

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO



REVISTA

DE LA

FACULTAD DE DERECHO

EDITORIAL
SUAREZ
CARACAS



AÑO LECTIVO 1971-1972

No. 14

CARACAS

VENEZUELA

UNIVERSIDAD CATOLICA
ANDRES BELLO

AUTORIDADES CENTRALES

Rector

R. P. DR. PÍO BELLO, S. J.

Vice-Rector Académico

DR. JOSÉ LUIS AGUILAR GORRONDONA

Vice-Rector Administrativo

R. P. LIC. FRANCISCO ARRUZA, S. J.

Secretario

DR. FÉLIX HUGO MORALES

FACULTAD DE DERECHO

Decano

DR. JORGE SOSA CHACÍN

*Director de la Escuela de Derecho
de Caracas*

ABOGADO MARÍA EUGENIA JAHN
CARRASQUERO

*Director de la Escuela de Derecho
de San Cristóbal*

R. P. DR. JESÚS SÁNCHEZ DE MUNIAIN, S. J.

*Representante de los
Egresados en el Consejo de Facultad*

ABOGADO BERNARDO PAÚL

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO

REVISTA
DE LA
FACULTAD DE DERECHO



AÑO LECTIVO 1971-1972

No. 14

IMPRESO EN VENEZUELA POR EDITORIAL SUCRE

CARACAS

VENEZUELA

ORDENES DE PAGOS

AL SEÑOR

ORDENES DE PAGOS



AL SEÑOR

SUMARIO

	Pág.
DOCTRINA	
DESARROLLO DE LA LEGISLACIÓN MERCANTIL EN VENEZUELA, por <i>Leopoldo Borjas</i>	9
LA CONTRATACIÓN COLECTIVA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLI- COS, por <i>Luis Beltrán Guerra</i>	38
LA VIOLACIÓN, LA HOMOSEXUALIDAD Y EL INCESTO EN DE- RECHO PENAL COMPARADO, por <i>Fernando Pérez-Llan- tada, S. J.</i>	75
LA ACCIÓN EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO, por <i>Car- melo Lauria</i>	129
MISCELANEA	
FELIPE DE SOLA CANIZARES (1905-1965) Docencia Inter- nacional del Derecho Comparado, por <i>León Corti- ñas Peláez</i>	187
RECENSIONES BIBLIOGRFICAS	225
CRONICA DE LA FACULTAD	237

CONTENTS

119

120

121

122

123

124

125

126

127

128

129

130

131

132

133

134

135

136

137

138

139

140

141

142

143

144

145

146

147

148

149

150

151

152

153

154

155

156

157

158

159

160

161

162

163

164

165

166

167

168

169

170

171

172

173

174

175

176

177

178

179

180

181

182

183

184

185

186

187

188

189

190

191

192

193

194

195

196

197

198

199

200

DOCTRINA

DESARROLLO DE LA LEGISLACION MERCANTIL EN VENEZUELA

Por

Leopoldo Borjas

SUMARIO

1.—Etapa Colonial. Desde el descubrimiento hasta la promulgación de la primera Constitución. Erección del Consulado de Caracas. 2.—Etapa de la Independencia. Desde la promulgación de la primera Constitución hasta la creación de la Gran Colombia. 3.—Etapa Colombiana y post-colombiana. Desde 1821 hasta la promulgación del primer Código de Comercio de 15 de febrero de 1862. 4.—Etapa Moderna o de la codificación. Desde la promulgación del primer Código hasta nuestros días. A) Código de Comercio de 15 de febrero de 1862. B) Código de Comercio de 29 de agosto de 1862. C) Código de Comercio de 20 de febrero de 1873. D) Código de Comercio de 20 de enero de 1904. E) Código de Comercio de 23 de junio de 1919. a) Reforma de 4 de julio de 1938. b) Reforma de 17 de agosto de 1942. c) Reforma de 1 de septiembre de 1945. d) Reforma de 23 de julio de 1955. 5.—Proyectos de Reformas.

La historia de nuestro Derecho Mercantil, o mejor, el desarrollo de la codificación mercantil nacional, podemos dividirla en cuatro grandes etapas, con características individuales propias: la colonial, de la Independencia, la colombiana y la moderna.

1.—ETAPA COLONIAL

Esta etapa se inicia con el descubrimiento de América por Cristóbal Colón, y, consecuentemente, con la integración del territorio americano a los dominios de España,¹ para culminar

¹ España no consideró a los territorios de América como Colonias, sino como provincias incorporadas al Reyno de Castilla y de León y, por esa razón, les aplicó las leyes castellanas.

en la fecha cuando los pueblos americanos proclaman su independencia.

La característica principal de esta época, es la aplicación en América, además de la legislación general española,² de un conjunto de leyes especiales, de gran volumen e importancia, denominado indistintamente Legislación de Indias o Derecho Indiano.

Se da inicio a esta legislación durante el siglo XVI con la Real Cédula de 20 de junio de 1500, por la cual se ordena poner en libertad y enviar de vuelta a las Indias a varios indígenas llevados por Colón a España.

Tal es la magnitud de las disposiciones legales que se dictan a partir de esa fecha, que en el año de 1570 Felipe II ordena hacer una recopilación, la cual se publica en cuatro tomos el año de 1596 y lleva el nombre de su recopilador, don Diego de Encinas.

Encinas era un oscuro y modesto funcionario del Consejo Real y Supremo de las Indias, que, por más de veintidós años, se dedicó, prácticamente solo, a la labor de recopilación y ordenación del material. Una vez terminada la obra, el Consejo de Indias lo dio a la publicidad olvidándose de Encinas, a quien, ni siquiera, se le nombró en la primera edición.

² Durante esa época rige en España, y, por lo tanto, como legislación general, también en Venezuela, el conjunto de Leyes impresas por orden del Rey Carlos IV, bajo el título de Novísima Recopilación de las Leyes de España (Impresa en Madrid en cuatro Tomos - 1805). En esta obra se reforma la recopilación publicada por Felipe II en el año 1567, reimpressa por último en el año 1775, y se incorporan las pragmáticas, cédulas, órdenes y resoluciones reales, y otras providencias no recopiladas y expedidas hasta el año 1804.

La Novísima Recopilación consta de doce libros en cinco Tomos o partes. El primer Tomo contiene, en sus dos libros, todo lo referente al ramo eclesiástico; el segundo, en tres libros, comprende todo lo concerniente al Rey y su Corte; en el tercero, dividido en dos libros, se trata de los vasallos y de los pueblos; en el cuarto, en dos libros, se dictan normas sobre las ciencias, artes y oficios, comercio, monedas y minas; y el quinto, en tres libros, se disciplinan los contratos y las obligaciones, las herencias y testamentos, los juicios y los delitos.

El Tomo o parte cuarta contiene las famosas Ordenanzas de Bilbao, aprobadas por Felipe V el 2 de diciembre de 1737, las cuales tendremos oportunidad de analizar más adelante.

El Cedulaario de Encinas recoge todas las provisiones, cédulas, ordenanzas, dictadas por los Reyes para "... el buen gobierno de las Indias y la Administración de justicia en ellas..." desde el descubrimiento de América hasta el año 1596, fecha de su publicación.

La importancia de la recopilación de Encinas, pese a que en ésta no se incluyó el material legislativo en desuso para la fecha, está en que las disposiciones recopiladas se reproducen íntegramente. Esto no sucede con la recopilación de 1680, en la cual los textos legales se refunden y las disposiciones legales dictadas para una provincia se hacen generales para todas.

El Cedulaario de Encinas fue impreso en poquísimos ejemplares, por lo cual hoy sólo existen dos de ellos: uno en la Biblioteca Nacional de Madrid, y otro, parece que incompleto, en la Biblioteca Nacional de Santiago de Chile.

El Consejo de la Hispanidad ha hecho una reproducción facsímil de los cuatro volúmenes de que se compone el cedulaario, utilizando el original que reposa en la Biblioteca Nacional de Madrid.³

No obstante, es durante el siglo XVII cuando se publican las llamadas Leyes de Indias. Con este nombre se conoce la recopilación puesta en vigencia por el Rey Carlos II de España el 18 de marzo de 1680. Esta recopilación, constante de nueve libros, doscientos dieciocho títulos y seis mil trescientas setenta y siete leyes, comprende la legislación especial dictada por España para el gobierno de sus territorios de ultramar.

Las Leyes de Indias se recopilan paralelamente a las Leyes de Castilla y de León,⁴ por ser consideradas las Indias como provincias incorporadas al Reino de Castilla y de León. Este paralelismo es de vital importancia, puesto que las Leyes de Castilla y de León tendrán especial aplicación en el territorio americano. En efecto, ya en el año de 1530 se manda aplicar en

³ Hemos utilizado como referencia histórica del Cedulaario de Encinas, la Nota Preliminar que aparece en el Libro Primero de la reproducción facsímil - Cedulaario Indiano - Ediciones Cultura Hispánica - Madrid - 1945 - Libro Primero - Págs. 7 y sigs.

⁴ El texto de estas leyes puede verse en los Códigos Españoles - La Publicidad - Madrid - 1849 - Tomo VI - Pág. 257 y sigs.

las Indias las leyes impuestas a Castilla; en 1567 Felipe II dicta la Recopilación de Leyes Castellanas y en 1570, es decir, tres años después, ordena la Recopilación de Leyes de Indias, que, como hemos visto, es publicada en 1680.

Esta correspondencia entre las dos legislaciones llevó a los recopiladores de 1680 a establecer el orden de aplicación de las leyes en la forma siguiente: en primer lugar las leyes de Indias; luego las cédulas, provisiones u ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias; y, por último, la Recopilación de Leyes Castellanas, lo cual está a demostrar la importancia de esta Recopilación para la historia del Derecho Americano.⁵

Finalmente, Carlos IV dicta un decreto en 1792, en el cual aprueba una nueva recopilación de las Leyes de Indias, a la cual se le da el nombre de Ley del Nuevo Código, cuyo libro I se mandó a poner en vigor.⁶

Para la historia del Derecho Mercantil en Venezuela, quizás lo más importante de esta época fue la erección del Consulado de Caracas por Real Cédula de 3 de junio de 1793.⁷

El Consulado de Caracas fue creado, como lo expresa la propia Real Cédula que le dio nacimiento, en consideración al apreciable "...aumento y extensión que ha tomado el comercio de

⁵ El Congreso de Colombia de 1825, es decir 145 años después, por Ley de 13 de mayo decretó (Art. 1º) que el orden en que debían observarse las leyes sería el siguiente: 1) Las decretadas o que en lo sucesivo decretase el Poder Legislativo; 2) Las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y ordenanzas del Gobierno Español sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808, que estaban en observancia bajo el mismo Gobierno Español en el territorio que forma la República; 3) Las Leyes de la Recopilación de Indias; 4) Las de la Nueva Recopilación de Castilla; y 5) Las de las Siete Partidas (Leyes de Colombia - Imprenta de Valentín Espinal - 1840 - Págs. 390 y sigs. - ZULOAGA, Nicomedes - Leyes y Decretos de Venezuela concordados - Imprenta Bolívar - Caracas - 1896 - Págs. 14 y sigs.).

⁶ LOVERA, Ricardo y CAVANELLAS, Guillermo - Enciclopedia Jurídica Omeba - Editorial Bibliográfica Argentina - Voces: Derecho Indiano y sus orígenes y Leyes de India (aspecto laboral) Tomo VII - Págs. 266 y sigs., y Tomo XVIII - Págs. 367 y sigs., respectivamente.

⁷ Real Cédula de Erección del Consulado de Caracas, expedida en Aranjuez a III de Junio de MDCCXCII - Madrid - MDCCXCII en la Oficina de Benito Cano.

América..."; en consideración a que es necesario "...que se erijan algunos Consulados en aquellos Dominios, que protejan el tráfico, y decidan breve y sumariamente los pleytos mercantiles..."; en consideración a que "...podrían no bastar los dos únicos Consulados establecidos en Lima y México..."; y en consideración a que se habían recibido diversas instancias solicitando la creación de Consulados, entre otras por la dirigida por una Junta formada con el mismo objeto en la ciudad de Santiago de León de Caracas, por todo lo cual el Rey procedió a erigir "...en aquella ciudad un Consulado...".

El Consulado estaba compuesto de un Prior, dos Cónsules, nueve Consiliarios y un Síndico, todos con sus respectivos Tenientes; un Secretario, un contador y un tesorero, y tenía por función especial "...la más breve y fácil administración de justicia en los pleytos mercantiles, y la protección y fomento del comercio en todos sus ramos..." (Art. I). La función de administrar justicia estaba a cargo del Tribunal, el cual se integraba solamente que por el Prior y los dos Cónsules.

El Tribunal conocía de todos los "...pleytos y diferencias que ocurran entre comerciante o mercaderes, sus compañeros y factores, sobre sus negociaciones de comercio, compras, ventas, cambios, seguros, cuentas de compañía, fletamientos de NAOS, factorías y demás de que conoce y debe conocer el Consulado de Bilbao conforme a sus ordenanzas...".

El orden de aplicación de la Ley se estableció en la siguiente forma: a) La Real Cédula de Erección; b) las Ordenanzas de Bilbao; c) las Leyes de Indias; y d) las Leyes de Castilla (Art. II).

El Consulado tenía jurisdicción en toda la Capitanía General, pero se crearon diputaciones en los Puertos de Cabello, Coro, Maracaibo, Cumaná, Guayana y en las Islas de Trinidad y Margarita (Art. X). En estos lugares los Diputados debían conocer y decidir los asuntos acompañados de otros dos colegas nombrados en la forma prevista en la Real Cédula.

Además del Tribunal se estableció una Junta que tenía por función la protección y el fomento del comercio y de la agricultura (Art. XII).

La Real Cédula contaba con cincuenta y tres artículos, de los cuales del I al XIX estaban dedicados al Tribunal, su com-

petencia y procedimiento; del XX al LII estaban dedicados a la Junta y a los fondos del Consulado; y el LIII a las prerrogativas del Consulado.

El artículo XX es de especial importancia, porque en él se estableció la obligación de constituir las compañías de comercio por documento público, en el cual debería expresarse el nombre de los socios y los fondos que hubiese aportado cada uno. Igual obligación se imponía a las compañías ya constituidas, así como a aquellas constituidas, o que se constituyeren, para la compra o construcción de embarcaciones para traficar fuera de los puertos de la Capitanía General.

Las personas que pusiesen casa de comercio, almacén, tienda o bodega, debían de dar cuenta de ello al Prior y Cónsules.

En esta misma disposición del Art. XX encontramos el germen de lo que es hoy nuestro Registro de Comercio, o mejor, nuestro primer Registro. En efecto, en dicho artículo XX se estableció para el Escribano la obligación de formar "...registros separados de unos y otros, para que puedan servir de gobierno al Tribunal en las ocasiones que se ofrezcan...".

2.—ETAPA DE LA INDEPENDENCIA

Una vez declarada la Independencia de Venezuela el 5 de julio de 1811, y separada ésta de España, se promulga la Constitución Federal para los Estados de Venezuela el 21 de diciembre del mismo año.⁸

En dicha Constitución se estableció que "...Entretanto que se verifica la composición de un Código Civil y Criminal acordado por el Supremo Congreso en 8 de marzo último adaptable a la forma de gobierno establecido en Venezuela, se declara en su fuerza y vigor el Código que hasta aquí nos ha regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a lo establecido en esta Constitución..." (Capítulo 9 Disposiciones Generales).⁹

⁸ El texto íntegro de dicha Constitución puede verse en el Libro Nacional de los Venezolanos - Tipografía Americana - 1911 - Págs. 371 y sigs.

⁹ Obra citada en nota anterior - Págs. 418 y sigs.

Picón Rivas¹⁰ así se expresa: "...También se estableció que mientras se formulan los Códigos Civil y Penal, continuarán rigiendo las leyes vigentes en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opusieren a las disposiciones de la Constitución, con lo cual se esbozaron, como efectos del sistema federal, la unidad de la legislación y su consecuencia: la codificación nacional...".

Es indudable que cuando el constituyente de 1811 declaró la aplicación del Código que hasta ese momento había regido en Venezuela, se estaba refiriendo, en especial, por lo que concierne a la materia mercantil, a las Ordenanzas de Bilbao aprobadas por Felipe V el 2 de diciembre de 1737, mandadas a aplicar en Venezuela por Real Cédula de 3 de Junio de 1793.

Los Reyes Católicos expidieron en Medina del Campo, a 24 de julio de 1494, una Real Cédula en la cual se concedió a los mercaderes y comerciantes de Burgos el derecho de gobernarse en sus transacciones y asuntos mercantiles por ciertas ordenanzas referidas en la misma Cédula Real.

Por Real Cédula de 22 de junio de 1511, se hicieron extensivas dichas ordenanzas a los mercaderes y comerciantes de Bilbao, pero los problemas surgidos por la expansión de sus comercios y las dudas surgidas, hicieron necesarias unas ordenanzas especiales para esta plaza.

Fue así que por Cédula del 2 de diciembre de 1737 fueron publicadas y mandadas a ejecutar el Código conocido en España y el mundo como Ordenanzas de Bilbao, las cuales rigieron en España hasta la promulgación de su primer Código de Comercio de 30 de marzo de 1829; y, en Venezuela, hasta la promulgación de nuestro primer Código de 15 de febrero de 1862, quien las derogó de manera expresa como tendremos oportunidad de estudiar más adelante.

Esta etapa de la Independencia, la cual culminará con la creación de la Gran Colombia, se caracteriza por la falta absoluta de legislación, en especial mercantil, encontrándose Venezuela entregada a la libertad de América y de la suya propia.

¹⁰ PICÓN RIVAS, Ulises - Índice Constitucional de Venezuela - Elite - 1944 - Págs. 16.

3.—ETAPA COLOMBIANA Y POST-COLOMBIANA

Esta etapa se inicia el 12 de julio de 1821, cuando el Congreso constituyente reunido en la Villa del Rosario de Cúcuta, dicta la Ley Fundamental de la Unión de los Pueblos de Colombia.

El 30 de agosto del mismo año, el Congreso General de Colombia promulga la Constitución de la República de Colombia, disponiendo en su Art. 188 que "...Se declaran en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos, que directa o indirectamente no se opongan a esta constitución, ni a los decretos y leyes que expidiere el Congreso...". Es decir, que se repitió la disposición del Capítulo Noveno de la Constitución Venezolana de 1811.

El 10 de septiembre del año 1821, el Congreso de Colombia dicta una resolución declarando que los magistrados de la República no pueden acordar moratorias, "...Siendo contraria al derecho de propiedad la concesión de moratorias en perjuicio y contra la voluntad de los acreedores...".¹¹

El 6 de octubre del mismo año se dicta una Ley sobre Papel Sellado, según la cual "...Los contratos, obligaciones, escritos, certificaciones, actas, libros, títulos y demás instrumentos públicos, que no estén escritos en papel de los sellos y clases respectivas según se establece en los artículos anteriores, serán írritos y de ningún valor ni efecto, así en juicio como fuera de él...".¹²

Seis días después, es decir, el 12 de octubre, se dicta la Ley sobre Organización de los Tribunales y Juzgados, quedando "...extinguidos los tribunales especiales de Comercio..." y confiada dicha competencia a "...los jueces y tribunales ordinarios...", quienes conocerán de esos negocios "...en la forma y términos que lo hacía antes de la creación de los Consulados..." (Art. 73).¹³

Por Ley del 10 de julio de 1824¹⁴ se dictan las normas para determinar el modo de conocer de las causas de comercio, de sustanciarlas y determinarlas.

¹¹ Leyes de Colombia - Ob. cit. - Pág. 48.

¹² Leyes de Colombia - Ob. cit. - Pág. 94.

¹³ Leyes de Colombia - Ob. cit. - Pág. 118.

¹⁴ Leyes de Colombia - Ob. cit. - Pág. 118.

