particular sintetizaremos los principios generales recogidos en cinco intentos de elaboración de una Ley Reglamentaria del Amparo. Para ello utilizaremos tres anteproyectos y los dos proyectos, de ley Reglamentaria del Amparo.

Los anteproyectos son los siguientes:

- El realizado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales;
- El elaborado por el doctor Ramón Escovar Salom;
- El llevado a cabo por una Comisión de la Procuraduría General de la República y la Fiscalía General de la República.

Los proyectos son los que siguen:

- El presentado, entre otras personas, por el doctor Orlando Tovar (28-03-1985). (Fracción Parlamentaria de COPEI)
- El elaborado por el doctor Hermann Escarrá Malavé, introducido mediante el procedimiento de la iniciativa popular (19-06-1985).

### A. - Principios generales de los intentos de elaboración de una Ley Reglamentaria del Amparo.

#### a. - En cuanto a la admisibilidad:

- No es admisible cuando la violación hubiere cesado.
- Es admisible el Amparo, contra y todo acto de entidades públicas o privadas, o de los particulares.
- Se protegen los derechos fundamentales, frente a violaciones actuales o inminentes.
- Cualquier persona puede interponerlo, incluso las personas jurídicas.
- No procede contra decisiones judiciales.
- No procede cuando la violación ha cesado.

— En la solicitud de Amparo debe indicarse el derecho o garantía vulnerada.

— Se regula con especialidad, la situación de emergencia, que prevé el artículo 241 de la Constitución Nacional. En caso de restricción de las garantías constitucionales, se suspende el ejercicio del Amparo, con respecto a las garantías restringidas.

**b. - Competencia:**

— No existe uniformidad de criterios al respecto. En dos ocasiones, se atribuye una competencia genérica a todos los tribunales; en otra la atribución recae en los Tribunales Superiores de lo Contencioso-Administrativo, y en los últimos dos, la competencia se atribuye, de acuerdo a la materia específica de cada tribunal en todos se toma en cuenta la territorialidad como determinante de la competencia.

— Se atribuye una competencia especial a la Corte Suprema de Justicia, la cual es la única que puede conocer del Amparo solicitado, contra los actos de los altos funcionarios de la República.

**c. - Procedimiento:**

— La solicitud puede ser hecha en forma escrita u oral y aun por vía telegráfica.

— Se prestan los principios de brevedad y sumariidad, y por ello se sigue análogamente el procedimiento de Disposición transitoria Quinta.

— Se prevé que la consulta, no suspende la ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia.

— Se otorgan al Juez amplias facultades para el rápido y justo desarrollo del proceso.

— Se establecen sanciones para los funcionarios públicos que no respeten los imperativos derivados de la sentencia del Amparo.

**B.- Aportes especiales de los Proyectos de Ley Reglamentaria del Amparo:**

- El Proyecto del Dr. Hermann Escarrá, establece que el procedimiento de Amparo, deberá mantener una absoluta igualdad entre el agraviado y el agravante. Cuando se trate de una autoridad, no procederá la presunción de legalidad de los actos administrativos ni otros privilegios procesales (artículo 20).
- En este mismo Proyecto, se da al Juez la facultad para suspender a solicitud de parte, los efectos del acto agravante, cuando se compruebe que ello podría evitar perjuicios graves e irreparables (artículo 26).
- De igual manera, se establece que en el procedimiento del Amparo, no es procedente la recusación, ni la inhabilitación, ni podrán articularse excepciones ni incidencias (artículo 24).
- En el mismo, se expresa que basta el señalamiento de las pruebas (artículo 8, letra c) "... para que el Juez de Amparo, con la amplísima potestad que tiene, pueda solicitarlas y en todo caso investigarlas, dado que se trata de un procedimiento sumario (Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Amparo de los Derechos Constitucionales y Derechos inherentes a la persona humana).
- Ambos proyectos, establecen el carácter gratuito del Amparo.
- El Proyecto del Dr. Escarrá, establece que el Juez puede proceder de oficio.

**C.- Críticas a algunos señalamientos del material estudiado.**

- La exigencia de que se señale expresamente la norma constitucional vulnerada consideramos que no es adecuado al espíritu de Amparo. Se busca salvaguardar los derechos humanos, fin que no puede condicionarse a un formalismo, basta que la solicitud contenga la exposición de los hechos.