Esta Ley, además de establecer los juzgados de comercio en "...las capitales de los departamentos y provincias, así como también en las otras ciudades y villas donde por haber un comercio considerable, lo considere necesario el gobierno...", tiene una fundamental importancia en el desarrollo de nuestra legislación mercantil, por cuatro razones primordiales:

a) La Ley establece que debe entenderse como acto objetivo de comercio: "...las empresas y ventas de frutos y mercaderías; los contratos de manufacturas; de conducciones por tierra o por agua; las empresas de provisiones, agencias, tiendas o mostradores de efectos mercantiles; establecimientos de ventas en almoneda pública; operaciones de cambio, banco, o corredurías; todas las obligaciones con respecto a las letras de cambio, vales o pagarés y remesas de dinero hechas de una plaza a otra para objetos de comercio; toda empresa de construcción naval, y todas las compras, ventas y reventas de embarcaciones, sus útiles y aparejos para la navegación interior y exterior; los contratos sobre fletes de carretas y caballerías para transporte de efectos de comercio; y todos los fletes de buques; el empréstito o préstamo a la gruesa; los seguros, cuentas de compañías, factorías, quiebras, naufragios; la avería gruesa o sencilla; los acuerdos y convenciones de salarios con las tripulaciones de los buques; los conocimientos y contratos entre sus capitanes y los fletadores, y todos los demás asuntos que se hallan designados en la Ordenanza de Bilbao y demás leyes vigentes de la República o que en adelante rigieren..." (Art. 4);

b) La Ley define al comerciante como a "...los que se emplean en actos de comercio, haciendo de ellos su ocupación habitual..." (Art. 8);

c) La Ley deroga el Art. 73 de la Ley de 12 de octubre de 1821 citada anteriormente, y las Cédulas de Erección de Consulados de Comercio (Art. 28); y

d) La Ley ordena que "...las causas de comercio se decidirán por las Ordenanzas de Bilbao, y en su defecto por las leyes comunes, en cuanto no se opongan unas y otras a las que hayan sido dadas o que en adelante se dieren por el Congreso..." (Art. 28).

Los asuntos contenciosos sometidos a la jurisdicción de la Ley, están determinados en el Artículo 3: "...Serán juzgados

con arreglo a esta ley todos los pleitos y diferencias que ocurran sobre actos de comercio, entre cualesquiera individuos aunque no sean comerciantes, con tal que no baje la cantidad sobre que versan, de cien pesos...”

La Ley establece la necesidad de la conciliación en los asuntos mercantiles (Art. 5); y somete los asuntos de competencia “... con algún otro tribunal o juzgado...” a la decisión de la Corte Superior (Art. 21); y niega la apelación en aquellos asuntos que no “...pasasen de la cantidad de quinientos pesos...” (Art. 22) y en los asuntos que excediere esta cantidad concede apelación por ante la Corte Superior del Distrito (Art. 23).

El 13 de mayo de 1825, el Senado y Cámara de Representantes de la República de Colombia, reunidos en Congreso, decretaron una Ley arreglando el procedimiento civil de los tribunales y Juzgados de la República. El artículo 1º de dicha Ley estableció el orden de observancia de las Leyes en todos los Tribunales y Juzgados de la República, en la siguiente forma: a) Las decretadas o que en el futuro decretare el Poder Legislativo; b) Las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y ordenanzas del gobierno español sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808 que estaban en observancia bajo el mismo gobierno español en el territorio que forma la República; c) Las Leyes de la Recopilación de Indias; d) Las de la nueva Recopilación de Castilla; y e) Las de las Siete Partidas.

Según el artículo 2 de dicha Ley de 13 de mayo de 1825, no tendrían vigor ni fuerza alguna en la República, las leyes pragmáticas, cédulas, órdenes y decretos del Gobierno Español posteriores al 18 de marzo de 1808; ni las que de cualquier forma se opusieren a la Constitución o a las leyes y decretos dados por el poder legislativo (ver nota 25).

Separada Venezuela de la Gran Colombia, el Congreso Constituyente reunido en Valencia, promulga el 22 de septiembre de 1830 una nueva Constitución, la cual dispone, entre las atribuciones del Congreso, las de “... formar los Códigos Nacionales...” (Art. 87).¹⁵ El propio constituyente de 1830 se ocupó

¹⁵ GIL FORTOUL, José - Historia Constitucional de Venezuela - Piñango - 1967 - Quinta Edición - Tomo 3 - Pág. 367.

de designar tres comisiones para redactar un Código Penal, otro de Procedimiento Criminal y una Ley de Jurados.¹⁶

“...—El Congreso de 1835, considerando que las leyes del antiguo sistema colonial que regían la República, eran “...ya oscuras, ya complicadas, ya opuestas a los principios que hacen la riqueza y la dicha de la Nación...”; “...que la confusión y el desorden de las leyes alteran la paz individual, alejan la confianza y obstruyen las vías de la prosperidad...”, que “...es de absoluta necesidad que las leyes puedan ser conocidas de todos los ciudadanos y éstas...” no estaban “...escritas en lenguaje nacional...”, decretó que se formaran cuatro proyectos de Códigos: Civil, Criminal, Militar y de Comercio, con sus respectivos procedimientos, y nombró una comisión de cinco individuos para redactarlos—...”¹⁷

En el Código de Procedimiento Judicial aprobado por el Congreso de 1836, modificado posteriormente en 1838, 1839, 1841, 1846 y 1849, cuando es suprimida esta jurisdicción especial debido a los problemas surgidos por la aplicación de una Ley de 10 de abril sobre libertad de los contratos, se fijó el orden de observancia de las leyes, así: a) Las decretadas o que decretare el Congreso; b) las decretadas por el Congreso de Colombia hasta 1827, y c) las leyes españolas en el orden establecido en la Ley de 13 de mayo de 1825.

En 1840, por insinuación del Ejecutivo, el Congreso nombra una comisión integrada por Francisco Aranda, Francisco Díaz y Juan José Romero. Esta comisión presenta en el año 1842 los dos primeros libros de un proyecto de Código de Comercio y en 1844 los dos últimos libros.

En 1857 y 1860 el Ejecutivo nombra sendas comisiones para la redacción de un proyecto de Código de Comercio, sin que las mismas hubiesen hecho absolutamente nada.

En 1861 una Junta de Comerciantes de Caracas decide tomar la iniciativa de preparar un proyecto de Código para someterlo a la aprobación del Gobierno. Este acogió la idea y designó a la misma Comisión escogida por los comerciantes, integrada por

¹⁶ PARRA ARANGUREN, Gonzalo - Código de Comercio concordado y anotado por OSCAR LAZO - Legis. - 1963 - Pág. 11.

¹⁷ ZULOAGA, Nicomedes - Obra citada - Pág. VI.

José Reyes, Isaac J. Pardo, Fernando Antonio Díaz y Modesto Urbaneja.

La Comisión presentó su proyecto, el cual no fue otro que el de 1844, con algunas revisiones.¹⁸

4.—ETAPA MODERNA

A) CODIGO DE COMERCIO DE 15 DE FEBRERO DE 1862

El 15 de febrero de 1862, el General José Antonio Páez promulga el primer Código de Comercio de Venezuela,¹⁹ sin que en el texto del mismo se indicase la fecha de inicio de su vigencia. Es por ello, por lo cual el propio General Páez dicta un Decreto el 27 de junio de 1862, disponiendo que "...Desde el cinco de julio del presente año comenzará a regir en la República el Código de Comercio que se ha publicado en el Registro Oficial y que, firmado por mí, está depositado en el Departamento de lo Interior de mi Secretaría General..." (Art. 1), y que, "...Se tendrá por promulgado dicho Código con la publicación indicada..." (Art. 2).²⁰ Héctor Grisanti, acucioso estudioso e investigador tenaz, encontró en el Archivo General de la Nación la referencia a un número de Registro Oficial publicado en fecha cercana a la de este primer Código de Comercio. Efectivamente, en el Número 21, de fecha 1 de marzo de 1862, aparece copiada la primera parte del Código y continúa en el N° 22

¹⁸ ZULOAGA, Nicomedes - Obra citada - Pág. VIII.

¹⁹ SANOJO, Luis - Código de Comercio explicado y comentado - Imprenta al Vapor - Caracas - 1862.

²⁰ De acuerdo a las afirmaciones de NICOMEDES ZULOAGA, el Código de 29 de agosto de 1862 (el cual es una copia casi exacta del Código de 15 de febrero de 1862), corresponde, en líneas generales y salvo alguna que otra modificación, al proyecto que presentó la Comisión designada por el Congreso en el año 1842, y cuyo trabajo concluyó en el año 1843. Esta afirmación de ZULOAGA es muy importante, ya que, conociendo la fecha de elaboración del proyecto, podremos determinar con precisión y exactitud cuáles leyes ejercieron influencia sobre el mismo. Hay que advertir que ZULOAGA, en su citada obra, ignora la existencia del Código de Comercio de 15 de febrero de 1862.

de dicho Registro Oficial (El Universal. Edición del 28 de julio de 1965).

Luis Sanojo, en el Prólogo de su Código de Comercio explicado y comentado, asienta que "...No se dieron los encargados de su redacción a la estéril pretensión de aparecer originales, y se aprovecharon de los trabajos legislativos de otros pueblos que nos han precedido en la carrera de la civilización..."

El mismo Sanojo explica más adelante que "...nuestro Código contiene los principios de la legislación de otros pueblos adelantados y la jurisprudencia de éstos le es aplicable por lo mismo..."

Ahora bien, durante el período de elaboración del primer proyecto, o sea desde el año 1840, hasta la publicación del Código el 15 de febrero de 1862, transcurrieron aproximadamente 22 años, por lo cual es necesario saber cuáles Códigos de Comercio regían en el mundo durante ese período, para saber cuál fue su influencia sobre el nuestro de 1862.

Para esa fecha regían el Código Francés de 1807,²¹ y los que se hicieron según su modelo: el griego de 1837, el holandés de 1838, el turco de 1850 y el Código de Comercio para los Estados de Su Majestad el Rey de Cerdeña, llamado Código Albertino, de 1842.²²

Los Códigos de tipo germánico, como el alemán de 1861²³ y la Ordenanza alemana sobre el cambio de 1847;²⁴ el austríaco de 1862 y la Ley de Cambio, también austríaca, de 1850, ambas copias de los textos alemanes.

Los Códigos del grupo hispánico, como el español de 1829.²⁵ Este Código, redactado en base al francés de 1807,²⁶ fue en su

²¹ Code de Commerce - Edition Textuelle - A. Genes - Libraire de la Préfecture - 1807.

²² Torino - Stamperia Reale - 1842.

²³ Centro Editorial de Góngora - Madrid - 1889 - Versión castellana de la Revista de los Tribunales y de la Legislación Universal.

²⁴ Rocco, Alfredo - Principios de Derecho Mercantil (Parte General) - Traducción de la Revista de Derecho Privado - Editora Nacional - 1966 - Pág. 29.

²⁵ Código de Comercio concordado y anotado - Cuarta Edición - Imprenta de la Revista de Legislación - Madrid - 1863.

²⁶ Obra citada en nota anterior - Pág. 21.

época el mejor logrado. En este sentido podemos citar al insigne jurista Pardessus, el de más fama en Francia en el siglo XIX, quien así se expresó de él: "...en este estado de la legislación comercial moderna, ha salido a la luz el Código Español; y si hubiéramos de dar crédito a esas perpetuas declamaciones con que generalmente se denigra a la España y a su Gobierno, parece que estábamos en el caso de preguntar si era posible que en España se hiciera nada bueno, ni siquiera tolerable. Pero por más que refunfuñen los que se empeñan en pintar a la España cual si estuviera sumida en la barbarie y en la ignorancia, no podemos menos que decir con sinceridad, que su nuevo Código es mucho más perfecto que TODOS los que han salido a la luz hasta ahora. Porque aunque sus redactores no hubiesen hecho otra cosa que sino aprovecharse de los Códigos de las demás naciones, aún en esto mismo merecería muchos elogios su prudencia; pero han hecho mucho más y en esto han dado prueba de su sabiduría..."²⁷

Siguen el modelo de este Código español de 1829, el portugués de 1833; el de Bolivia de 1834; el brasileño de 1850, copiado del portugués, y el de Argentina de 1862.

Nuestro primer Código de Comercio, indudablemente, estuvo influenciado por los Códigos francés de 1807 y español de 1829, especialmente del primero;²⁸ y estaba dividido en cinco Libros, éstos en Títulos, y éstos, a su vez, en Leyes. Las Leyes, por su parte, estaban divididas en artículos.

El Libro Primero, dividido en tres Títulos y diez Leyes, estaba dedicado a los comerciantes, compañías y agentes inter-

²⁷ Obra citada en nota anterior - Págs. 21 y sigs.

²⁸ MUCI ABRAHAN, José - El Estatuto Cambiario Venezolano - Editorial Sucre - 1966 - Págs. 16 y sigs., quien sostiene, después de un profundo análisis de las disposiciones cambiarias contenidas en nuestro primer Código de Comercio de 15 de febrero de 1862, que "...Hemos llegado a la conclusión, después de analizar exhaustivamente las disposiciones del Código de Comercio venezolano del 15 de febrero de 1862, y de compararlas con las de los Códigos de Comercio francés de 1807 y español de 1829, que nuestro legislador de 1862, si bien tuvo por modelo al Código de Comercio francés de 1807, también tuvo en cuenta en su tarea legislativa, aunque en una inferior medida, al Código de Comercio español de 1829..."

mediarios del comercio. El Libro Segundo, con un Título Único y dos Leyes, disciplinaba las letras de cambio, las libranzas y pagarés a la orden. El Libro Tercero, en cuatro Títulos y once Leyes, regulaba el comercio marítimo. El Libro Cuarto, integrado por cinco Títulos y veinte Leyes, estaba dedicado a la quiebra. Y el Libro Quinto, en dos Títulos y cinco Leyes, contenía todas las disposiciones referentes a la administración judicial en materia de comercio.

El Art. 37, Ley Única, Título II, del Libro 4, expresamente disponía la derogatoria de las Ordenanzas de Bilbao y de todas las otras disposiciones legales contrarias a las contenidas en el Código.

Por Decreto del 11 de agosto de 1862, y de conformidad a lo dispuesto por la Ley Tercera, Título I del Libro Quinto del Código de Comercio de 15 de febrero de 1862, se señaló la Jurisdicción de los tribunales mercantiles de Puerto Cabello (con jurisdicción en las Provincias de Carabobo, Cojedes y Yaracuy); de Maracaibo (con jurisdicción en las Provincias de Maracaibo y Coro); y de Ciudad Bolívar (con jurisdicción en las Provincias de Guayana, Maturín, Apure y Barinas).²⁹

B) CODIGO DE COMERCIO DE 29 DE AGOSTO DE 1862

El 29 de agosto de 1862, es decir, escasamente seis meses después de haberse promulgado nuestro primer Código de Comercio, el gobierno del General José Antonio Páez promulga un nuevo Código, el cual entra en vigor el mismo día de su promulgación y publicación.³⁰

Aunque entre los dos textos de los Códigos de 1862 hay diferencias, las mismas no justificaban la promulgación del segundo.

²⁹ Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela - Imprenta de La Concordia - 1874 - Tomo IV - Pág. 139.

³⁰ En el texto oficial de este Código, publicado en la Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela - Imprenta de La Concordia - 1874 - Tomo IV - Pág. 140, hay una nota donde se hace constar que aunque el Código fue impreso, no obstante no fue comunicado en toda la República para su ejecución.

Estas diferencias podemos resumirlas así: El artículo 50 del Libro Segundo, Título Unico, Ley Primera, del Código de 15 de febrero, hace una referencia errada al artículo 89 del mismo Código, la cual se corrige en el mismo artículo del Código de 29 de agosto, indicándose que es el Art. 90 del Libro Tercero, Título II, Ley III.

El artículo 35 del Código de 29 de agosto, aparece en el Código de 15 de febrero como el artículo 36, pues en este Código, por error de impresión, se saltó la numeración del 34 al 36.

En el Libro Cuarto, Título I, Ley I, del Código de 29 de agosto, se incorpora un nuevo tipo de quiebra, desconocida en el Código de 15 de febrero: la quiebra por alzamiento. En consecuencia, se modifican los artículos 2 y 3 correspondientes. Igualmente sucede con algunos artículos del Libro Cuarto, Título II, Ley V y II, y Ley IV. Las otras modificaciones son de muy poca importancia, al igual que las anotadas.

Al año siguiente de la promulgación de este Código de Comercio, el nuevo Gobierno del General Juan Crisóstomo Falcón dicta un Decreto, el 8 de agosto, por el cual se declara "...en su fuerza y vigor las leyes civiles y criminales que estaban vigentes el día 15 de marzo de 1858, en todo aquello en que directa o indirectamente no se oponga al sistema federal proclamado por los pueblos..." (Art. 1). El mismo Decreto declara que "...Queda exceptuado el Código de Comercio, el cual se declara vigente..." (Parágrafo Unico del Artículo 1).³¹

El 11 de agosto del mismo año de 1863, se dicta un Decreto creando una Comisión revisora de la legislación del país, con el objeto de formar los Códigos nacionales.³²

El 9 de septiembre de 1872³³ se nombra una Comisión General de Códigos, dividida en cuatro Secciones, de las cuales la destinada a redactar el proyecto de Código de Comercio y de

³¹ Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela - Imprenta de La Concordia - 1874 - Tomo IV - Pág. 229.

³² Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela - Imprenta de La Concordia - 1874 - Tomo IV - Pág. 229.

³³ Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela - Imprenta de La Concordia - Tomo V - Pág. 149.

su respectivo procedimiento, estaba integrada por el Licenciado Manuel Cadenas Delgado y el señor Isaac J. Pardo.

C) CODIGO DE COMERCIO DE 20 DE FEBRERO DE 1873

El 20 de febrero de 1873, el General Antonio Guzmán Blanco, en uso de las facultades que le había conferido el Congreso de Plenipotenciarios de los Estados reunidos en Valencia, por acuerdo de 12 de julio de 1870, decretó el Código de Comercio³⁴ que debía comenzar a regir el 27 de abril de 1873, quedando derogado a partir de dicha fecha, el Código de Comercio de 29 de agosto de 1862.

El Dr. Nicomedes Zuloaga sostiene en sus Leyes y Decretos de Venezuela³⁵ (Datos Históricos sobre la Codificación en Venezuela), que el Código de Comercio promulgado el 20 de febrero de 1873 es "...el mismo de 1863 o de la dictadura mejorado y ampliado...", y el Dr. Gonzalo Parra Aranguren³⁶ se expresa en términos similares: "...Así nace el Código promulgado en 27 de abril de 1873, que conserva la substancia del anterior, —notablemente mejorado y ampliado, de acuerdo con los progresos de la doctrina jurídica"—...

Evidentemente que la referencia de Zuloaga al Código de Comercio de 1863 y la de Parra Aranguren al 27 de abril como fecha de promulgación del Código de Comercio de 1873, se deben a evidentes errores de impresión, puesto que el primero es el Código de 1862 y la fecha citada por Parra Aranguren es la de entrada en vigencia de dicho Código y no la de promulgación que fue el 20 de febrero de 1873.

Este Código adopta el sistema de división en Libros, Títulos, Secciones, Artículos y Parágrafos, abandonando el sistema de división en Leyes de los Códigos de 1862.

Entre las innovaciones más importantes que trae este Código, se pueden destacar la creación del Registro de Comercio, el

³⁴ Código de Comercio - Imprenta Nacional - Caracas - 1873 - Edición Oficial.

³⁵ Imprenta Bolívar - Caracas - 1896 - Pág. XI.

³⁶ Código de Comercio concordado y anotado por OSCAR LAZO - Ediciones Legis - 1963 - Pág. 13.

cual debería ser llevado en la Secretaría de los Tribunales de Comercio (Art. 22); la institución de la Matrícula de Comercio, la cual también debería ser llevada en la Secretaría de los Tribunales de Comercio (Art. 16) y en la cual se haría inscribir, entre otras, "... Toda persona que quiera formar un establecimiento de comercio por mayor..." (Art. 17); las disposiciones sobre Bolsas de Comercio (Art. 49 al 54); venduteros (Arts. 68 al 79); las referentes a las obligaciones y los contratos mercantiles en general; a la compra-venta; a la cesión o transmisión de derechos; a las cartas de crédito; cuenta corriente; préstamo; depósito; prenda; fianza, etc., todo lo cual nos hace asegurar que realmente no se trató de una simple mejora y ampliación como afirmara Nicomedes Zuloaga.

Sobre este Código, al igual que los de 1862, ejerció fundamental influencia el Código francés de 1807 y el español de 1829, pero se le agregó la influencia del Código de Comercio de Chile de 23 de noviembre de 1865,³⁷ del cual copió varios títulos como el Título Preliminar.

Por Decreto del 12 de agosto de 1895³⁸ se nombra una Comisión Codificadora, la cual tendrá por objeto la revisión de los Códigos. Dicha Comisión estaba dividida en cuatro Secciones "... correspondientes a las materias en que debe ocuparse...", y estaba integrada por los doctores Manuel Cadenas Delgado, Elías Michelena, Ramón F. Feo, Aníbal Dominici, Antonio Zárraga, Claudio Bruzual Sena, Pedro Febres Cordero y Carlos F. Grisanti.

El 7 de junio de 1895 se dicta un Decreto³⁹ sobre la aplicación de los Códigos Nacionales, entre ellos el mercantil, a la recién organizada administración del Territorio Amazonas. El Título II de dicho Decreto está dedicado a la aplicación del Código de Comercio en dicha región. Todas las normas del Decreto están dirigidas a proteger al indio comerciante, pudiéndose destacar la plena libertad del indio para llevar su conta-

³⁷ OLAVARRÍA AVILA, Julio - Los Códigos Latinoamericanos - Editorial Jurídica de Chile - 1961 - Pág. 393, Nota 15.

³⁸ Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela - Imprenta Bolívar - 1966 - Tomo XVIII - Pág. 237.

³⁹ Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela - Imprenta Bolívar - 1896 - Tomo XVIII - Págs. 209 y sigs.

bilidad (Art. 37); las relativas a prueba testimonial (Art. 39); a la necesidad de constituir la fianza mediante documento registrado según lo previene el artículo 33 (Art. 44), etc.

D) CODIGO DE COMERCIO DE 20 DE ENERO DE 1904

El 20 de enero de 1904, el Presidente de la República, General Cipriano Castro, decreta un nuevo Código de Comercio, el cual es sancionado por el Congreso el 8 de abril de 1904, y entró en vigor el 19 de abril del mismo año.⁴⁰

Al decir del Profesor Angel César Rivas, en su Prólogo al Tomo I de los Códigos Venezolanos comparados y anotados con los de otras legislaciones, por el Dr. José Loreto Arismendi,⁴¹ el trabajo de recopilación de Arismendi era necesario, "... indispensable para la mejor comprensión y estudio de las variantes introducidas en dicho Código por los codificadores de 1904, ya que con bastante acuerdo no se ciñeron a un solo texto extranjero, sino que solicitaron en las legislaciones más adelantadas cuanto era conveniente incorporar en nuestras instituciones mercantiles. Así, el Código en referencia está en íntima armonía con el del Imperio Alemán⁴² en materia de transporte y firmas mercantiles; con el de Italia⁴³ en lo que dice en relación a sociedades y letras de cambio; con el de España⁴⁴ en cuanto a atrasos y, con el de Francia⁴⁵ en sus recientes reformas sobre quiebras..."⁴⁶

Así se sigue expresando el Profesor Rivas: "... En lo tocante a actos de comercio y obligaciones y contratos mercantiles, los codificadores venezolanos no adoptaron una pauta única; por modo que al lado de disposiciones reveladoras de tendencias novísimas, conservaron otras que obedecen a criterios en el día desprestigiados, con lo que en muchos puntos, y por lo que

⁴⁰ Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela - Imprenta Nacional - Tomo XXVII - Volumen I - Págs. 121 y sigs.

⁴¹ Tipografía Americana - Caracas 1909 - Pág. V y sigs.

⁴² Código de Comercio de 10 de mayo de 1897.

⁴³ Código de Comercio de 31 de octubre de 1882.

⁴⁴ Código de Comercio de 22 de agosto de 1885.

⁴⁵ Código de Comercio de 15 de septiembre de 1807.

⁴⁶ Ley de 28 de mayo de 1838.

a las fuentes hace, el Código que rige desde 1904 presenta un aspecto variforme. Al lado del tratado o título de las letras de cambio, que en dicho Código es un traslado casi fiel de las disposiciones del Código italiano,⁴⁷ hállanse intactas en las primitivas disposiciones del Código francés relativas al comercio marítimo...".

A las palabras de Rivas agregaremos que nuestros codificadores también incluyeron en el Código instituciones y soluciones propias, como es el caso de la sección referente a las ferias y mercados, a la comisión, etc.

La obra de Arismendi, meticulosa y ordenada, nos permite conocer, artículo por artículo, el origen del Código de Comercio de 1904 y sus concordancias con otros Códigos. Su importancia es, por lo tanto, fundamental para el conocimiento de nuestros antecedentes históricos. Así podemos afirmar que sobre dicho Código ejercieron influencia los Códigos citados de Italia, Francia, España, Alemania y Chile,⁴⁸ Argentina,⁴⁹ México,⁵⁰ Portugal,⁵¹ las Leyes alemanas y francesas sobre quiebra⁵² y la Ordenanza cambiaria alemana.⁵³

Según nuestro más alto Tribunal, éste señala en su Exposición al Congreso en el año de 1905, que entre las innovaciones más notables de dicho Código están "...el aumento del número de actos de comercio, lo cual hacían ya necesario las nuevas formas que día por día toman los objetos del cambio y las negociaciones mercantiles; la variación introducida en la naturaleza de la letra de cambio, de acuerdo con las más avanzadas teorías del derecho mercantil, y el establecimiento de los atrasos y liquidación amigable, en favor de aquellos comerciantes honrados, cuyo activo exceda positivamente de su pasivo, pero que por falta de numerario debido a sucesos imprevistos o por cualquiera otra causa excusable, se vean en la necesidad de

⁴⁷ Código de Comercio de 31 de octubre de 1882.

⁴⁸ Código de Comercio de 23 de noviembre de 1865.

⁴⁹ Código de Comercio de 5 de octubre de 1889.

⁵⁰ Código de Comercio de 15 de septiembre de 1889.

⁵¹ Código de Comercio de 22 de agosto de 1885.

⁵² Ley Alemana sobre Concursos y la Quiebra, de 20 de mayo de 1897 y Ley Francesa de 28 de mayo 1833.

⁵³ Ordenanza de Cambio de 1848 - Ver Muci, José - Obra citada Págs. 24 y sigs.

retardar o aplazar sus pagos, los cuales serán considerados en estado de atraso, y con facultad para pedir al Tribunal de Comercio que les autorice a fin de proceder a la liquidación amigable de sus negocios, antes de que nuevas eventualidades los obliguen a cesar en el pago de sus obligaciones y recaiga sobre ellos la declaratoria de quiebra...".⁵⁴

Sobre este Código existe un importante estudio, obra del citado Profesor Angel César Rivas, el cual aparece publicado en *The Commercial Laws of the World*.⁵⁵ Aunque en la Introducción Histórica que sirve de prólogo a dicho estudio el autor comete una serie de inexactitudes de índole histórica (asegura, entre otros errores, que el Consulado de Caracas fue creado en 1786, cuando nosotros hemos podido comprobar, con copia original que poseemos, que la Real Cédula de Erección fue del 3 de junio de 1793; afirma que el primer Código de Comercio de 15 de febrero de 1862 comenzó a regir en dicha fecha, cuando, como lo hemos demostrado anteriormente, comenzó a regir el 5 de julio de ese año; el autor desconoce la existencia del Código del 29 de agosto de 1862), tiene una fundamental importancia para aquellos que se dediquen a profundizar la historia de nuestro derecho mercantil.

E) CODIGO DE COMERCIO DE 23 DE JUNIO DE 1919

El 23 de junio de 1919, el Congreso de la República sanciona nuestro vigente Código de Comercio,⁵⁶ y el 29 del mismo mes y año el Presidente de la República le pone el ejecútese.⁵⁷ Dicho Código, de conformidad con lo dispuesto en su artículo

⁵⁴ PARRA ARANGUREN, Gonzalo - Código de Comercio concordado y anotado por OSCAR LAZO - Ediciones Legis - 1963 - Pág. 14.

⁵⁵ Boston - The Boston Book Co.

⁵⁶ El Proyecto de este Código fue presentado al Congreso el 2 de marzo de 1919, por los senadores Pedro Manuel Arcaya, Juan de Dios Mendoza y Mendoza y Carlos F. Grisanti. Este proyecto había sido elaborado por una Comisión designada el 7 de julio de 1911, la cual fue renovada el 24 de julio de 1912 y ampliada el 7 de noviembre de 1914 (PARRA ARANGUREN, Gonzalo - Ob. cit. - Pág. 15; y MUCI, José - Ob. cit. Pág. 42).

⁵⁷ Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela - Litografía del Comercio - Tomo XLII - Págs. 400 y sigs.

1129, comenzó a regir el 19 de diciembre de 1919 y, desde esa fecha, quedaron derogados el Código de Comercio de 8 de abril de 1904, la Ley de Bolsa de 26 de junio de 1917, la Ley de Sociedades Cooperativas de 28 de mayo de 1917 y la Ley de Sociedades constituidas en países extranjeros, y que tengan el objeto principal de su explotación, comercio o industria en Venezuela, de 4 de junio de 1918.

Este Código incorpora importantes innovaciones por lo que respecta a los Códigos anteriores, en especial por lo que respecta a las sociedades mercantiles; letra de cambio, cuyas disposiciones son una copia fiel del Reglamento Uniforme de La Haya de 1912;⁵⁸ la carta de crédito, que se tomó del Código Chileno de 1865;⁵⁹ la cuenta corriente bancaria, tomada del Código de Comercio Argentino de 1862; y se incorporaron a él las disposiciones de las leyes especiales citadas que fueron derogadas.

El Código de 1919 ha sufrido cuatro modificaciones importantes, una el año 1938; otras el año 1942 y el año 1945, y una última en el año 1955.

Antes de entrar al estudio de estas cuatro modificaciones debemos hacer referencia a dos comisiones designadas para el estudio de nuestro Código, una creada por Decreto el 13 de enero de 1930; y otra, la cual se creó con el nombre de Comisión Codificadora Nacional, por Ley de 6 de julio de 1936, modificada posteriormente por Ley del 7 de julio de 1938.

a) *Reforma de 4 de julio de 1938*

El 4 de julio de 1938 el Congreso sanciona la primera modificación a nuestro Código de Comercio de 1919, procediendo

⁵⁸ Muci, José - Ob. cit. - Pág. 49, quien advierte en esta materia "...un verdadero amasijo o compleja mixtura de sistemas cambiarios diferentes...", ya que en materia cambiaria hay influencias del Reglamento Uniforme de La Haya (letra de cambio); el pagaré sufre las del Código francés de 1807, español de 1829 y chileno de 1865; y el cheque, por último, la influencia del Código de Comercio italiano de 1882.

⁵⁹ OLAVARRÍA AVILA, Julio - Ob. cit. Pág. 389.

el Presidente de la República a ordenar su ejecución el 30 de julio de 1938.⁶⁰

De acuerdo al Art. 1 de la Ley de Reforma, se suprimieron los párrafos 1º y 2º del artículo 363, el cual quedó reducido a su parte final.

b) *Reforma de 17 de agosto de 1942*

El 17 de agosto de 1942 el Congreso aprueba una nueva Ley de Reforma,⁶¹ esta vez modificando el texto del artículo 333 y derogando los artículos 334 y 358, ambos inclusive. La reforma consistió, pues, en la eliminación de todas las normas relativas a las sociedades cooperativas, las cuales, a partir de la reforma y de conformidad con el Art. 333 reformado, se regirían por Leyes Especiales y sus Reglamentos.

c) *Reforma de 1 de septiembre de 1945*

La tercera Ley de Reforma es sancionada por el Congreso el 1 de septiembre de 1945, y ejecutada por el Presidente de la República el 19 de septiembre del mismo año.⁶²

De acuerdo con el Art. 1º de la Ley de Reforma se suprimió el último aparte del Art. 1039.

El Art. 2º ordenó la supresión de los artículos 1063, 1064, 1068 y 1070, referentes al beneficio de competencia del fallido, apelación de la sentencia de quiebra y sobre rehabilitación del fallido.

Y, por último, el Art. 3º modificó el contenido del artículo 1073, el cual pasó a ser el 1069, en los siguientes términos: "...En lo que no estuviere especialmente determinado en este

⁶⁰ Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela - Imprenta Nacional - Tomo XLII - Págs. 400 y sigs.

⁶¹ Esta ley fue sancionada por el Ejecutivo el mismo día - Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela - Imprenta Nacional - Tomo LXV - Volumen II - Págs. 396 y 397.

⁶² Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela - Imprenta Nacional - Tomo LXVII - Volumen II - Págs. 187 y sigs.

título, regirán las disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial...".

d) *Reforma de 23 de julio de 1955*

La última Reforma ha sido la del año 1955, sancionada por Ley del 23 de julio de 1955, y ejecutada el 26 del mismo mes y año.⁶³

Esta reforma eliminó los artículos 14, 15, 16 y 17, para adaptar nuestra legislación mercantil a las reformas habidas en el Código Civil en el año 1942, por lo que respecta a la mujer casada. Por la misma razón se modifica el Art. 18, el cual pasó a ser el 14; se agregó un nuevo artículo, el 16; se sustituyó el texto de los ordinales 26 y 30 del Art. 22, que pasó a ser el 5; se modificó el encabezamiento del Art. 21, el cual pasó a ser el 18, referente al Registro de Comercio.

Se sustituyó el texto del Art. 35, que pasó a ser el 32, sobre los libros de comercio que deben llevar los comerciantes. Lo mismo sucedió con los artículos 36, 37, 38 (el cual se suprimió), 39, 40 (el cual se suprimió); 44 y 49, los cuales pasaron a ser respectivamente el 33, 34, 35, 39 y 44. Se eliminaron los Arts. 50, 51 y 52, y se añadieron dos nuevos artículos, el 151 y el 152, para regular la enajenación de fondos de comercio, materia que sufrió fundamentales transformaciones.

El artículo 206, el cual pasó a ser el 200, sufrió también una gran transformación, estableciéndose el carácter mercantil de todas las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, salvo lo que dispusiesen leyes especiales o que se dediquen exclusivamente a la explotación agrícola o pecuaria.

Se creó la sociedad de responsabilidad limitada, para lo cual se modificaron los artículos 207, el cual pasó a ser el 201, agregándosele un ordinal nuevo; el Art. 208, el cual pasó a ser el 202; el 211, el cual pasó a ser el 205; el Art. 219, el cual pasó a ser el 213, es seguido de un nuevo artículo, el 214; y los artículos 220, 225 y 230, que pasan a ser, respectivamente, los artículos 215, 220 y 225.

⁶³ Ver GOLDSCHMIDT, Roberto - La reforma parcial del Código de Comercio de 1955 - Sucre - Caracas - 1957.

Se establece la necesidad de autorización especial para que el menor pueda asociarse en nombre colectivo (Art. 220 nuevo), y se establece una nueva Sección VII, compuesta de veinticinco artículos, correspondientes a los números 312 a 336, sobre la sociedad de responsabilidad limitada.

Por las mismas razones se modifican los artículos 474, 900, 905 y 1007, los cuales pasan a ser, respectivamente, los artículos 494, 920, 925 y 1027.

Antes de esta reforma parcial del Código de 1919, se había creado el Instituto de Codificación y Jurisprudencia, adscrito al Ministerio de Justicia, para sustituir la Comisión Codificadora Nacional, por Decreto 401 del 22 de mayo de 1952.

5.—PROYECTOS DE REFORMA

Después de la última reforma de 1955, se ha sentido la necesidad de una revisión general del Código de Comercio, y con ese propósito se designó, por Resolución del Ministerio de Justicia, una Comisión especial integrada por los doctores Carlos Morales, quien la presidía; Roberto Goldschmidt, Secretario General y Ponente; Jesús Diez, Alfredo Martínez Rivero, Otto Perret Gentil y Joaquín Sánchez Covisa.

En el año 1962 el Ministerio de Justicia⁶⁴ publica los anteproyectos de reforma mercantil, con su correspondiente exposición de motivos.

Las reformas comprenden los anteproyectos del Libro I: de los comerciantes y de sus actividades en general; del Libro II: de las sociedades mercantiles; y un anteproyecto de la Ley de Reforma Parcial del Código Civil, relativa a la unificación de las obligaciones y contratos civiles y mercantiles.

De acuerdo con propia advertencia de la Comisión de Reforma, ésta estructuró su trabajo sobre las bases siguientes: "...Se mantiene un Código de Comercio, que no comprenderá la regulación de los actos de comercio sino el de la actividad profesional del comerciante. Quedará dividido en tres libros:

⁶⁴ Reforma Mercantil, Ante-Proyectos - Sucre - Caracas - 1962; Ver GOLDSCHMIDT, Roberto - Ob. cit. en Nota anterior.

De los comerciantes y de sus actividades en general; De las sociedades mercantiles; De los atrasos y quiebras. Por otra parte, mediante una reforma parcial del Código Civil, se unificará en este Código el régimen de las obligaciones y contratos civiles y mercantiles siempre que esos contratos se encuentren regulados hasta el presente tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio; la única excepción a este principio se refiere a la cuenta corriente. Otros contratos, ver los de mediación, comisión y transporte, quedarán en el Código de Comercio, pero los textos proyectados no toman como punto de partida el aspecto contractual sino que tienen por objeto las actividades de determinados comerciantes, por ejemplo, las de los corredores, comisionistas y porteadores. Las materias restantes serán reguladas en leyes especiales: Ley de Títulos-Valores y Operaciones Bancarias; Ley del Contrato de Seguros; Ley de la Navegación; así, se ha procedido, por ejemplo, en lo relativo a los títulos y operaciones de crédito, en México; en lo referente al contrato de seguros, en Francia y Suiza y, respecto de la navegación marítima, interna y aérea, en Italia. La Comisión no ha resuelto aún los problemas jurisdiccionales y procesales, lo que hará de acuerdo con la comisión encargada de estudiar la reforma del Código de Procedimiento Civil...

En el año 1966 el Ministerio de Justicia⁶⁵ da a la publicidad los anteproyectos de la llamada Reforma Mercantil II, a la cual coloca una Nota Introdutoria en recuerdo y como "...homenaje modesto, pero sincero..." a Roberto Goldschmidt, quien fuera su Redactor-Ponente. Efectivamente, Roberto Goldschmidt, a quien Venezuela, en especial, y América Hispana, en general, deben un eterno reconocimiento por su aporte a la cultura jurídica de este continente, había fallecido prematura y lamentablemente el 18 de octubre de 1965.

Esta nueva publicación comprende la Exposición de Motivos y Proyecto de Ley sobre los contratos de seguros y reaseguros y la Exposición de Motivos y Proyecto de los Libros Tercero y Cuarto del Código de Comercio sobre el Convenio Preventivo, la Liquidación Judicial, las Quiebras y la Jurisprudencia Comercial.

⁶⁵ Reforma Mercantil II, Ante-Proyectos - CTP - Caracas - 1966.

La parte introductiva de la Exposición de Motivos al proyecto de Ley sobre los contratos de seguros y reaseguros, observa que: "...La Comisión encargada de estudiar la reforma del Código de Comercio, pese a inspirarse en el legislador italiano en lo que a unificación de los contratos se refiere, no ha considerado oportuno, sin embargo, incluir el contrato de seguro en el Código Civil. En efecto, aunque los textos legales que se vienen proyectando no deben tener un carácter detallado resulta necesario una legislación amplia sobre esta materia, que rompería los moldes del Código. En vista de tal circunstancia se ha adoptado una, por una ley especial, la cual por una parte, comprende además del contrato de seguro, el de reaseguro, y por la otra se aplica a los seguros marítimos cuya regulación se proyectará en la Ley de Derecho Marítimo Privado, actualmente en elaboración, y a los seguros sociales en lo que no se encuentre previsto dentro de las normas especiales que los regulan..."

Por lo que respecta a las fuentes de este proyecto de Ley, la comisión misma nos dice que "...Desde un punto de vista substancial, el proyecto procede a una reforma total de la legislación vigente, nutriéndose a tal fin de las experiencias nacionales y de las más modernas legislaciones extranjeras, tales como las de Italia, Suiza y México..."