— Se establece como principio general, la improcedencia del Amparo contra decisiones judiciales, opinión que no compartimos por las razones expresadas supra (sección IV, parte A, b).

— No acogemos el criterio, que atribuye la competencia para conocer de la solicitud de Amparo a los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, porque compartiendo el criterio de la Corte Suprema de Justicia, consideramos que los tribunales deben conocer el Amparo tomando en cuenta su competencia natural (Proyecto de Ley cuyo corredactor es el doctor Orlando Tovar).

— En dos de los cinco intentos de reglamentación del Amparo, se establece su improcedencia en existencia de vías ordinarias. Al respecto ver nuestro criterio supra (sección IV, parte A, b).

— En uno de los Proyectos, se señala que la solicitud de Amparo podía realizarla, toda persona que se encuentre "legalmente en la República"; lo que a nuestro juicio contradice la amplitud que la Constitución consagra en su artículo 49 (Proyecto de Ley de Orlando Tovar).

Además, uno de los Anteproyectos, establece que el Amparo no procede, cuando la persona agraciada se encuentra para el momento de la solicitud legalmente privada de su libertad física, por causa de un proceso penal; este criterio, no toma en cuenta, que en estos supuestos pueden violarse derechos fundamentales distintos de la libertad personal cuya defensa era la que pretendía excluirse (Anteproyecto de Ley de la Academia de Ciencias Políticas y sociales).

— Por último, uno de los Proyectos de Ley Reglamentaria prevé un lapso de caducidad para intentar el Amparo contado a partir del inicio del acto causante de una violación actual o inminente de un derecho fundamental. El Proyecto del Dr. Escarrá, presenta una norma de difícil comprensión. Su redacción, no nos lleva a asegurar plenamente que se trate de un plazo de caducidad.

Nosotros interpretamos esta previsión, como una consecuencia de que la urgencia es un supuesto de procedencia del Amparo. Algunos han expresado sus reservas al respecto, conside-

rando que la no interposición del Amparo en el lapso perentorio, podría derivar de situaciones que impidieron su solicitud; y no es de una falta de interés del afectado. Proponen que el lapso implique tan sólo una presunción **juris tantum** de la caducidad del Amparo, desvirtuable cuando se demuestra la imposibilidad de la solicitud.

Tomando en cuenta esta idea y desarrollándola de acuerdo al espíritu de los artículos 49 y 50 de la Constitución Nacional, estimamos que esta presunción debe invertirse. Así, debe presumirse que el retardo de la solicitud del Amparo se ha debido a situaciones insuperables por el afectado, y en todo caso será el Juez quien tomando en cuenta las situaciones de hecho, podrá desvirtuarlas, que un asentimiento. En caso de duda, deberá admitirse la solicitud de Amparo.

Ahora bien, pensamos que en algunos supuestos, la demostración de que el sujeto afectado, teniendo la posibilidad de solicitar el Amparo, no lo hace durante el término legal, no implicará una improcedencia del Amparo. Tomando en cuenta que en la protección de los derechos fundamentales del hombre, no está en juego un interés particular, sino también un interés colectivo, se entenderá nuestra afirmación. El Amparo está dirigido a asegurar a "todo habitante de la República" el goce y ejercicio de sus derechos, y al mismo tiempo es un organismo de control de la constitucionalidad.

En virtud de lo expuesto, es posible que un sujeto consienta en una situación violatoria de sus derechos fundamentales, buscando por ejemplo, la satisfacción de sus necesidades primarias. Piensen en quienes por pasar por una precaria situación económica, se viesen obligados a aceptar una relación laboral contraria a su dignidad. En estos casos, ¿Puede la Constitución, y más aún, su fuente inspiradora, la propia persona humana estar condicionadas a una manifestación de voluntad?

Pensamos pues, que al tratarse de grandes violaciones a los derechos fundamentales, que repercutan en contra del bien común, alternando las condiciones necesarias para el desarrollo de un Estado de Derecho, procede la actuación de oficio del juez competente. Es por esto que aplaudimos la previsión del Proyecto redactado por el Dr. Hermann Escarrá, en el sentido de permitir al juez actuar de oficio.