La Exposición de Motivos del Proyecto de los Libros Tercero y Cuarto del Código de Comercio sobre el Convenio Preventivo, la Liquidación Judicial, las Quiebras y la Jurisdicción Comercial, explica cuáles han sido las innovaciones principales que la comisión introdujo en la materia, las cuales podemos reducir así: Se sustituyó el atraso (el cual se introdujo en la legislación venezolana, calcado de la moratoria italiana, en el Código de Comercio de 1904) por el convenio preventivo⁶⁶; en materia de quiebras se suprimió la liquidación por los propios acreedores⁶⁷; siguiendo los antecedentes extranjeros, en particular italianos, se incluyen las sanciones penales. La Comisión advierte, por último, que el proyecto no comprende disposiciones análogas a las de la legislación italiana sobre la liquidación

⁶⁶ GIMÉNEZ ANZOLA, Hernán - El Juicio de Atraso - Arte - 1963 Pág. 33.

⁶⁷ DE SOLA, René - Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central N° 24 - U. C. V. - 1963 - Pág. 122.

forzosa administrativa, pero que, no obstante "...en relación a determinadas sociedades, ver las aseguradoras, por las experiencias hechas recientemente en el país, sería conveniente excluir de la legislación respectiva —en el caso de referencia, en la Ley sobre las empresas de seguros y reaseguros— el convenio preventivo y la quiebra y sustituirlos por el procedimiento de reorganización de la empresa, y cuando esto no sea aconsejable, por su liquidación por la Superintendencia: de Seguros. Así ocurre, VGR, en el proyecto argentino de Ley General de Seguros, de 1959..."

El proyecto de Ley de Títulos-Valores y Operaciones Bancarias, y su correspondiente Exposición de Motivos, se publica, modificado, en el año 1967 por el Ministerio de Justicia.⁶⁸

"...El proyecto de una Ley de Títulos Valores y Operaciones Bancarias⁶⁹ —se lee en la Exposición de Motivos— que está coordinado con los otros proyectos de la reforma mercantil, comprende en lo relativo a los títulos valores una parte general y una parte especial concerniente a los títulos valores más importantes, en particular, la letra de cambio y el cheque. Cabe observar que solamente las legislaciones más recientes establecen reglas generales acerca de los títulos valores. Esto rige, sobre todo, para el Código Civil italiano de 1942, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito mejicana de 1932, la cual, desde el punto de vista sistemático, ha influido en el proyecto, y el Código de Comercio de Honduras de 1955..."

Sobre esta proyectada reforma, el Ministerio de Justicia ha dado a la publicidad un importante trabajo del Dr. J. A. ZAMBRANO VELASCO, titulado "La Reforma Legal en Venezuela"⁷⁰, en el cual se establecen las bases de un programa de trabajo

⁶⁸ Exposición de Motivos y Proyecto de Ley de Títulos Valores y Operaciones Bancarias - Sucre - Caracas - 1967.

⁶⁹ En el Proyecto de Ley se acoge la denominación de Títulos Valores propuesta por primera vez por el jurista español RIBOT. Ver: BORJAS, Leopoldo - Concepto y clasificación de los Títulos de Crédito - Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal N° 133 - Sucre - Caracas - 1968 - Págs. 33 y sigs.

⁷⁰ Editorial Sucre - Caracas - 1965.

tendiente a la realización de la reforma y "...con el propósito de informarse de ideas, que si bien de ninguna manera constituyen, en la materia, una orientación oficial del Ministerio de Justicia, sin embargo se presenta un esfuerzo por sistematizar tan importante cuestión, y ofrecerla a la consideración de los entendidos, con el propósito de que procedan a orientar, mejorar, rectificar o estimular su planteamiento..."

LA CONTRATACION COLECTIVA DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

Por

Luis Beltrán Guerra.

SUMARIO :

- I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.
- II. EL CONTRATO COLECTIVO DE TRABAJO. a) Concepto. b) Naturaleza jurídica. c) Contenido.
- III. LA TENDENCIA A UTILIZAR LA INSTITUCIÓN EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. a) La cuestión. b) La postura negativa. 1.—El carácter institucional de la organización administrativa. 2.—El ejercicio de la potestad administrativa. 3.—El Estatuto del funcionario público. 4.—La continuidad de la actividad administrativa. 5.—Las razones de carácter presupuestario. 6.—El carácter especial de los sindicatos de los empleados públicos. c) La postura positiva. 1.—La capacidad negocial de la administración. 2.—El contrato colectivo en el derecho moderno. 3.—La política de la Organización Internacional del Trabajo. 4.—El criterio de otros organismos.
- IV. UN ANÁLISIS OBJETIVO DE LA CUESTIÓN. a) Perspectivas actuales de las administraciones públicas. b) El problema es de derecho positivo. c) Individualización de los diferentes tipos de relaciones de empleo público. d) Para cada categoría de empleados públicos existe un régimen jurídico.
- V. EL DERECHO POSITIVO VENEZOLANO. a) La Constitución. b) El artículo 124 de la Constitución. c) El régimen legal. 1.—Primera categoría. 2.—Segunda categoría. 3.—Tercera categoría. d) La ley aprobatoria del convenio N° 98 sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva. e) La costumbre administrativa. f) Conclusión.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION

El problema de la utilización de la contratación colectiva por las administraciones públicas ha sido arduamente debatido en la doctrina del derecho administrativo.

La situación en los países latinoamericanos es confusa. Quizás la razón más poderosa de esta incertidumbre se deba a que la doctrina y la jurisprudencia de los mismos se haya inspirado tradicionalmente en la de los países europeos, pero sin observar detenidamente las nuevas orientaciones seguidas en estos últimos.

Podría sostenerse que existen dos posturas que se excluyen. La primera, que se fundamenta en una serie de razones contrarias a la posibilidad de regular una relación de empleo público mediante un contrato colectivo y la segunda, que se inspira en las legislaciones, la doctrina y la jurisprudencia de algunos países y sostiene que es perfectamente posible que las administraciones públicas puedan utilizar la contratación colectiva para regular la relación de trabajo con los empleados públicos. Estas dos corrientes han encontrado sostenedores en Venezuela, donde no existe un criterio uniforme sobre la materia.

De allí que sea necesario analizar la cuestión de la contratación colectiva a la luz de las nuevas orientaciones doctrinarias.

II. EL CONTRATO COLECTIVO DE TRABAJO

a) CONCEPTO

En una recomendación adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1951, se define el contrato colectivo como todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos e interesados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional. El profesor ERNESTO KROTOSCHIN considera que

esta definición es de carácter descriptivo y necesita precisión jurídica y cierta adaptación a tendencias o evoluciones más recientes.¹

El profesor venezolano RAFAEL ALFONZO GUZMÁN recoge en su obra, además de la definición anterior, otras de suma importancia.²

1) La del Código Chileno: es la convención celebrada entre un patrono o una asociación de patronos, por una parte, y un sindicato o confederación de sindicatos, por la otra, con el fin de establecer ciertas condiciones comunes de trabajo o de salario, sean en una empresa, o en un grupo de empresas.

2) La de la legislación colombiana: es la convención que se celebra entre uno o varios patronos o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia.

3) La ley de contratación colectiva del Salvador: es el que se celebra entre un sindicato de trabajadores y uno o varios patronos, con el objeto de establecer las condiciones generales en que el trabajo debe efectuarse, y las prestaciones que se originen con ocasión del mismo.

4) La de GALLART FOLCH: es el pacto concluido entre un patrono o grupo de patronos o asociación patronal profesional, con un sindicato o asociación profesional obrera, para regular las condiciones de trabajo y otras cuestiones referentes, regulación a la que se habrán de adaptar los contratos de trabajo, ya sean singulares, ya colectivos.

5) FRANCESCO SANTORO PASSARELLI: es un acto de autonomía estipulado entre sindicatos contrapuestos de trabajadores y de empresarios, con objeto de regular el contenido de los contratos individuales entre empresarios y trabajadores particulares.

¹ Cfr. ERNESTO KROTOSCHIN, Instituciones de derecho del trabajo, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1968, págs. 263 y 264.

² Cfr. RAFAEL ALFONZO GUZMÁN, Estudio analítico de la Ley del Trabajo Venezolana, 1967, tomo I, págs. 564 y 565.

6) ROAST y DURANT: es un acuerdo, de carácter solemne, concluido entre una o varias organizaciones de trabajadores, de una parte y empleadores organizados en grupos, o tomados individualmente, de otra parte, que tiene por objeto determinar las condiciones en las cuales serán concluidos los contratos individuales de trabajo, y de fijar los derechos y las obligaciones de las agrupaciones partes en la convención.

De acuerdo con la legislación laboral venezolana el profesor RAFAEL ALFONZO GUZMÁN define el contrato colectivo de trabajo como una convención solemne, celebrado por un patrono, un grupo o una asociación de patronos, y una asociación sindical o un grupo de trabajadores, con objeto de establecer condiciones uniformes de trabajo en la empresa, y de regular otras materias tendientes a elevar el nivel de vida individual y familiar del trabajador y a estabilizar las relaciones obrero-patronales.³ Del examen de esta definición se pueden deducir las siguientes ideas:

a) El contrato colectivo de trabajo es una convención solemne,

b) Las partes de esta convención pueden ser: 1) un patrono, un grupo de patronos o una asociación de patronos y 2) una asociación sindical o un grupo de trabajadores,⁴

c) El objeto de la convención es establecer condiciones uniformes de trabajo en la empresa y elevar el nivel de vida individual y familiar del trabajador, y,

d) La finalidad última de dicha convención: estabilizar las relaciones entre patronos y obreros.

³ RAFAEL ALFONZO GUZMÁN, ob. citada, pág. 566.

⁴ Es de observar que la legislación venezolana permite que grupos de trabajadores sin estar constituidos necesariamente en sindicatos pueden suscribir contratos colectivos. El proyecto de reforma de 1960 establece la obligación de que el grupo se organice sindicalmente para poder contratar de modo colectivo. Cfr. RAFAEL ALFONZO GUZMÁN, ob. citada, pág. 575.

b) NATURALEZA JURIDICA

La doctrina del derecho laboral ha discutido largamente sobre la naturaleza jurídica del contrato colectivo.⁵ Para algunos se encuentra incluido dentro de las categorías generales del derecho común. Sin embargo, esta tesis en la actualidad se encuentra superada.

El insigne profesor de la Universidad de París, LEÓN DUGUIT, realizó un estudio fecundo sobre la materia, que tiene su fundamento en la idea del *relativismo jurídico*, teoría de la *Vereinbarung o convención-Ley*. En esta forma el maestro francés, inspirado en la doctrina Alemana, asume una postura que podría considerarse como una reacción contra el subjetivismo clásico: DUGUIT sostiene que el convenio colectivo de trabajo no es un contrato que produce obligaciones especiales, concretas y temporales entre dos sujetos de derecho. Es una Ley que establece relaciones permanentes y duraderas entre dos grupos sociales: el régimen legal según el cual deberán pactarse los contratos individuales entre los miembros de estos grupos.⁶

De manera que para DUGUIT la convención colectiva es un tipo de ley cuadro o ley de bases, a la cual deben uniformarse las distintas relaciones jurídicas que se pacten entre patronos y obreros. Frente a la interrogante de cómo puede una ley emanar de una fuente diferente a la del Estado, el brillante profesor francés manifiesta: Al modo como desaparece la autonomía del individuo, desaparece la autonomía del Estado. De la misma manera que desaparece el derecho subjetivo del individuo en su forma más acentuada, *el dominum*, desaparece el derecho subjetivo del Estado, *el imperium*. Dado esto nada se opone a que ciertas leyes sean una regla establecida por un acuerdo pactado entre dos grupos sociales, y sancionado por la

⁵ Cfr. ERNESTO KROTOSCHIN, ob. citada, págs. 271 y siguientes; RAFAEL ALFONZO GUZMÁN, ob. citada, tomo I, págs. 566 y siguientes; MARIO GHIDINI, *Diritto del lavoro*, Padova, Cedan, 1967, págs. 56 y siguientes; FRANCESCO SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1969, págs. 35 y siguientes.

⁶ Cfr. ERNESTO KROTOSCHIN, ob. citada, págs. 279 y siguientes.

fuerza de los gobernantes.⁷ La tesis de DUGUIT ha sido acogida por un gran sector de la doctrina moderna.

En la actualidad predomina la idea de que el contrato colectivo es un acto de naturaleza mixta, dual, inexplicable, como sostiene RAFAEL ALFONZO GUZMÁN, desde una postura exclusivamente contractualista o reglamentaria. El citado profesor venezolano manifiesta: no es un contrato, ni por los sujetos que intervienen en su celebración que no requieren ser personas jurídicas, como el sindicato o el grupo de trabajadores (al menos no requieren tener personalidad jurídica de derecho civil), a diferencia de lo que acaece en las demás figuras jurídicas de índole contractual, civil o mercantil, ni por los efectos del mismo. No es una ley porque no emana del poder público. Es un acto-unió, es decir, un acuerdo de voluntades que origina una regla, una norma de actividad, un estatuto. No engendra, como el contrato de derecho privado, una situación jurídica subjetiva, individual y temporal, sino una situación jurídica objetiva, general y permanente.⁸

De lo expuesto se deduce que los estudiosos del derecho laboral, en su mayoría, atribuyen un carácter normativo a la convención colectiva. Desde este punto de vista compartimos la opinión del profesor KROTOSCHIM, quien sostiene que tal carácter no deriva esencialmente del contrato, sino de la regulación positiva que le atribuye estos efectos. El legislador estatal, como expresa el citado autor, atribuye tales efectos normativos, objetivos o reglamentarios tanto a las convenciones de carácter propiamente imperativo, como a las voluntariamente estatuidas, de acuerdo con el derecho positivo que rige en los diferentes países.⁹

C) CONTENIDO

En la obra del profesor RAFAEL ALFONZO GUZMÁN se señalan

⁷ DUGUIT, *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código Napoleón*. Editorial Española, pág. 140, citado por KROTOSCHIN. Cfr. igualmente, RAFAEL ALFONZO GUZMÁN, ob. citada, tomo I, págs. 567 y 568.

⁸ RAFAEL ALFONZO GUZMÁN, ob. citada, tomo I, pág. 568.

⁹ KROTOSCHIN, ob. citada, pág. 282.

las estipulaciones que constituyen el contenido de la convención colectiva:¹⁰

1) *El elemento normativo*

El conjunto de disposiciones de carácter general, relativas al tiempo, modo, lugar, retribución, régimen de descanso y servicios sociales para los trabajadores, las cuales deben considerarse incluidas en los contratos individuales.

2) *El elemento obligacional*

Desde este punto de vista se hace referencia a la relación jurídica concreta que se establece entre la empresa y el sindicato o grupo de trabajadores que han suscrito el contrato. Los estudiosos del derecho laboral están de acuerdo en que estas estipulaciones se encuentran reguladas por el derecho privado. En ellas están en juego verdaderos derechos y obligaciones asumidas por las partes, es decir, un cúmulo de situaciones subjetivas activas y pasivas, dentro de las cuales acostumbra incluirse: el descuento de las cuotas sindicales, la obligación de no despedir a los trabajadores sin consentimiento previo del sindicato, la de no enganchar trabajadores ajenos a la organización sindical, etc.¹¹

3) *La envoltura del contrato*

El conjunto de cláusulas destinadas a asegurar la aplicación de la convención colectiva. Por ejemplo: normas para el reenganche de trabajadores despedidos, procedimientos de conciliación y arbitraje, normas que determinan el campo de aplicación del contrato, etc.,¹² y,

¹⁰ RAFAEL ALFONZO GUZMÁN, ob. citada, tomo I, págs. 578 y siguientes. Cfr. igualmente: MARIO DE LA CUEVA, Derecho Mexicano del trabajo, México, 1967, tomo II, págs. 593 y siguientes.

¹¹ RAFAEL ALFONZO GUZMÁN, ob. citada, pág. 579.

¹² RAFAEL ALFONZO GUZMÁN, ob. citada. MARIO DE LA CUEVA, ob. citada, tomo II, pág. 597.

4) *Las cláusulas eventuales, accidentales o accesorias.*

Se trata de cláusulas destinadas a regular situaciones sobrevenidas no previstas en el contrato: por ejemplo, las que regirían el pago de los salarios durante los días de huelga.

III.—LA TENDENCIA A UTILIZAR LA INSTITUCION EN LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS

a) *LA CUESTION*

Es evidente que en la actualidad existe la tendencia a utilizar la contratación colectiva para regular la relación de empleo público. Para un sector doctrinario, que tiene sus representantes entre insignes estudiosos del derecho laboral, no existen inconvenientes para que la administración y sus funcionarios sometan las relaciones existentes entre ellos a un contrato colectivo. En la doctrina del derecho administrativo siempre ha existido una fuerte oposición a esta corriente. Para los teóricos de esta última doctrina existen una serie de razones que imponen la incompatibilidad de la institución del contrato colectivo y la administración. De allí que se sostenga que su uso no está permitido.

b) *LA POSTURA NEGATIVA*

Dentro de esta postura podrían considerarse incluidos quienes niegan de plano la posibilidad de que el régimen de la relación de empleo público pueda establecerse mediante un contrato colectivo. Se piensa que esta institución es propia del derecho laboral y ajena a la administración pública. Seguidamente trataremos de analizar las razones esgrimidas por los sostenedores de esta tesis:

1) *El carácter institucional de la organización administrativa*

Se sostiene que la organización de la administración es de carácter institucional. La expresión significa que la potestad administrativa se distribuye entre los diferentes órganos del

poder ejecutivo con sujeción a cánones precisos. En los países de derecho administrativo rige la tesis de que dicha repartición debe hacerse mediante ley y de allí que se manifieste que la organización administrativa está sujeta al principio de legalidad.¹³

La legalidad en la organización administrativa comprende la ley y los reglamentos. Corresponde al legislador distribuir la potestad administrativa entre los órganos y ramas superiores de la administración y la asignación de las funciones así derivadas a las oficinas inferiores, se realiza mediante disposiciones de carácter reglamentario.¹⁴

En las convenciones colectivas se pactaría la situación de los funcionarios públicos y se crearían nuevos órganos dotados de funciones específicas de gran relevancia para la administración. Se piensa que como ambos sectores se encuentran regulados por las normas que rigen la organización administrativa, el contrato colectivo sería una forma de alterar dicha organización.¹⁵

¹³ Cfr. MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè Editore, 1967, vol. III, 2, págs. 151 y siguientes, FERNANDO GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1969, vol. I, págs. 315 y siguientes, GUIDO ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano Giuffrè Editore, 1958, vol. I, págs. 133 y siguientes.

¹⁴ Cfr. MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Corso*, ob. citada, vol. III, 2, págs. 151 y siguientes.

¹⁵ Esta tesis ha sido sostenida en reiteradas oportunidades por la Procuraduría General de la República. Específicamente con motivo de consultas formuladas sobre algunos contratos colectivos suscritos por entidades públicas. La mayoría de ellas aparecerán publicadas en la Doctrina de la Procuraduría General de la República, correspondiente al año 1971, actualmente en elaboración. Es interesante desde este punto de vista el criterio que expresa Brewer en su reciente monografía: *El Estatuto del funcionario público en la Ley de Carrera Administrativa*: El principio de la singularidad de los sindicatos de los funcionarios públicos implica que los mismos no pueden tener entre sus finalidades celebrar contratos colectivos con la administración nacional. Al respecto, debe puntualizarse que no estamos en presencia de un principio nuevo; se trata de algo totalmente aceptado en casi todos los países en los cuales se admite la sindicación. La causa de que se excluya la contratación colectiva radica esencialmente en la situación reglamentaria o estatutaria que tiene el funcionario frente a la administración..., Caracas, 1971, págs. 87 y siguientes.

Desde este punto de vista la organización administrativa y el contrato colectivo son dos instituciones que se excluyen. No puede permitirse que la estructura de la administración quede a merced de la voluntad contractual de las dos partes que suscriben el convenio. La administración no se auto-organiza, sino que la organización le es impuesta, razón por la cual, mal pueden los órganos administrativos vulnerar el cuadro estructural así trazado por el legislador.

2) *El ejercicio de la potestad administrativa*

Una de las mayores dificultades que se observa, para que la administración utilice la convención colectiva de trabajo, se refiere al ejercicio de la potestad administrativa.

La potestad administrativa, según el profesor MASSIMO SEVERO GIANNINI, consiste en el conjunto de atribuciones que se confieren a la administración para el cuidado y la satisfacción de los intereses públicos.¹⁶ Esta potestad se encuentra distribuida entre los diferentes órganos o autoridades administrativas, y de esta distribución deriva la noción de competencia, que GIANNINI define como la medida de la potestad.¹⁷

En la obra del profesor ZANOBINI se hace resaltar el carácter institucional de la distribución de la potestad administrativa entre los diferentes órganos de la administración.¹⁸ De acuerdo con este carácter el órgano debe ejercer las atribuciones que se le confieren, no pudiendo renunciar a su ejercicio, ni mucho menos celebrar pactos mediante los cuales se instituyan normas diferentes a las que previamente son dictadas para este fin. La competencia se determina en el propio ordenamiento jurídico

¹⁶ MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Corso*, ob. citada, vol. I, págs. 233 y siguientes, vol. III, 1, págs. 37 y siguientes.

¹⁷ GIANNINI, ob. citada, vol. I, págs. 233 y siguientes, vol. III, 1, págs. 37 y siguientes.

¹⁸ Cfr. GUIDO ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè Editore, 1958, vol. I, págs. 133 y siguientes.

y a las previsiones del mismo deben sujetarse los órganos administrativos.¹⁹

La doctrina del derecho administrativo sostiene que el principio de legalidad rige igualmente el ejercicio de la potestad de la administración. De manera, que cuando un órgano deje de ejercer la atribución que se le confiere o usurpe la de otro, incurre en violación de la Ley. Ha sido por esta vía que se ha determinado la figura de la usurpación de atribuciones, sobradamente conocida.²⁰

Se piensa que los indicados principios son contrarios a la idea de que la administración pueda utilizar la contratación colectiva para establecer el régimen jurídico que ha de regir la relación de empleo público. El legislador instituye específicas atribuciones para que las autoridades administrativas unilateralmente, en ejercicio del poder así creado, establezcan el señalado sistema jurídico. La convención colectiva de trabajo sería una forma para dejar de ejercer dichas atribuciones, y ello sería contrario a la legalidad administrativa.

Se sostiene que la administración: 1) designa los funcionarios públicos, 2) determina si están presentes las condiciones para el ascenso de los mismos en la carrera administrativa, 3) ejerce sobre ellos un amplio poder disciplinario y 4) los destituye cuando cometen faltas consideradas graves para el servicio que prestan. Si se permite la contratación colectiva los órganos administrativos estarían pactando el ejercicio de las indicadas atribuciones.

3) *El estatuto del funcionario público*

Desde este aspecto el contrato colectivo constituye un sistema creado por la empresa y los obreros, sustitutivo del régimen previsto por el legislador para regular el *status* del empleado, es decir, el estatuto del trabajador.

¹⁹ Cfr. MASSIMO SEVERO GIANNINI, Corso, ob. citada, vol. III, 2, págs. 151 y siguientes, CONSTANTINO MORTATI, Istituzioni di diritto pubblico, Padova, 1969, vol. I, págs. 555 y siguientes, RENATO ALESSI, Instituciones de derecho administrativo, Barcelona (España), 1970, vol. I, págs. 73 y siguientes.

²⁰ ZANOBINI, ob. citada, vol. I, págs. 133 y siguientes.

El extinto profesor uruguayo ENRIQUE SAYAGUÉS LASO analiza a este respecto lo que denomina la situación estatutaria del funcionario público. Dicho tratadista sostiene que la persona investida de la cualidad de empleado ingresa de manera automática, es decir, inmediatamente después que se produce el acto que le da tal investidura, a una situación objetiva donde se determinan sus derechos y deberes.²¹ Se trata de un conjunto de normas cuya observación es obligatoria para la administración y los funcionarios.

Si se acepta que la relación de empleo público pueda ser objeto de una contratación colectiva se desnaturaliza la idea del Estatuto. La situación estatutaria es impuesta por el Estado, y por consiguiente, el cumplimiento de la misma es imperativo.²²

En la mayoría de los países el indicado estatuto constituye un texto de carácter legal. Se trata de un conjunto de reglas donde se precisan los límites al poder de las autoridades administrativas, así como los derechos y deberes del empleado. Según el profesor GIANNINI el estatuto puso fin al amplio poder discrecional de la administración, concretamente, a la figura que el tratadista italiano denomina lo *spoglio* del funcionario público.²³

Para esta postura pretender que mediante un contrato colectivo, con todo el carácter normativo que haya podido atribuirle LEÓN DUGUIT, insigne maestro de la Escuela de Burdeos, pueda suprimirse, modificarse o extinguirse el estatuto legal del funcionario, es atentar contra la legalidad. En consecuencia, la situación estatutaria en la cual se encuentra el empleado y la convención colectiva de trabajo son dos instituciones que evidentemente se excluyen.

4) *La continuidad de la actividad administrativa*

Se piensa que la convención colectiva de trabajo es contraproducente para la continuidad de la actividad administrativa.

²¹ ENRIQUE SAYAGUÉS LASO, Tratado de derecho administrativo, Montevideo, 1963, vol. I, págs. 271 y siguientes.

²² Cfr. RANDOLPH BREWER CARIAS, ob. citada, págs. 82 y siguientes.

²³ Cfr. MASSIMO SEVERO GIANNINI, Corso, ob. citada, vol. III, 2, págs. 201 y siguientes.

La doctrina del derecho administrativo al estudiar los principios generales reguladores de la actividad administrativa indica los siguientes: el de igualdad, *el principio de continuidad de la acción administrativa* y el de eficiencia.²⁴ La continuidad supone que el quehacer administrativo no permite interrupción. Se trata, como sostiene el profesor GIANNINI, de un principio doctrinario y jurisprudencial regulado sólo parcialmente por el legislador.²⁵

Esta continuidad tiene su justificación en la necesidad de no paralizar el servicio que se presta al público, lo que de suceder produciría el enervamiento de los intereses públicos, por cuya satisfacción está obligada a velar la administración. El profesor GIANNINI al analizar la cuestión cita varias frases ejemplificativas subsumidas de la interpretación que la jurisprudencia italiana ha dado al principio de continuidad: un hospital no puede negarse a asistir al enfermo porque el ente mutualístico no paga las respectivas tasas, el concesionario del servicio público de transporte no puede interrumpir el servicio sólo porque la administración concedente no le pague la correspondiente contraprestación, no se puede prohibir a un ciudadano la entrada a una vía pública porque éste no haya pagado los tributos.²⁶

Por cuanto la actividad administrativa debe ser continua, se sostiene que no puede permitirse que dicha continuidad quede sujeta a lo que se pacte en una convención colectiva de trabajo. La administración no puede paralizarse, como si sucede en la empresa privada, porque los empleados utilicen los medios de presión estipulados en un contrato colectivo. Esta última institución lesiona el principio de la continuidad de la acción administrativa, tan defendido por la doctrina y la jurisprudencia.

El profesor uruguayo ENRIQUE SAYAGUÉS LASO al analizar la cuestión expresa que de la propia naturaleza de la actividad administrativa, que requiere una realización continua, surge el deber de los funcionarios de prestar sus servicios con asidui-

²⁴ Cfr. MASSIMO SEVERO GIANNINI, Corso, ob. citada, vol. III, 1, págs. 24 y siguientes, RENATO ALESSI, Instituciones, ob. citada, vol. I, págs. 240 y siguientes.

²⁵ GIANNINI, ob. citada, vol. III, 1, pág. 27.

²⁶ GIANNINI, ob. citada, vol. III, 1, pág. 27.

dad.²⁷ De manera, que si en un contrato colectivo se regula el ejercicio de la potestad disciplinaria de la administración, creada precisamente en garantía de esta continuidad, las autoridades superiores no tendrían mayores instrumentos para lograr que los funcionarios presten cabalmente sus servicios.

5) *Las razones de carácter presupuestario*

Es clásica la definición del presupuesto como el acto de previsión integral de los ingresos y gastos probables de una nación durante un determinado período.²⁸

El presupuesto es un acto complejo, en cuya elaboración participan la administración y el poder legislativo. En virtud de la aprobación que el Parlamento imparte a dicho acto, éste adquiere carácter legal. Actualmente no existen dudas acerca de la índole normativa de la Ley de Presupuesto, específicamente cuando se encuentran superadas las viejas disquisiciones doctrinarias acerca del aspecto formal y material de la misma.²⁹

Se sostiene que como en el presupuesto se demarcan los ingresos y los gastos, el contrato colectivo de trabajo contraría la razón misma de este importante instrumento de la hacienda pública. En efecto, la convención colectiva se caracteriza por establecer beneficios económicos para los empleados u obreros, que en el caso de la administración pública como empleadora, tendrían su contrapartida en el tesoro nacional. De manera que la legalidad del gasto público, uno de los principios hacendísticos fundamentales, se vulneraría frecuentemente.³⁰

Por otra parte, preveer una partida donde se incluyan las prestaciones y beneficios derivados de los contratos colectivos después de aprobar la ley de presupuesto, resulta sumamente dificultoso. Pues, se trata de un gasto incierto, sometido a un álea que siempre se producirá, pero con consecuencias económicas deplorables para el presupuesto nacional.

²⁷ ENRIQUE SAYAGUÉS LASO, ob. citada, vol. I, págs. 307 y 308.

²⁸ Cfr. GIULIANI FONROUGE, Derecho financiero, Buenos Aires, (Ediciones Depalma) 1970, vol. I, págs. 125 y siguientes.

²⁹ Cfr. GIULIANI FONROUGE, ob. y págs. citadas, MASSIMO SEVERO GIANNINI, Corso, ob. citada, vol. III, 2, págs. 241 y siguientes.

³⁰ Cfr. RANDOLPH BREWER CARÍAS, ob. citada, págs. 88 y 89.

6) *El carácter especial de los sindicatos de empleados públicos*

En la actualidad la mayoría de las legislaciones establecen que los empleados públicos se organicen sindicalmente.³¹ Se piensa que tal derecho es una manifestación de la libertad de asociación que consagran la generalidad de los textos constitucionales, al instituirse el estado liberal burgués, constitucional o democrático.

Sin embargo, se trata de una cuestión novedosa, pues dicha posibilidad ha sido reconocida sólo en la mitad del presente siglo. Anteriormente era negada de manera absoluta por considerarse contraria a la organización administrativa y a los principios reguladores del quehacer de la administración.³²

El problema que se confronta hoy en día es el atinente a la naturaleza o carácter de los sindicatos de los empleados públicos. Se cree que constituyen asociaciones especiales. Este criterio es compartido por el profesor SAYAGUÉS, quien sostiene que el derecho de asociación de los funcionarios públicos se encuentra razonablemente limitado por cuanto: a) no puede coaccionarse a las autoridades públicas, b) no es lícita la huelga como medio de acción y c) sólo pueden perseguirse fines profesionales.³³

Dichas asociaciones carecen, además, de capacidad sindical, la cual se adquiere única y exclusivamente previo el cumplimiento del procedimiento previsto en las leyes laborales. Desde este punto de vista se encuentran imposibilitadas para suscribir convenciones colectivas de trabajo, pues para ello se requiere la indicada capacidad. Se manifiesta que los sindicatos de empleados públicos se constituyen y están regulados por un

³¹ Cfr. ENRIQUE SAYAGUÉS LASO, ob. citada, vol. I, págs. 352 y siguientes, GABINO FRAGA, Derecho administrativo, México, 1955, págs. 275 y siguientes, ALLAN RANDOLPH BREWER CARÍAS, ob. citada, págs. 82 y siguientes. Cfr. igualmente la importante monografía: Sindicatos y asociaciones de funcionarios públicos, J. RAMÓN PARADA VÁSQUEZ, Madrid, Editorial Ternos, 1968.

³² SAYAGUÉS, ob. citada, vol. I, págs. 352 y siguientes, GIANNINI, Corso, ob. citada, vol. III, 2, págs. 201 y siguientes.

³³ SAYAGUÉS, ob. citada, vol. I, págs. 352 y siguientes.

ordenamiento que se inspira en principios diferentes a la legislación laboral.

Este criterio ha sido puesto de relieve por la Procuraduría General de la República y del mismo se ha mostrado partidario el profesor venezolano RANDOLPH BREWER CARÍAS. Este último sostiene que la causa de que los sindicatos de los empleados públicos no puedan celebrar contratos colectivos radica esencialmente en la situación reglamentaria o estatutaria que tiene el funcionario frente a la administración.³⁴

C) LA POSTURA POSITIVA

Dentro de la postura positiva podrían incluirse quienes sustentan que no existen mayores obstáculos para que la relación de empleo público pueda ser objeto de una convención colectiva de trabajo, pactada libremente por la administración como empleadora y los empleados, o las asociaciones que a estos últimos representen. En forma resumida las razones que sirven de fundamento a los sostenedores de esta tesis son: la capacidad negocial de que está dotada la administración, las perspectivas del contrato colectivo en el derecho moderno y la política que ha comenzado a cosecharse en la Organización Internacional del Trabajo y en otros organismos en relación a la materia. En la medida de lo posible trataremos de precisar estas ideas, sumamente importantes para poder entender la cuestión que nos hemos propuesto analizar.

1) *La capacidad negocial de la administración*

El Estado es una persona jurídica dotada de plena capacidad para celebrar negocios jurídicos. De manera, que nada se opone a que determinados aspectos de la relación de empleo público, generalmente los de índole patrimonial, puedan regularse

³⁴ RANDOLPH BREWER CARÍAS, ob. citada, concretamente el contenido del subtítulo: *La proscripción de la contratación colectiva en la administración pública*, págs. 87 y siguientes.

mediante un contrato colectivo de trabajo.³⁵ Se trataría de un negocio jurídico cuya causa no puede reputarse ilícita.

La crítica más contundente que puede hacerse a la indicada tesis es su estricta vinculación al derecho privado. En efecto, la capacidad negocial de la administración³⁶ está sometida a una serie de principios que han venido elaborando la doctrina del derecho administrativo y la jurisprudencia. En la actualidad rige, por ejemplo, una división entre los contratos que celebra la administración en dos grandes grupos (los administrativos y los de derecho privado), donde se observa la vigencia de los indicados principios.

No puede pretenderse asimilar la capacidad negocial del particular con la del Estado. Los órganos de este último no tienen libertad absoluta para contratar, sino que la voluntad de los mismos debe expresarse de conformidad con normas previamente establecidas. El ordenamiento limita dicha libertad en las autoridades administrativas, estableciendo un poder reglado o un poder discrecional. La doctrina es uniforme en sostener que ni siquiera la potestad discrecional puede asimilarse a la capacidad negocial de los particulares.

En aquellos casos cuando el legislador haya instituido un conjunto de atribuciones para la satisfacción de un interés público que se considera relevante, no es posible sustituir ese poder por lo que los órganos de la administración dispongan voluntariamente mediante un acuerdo colectivo.

Se ha pretendido adaptar el fundamento de esta tesis a los postulados del derecho administrativo. Por esta vía no falta quien sostenga que la convención colectiva de trabajo suscrita por la administración es un contrato administrativo, porque el objeto de la misma es regular la prestación de un servicio públi-

³⁵ Cfr. J. RAMÓN PARADA VASQUEZ, ob. citada, págs. 140 y siguientes. LUIS ENRIQUE DE LA VILLA, Los convenios colectivos en la administración pública, Revista de Administración Pública, N° 46, págs. 419 y siguientes.

³⁶ El profesor MASSIMO SEVERO GIANNINI prefiere utilizar la expresión *autonomía privada*, pues a su juicio el término *capacidad* no se adapta del todo a la estructura del Estado. Corso, ob. citada, vol. III, 1, págs. 37 y siguientes.

co. En consecuencia, estaría sometido al régimen especial elaborado por la doctrina y la jurisprudencia.³⁷

2) El contrato colectivo en el derecho moderno

El contrato colectivo de trabajo es una figura peculiar, esencialmente disímil del negocio de derecho privado. A estos efectos, se llama la atención a la concepción de DUGUIT, quien sostiene que el contrato colectivo es una convención-ley que regula las relaciones de dos clases sociales.³⁸ Los sostenedores de la tesis ponen de relieve asimismo la importancia de la figura en la época actual.

Si se acepta la concepción de DUGUIT, se observa una mediatización de los obstáculos esgrimidos para descartar la posibilidad de que la administración pueda regular la relación de empleo público mediante un contrato colectivo, pues dicha convención para el ilustre tratadista francés es una Ley. Ya se ha expresado que dicho profesor sostiene que de la misma manera que desaparece el derecho subjetivo del individuo en su forma más acentuada, desaparece el imperium del Estado, y por consiguiente, nada se opone a que ciertas leyes sean reglas establecidas por acuerdos pactados entre los grupos sociales y sancionados por los gobernantes.³⁹

Se sostiene, además, que la convención colectiva de trabajo es una figura de gran relevancia y que muchas legislaciones han establecido expresamente la utilización de la misma para determinar el régimen de la relación de empleo público. Los sostenedores de esta tesis señalan el caso de Noruega, país, donde el 18 de julio de 1958, se promulgó la *Ley sobre conflictos en el servicio público*. Este texto legal, en el decir del profesor

³⁷ Cfr. LUIS ENRIQUE DE LA VILLA, Los convenios colectivos en la administración pública, Revista de Administración Pública, N° 46, págs. 419 y siguientes, E. PERES BOTIJA, Los convenios colectivos administrativos, Gaceta del Trabajo, Buenos Aires, 1961, vol. II, N° 2, págs. 151-156, citado por DE LA VILLA.

³⁸ Cfr. RAFAEL ALFONZO GUZMÁN, ob. citada, tomo I, págs. 566 y siguientes, J. RAMÓN PARADA VASQUEZ, ob. citada, págs. 140 y siguientes.

³⁹ Cfr. ERNESTO KROTOSCHIN, ob. citada, págs. 279 y siguientes, RAFAEL ALFONZO GUZMÁN, ob. citada, tomo I, págs. 566 y siguientes.

PARADA VASQUEZ, constituye la expresión más avanzada de desarrollo del derecho sindical dentro de la función pública.⁴⁰

De lo expuesto se deduce que para esta postura la tendencia legislativa es admitir el contrato colectivo para regular la relación de trabajo que se establece entre la administración y sus empleados. Además del caso de Noruega, sostiene PARADA VASQUEZ, muchas otras legislaciones han regulado, aunque en forma menos amplia, el uso de la convención colectiva en la función pública.⁴¹

3) *La política de la Organización Internacional del Trabajo*

El tema de la contratación colectiva de trabajo en las administraciones públicas, ha sido objeto de un vivo interés por parte de la Organización Internacional del Trabajo, con sede en la ciudad de Ginebra.

Los sostenedores de la postura que se analiza hacen hincapié sobre las decisiones adoptadas por la indicada organización. Se trae a colación la convención N° 98, sobre el derecho de sindicación y contratación colectiva, aprobada en 1949.⁴² Las opiniones sobre dicho convenio son diversas. Para algunos se consagra expresamente el derecho de los empleados públicos a celebrar contratos colectivos, otros, en cambio, sostienen que esta no ha sido la intención de la convención.⁴³

En el citado convenio se establecieron tres artículos relacionados directamente con la materia. Los artículos 4°, 5° y 6°⁴⁴,

⁴⁰ J. RAMON PARADA VASQUEZ, ob. citada, pág. 143.

⁴¹ PARADA VASQUEZ, ob. citada, págs. 143 y siguientes.

⁴² Cfr. PARADA VASQUEZ, ob. citada, págs. 141 y 142, RAFAEL ALFONZO GUZMÁN, dictamen elaborado para la Oficina Central de Personal, Presidencia de la República, ZORAIDA M. DEFFENDINI R., Venezuela y los contratos internacionales del trabajo, Caracas, 1970, págs. 191 y siguientes.

⁴³ El profesor RAFAEL ALFONZO GUZMÁN se muestra partidario de la primera opinión. PARADA VÁSQUEZ y DEFFENDINI sostienen el criterio contrario. Cfr. obras y escritos citados.