**D. - Nuestro aporte a los señalamientos anteriores**

Como se desprende del material estudiado, se sigue aplicando la Disposición Transitoria Quinta, como procedimiento para el Amparo. Esto tiene como aspecto positivo, la existencia de la certeza, de que son respetados los principios de brevedad y sumariidad que previó el constituyente de 1961. Pensamos, sin embargo, que la experiencia jurisprudencial venezolana puede servir de base para mejorar un procedimiento que fue previsto como transitorio. Por ello, consideramos que la Ley Reglamentaria del Amparo, debería hacer nuevas previsiones, producto de una realidad jurídica distinta. Modestamente sugerimos, que la Corte Suprema de Justicia, tenga una función importante que cumplir dentro del procedimiento del Amparo.

Siendo el Amparo un derecho y una garantía de toda persona, proponemos, que el desarrollo que nuestra jurisprudencia ha realizado del mismo, configurándolo como una acción, se sume un recurso, que permita a la Corte Suprema de Justicia, conocer de solicitudes de Amparo que hayan sido negadas por los Tribunales de Instancia. Se configuraría así, subsidiariamente a la acción de Amparo, interpuesta ante los Tribunales de Instancia, un recurso de Amparo ante la Corte Suprema de Justicia en la Sala Político Administrativa.\*

Justificamos ahora nuestra posición. En el estudio que hemos realizado sobre el Amparo, encontramos muchos puntos fundamentales que no pueden ser regulados definitivamente por una ley reglamentaria, ya sea por depender de la evolución de la conciencia colectiva o por ameritar su tratamiento una observación de particularidades. En estos casos, se requiere la participación de un órgano que unifique criterios, y oriente al avance de nuestra jurisprudencia.

Nos referimos a tres situaciones concretas:

- a. - La Corte Suprema de Justicia, cumplirá una función importantísima en la definición de la persona humana. Nuestro Supremo Tribunal, al conocer de solicitudes de Amparo negadas por los tribunales de instancia, refe-

\* Esta regulación del Amparo, existe en la Constitución española vigente, con la particularidad de que el recurso se ejerce ante el Tribunal Constitucional. Nuestra Constitución, en su artículo 215, ordinal 11, expresa cómo las leyes pueden sumar atribuciones a la Corte Suprema de Justicia.



rentes a los derechos inherentes a la persona humana no expresamente consagrada en la Constitución, daría reconocimientos y garantizaría protección a estos nuevos derechos.

En la medida en que la evolución de la conciencia colectiva hiciera imperativo la protección de nuevos derechos, los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, no dejarían a la libre consideración de los tribunales de instancia, la determinación de su condición de inherentes a la persona.

- b.- La Corte aclararía aquellas situaciones en que fuese difícil determinar cuál es el tribunal competente en la protección de su determinado derecho vulnerado. Definiría cuáles son las vías legales de protección de los derechos fundamentales, que ofrecen idéntica protección a la del Amparo, lo que llevaría a considerarlas como un desarrollo de la institución hacia ese campo específico de intereses jurídicos.

Por último, además de los argumentos esgrimidos consideraremos que la intervención de la Corte Suprema de Justicia es importante para evitar que los tribunales de instancia cometan graves errores en el ejercicio de su función jurisdiccional, rechazando solicitudes de Amparo, en detrimento de los derechos del hombre. Más aún, si la sentencia de Amparo tiene carácter de cosa juzgada.

Desde un punto de vista teórico se justifica además, porque es una manifestación de cómo la institución del Amparo, es una forma de control de la constitucionalidad de hechos.

#### **ACLARATORIA FINAL**

En respeto al requisito de este Concurso de que la extensión del trabajo no fuese mayor a sesenta páginas (60), nos vimos obligados a eliminar secciones, y acortar las que han permanecido, lo que explica la síntesis con que han sido tratados muchos temas de importancia.

**CRONICA DE LA FACULTAD**

Noviembre 1986 - mayo 1987

**Nuevas Autoridades de la Facultad.**

Por renuncia presentada a sus cargos en el curso del mes de noviembre por los doctores Luis M. Olaso J. S.J. y María Helena Fernández Velosa, fueron designados nuevos Decano y Director, respectivamente, los doctores Fernando Pérez Llantada S.J. y José Rafael Hernández.