⁴⁴ Nos parece conveniente transcribir el texto de las citadas disposiciones: *Artículo 4°* — Deberán adoptarse medidas adecuadas a las

que se han considerado normas programáticas o no operativas. Es decir, que deben ser desarrolladas, para hacer posible su aplicación, por los legisladores de los países que hubieran ratificado el convenio.⁴⁵ A esta conclusión llega el profesor RAFAEL ALFONZO GUZMÁN al analizar el contenido de las indicadas disposiciones.⁴⁶

Es conveniente señalar que durante los meses de abril y mayo de 1971, la Comisión Paritaria del Servicio Público de la Organización Internacional del Trabajo, al celebrar en Ginebra su primera reunión, tuvo oportunidad de tratar la cuestión de la contratación colectiva de los empleados públicos, al discutir el tercer punto del orden del día, o sea, el relativo a la *libertad de asociación y procedimiento en materia de participación del personal en la determinación de las condiciones de empleo en el servicio público*. La Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones y la Comisión de aplicación de convenios y recomendaciones de la citada conferencia, al analizar los

condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra parte, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo. *Artículo 5°* 1. — La legislación nacional deberá determinar el alcance de las garantías previstas en esta sección, en lo que se refiere a las fuerzas armadas y a la policía. 2. — De acuerdo con los principios establecidos en el párrafo 8 del artículo 19 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, la ratificación de este convenio por un miembro no podrá considerarse que menoscaba en modo alguno las leyes, sentencias, costumbres o acuerdos ya existentes que concedan a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la policía las garantías previstas en este convenio. *Artículo 6°* — El presente convenio no trata de la situación de los funcionarios públicos al servicio del Estado y no deberá interpretarse, en modo alguno, en menoscabo de sus derechos o de su estatuto.

⁴⁵ La categoría de las normas programáticas o no operativas ha sido precisada en la doctrina del derecho internacional público. Se contraponen a las normas que tienen el carácter self-execution. Cfr. El trabajo presentado por la Procuraduría General de la República en el Foro Nacional sobre Venezuela y la Integración Latinoamericana. Caracas, agosto de 1971.

⁴⁶ Dictamen elaborado por el profesor RAFAEL ALFONZO GUZMÁN para la Oficina Central de Personal, Presidencia de la República.

artículos 4º, 5º y 6º del convenio (Nº 98), estuvieron de acuerdo en distinguir entre los funcionarios directamente dedicados a la administración del Estado, que no podrían celebrar contratos colectivos, y las personas empleadas por el gobierno, por empresas públicas o instituciones públicas autónomas, que sí estarían asistidos de la facultad de suscribir convenios de trabajo.⁴⁷

De lo expuesto se observa, que en el seno de la reunión no existió un criterio preciso para analizar la cuestión de la contratación colectiva de los empleados públicos. En efecto, se toma en consideración una de las distinciones más tradicionales que se han hecho entre las personas que prestan servicios a la administración, es decir, la de funcionarios y empleados, actualmente abandonada por la doctrina.⁴⁸

4) *El criterio de otros organismos*

La interpretación que se ha hecho del artículo 6º del convenio 98, considerándose que los empleados públicos no pueden suscribir contratos colectivos, ha producido disímiles opiniones por parte de organismos que luchan por que reine la tesis contraria.

De manera concreta, la *Internationale des services publiques* se ha convertido en una de las más enfáticas defensoras del derecho de los funcionarios públicos a contratar colectivamente con la administración. El profesor PARADA VÁSQUEZ recoge en su obra las conclusiones de los congresos realizados en Munich, Bruselas y Stugart por la citada asociación, que merece la pena transcribir:⁴⁹

a) El principio de que un empresario, aunque sea el mismo Estado soberano, dicte unilateralmente las condiciones de trabajo del personal a su servicio, privando a las organizaciones profesionales del derecho a ejercer su función natural (la con-

⁴⁷ Organización Internacional del Trabajo, Comisión Paritaria del Servicio Público, Primera Reunión, Ginebra, marzo-abril de 1971. Informe de la reunión.

⁴⁸ Cfr. MASSIMO SEVERO GIANNINI, Corso, ob. citada, vol. III, 2, pág. 201 y siguientes.

⁴⁹ RAMÓN PARADA VÁSQUEZ, ob. citada, págs. 142 y 143.

tratación colectiva), es un principio contrario a las costumbres de nuestro tiempo y a la democracia.

b) La implantación del derecho de negociación en varios países democráticos prueba que es posible instituir unos procedimientos de negociación, de mediación y arbitraje que se compaginan con la soberanía y las prerrogativas del Parlamento.

c) Es paradójico y absurdo que el Estado, que impone al sector privado las obligaciones legales de negociación colectiva y conciliación, en su papel de empresario se lo niegue a sus propios trabajadores, los funcionarios.

d) El simple derecho de consulta no puede reemplazar el derecho de negociación que lleva consigo la imperiosa necesidad de transigir, de hacerse mutuas concesiones, de entenderse, de llegar a un acuerdo a través del recurso a las instituciones de mediación y de arbitraje, cuando fracasa la negociación directa.

e) La negociación evita el riesgo de la injusticia, del descontento funcional, las perturbaciones en el funcionamiento del servicio público y engendra la obligación moral del funcionario de una mayor dedicación al servicio y de una mayor adhesión a la organización sindical más apta para la defensa de sus intereses.

En relación con otras organizaciones, el profesor PARADA VÁSQUEZ manifiesta: el derecho de los empleados públicos a la contratación colectiva ha sido reclamado, además, por: a) la Federación Internacional de los sindicatos cristianos del personal de los servicios públicos, en un congreso realizado en Amsterdam, en 1956, b) La Unión internacional de sindicatos de trabajadores de la función pública y asimilados, en su reunión de Luipzig realizada en 1959 y c) la Internacional de P. T. T. (C. I. S. L.), en memorándum dirigido a la Oficina Internacional del Trabajo, de fecha 2 de febrero de 1960.

IV. UN ANALISIS OBJETIVO DE LA CUESTION

Un análisis objetivo de la cuestión de la contratación colectiva de los empleados públicos hace pensar que las posturas

examinadas constituyen dos posiciones antagónicas. De allí que sea necesario examinar el problema desde un ángulo diferente. En este nuevo análisis no debe hacerse abstracción absoluta de las razones expuestas por los sostenedores de las citadas tesis, sino que se tendrán en cuenta las partes positivas de las mismas, específicamente las que mayormente se vinculan a la estructura actual de las administraciones públicas.

a) PERSPECTIVAS ACTUALES DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS

En el examen del problema deben tenerse presente las perspectivas actuales de las administraciones públicas. La doctrina moderna considera errada la idea de querer vincular la administración única y exclusivamente a normas de derecho administrativo, manteniéndola, por lo tanto, ajena a los preceptos del derecho privado.⁵⁰ Por el contrario, la tendencia dentro de la organización administrativa es sustituir los instrumentos publicísticos, ya caducos, por mecanismos similares a los que utilizan los particulares en sus relaciones jurídicas. La flexibilidad de estos últimos ha predominado sobre la rigidez de los primeros, bajo la idea de que en esta forma las administraciones logran más cabalmente sus cometidos.⁵¹

La idea de que a la satisfacción de los intereses públicos se provea única y exclusivamente mediante mecanismos de derecho público no rige en la actualidad. Nada obsta para que en la construcción de una obra pública la administración expropie un terreno particular o suscriba un contrato de compra-venta con el propietario. En este último caso el órgano administrativo está utilizando un instrumento de derecho privado y la finalidad que se logra es la misma que si se hubiese puesto en práctica el procedimiento expropiatorio, esencialmente de carácter público. De allí que el derecho privado no sea una parcela extraña y ajena a la administración, pues la propia legislación positiva permite que instrumentos creados por los

⁵⁰ Cfr. las importantes consideraciones que hace MASSIMO SEVERO GIANNINI sobre la materia: Corso, ob. citada, vol. III, 1, págs. 10 y siguientes, 51 y siguientes, vol. III, 2, págs. 5 y siguientes.

⁵¹ GIANNINI, ob. citada, vol. III, 2, págs. 5 y siguientes.

particulares para reglar sus relaciones jurídicas sean utilizadas por el Estado en sustitución de procedimientos autoritarios.

Esta tendencia se ha puesto de manifiesto en la segunda mitad del presente siglo, cuando se han creado entidades públicas y órganos administrativos bajo la misma forma que algunos entes de derecho privado. El profesor GIANNINI al analizar el problema se refiere al variado esquema que podría hacerse entre las administraciones en atención a la autonomía privada y a la legitimación negocial de las mismas. En la realidad existe una complejidad institucional u orgánica, donde se encuentran comprendidas las más disímiles actividades. Nada obsta, en el derecho público actual para que una administración pueda utilizar un mecanismo de derecho privado al lado de uno de derecho administrativo.⁵²

La materia tiene enorme importancia por lo que respecta a la contratación colectiva. En efecto, de acuerdo con las consideraciones expuestas pueden existir administraciones que no tengan ningún inconveniente, sino que por el contrario ello sea aconsejable, en regular las relaciones con sus empleados en un contrato colectivo. De allí que habría que analizar en cada caso el régimen aplicable y la naturaleza de la entidad administrativa, que pueden ser de los más diversos dentro de la gama que la realidad presenta.

b) EL PROBLEMA ES DE DERECHO POSITIVO

Dentro de este orden de ideas la doctrina y la jurisprudencia han reflexionado. No puede pensarse en un régimen jurídico

⁵² En dicho esquema se incluyen las siguientes categorías: a) administraciones que solamente desarrollan actividad de derecho privado (la Banca Nazionale del Lavoro, l'Istituto per la Ricostruzione Industriale, l'Istituto Nazionale per l'Assicurazione), b) administraciones que desarrollan solamente actividad de derecho privado, pero con legitimación negocial limitada (l'Istituto Mobiliare Italiano), c) administraciones que desarrollan actividades de derecho privado y de derecho administrativo (administraciones que gestionan servicios públicos mediante *provvedimenti* amministrativi, de los cuales nacen obligaciones de derecho privado, administraciones que gestionan servicios públicos mediante instrumentos de derecho privado, pero adoptan actos administrativos en sectores diferentes). GIANNINI, Corso, ob. citada, vol. III, 2, págs. 5 y siguientes.

uniforme aplicable a una sola administración, sino que por el contrario, dentro de la gama de administraciones existentes resulta más plausible pensar en diferentes regímenes jurídicos. En tal virtud, es necesario rechazar posturas doctrinarias que resulten extremas.

Podría sostenerse que las razones que sirven de fundamento a la postura negativa no son aplicables a todas las administraciones públicas. Para un conjunto de entidades y órganos administrativos dichos motivos no constituyen verdaderos obstáculos para la contratación colectiva. Por el contrario, el contrato podría ser cónsono con la naturaleza, actividad y objetivo del ente.

De allí que se sostenga que el problema deba ser analizado a la luz del derecho positivo, es decir, habría que examinar el régimen aplicable a cada administración para poder determinar qué instrumentos puede utilizar para regular la relación de empleo público con sus empleados. Dentro de este análisis podríamos encontrarnos con los más variados procedimientos, desde el acto administrativo hasta el contrato de derecho privado.

Si se trata, por ejemplo, de una administración autoritaria, cuyas manifestaciones son reguladas única y exclusivamente por normas de derecho administrativo, con seguridad que regirían los principios de la postura negativa, considerándose que sólo es admisible el estatuto del funcionario dictado unilateralmente por el Estado. Si fuere, en cambio, una administración establecida en forma de empresa, dichos principios no se aplicarían absolutamente, pudiéndose acoger la postura positiva.

Este criterio ha sido deducido de la posición que sostiene el profesor de la Universidad de Roma, MASSIMO SEVERO GIANNINI. El ilustre tratadista analiza las dos tesis sostenidas por la doctrina tradicional para explicar la naturaleza jurídica de la relación de empleo público. Para los sostenedores de la primera tesis se trata de un contrato de obras y los de la segunda consideran que es una relación estatutaria que nace del acto adoptado por la administración para asumir el empleado.

Según GIANNINI, se trata de dos posiciones extremas, puesto que se fundamentan en que existe un sólo régimen aplicable a una única relación de empleo público. Por el contrario, son

múltiples las relaciones y dada la diversidad de las mismas son diferentes los regímenes aplicables. En tal virtud, es necesario analizar en cada caso el derecho positivo y concretamente, la naturaleza de la administración, el régimen de la actividad que desarrolla y el objetivo de la misma.⁵³

c) *INDIVIDUALIZACION DE LOS DIFERENTES TIPOS DE RELACIONES DE EMPLEO PUBLICO*

De acuerdo con el esquema trazado podríamos individualizar las posibles relaciones de empleo existentes en las administraciones públicas. El profesor GIANNINI manifiesta que la relación de empleo público no se desnaturaliza por el hecho de que se apliquen normas diferentes a las contenidas en leyes administrativas.⁵⁴

La primera relación de empleo público se encuentra regulada exclusivamente por el derecho administrativo. Dicha relación es peculiar de las administraciones cuya actividad constituya un quehacer imperativo. Se trata de una estructura orgánica a nivel nacional, provincial o local dotada de potestad administrativa, que al ser ejercida incide en la esfera jurídica de los particulares.⁵⁵ La relación de empleo público nace de un acto unilateral de la administración —generalmente denominado nombramiento—, mediante el cual el empleado entra automáticamente en una situación estatutaria ya prevista. En esta hipótesis no es admisible la contratación colectiva ni ningún otro instrumento diferente al estatuto.

⁵³ GIANNINI, ob. citada, vol. III, 2, págs. 201 y siguientes. Sería interesante consultar el capítulo III de esta obra: Il Personale, conjuntamente con el capítulo I, donde se trata lo relativo a la actividad administrativa de derecho privado. Cfr. igualmente en el vol. III, 1, el punto 84: Funzioni relative all' attività privata del'amministrazione, funzioni episodiche, así como el punto 92: L' autonomia privata dell' amministrazione pubblica, págs. 10 y siguientes y 51 y siguientes.

⁵⁴ GIANNINI, ob. citada, vol. III, 2, págs. 229 y siguientes, concretamente el punto: Altri tipi de rapporto di lavoro publico.

⁵⁵ ALESSI, ob. citada, vol. I, págs. 37 y siguientes. ZANOBINI, Corso di diritto amministrativo, vol. I, págs. 133 y siguientes. GIANNINI, ob. citada, vol. I, págs. 195 y siguientes y 233 y siguientes.

En segundo lugar existe una relación de empleo público regulada por normas diferentes, ajenas en su mayor parte al derecho administrativo. Se trata de aquellas administraciones de gestión económica o industrial, cuya actividad se desarrolla en concurrencia con los particulares, razón por la que se precisa cabalmente la autonomía privada y la legitimación negocial de las mismas.⁵⁶

El legislador para determinar el régimen aplicable a la relación de empleo público de estas administraciones remite al derecho privado o a la legislación laboral. La remisión puede ser total o parcial de acuerdo con la naturaleza, la actividad y el fin de la administración. Los derechos que estos regímenes establezcan que resulten incompatibles con la esencia de la relación de empleo público deben considerarse negados. La contratación colectiva en estos casos está permitida.⁵⁷

La tercera relación de empleo público se denomina contractual. En el decir de GIANNINI no tiene su origen en un acto de la administración, sino en un convenio. Se trata de un contrato tipo elaborado por la autoridad administrativa, al cual se adhiere el empleado.⁵⁸ En estos casos no se presentan mayores problemas, pues, además de ser una relación de empleo por tiempo determinado, relativamente corto, el régimen aplicable se establece en el propio contrato.

d) PARA CADA CATEGORIA DE EMPLEADOS PUBLICOS EXISTE UN REGIMEN JURIDICO

La conclusión sería que para cada categoría o tipo de empleo público existe un régimen jurídico, con arreglo al cual deben determinarse los derechos y deberes de los funcionarios.

De acuerdo con esta idea la tarea del intérprete debe consistir en analizar el derecho positivo para precisar la naturaleza

⁵⁶ ALESSI, ob. citada, vol. I, págs. 37 y siguientes. GIANNINI, ob. citada, vol. I, págs. 195 y siguientes y 233 y siguientes.

⁵⁷ La doctrina mayoritaria está de acuerdo en que debe considerarse negado el derecho de huelga. BREWER, ob. citada, págs. 89 y siguientes. SAYAGUÉS, ob. citada, vol. I, págs. 310 y siguientes.

⁵⁸ GIANNINI, ob. citada, vol. III, 2, págs. 234.

de la entidad administrativa, las características de su actividad y el objetivo de la misma. En esta forma se determinaría el régimen aplicable al tipo de relación de empleo público, y por consiguiente, será más factible saber si es posible utilizar la contratación colectiva.

Cuando el legislador remita al régimen previsto en una legislación especial la labor de interpretación será más sencilla. Si se trata de administraciones de gestión económica, empresarial o industrial nada obsta para que se pueda remitir a las leyes laborales, situación en la cual no existirá ninguna duda acerca de la posibilidad de que los empleados puedan hacer uso del contrato colectivo.

V.—EL DERECHO POSITIVO VENEZOLANO

Del examen de las disposiciones de nuestro derecho positivo se deducirá el régimen de la función pública, pudiéndose precisar por esta vía que categorías de empleados públicos pueden suscribir contratos colectivos con las administraciones para las cuales prestan servicios.

a) *La constitución.*

El constituyente venezolano al regular los derechos de la persona humana dictó una serie de normas relativas al trabajo. En los artículos 84 y siguientes de la Constitución se regula lo relativo a la sindicación, la contratación colectiva y el derecho de huelga, es decir, los tres instrumentos que, en el lenguaje de los especialistas en la materia, constituyen los pilares fundamentales del derecho laboral.⁵⁹

En las normas concernientes a la estructura del poder público, el constituyente estableció tres disposiciones relativas a los empleados de la administración pública, esto es, los artículos 122, 123 y 124 de la Constitución, en los cuales hace resaltar la especialidad de esta categoría de trabajadores.

⁵⁹ KROTOSCHIN, ob. citada, pág. 260.

El artículo 122 del texto fundamental impone al legislador la obligación de establecer la carrera administrativa mediante las normas de ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los empleados de la administración pública nacional. Este mandato constitucional se desarrolla en 1970 con la promulgación de la Ley de Carrera Administrativa, la cual ha sido a su vez reglamentada por el Ejecutivo Nacional.

La intención del constituyente venezolano puede ser objeto de dos interpretaciones: En primer lugar, que el régimen de carrera administrativa establecido por el legislador es aplicable a todas las categorías de empleados públicos, únicamente con las excepciones previstas en el texto legal dictado a este respecto. La segunda interpretación sería que el constituyente no quiso referirse a un solo texto legal que estableciera un único régimen, sino que al utilizar la palabra ley se refirió a legislación. En tal virtud, el régimen de los empleados públicos puede encontrarse en diferentes textos legales.

En nuestra modesta opinión, esta última interpretación es la que más se adapta a la realidad de nuestro derecho positivo y a los principios doctrinarios que rigen la función pública. De allí la necesidad de que sea adoptada como premisa fundamental del análisis que seguidamente será hecho.

b) *El artículo 124 de la Constitución.*

Una de las disposiciones más prolijas contenidas en nuestro texto constitucional es el artículo 124, que prohíbe que los empleados públicos puedan celebrar ningún tipo de contrato con la República, los estados, los municipios y demás personas jurídicas de derecho público para la cual presten servicios.⁶⁰ La norma juega un enorme papel por lo que respecta a la contratación colectiva.

⁶⁰ *Artículo 124.* Nadie que esté al servicio de la República, de los Estados, de los Municipios y demás personas jurídicas de derecho público podrá celebrar contrato alguno con ellos, ni por sí ni por interpuesta persona ni en representación de otro, salvo las excepciones que establezcan las leyes.

Esta disposición ha sido establecida para evitar que el funcionario público, valiéndose de su condición, pueda obtener provechos económicos contratando con la República. Se trata, pues, de una norma de sana administración establecida en beneficio de los intereses de las entidades públicas.⁶¹

El mayor problema consiste en determinar si la norma abarca los contratos colectivos, en los cuales las pretensiones económicas de los empleados son conocidas, ya que de concederse aparecerían insertas en el texto de la convención. Por otra parte, en el contrato colectivo lo que se regula es el status del funcionario frente a la administración, sus reivindicaciones, sus prestaciones sociales, etc. Es decir, que la intención del constituyente no concuerda con la naturaleza y la finalidad de la convención colectiva.

A nuestro juicio la norma es de interpretación restringida, ya que entenderla extensivamente sería contrariar la realidad, negándose la validez a contratos que a menudo se celebran entre la administración y sus empleados. Piénsese, por ejemplo, en el uso de los servicios de transporte colectivo, en la venta de viviendas que realizan institutos de derecho público creados con esa específica finalidad, en los contratos de préstamos entre bancos del Estado y empleados públicos, etc. En tal virtud, habría que tener muy presente la naturaleza del contrato y examinar si ésta se compagina o no con la finalidad del constituyente.

Por lo que respecta a los contratos colectivos podría pensarse que la norma ha excluido de la prohibición los casos permitidos por la Ley. En tal virtud, si el régimen aplicable a una determinada categoría de funcionarios permite la contratación colectiva el problema se encuentra solucionado.

c) *El régimen legal.*

Del análisis del régimen legal de los empleados públicos en Venezuela se deduce que existen diferentes categorías, a cada una de las cuales se aplican normas diversas.

⁶¹ Doctrina de la Procuraduría General de la República, 1970, págs. 109 y siguientes.

1) *Primera categoría.* La primera categoría comprende a los empleados de las diversas dependencias de la administración pública nacional, concretamente, de los ministerios que integran el Poder Ejecutivo, a los cuales se aplica única y exclusivamente la Ley de Carrera Administrativa. La única razón para que a algunos empleados de esta categoría no se aplique dicha ley, es que ésta misma lo disponga expresamente.⁶²

El citado texto legal constituye para esta categoría de empleados públicos el *Estatuto* que regula los derechos y deberes de los mismos.⁶³ Para estos funcionarios está prohibida la contratación colectiva, pues la ley no prevé esta posibilidad, lo que significa que el legislador quiso excluirla.

2) *Segunda categoría.* La segunda categoría abarca a los empleados de las entidades de naturaleza pública de la administración descentralizada, concretamente, de los institutos autónomos.

La doctrina sostiene que para determinar la publicidad de una persona jurídica deben analizarse una serie de notas o signos característicos, dentro de las cuales se señalan el origen de la entidad, la naturaleza y los caracteres de la actividad desarrollada, las prerrogativas de poder de que disfruta, los caracteres de la competencia, la ingerencia del Estado en el funcionamiento de las mismas y el carácter de los recursos financieros que utilizan, que se consideran fondos públicos. Cuando en un

⁶² El artículo 5º de la Ley de Carrera Administrativa establece: Quedan exceptuados de la aplicación de la presente Ley: 1) Los funcionarios al servicio del Poder Legislativo Nacional, 2) los funcionarios del servicio exterior amparados por la Ley del personal del servicio exterior y la Ley Orgánica del Servicio Consular, 3) Los funcionarios del Poder Judicial, del Ministerio Público y del Consejo Supremo Electoral, 4º) Los miembros de las fuerzas armadas en su condición de tales y de los cuerpos de seguridad del Estado, 5) Los miembros del personal directivo, académico, docente y de investigación de las universidades nacionales y 6) Los obreros al servicio de la administración pública nacional, contratados por ésta en tal carácter, de acuerdo a la Ley del Trabajo.

⁶³ La Ley de Carrera Administrativa constituye el Estatuto de las personas que participan en la *relación de empleo público por antonomasia*, que en el decir del profesor GIANNINI, se regula por normas de derecho público, Corso, ob. citada, vol. III, 2, págs. 209 y siguientes.

organismo esté presente un cúmulo considerable de estos índices se trata de una persona de derecho público.⁶⁴

Los institutos autónomos y demás establecimientos sometidos a un régimen de derecho administrativo ejercen una función pública al igual que la administración central. De allí que para todo aquello que no se prevea en el régimen especial dictado para regular la actividad de los mismos, rijan los principios de la administración pública. Por consiguiente, las prohibiciones derivadas de la situación estatutaria en que se encuentran los empleados de estos institutos, sólo pueden obviarse si el régimen especial lo permite expresamente.

En tal virtud, la regla para esta categoría de funcionarios es que están sometidos a la Ley de Carrera Administrativa, no pudiendo suscribir contratos colectivos de trabajo, salvo que el régimen del propio instituto lo permita expresamente.

3) *Tercera categoría.* La tercera categoría comprende a los empleados de determinadas entidades descentralizadas, algunas de naturaleza pública y otras de derecho privado.

⁶⁴ Doctrina de la Procuraduría General de la República, 1970, págs. 119 y siguientes. La Procuraduría ha sostenido: Las principales de dichas notas características son: a) El origen del organismo: Según que sea creado por un mecanismo de derecho público o de derecho privado, el ente será, respectivamente, persona pública o privada, b) La naturaleza de la actividad desplegada: Son personas públicas las que desarrollan una actividad que no podría ser ejercida por un organismo privado, d) Las prerrogativas de poder: El ente investigado será público si está dotado de alguna de las modalidades de acción, exorbitantes del derecho común, de que dispone la administración en el ejercicio de sus funciones, e) los caracteres de la competencia: Las personas públicas tienen una competencia definida y limitada por las leyes, están obligadas a cumplir la misión que esa competencia les demarca y su actividad, cuando ellas desaparecen deben ser reasumidas por el Estado, f) la ingerencia del Estado: El Estado ejerce el control de las personas públicas a través de diferentes mecanismos de tutela, cuya existencia va entonces pareja, generalmente con la de dichas personas, y g) El carácter de los recursos financieros. Los recursos de las personas públicas constituyen fondos públicos y están sometidos, por tanto, a las mismas reglas de contabilidad y manejo que estos últimos. Cfr. igualmente: MASSIMO SEVERO GIANNINI, Corso, ob. citada, vol. I, págs. 195 y siguientes.

En algunos casos se trata de personas de derecho público, en las cuales el legislador al regular la situación de los empleados al servicio de las mismas, remite expresamente a la Ley del Trabajo. Esto sucede frecuentemente con algunos institutos autónomos.

En caso de remisión total la posibilidad de la contratación colectiva no puede ponerse en duda; en la hipótesis de remisión parcial, en cambio, habría que analizar que derechos se confieren a los empleados, teniendo muy en cuenta el carácter del ente y la finalidad del mismo. El legislador, generalmente acostumbra enumerar los derechos previstos en la Ley del Trabajo que deben entenderse concedidos a esta categoría de empleados.

Dentro de esta categoría estarían incluidos, además, los empleados de las empresas del Estado, concretamente aquellas que se reputen de derecho privado. En estos casos se requiere una previsión legislativa que prohíba expresamente la contratación colectiva para que este derecho se entienda negado, pues dichas entidades se crean para desarrollar sus cometidos en un régimen de concurrencia con los particulares, razón por la cual prohibiciones inherentes a las demás administraciones, como la de la contratación colectiva, por ejemplo, se consideran injustificadas y dañinas.⁶⁵

d) *La Ley aprobatoria del convenio N° 98 sobre el derecho de sindicación y negociación.*

Es conveniente analizar la ley aprobatoria del convenio N° 98 sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva, aprobado por la Organización Internacional del Trabajo en 1949.⁶⁶

En el artículo 4° del citado convenio se establece el deber para los Estados de adoptar medidas adecuadas para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de trabajadores el pleno desarrollo y uso de procedimientos de nego-

⁶⁵ Cfr. Sobre las empresas del Estado: MASSIMO SEVERO GIANNINI, Corso, ob. citada, vol. I, págs. 222 y siguientes y 246 y siguientes. Véase igualmente: BREWER, Las empresas públicas en el derecho comparado, Caracas, 1967.

⁶⁶ Dicho convenio fue aprobado por ley promulgada el 6 de agosto de 1968. Gaceta Oficial N° 28.709 del 22 de agosto del citado año.

ciación voluntaria, con el objeto de reglamentar las condiciones de empleo mediante contratos colectivos. A juicio del profesor RAFAEL ALFONZO GUZMÁN, en este convenio, que forma parte de la legislación vigente en Venezuela, se establece expresamente el derecho de contratación colectiva para los empleados públicos.⁶⁷

La situación es dudosa por la forma como se encuentra redactado el artículo 6°: dispone que el convenio no trata de la situación jurídica de los funcionarios al servicio del Estado. Esta norma ha hecho pensar que la Ley aprobatoria del citado convenio (N° 98) no es aplicable a los empleados de la administración pública nacional, razón por la cual rige para ellos la prohibición de contratar colectivamente con la entidad empleadora.⁶⁸

En nuestra opinión, la intención del convenio fue la de incluir dentro de las previsiones del artículo 6° a los empleados del Estado. Sin embargo, se trata de una norma programática, aún no desarrollada por nuestro legislador, pudiendo sostenerse que la tendencia legislativa en nuestro país parece contradecir el convenio, pues en la Ley de Carrera Administrativa privó más bien la idea de negar el derecho de contratación.

De acuerdo con lo expuesto puede sostenerse que la Ley aprobatoria del convenio sobre sindicación y negociación colectiva no produce alteraciones en el derecho positivo venezolano en lo que concierne a la contratación colectiva de los empleados públicos.

c) *La costumbre administrativa.*

Sería interesante precisar si en Venezuela tiene aplicación la costumbre administrativa como fuente para la contratación colectiva de los empleados públicos, aspecto desde el cual habría que analizar la práctica seguida en algunas entidades de la administración descentralizada.

El profesor ZANOBINI manifiesta que la costumbre es una norma jurídica que no deriva de una manifestación de voluntad, sino de un comportamiento uniforme y constante practicado con

⁶⁷ RAFAEL ALFONZO GUZMÁN, Dictamen para la Oficina Central de Personal, Presidencia de la República.

⁶⁸ BREWER, ob. citada, págs. 87 y siguientes.

la convicción de que es obligatoria. El tratadista italiano distingue tres tipos de costumbre, *la interpretativa*, que tiene por objeto una materia ya regulada por la Ley y establece la forma en que el texto legal debe ser interpretado; *la costumbre introductiva*, constituye una norma primaria, ya que versa sobre materia para la cual no existe previsión legislativa (costumbre *secundum legem*), y *la abrogativa*, que hace cesar la eficacia de la Ley. Para ZANOBINI sólo las dos primeras pueden considerarse fuentes del derecho administrativo.⁶⁹

Si se considera que la costumbre, al lado de los actos normativos emanados de los poderes del Estado, es parte del ordenamiento vigente, podría pensarse que en algunas administraciones los contratos colectivos de trabajo tienen su origen en una *consuetudine* que en ellas rige. Ello será perfectamente posible, siempre y cuando no exista una norma legal o reglamentaria que prohíba la contratación colectiva, pues, de lo contrario, se trataría de una *costumbre contra legem* y bien es sabido que esta última no puede ser el fundamento de ninguna institución jurídica.

Un sector de la doctrina mantiene separada la costumbre de la práctica administrativa. Para ZANOBINI esta última constituye una conducta uniforme de algunas oficinas, que se observa porque se considera la más adecuada y oportuna en determinados procedimientos, pero que no tiene carácter obligatorio. A juicio del ilustre profesor italiano la práctica administrativa no obliga a la administración, sirve más que todo como fuente para determinar la responsabilidad disciplinaria (interna) de los empleados.⁷⁰

La costumbre como fuente de la contratación colectiva en la administración pública venezolana encuentra un obstáculo en el artículo 6º de nuestra Ley del Trabajo, que dispone expresamente que el citado texto legal no es aplicable a los empleados públicos. En tal virtud, tratar de aplicar en este caso la costumbre sería contrariar la citada Ley (costumbre *contra-legem*).

⁶⁹ GUIDO ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, ob. citada, vol. I, págs. 85 y siguientes.

⁷⁰ ZANOBINI, ob. y págs. citadas.

Por otra parte, la práctica seguida en algunas entidades de la administración descentralizada, las cuales han suscrito contratos colectivos con sus empleados, no puede considerarse como una costumbre administrativa capaz de obligar a la administración a celebrar en el futuro este tipo de convenio. En dichos entes nunca ha existido la convicción de que esta práctica es obligatoria, sino que se trata de casos esporádicos y no de un comportamiento reiterado y uniforme.

f) Conclusión

Por vía de conclusión puede manifestarse que la contratación colectiva de los empleados públicos en el derecho positivo venezolano se encuentra regulada por los siguientes principios:

1) Los empleados de la Presidencia de la República, órganos y oficinas auxiliares no pueden suscribir contratos colectivos de trabajo con la administración empleadora. A estos funcionarios se aplica la Ley de Carrera Administrativa.

2) Esta prohibición rige igualmente para los empleados de los diversos ministerios que integran la administración pública nacional. La Ley de Carrera Administrativa constituye para estos funcionarios el estatuto que define sus derechos y deberes, y a ella deberán acatarse mientras se encuentre vigente.

3) Dentro de los empleados de las personas jurídicas nacionales de carácter público es necesario distinguir dos categorías:

a) Aquellos a los cuales se aplica sin ninguna excepción la Ley de Carrera Administrativa. Entre estas entidades y sus empleados rige una relación de empleo regulada por normas de derecho público, contenidas en el citado texto legal. Para ellos, al igual que para los funcionarios de la Presidencia de la República, órganos y oficinas auxiliares y de los ministerios rige la prohibición de contratar colectivamente con los entes para los cuales presten servicios.

b) Existe un grupo de personas jurídicas nacionales de derecho público, cuyo régimen jurídico remite a la Ley del Trabajo, con arreglo a la cual se determinarían los derechos y

deberes de los empleados al servicio de las mismas. En estos casos la contratación colectiva debe entenderse permitida.

4) Por último, se debe manifestar que la contratación colectiva de trabajo debe considerarse como un derecho de los empleados de las empresas estatales de derecho privado. La relación de estas entidades con las personas que les prestan servicios es de derecho privado. De allí que nada se opone que puedan suscribir contratos colectivos de trabajo con estas últimas.

BIBLIOGRAFIA

1. ERNESTO KROTOSCHIN, Instituciones de derecho del trabajo, Buenos Aires, 1968.
2. RAFAEL ALFONZO GUZMÁN, Estudio analítico de la Ley del Trabajo Venezolana, Caracas, 1967.
3. MARIO GHIDINI, Diritto del lavoro, Padova, 1969.
4. FRANCESCO SANTORO PASSARELLI, Nozioni di diritto del lavoro, Napoli, 1969.
5. MASIMO SEVERO GIANNINI, Corso di diritto amministrativo, Milano, 1965-1967.
6. ENRIQUE SAYAGUÉS LASO, Tratado de derecho administrativo, Montevideo, 1958.
7. RENATO ALESSI, Instituciones de derecho administrativo, Barcelona-España, 1970.
8. GABINO FRAGA, Derecho Administrativo, México, 1955.
9. FERNÁNDO GARRIDO FALLA, Tratado de derecho administrativo, Madrid, 1966.
10. GUIDO ZANOBINI, Corso di diritto amministrativo, Milano, 1958.
11. RANDOLPH BREWER CARIÁS, El Estatuto del funcionario público en la Ley de Carrera Administrativa, Caracas, 1970.
12. GIULIANI FONROUGE, Derecho financiero, Buenos Aires, 1970.
13. J. RAMÓN PARADA VÁSQUEZ, Sindicatos y asociaciones de funcionarios públicos, Madrid, 1968.
14. LUIS ENRIQUE DE LA VILLA, Los Convenios colectivos en la administración pública, Revista de la administración pública, N° 46, 19.
15. Doctrina de la Procuraduría General de la República.

LA VIOLACION, LA HOMOSEXUALIDAD Y EL INCESTO EN DERECHO PENAL COMPARADO

Por

Fernando Pérez-Llantada, S. J.

INTRODUCCION

En la historia del Derecho Penal podemos distinguir, en cierta manera, tres etapas:

1ª—Hasta el siglo XVIII, el Derecho Penal coincide con la Teología Moral y con la Etica, en su contenido y rasgos dogmáticos fundamentales.

2ª—Desde el siglo XVIII hasta nuestros días, el Derecho Penal, poco a poco, pero con firmeza, se separa de la Etica; se seculariza, y se aleja de la Teología y de la Moral.

3ª—Actualmente, parte de los especialistas del Derecho Penal buscan moralizar y espiritualizar el Derecho Penal.

Creemos que permanecen fuera del dominio del Derecho Penal todas las conductas —si es que ha habido alguna— de los individuos que hacen referencia a sí mismos, sin relación alguna con otra persona. No hay duda de que en la ciencia moderna antropológica y sociológica toda conducta, desde algún punto de vista, lo mismo que cualquier actividad del hombre no puede ser considerada aisladamente. Siempre existe una relación, más o menos directa, más o menos externa, pero siempre apreciable, con el resto de la sociedad.

El hombre es un ser histórico: hace la Historia. Creado a imagen y semejanza de Dios Creador. Ha recibido la misión de vigilar y cultivar lo creado. Por lo tanto, es responsable de todo lo creado, del mundo y de él mismo; y tiene el deber de guiar este mundo y su propio ser hacia su desarrollo, a su plena realización.

La idea de historicidad, aunque relativamente nueva, es fundamental para poder comprender el tiempo en que vivimos y todas sus transformaciones, incluida la renovación de la moral.

Se puede descubrir, últimamente, que la moral también es obra histórica, fruto de la actividad humana, a través de los años. Al ser ciencia para la vida, lo es también ciencia de la vida, basada en la experiencia humana histórica. La moral no ha alcanzado todavía su perfección, ya que la historia no ha llegado aún a su perfección, y el hombre continúa inventando nuevas respuestas a los interrogantes eternos que le plantea su existencia con *otro* en el mundo.

Nuestro punto de vista es un hecho que los fenomenólogos han analizado y desarrollado casi hasta la saciedad: *el hombre existe en un mundo que le interesa y válido como un ser interesado y que valoriza*. Esta afirmación parece vacía. Sin embargo, está apuntando el fundamento de todos los valores y el dinamismo subyacente a toda actividad humana. El hombre es un ser relativo, *un ser relacional*: está orientado hacia el mundo e inserto en él. Por su actividad, el hombre asume el mundo y lo introduce en su existencia interesada. El mundo se le aparece, de repente, como interesante, válido y valorizable. Por una interacción, el hombre puede valorizarse, humanizarse, y valorizar, cultivar el mundo. Los primeros valores y los fundamentos de todos los otros valores son la existencia humana y el mundo. Provisionalmente estamos en un nivel bastante abstracto, pero no teórico. Toda la cultura, todas las actividades del hombre no son más que el ejercicio, la ejecución de este diálogo entre la existencia interesada y el mundo que le interesa, entre la existencia vivida como valor y el mundo vivido como válido y valorizable. Desde el momento en que la propia existencia es despreciada como absurda, el mundo y toda la vida pierden su sentido y su valor: ninguna relación, ningún encuentro, ningún objeto conserva ya más su valor. Un objeto, una intuición o un encuentro se nos hacen válidos en la medida en que nos ofrecen un perfeccionamiento, un alcanzar el valor primero, que es la existencia humana.¹ El mundo nos interesa y es válido en la medida en que permite al hombre encontrar

¹ WYLLEMAN, A., L'élaboration des valeurs morales, en Rev. Phil. de Louvain, 1950, pp. 239-246.

o construir todo lo necesario para elaborar una existencia más válida, más digna de la persona humana.

Los valores de la existencia y del mundo no se imponen desde el exterior como una coacción física. Hay que subrayarlo si queremos orientar la sensibilidad contemporánea, que es recalcitante a toda forma de heteronomía. Afirmamos, con todo derecho, que la existencia humana se impone de manera absoluta como el primer valor y como una misión que realizar en y por la interacción con el mundo. Estamos autorizados, igualmente, a afirmar que el mundo se impone, de manera absoluta, al hombre como su compañero inseparable, pero sin olvidar nunca que este diálogo activo es obra de la libertad y, por lo tanto, condicionado el buen querer del hombre, que se interesa por su existencia, que es consciente de su dignidad. El hombre, por estar dotado de razón, puede comprender sus necesidades, su apertura al mundo, *las posibilidades que le ofrece el mundo; el hombre, dotado de libertad, puede tomar la iniciativa de cultivar, de humanizar el mundo y a sí mismo, de manera responsable o irresponsable*.