El Consejo de la Facultad, en sesión de fecha 3 de diciembre acogió la proposición del señor Rector de la Universidad Ing<sup>o</sup> Guido Arnal Arroyo en orden a la designación del Dr. Fernando Pérez Llantada como nuevo Decano, quien asumió el cargo al inicio de las actividades académicas en el mes de enero. En la reunión del 12 del propio mes, el Decano propuso al Consejo de la Facultad la designación del Dr. Hernández como Director, proposición ésta que resultó aprobada por unanimidad.

El nuevo Decano es Licenciado en Filosofía y Letras, con post-gradó en la misma especialidad obtenido en la Universidad Javeriana de Bogotá; Abogado y Doctor en Derecho por la Universidad del Zulia; Licenciado en Teología por la Universidad Pontificia de Comillas, y Licenciado en Criminología por la Universidad de Lovaina. Además, es diplomado como Profesor de Literatura y Lengua castellana por la Universidad Javeriana. En la actualidad tiene la categoría de Profesor Titular en el escalafón profesoral y se ha desempeñado desde hace varios años como Director de los Cursos de Post-Grado. Es Profesor en las Cátedras de Criminología, Política Criminal, Sociología Criminal e Historia de la Criminología en los cursos de pre y post-gradó en nuestra Universidad. También ha dictado las cátedras de Etica en las Escuelas de Relaciones Industriales de esta casa de estudios y de Formación del Personal Penitenciario del Ministerio de Justicia, y de Criminalidad Económica en nuestra Escuela de Derecho.

El Dr. Pérez Llantada es Miembro de la Sociedad Internacional de Criminología, de la Asociación Internacional de Derecho Penal y de la Sociedad Internacional de Defensa Social.

Ha publicado las siguientes obras científicas: **Herencia Criminal**, 142 pp. (publicación de L.U.Z.); **Visión histórica de la responsabilidad Penal**, 98 pp. (publicación de la UCV); **Ética** (en colaboración con Jesús Iturrioz), 203 pp. (publicación de la Escuela de Formación de Personal de los Servicios Penitenciarios); **Apuntes de Criminología**, 4 T. (publicación de la UCAB); **Criminología**, 818 pp. (publicación de UCAB). Además ha escrito diversos artículos publicados en las Revistas de las Facultades de Derecho de la UCAB y de la Universidad de Carabobo ("Relación Criminológica"); en la Revista SIC, y en el Libro Homenaje al Dr. José Rafael Mendoza T.

El nuevo director, José Rafael Hernández Gordils es abogado egresado de nuestra facultad a cuyo cuerpo de catedráticos se incorporó hace más de 16 años.

El Dr. Hernández ha sido Director de la Escuela de Derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, en la cual se desempeña como Profesor en la Cátedra de Introducción al Derecho; allí ha sido Coordinador de los Cursos de Libre Escolaridad. El nuevo Director de nuestra Escuela ha sido Delegado de la Facultad de Derecho al Congreso de Universidades Católicas celebrado en Lima en 1960 e integrante de la Delegación Venezolana que asistió a la Primera Reunión sobre Transferencia de Tecnología en los países del Grupo Andino realizada en Bogotá en febrero de 1970.

Ha realizado cursos de especialización en las Universidades Católica Andrés Bello, de Carabobo y de Navarra (España), así como también en los Ministerios de Hacienda y Fomento, el INCE y el Impuesto sobre la Renta, (en Derecho Agrario, Impuesto sobre la Renta, Proceso de Aprendizaje, Técnica Dirigida, Prácticas Restrictivas del Comercio, Elocución y Dirección de Reuniones).

Dentro de su actividad profesional, el Dr. José Rafael Hernández Gordils ha prestado sus servicios al Impuesto sobre la Renta, al Ministerio de Fomento, a la Oficina Central de Personal de la Presidencia de la República y al Instituto de Capacitación Bancaria. Formó parte de las Comisiones de Reforma de la Ley de Medidas y su Aplicación, de Estudio de la Transferencia de Tecnología en Venezuela (integrada por Cordiplan,

Banco Central y Ministerio de Fomento) y de coordinación con el Programa Regional de Desarrollo Científico y Tecnológico de la O. E. A.

Durante sus años estudiantiles en la UCAB, el doctor Hernández Gordils fue Presidente del Centro de Estudiantes y Vice-Presidente de la Federación de Centros Universitarios.

#### **Noticias varias.**

##### **1. Homenajeados los doctores Olaso y Fernández Velosa.**

Como un testimonio de reconocimiento por la labor realizada al frente de sus cargos, una vez producida su separación de los mismos, los doctores Luis M. Olaso J. S.J. y María Helena Fernández Velosa recibieron el homenaje del Consejo de la Facultad —que se materializó en Acuerdos del citado organismo y en agasajos ofrecidos en un restaurante de la ciudad— y del alumnado de la Escuela, en acto realizado en el auditorio del edificio de Bibliotecas.

##### **2. Presencia del Decano en diversas actividades.**

El Decano Olaso asistió el 21 de octubre al bautizo de la nueva edición del libro "La Corrupción en Venezuela" del cual es co-autor, en la ciudad de Valencia. Igualmente asistió, como Ponente e Invitado Especial al "Primer Congreso Venezolano de Filosofía" celebrado durante los días 5 al 8 de noviembre. Su ponencia se intituló "Sentido Liberador de la Filosofía del Derecho".

También concurrió el Decano Olaso a las "Jornadas de Estudio sobre los Derechos Humanos" realizadas durante los días 8 y 9 de diciembre en Mérida, en el curso de las cuales pronunció una Conferencia sobre "La Justicia, los Derechos Humanos y la Paz"; y a "Jornadas" similares efectuadas en Maracaibo en las cuales tuvo a su cargo la conferencia titulada "Las Ideologías y los Derechos Humanos".

Por su parte el Decano Pérez Llantada asistió en representación de la Facultad a la reunión de Decanos de Facultades de Derecho del área andina, realizada en Lima en el lapso comprendido entre los días 8 y 10 de abril. La reunión acogió la idea del

Decano en el sentido de publicar una revista anual que recoja doctrina sobre temas de integración en su faceta jurídica. La representación de Bolivia asumió la responsabilidad de realizar la publicación del primer número.

También concurre el Decano Pérez Llantada a las "Primeras Jornadas Venezolanas sobre Derecho y Computación" efectuadas en Barquisimeto a partir del día 30 de abril hasta el 3 de mayo.

### **3. Trabajos de ascensos aprobados.**

Fueron aprobados los trabajos de ascenso presentados por los siguientes profesores: a. Asdrúbal Aguilar A. ("El Derecho Internacional de la persona humana". Jurado: Drs. Luis M. Olaso J. S. J., Juan Carlos Puig y Reinaldo Chalbaud Zerpa. Ascenso a la categoría de Profesor Agregado). b. Hermann Escarrá Malavé ("Simón Bolívar, la Seguridad Colectiva latinoamericana, el Nuevo Orden internacional y el Derecho a la Paz". Jurado: Drs. Luis M. Olaso J. S. J., Freddy Vivas Gallardo y Gral. Carlos Celis Noguera. Ascenso a la categoría de Profesor Asistente). c. Carlos Ayala Corao ("Reflexiones sobre la jurisdicción constitucional". Jurado: Drs. J. G. Andueza, Orlando Tovar Tamayo y Cecilia Sosa. Ascenso a la categoría de Profesor Asistente) d. Carlos Escarrá Malavé ("Las entidades federales: elementos históricos, jurídicos y políticos de su crisis. Su ordenamiento como alternativa para el desarrollo nacional". Jurado: Drs. J. G. Andueza, Allan R. Brewer Carías y Cecilia Sosa. Ascenso a la categoría de Profesor Asistente). e. María José Canosa ("Retardo Mental, Aspectos etiológicos, sociales y criminológicos". Jurado: Drs. Elio Gómez Grillo, Alfredo González Carrero y Jorge Sosa Chacín. Ascenso a la categoría de Profesor Asistente). f. Luis Avila Merino ("La fianza en la actividad aseguradora venezolana"). Jurado: Drs. Hugo Mármol M., Adán Febres Cordero y Konrad Firdgau. Ascenso a la categoría de Profesor Asistente).

### **4. Reunión de la Directiva de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional.**

En la sede del Decanato de nuestra Facultad tuvo lugar el 8 de febrero la primera reunión de trabajo de la Junta Directiva de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, constituida en Maracaibo en el mes de febrero.

**5. Instalación del Primer Congreso Latinoamericano de Colegio de Abogados.**

Dicho acto tuvo lugar en el auditorio del módulo 2, el 18 de febrero.

**6. Instalación de la Comisión Central de Revisión del pensum de estudios.**

El 11 de febrero se llevó a efecto este acto, y de inmediato se realizó la primera reunión de trabajo. La Comisión, designada por el Consejo de la Facultad a proposición del Decano Pérez Llantada, ha venido efectuando reuniones periódicamente en las cuales se analizan detenidamente las propuestas correspondientes en orden a estructurar un nuevo régimen de estudios.

**7. Reactivación de la cooperación de la Facultad con la Fundación Polar.**

El Decano Pérez Llantada se reunió con representantes de dicha Fundación, a fin de aunar esfuerzos en orden a incentivar las labores de investigación en la Facultad en áreas de interés nacional, bajo patrocinio de la Fundación Polar.



## OBRAS PUBLICADAS

### DERECHO CIVIL I - PERSONAS -

Dr. José Luis Aguilar Gorrondona

### CONTRATOS Y GARANTIAS - DERECHO CIVIL IV -

Dr. José Luis Aguilar Gorrondona

### ANOTACIONES SOBRE DERECHO DE FAMILIA

Dr. Francisco López Herra

### MANUAL DE DERECHO MINERO VENEZOLANO - (2)

Dr. José Román Duque Sánchez

### CASACION CIVIL, MERCANTIL Y DEL TRABAJO 1956-1967

Dr. José S. Núñez Aristimuño

### DERECHO PENAL Volumen I Agotado -

Dr. Jorge Sosa Chacín

### MANUAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL VENEZOLANO

(Volúmenes I y II)

Dr. Aristides Rengel Romberg

### CURSO DE OBLIGACIONES - DERECHO CIVIL II

Dr. Eloy Maduro Luyando

### EL CONTRATO DE ANTICRESIS

Dr. Marcos Lovera

### LA INCAPACIDAD DE LA IGLESIA Y LOS MINISTROS DEL CULTO CATOLICO PARA RECIBIR POR TESTAMENTO Y DONACION

Dr. Luis Alfredo Araque Benzo

### INTRODUCCION AL DERECHO - Tomo I -

Luis María Olaso, S. J.

### MANUAL DE CASACION CIVIL

Dr. José Román Duque Sánchez

### LA INSPECCION OCULAR EN EL PROCESO CIVIL

Dr. Jesús Eduardo Cabrera Romero

### ESTUDIOS SOBRE DERECHO LABORAL

HOMENAJE AL Dr. RAFAEL CALDERA

Setenta autores. Dos tomos

### SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Dr. Jorge Enrique Núñez

### LA EXPLOTACION DE LAS PATENTES EN VENEZUELA

Dra. Hildegard Rondón de Sansó

### JORNADAS DE DERECHO MERCANTIL

Veintiocho autores

### PRIMERAS JORNADAS LATINOAMERICANAS DE DERECHO INTERNACIONAL

Veintiséis autores

### DERECHO MERCANTIL (3 Tomos)

Dr. Alfredo Morles Hernández

UNIVERSIDAD CATOLICA "ANDRES BELLO".  
Urb. Montalbán - La Vega. Apartado de Correos 29068 -  
Teléfonos 4429511 - Departamento de Publicaciones.  
Caracas 102 - VENEZUELA.

**Revista**

**CONSEJO DE REDACCION:**

**El Decano de la Facultad  
El Director de la  
Escuela de Derecho**

Dr. Reinaldo Chalbaud Zerpa

Dr. Gonzalo Parra Aranguren

Dr. Luis M. Olaso J., S.J.

**Centro de Investigaciones Jurídicas**

**Coordinador**

Dr. Oswaldo Mantero

**Consejo Consultivo**

Dr. René De Sola

Dr. Oscar García Velutini

Dr. José Muci-Abraham, hijo

Dr. José Santiago Núñez Aristimuño

Dr. Enrique Pérez Olivares

**Consejo Técnico**

Dr. José Guillermo Andueza

Dr. Hugo Mármol Marqués

Dr. Henrique Meier E.

Dr. James Otis Rodner

Fernando Pérez-Llantada, S. J.

Universidad Católica Andrés Bello  
Facultad de Derecho  
Apartado 29.068 - Caracas 102  
Venezuela

SE SOLICITA CANJE