Ley natural es el conjunto de conocimientos y orientaciones primeras que guían su ruta (del hombre). Pero el orden de los medios no está señalado en el fin que hay que alcanzar. Sólo aparece a través de una invención que da a la existencia un valor más rico. El fin no se nos da como un objeto que alcanzar, sino como un modo de existencia que exige siempre un nuevo contenido y, a la vez, más rico. El contenido será el fruto de una elaboración inventiva.²

¿Qué entendemos por valores morales? No es fácil definir con precisión lo que constituye, desde el punto de vista fenomenológico, la originalidad de la conducta humana. Sin embargo, se puede decir, en general, que nuestra conducta podrá ser calificada de buena o mala, desde el punto de vista moral, en la medida en que ella se presentará como un reconocimiento concreto y eficaz de la dignidad de la persona humana, o, si se quiere, del valor de la persona humana como totalidad.³

² WYLLEMAN, A., op. cit., p. 241.

³ DONDEYNE, A., Foi chrétienne et pensée contemporaine, Louvain, p. 193.

Los valores morales se distinguen de otros valores, biológicos, culturales, estéticos, sociales, religiosos, etc., por su carácter de *totalidad*: no se refieren a una u otra dimensión o nivel de la existencia, o a una de las relaciones (al mundo, al prójimo, El Otro) de la existencia humana, sino *la totalidad de la persona*. Ellos no constituyen, propiamente hablando, una clase especial al lado de los otros valores, sino que penetran y afectan *todas las conductas y todos los valores*. Esta característica se describe utilizando la expresión: valores formales. Toda actividad humana ("actus humanus") encarna uno o varios valores parciales —biológicos, sociales, religiosos, etc.—, y es, en esta realización, más o menos, personalizante, moralmente humanizante. *No hay actividad moral que no sea, al mismo tiempo, una actividad biológica, sexual, económica, artística, social o religiosa*. Siempre el valor moral de estas actividades depende del reconocimiento concreto y eficaz del valor de la persona humana como totalidad, por el ejercicio de esta actividad. Ya hemos manifestado que todo valor nos vuelve a la persona humana como ser autónomo e interesado. El primer interés fundamental del hombre es, precisamente, mantener y desarrollar su originalidad, su Yo, su integridad como persona. La persona humana no está terminada, no es perfecta. Tiene una tarea que realizar, una misión que cumplir, una llamada que seguir. El hombre fue confiado a sí mismo; él debe completarse, perfeccionarse, desarrollarse, humanizarse. La autorrealización se impone al hombre, no desde el exterior, sino desde lo más íntimo de sí mismo, como una exigencia intrínseca y natural. Aquí volvemos a encontrar la ley del hombre, la ley natural o la estructura fundamental y dinámica de este ser único que debe hacerse hombre.

"Bonum est faciendum": el bien, lo que es verdaderamente humanizante, no llegará solo, automáticamente, por la fuerza de las cosas o de la naturaleza; el bien debe ser hecho, realizado, por ese poder de inteligencia y de iniciativa que es la persona. Se comprende la oposición justificada de nuestros contemporáneos contra los términos mismos (ley, natural) por la cual los pensadores han formulado esta exigencia y esta tarea fundamental. El fin que el hombre debe fijar en y por todas sus actitudes y sus actividades, no es sino su perfección, la humanización más perfecta posible, la realización plena de su vo-

cación de hombre. Esta concepción no es arreligiosa o anticristiana. El hombre es, realmente, un ser con múltiples relaciones: su vocación de hombre, bien comprendida e integralmente asumida, supone también un reconocimiento del Dios trascendente y del Verbo Encarnado, y una disponibilidad ante las llamadas que le dirige este Dios Emmanuel a través de la creación y de la revelación. Esta autorrealización no debe confundirse con la posición farisaica del individualista, que pretende perfeccionarse él solo, sin la ayuda y apoyo de otros. Bien comprendida, la vocación del hombre exige también el encuentro benevolente con otras personas, el compromiso desinteresado para con ellos y con ellas, la inserción en las relaciones sociales diversas. El valor moral fundamental es la personalidad o la dignidad humana en sí misma. Quedaríamos en una concepción liliputiense si redujéramos la tarea moral del hombre al respeto puramente negativo de esta dignidad. Ella lleva en sí también una carga positiva y nunca plenamente realizada: la promoción activa, la plena realización de todas las virtualidades de la persona.

Según el nivel de existencia, el tipo de actividad o las facultades que intervienen, se pueden distinguir diferentes valores morales que se refieren, cada uno en su puesto, al reconocimiento concreto y eficaz de la persona como totalidad en las relaciones o tipos de actividad más específicos. El profesor DONDEYNE analiza así el respeto a la vida y a la muerte, el amor a la verdad, el amor y el sentido de la libertad, la constitución de una sociedad auténticamente humana; y añade que no pretende dar una descripción exhaustiva.⁴

A cada valor moral corresponde una virtud, que es la disposición permanente del hombre que se ha sensibilizado y formado en el valor. Así se puede hablar de la justicia como valor o como virtud. En el primer caso se tratará de un ideal por realizar; en el segundo, será una disposición habitual y adquirida de comportarse, a la luz de este valor.

La moral indica y justifica lo que el hombre debe hacer en orden a comportarse humanamente, dignamente, razonablemente. Ella es una sistematización y una reflexión crítica so-

⁴ DONDEYNE, A., op. cit., pp. 134-196.

bre la experiencia moral y refleja necesariamente el estado de elaboración de los diferentes valores morales que reclaman al hombre. Estos valores morales no aparecen, de repente, presentes en el espíritu humano en toda su extensión y con todas las implicaciones y consecuencias. Son, por lo tanto, a través de la historia, como polos de tracción o inspiraciones íntimas. No podemos seguir sin referirnos a la realidad y efectividad específica de los valores morales; la "ley inscrita en el corazón" del hombre es todavía una imagen, y es, en nuestros días, combatida tercamente; la razón principal está en que, ciertamente, es una concepción demasiado estática de esta ley moral fundamental, que no dejaría ningún lugar a la elaboración histórica por la creatividad del hombre libre. El contenido concreto de los valores morales ha sido precisado concretamente por el hombre en diálogo con el mundo, en solidaridad con las otras personas y en continuidad con el pasado. Recordemos el análisis de la elaboración de los valores vitales; los mismos valores, ellos mismos, se precisan. Actualmente tenemos una concepción más densa, más rica, más detallada de lo que es la justicia, por ejemplo. Esta concepción no es únicamente el fruto de una reflexión deductiva, a partir de una definición escolástica exacta y válida; "dare cuique suum": dar a cada uno lo suyo. Es el resultado de larga historia, en la que las conquistas técnicas, las estructuras económicas, las luchas sociales, el desinterés de los sabios y de los santos, el trabajo político y sindical, y otros muchos factores han contribuido a sensibilizarnos, en nuestra época, en forma más acentuada, a las exigencias y funciones de la justicia, y a crear instituciones y legislaciones sociales que encarnan, salvaguardan y favorecen, más que nunca, esta justicia.

Aquí no hablamos de la moral práctica, del nivel ético de cada individuo. Es probable que en la Edad Media o en el siglo XVIII, hubiera hombres que tuvieran un sentido de la justicia más delicado y despierto que la mayoría de nuestros contemporáneos. Pero nosotros solo abordamos aquí, únicamente, el "ethos", por el que comprendemos la idea que tenía una cierta época o una sociedad determinada, del contenido, de las exigencias y del orden jerárquico de los valores morales. Es cierto, por tanto, que el "ethos" es el resultado de una elaboración histórica, que actualmente está más desarrollado que

antaño, y que todavía no ha llegado al extremo límite de las virtualidades del ideal moral.

Aclaremos este hecho: cada época se forma una idea de la justicia —lo mismo que de las demás virtudes—, aunque, es cierto, algunas civilizaciones o algunas épocas, acentúan más determinados valores, y otros queden ocultos, o que se altere el orden jerárquico entre los valores. ¿Existen valores universales? ¿Cuáles son los valores universales que se imponen de manera absoluta al hombre de toda época y de cualquier condición?

Podríamos preguntarnos, igualmente, acerca de la ley natural: ¿podemos arriesgarnos a dar una definición de esta ley fundamental del hombre? *La ley natural es el conjunto de exigencias que impone a la libertad humana, la dignidad única e inalienable de la persona humana.* ¿Se dirá que esta definición no es concreta y que es necesario precisar sus exigencias? La objeción es válida, proceder por etapas para describir más explícitamente el contenido y para justificar la validez de sus exigencias. Rápidamente nos encontramos, entonces, sobre la ruta de la historia, lo relativo, lo provisional, lo condicionado.

En un primer acercamiento permanecemos, todavía, a nivel abstracto y universal. Todo hombre es un ser racional, capaz de comportarse razonablemente y responsablemente. El deber absoluto de cada hombre es seguir su "naturaleza", comportarse a nivel de sus posibilidades. Acentuemos la argumentación: el hombre puede, luego debe. Nobleza obliga. Si se refuta este razonamiento, es preciso dejar de hablar de obligación en sentido estrictamente moral.

Demos un segundo paso: todo hombre es esencialmente, por naturaleza, un ser relativo, un ser con relaciones. Sus relaciones con el mundo, con los otros, con la Totalidad, no son adornos accidentales, sino que lo constituyen en tanto que persona encarnada y forman parte integrante de su definición. Estas relaciones se imponen de manera absoluta; cada hombre debe, de una u otra manera, asumir y realizar activamente sus relaciones, bajo pena de deshumanizarse, de atrofiarse, de suicidarse. Cada hombre se las arregla como puede. Pero el deber moral exige que lo haga de manera responsable, reconociendo, eficaz y concretamente, su dignidad humana. Debe poner al mundo

a su servicio, jamás se hará esclavo de las cosas; debe respetar y promover al prójimo como a una persona, es decir, como un fin en sí mismo; debe reconocer sus límites y su dependencia frente a la Trascendencia o a la Totalidad. He aquí normas universales y absolutas. Poco precisas, imponen algunas grandes orientaciones que permitan evitar catástrofes, sin, por lo tanto, permitir una deducción a priori de reglas de conducta más precisas. Señalemos aquí el mismo razonamiento: el hombre es naturalmente (esencialmente) relación, por lo tanto se debe comprometer personalmente. Sus deberes no son necesidades físicas, sino obligaciones morales, ya que se dirigen como una llamada a la libertad, que puede rechazar la respuesta adecuada. Importa, pues, no equivocarse sobre el alcance del término "absoluto", y no olvidar jamás que las exigencias de la ley natural y fundamental se imponen a una libertad que puede neutralizar su fuerza moral, lo que viene, en cierto sentido, a hacerlas "hipotéticas".

Antes de descender más concretamente a las normas precisas que la conciencia moral ha elaborado a través de la historia, debemos detenernos un instante en esta conciencia moral como dato primero y fundamental. La extrema y desconcertante diversidad de concepciones y de aptitudes morales permanece incomprensible e inexplicable hasta que nosotros no aceptemos que el hombre es esencialmente un ser moral. Confusamente, implícitamente, el hombre, todo hombre, conoce su misión humana, su deber moral, y se inclina hacia su cumplimiento. Una visión moral, que es, al mismo tiempo, fundamental ("voluntas ut natura") e inteligibilidad fundamental ("lumen naturale") sostiene y explica toda esta historia increíblemente rica y diversa. Esta visión moral es innata y constituye al hombre en tanto que ser responsable. Exige una respuesta activa e histórica de la cual diseña los límites y las orientaciones más generales. La explicación de esta visión no es obra puramente histórica. La ley natural no nos permite razonamientos deductivos a partir de algunos principios que acabamos de exponer. La moral, en tanto que descripción sistemática y críticamente justificada de los valores y de las normas morales será, pues, necesariamente el resultado de una parte de esta visión moral, que es absoluta y universal, y de otra, de una elaboración histórica, contingente y provisional. Todos los sectores de la moral

muestran que la moralidad es una progresión siempre inacabada, comenzada y continuada por invenciones concretas e históricas.⁵

La obligación de respetar la dignidad humana en las diferencias sexuales del ser-con-otro es una norma absoluta, que se ha traducido, a través de los tiempos, por una moral sexual.

A pesar de todo, todas las conductas del individuo no entran en el campo del Derecho Penal, por dos razones: 1ª) sólo le interesan las conductas de valor negativo, y 2ª) solamente aquellas conductas cuyo disvalor traspasa un cierto límite (variable según las circunstancias del medio ambiente), y cuya represión trae cierta utilidad al bien común.

Aquí se emplea la palabra honestidad como sinónimo de moralidad sexual. A partir de esta concepción los delitos comprendidos bajo este título son hechos que afectan a la moralidad sexual. Por lo tanto, no todos los actos que constituyen una violación de la moralidad sexual —reconocida hoy día— son reprimidos por el Despacho Penal; el derecho penal tiene un campo mucho menos amplio que la moral, y en este aspecto particular de la vida sexual, no puede aspirar a imponer la observancia de todos los deberes proclamados por la ética moral, sino solamente aquellos cuya observancia es necesaria para la convivencia social ordenada. En el campo sexual, el Derecho Penal no puede —no es su misión— tender a la moralización del individuo, a alejarlo del vicio de la sensualidad; su actuación queda reducida a la represión de aquellos actos que lesionen gravemente los bienes jurídicos, individuales o colectivos y pongan en peligro la vida social.

DEFINICION

VIADA da su definición de delitos sexuales: aquellos actos impúdicos que, a la vez, atentan la moral y las buenas costumbres —tendiendo a perturbar el orden social, relajando los vínculos de la familia y ofendiendo el pudor con actos de grave escándalo o trascendencia—. Esta definición-descripción satisface

⁵ D'HOOGH, F., Fondement et élaboration de valeurs morales, Extrait des Collectanea Mechliniensia, 1964, N° 5, pp. 431-446.

las exigencias de la doctrina, a pesar de que podría ser sustituida ventajosamente por la que dé modernamente un penalista; para él sería: "los delitos contra la honestidad se integran en todos los actos agrupados por el legislador, teniendo en cuenta el móvil común de sexualidad reprochable".

HISTORIA

En el Derecho Romano, con el nombre de "iniuria adversus bonos mores" se castigaron, de maneras diversas, los actos libidinosos. La "Lex Iulia de adulteriis" castigaba a quien "sine vi vel virginem vel viduam honeste viventem stupraverit", pero no castigaba el concubinato, ni el comercio de prostitutas. La pederastia fue castigada durante la República, como una forma de "stuprum", pero no de manera excesivamente severa; sin embargo, el Derecho Justiniano aumentó la dureza de su represión, llegando, a veces, a la pena de muerte. El Derecho Germánico fue sumamente severo en aplicar penas a estos hechos. El Derecho Canónico desplegó una gran severidad para combatir los actos de sensualidad, y consideró ilícita toda unión extramatrimonial, penando la "fornicatio spiritualis"; las penas más severas fueron lanzadas contra la sodomía y la bestialidad, y hasta un simple beso ("osculum illecebrosum" fue castigado. El espíritu del Derecho Canónico influyó considerablemente en las leyes de muchos países, las cuales, hasta fines del siglo XVIII, mostraron en la represión de estos delitos la más total confusión entre moral y derecho.

Mientras que los países latinos, en general, abusaron de la antigua concepción religiosa que, en el campo sexual, confundía los ataques contra la moral y la religión y los dirigidos contra el derecho, en otros códigos y leyes, por el contrario, especialmente germánicos y anglo-sajones, profundamente influenciados por estas ideas, castigan la homosexualidad (el código alemán, etc.), y la bestialidad (el código alemán, húngaro, canadiense, etc.). Incluso en la publicación del código penal federal, en algunos cantones suizos, se castiga la unión extramatrimonial, la simple fornicación (en los códigos de Saint Gal, Lucerne, Graubünden, Obwalden, los dos cantones de Appenzell), el simple concubinato, incluso sin escándalo (Bassel, Lucerne, Schaffhausen, Graubünden, Obwalden, Berne, Glarus).

Rusia, país antireligioso, castiga, sin embargo, la homosexualidad por una ley del 7 de marzo de 1934.⁶

CLASIFICACION

Para la clasificación tomaremos la que se encuentra en el Código Penal español, ya que abarca el aspecto individual, familiar y social. Para este código uno de estos delitos constituye, de manera predominante, un ataque contra la libertad sexual, es decir, contra la libertad del individuo de disponer sexualmente de su cuerpo, como la cópula realizada a través de la violencia o la intimidación, los abusos deshonestos ejecutados con los mismos medios, la unión carnal con aquellas personas que no pueden dar su consentimiento, sea por su edad o por cualquier razón que excluya su libre consentimiento. Aquí se excluyen los delitos de violación y abusos deshonestos, el rapto contra la voluntad de la raptada y el estupro.

Otros delitos, del mismo tipo, constituyen principalmente una violación de la moral sexual familiar, en cuya base está el matrimonio. A este tipo de infracción corresponde el adulterio y el incesto.

Finalmente, otras infracciones se caracterizan, esencialmente, por atentar contra la decencia pública, en materia sexual, o por el escándalo que suscita la publicidad que los acompaña o por aquella que revela el conocimiento de su ejecución. A este grupo pertenecen los delitos de escándalo público (tanto los que ofenden el pudor o las buenas costumbres, como los relacionados con la explotación de la prostitución) y los de corrupción de menores.

LA VIOLACION

DEFINICION

VIADA la ha definido como un acceso carnal con una mujer contra su voluntad o sin ella. Este autor dice que la violación

⁶ CUELLO CALÓN, Eugenio, Derecho Penal (parte especial), T. II, 4ª ed., Barcelona, Ed. Bosch, 1946, pp. 484-485.

es un verdadero acto de barbarie; es, a la vez, un atentado atroz contra el honor de la mujer y contra su libertad; de aquí que siempre, y en todas las legislaciones, haya sido castigada con especial severidad.

“El elemento de la violencia, dice GUSMÃO, es el que caracteriza fundamentalmente el estupro. La violencia usada por el agente para neutralizar la resistencia eventual o real de la víctima, puede ser “efectiva”, “vis absoluta”, o “presunta”, “vis compulsiva”. La primera se caracteriza por el empleo inmediato y real de la fuerza en sentido estricto; la segunda es consecuencia de un conjunto de principios y motivos sociales, propiamente jurídicos y psicológicos que inducen al legislador a erigir e integrar como de violencia no sólo los casos en que se trata de una víctima de poca edad, sino también aquellos otros en que la víctima se halla *imposibilitada* de resistir; tanto en uno como en otro aspecto, la “necessitas imposita contraria voluntati”.⁷

HISTORIA

En el Derecho Romano, la unión sexual violenta con cualquier persona fue castigada por la “Lex Iulia de vi publica”, con la pena de muerte, según lo testimonia MARCIANO: “Praeterea punitur huius legis poena, qui puerum, vel foeminam, vel quemquam per vim stupraverit” (L. 3, 4, D. Ad legem iuliam de vi publica). Remontándonos, pues, a la época romana podemos analizar este delito. Estupro, “stricto sensu”, significaba el acceso carnal sin violencia, con una mujer virgen o con una viuda que gozaba de buena reputación, y como tal lo abordaba la “Lex Iulia de adulteriis”: “Vitium virgini vel viduae honesti viventi sine vi illatum”. Más tarde, hacia el final de la época de las Institutas, fue agregado al criterio del estupro, el empleo de la fuerza: “Stupro vi illatum”.

CHUVEAU nos dice que desde el Derecho Romano se castigó una especie de estupro: la seducción, en la que mediaban promesas o regalos, de una mujer que había tenido hasta ese momento su reputación intacta: “Stupri flagitium punitur cum

⁷ GUSMÃO (DE), Chrysolito, Delitos sexuales (traducción española de Manuel Osorio y Florit), Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, 1958, p. 106.

quis vi vel virginem vel viduam honesti viventi stupraverit”. Dicho autor afirma, también, que se castigaba a los culpables de seducción y dominación de muchachas menores de veinticinco años, con el fin de forzarlas al matrimonio sin saberlo sus padres, madres o tutores, delito que se denominó “raptus in parentes”, porque la seducción se hacía sin, o contra, el consentimiento de quienes debían darlo. GROIZARD afirma, igualmente, que en el Derecho Romano la seducción era ya el motivo determinante de la delincuencia en los delitos de estupro y de fornicación, y que por esa razón la mujer pública no tenía derecho a ser considerada como sujeto pasivo del delito. El mismo autor afirma, también, que no había castigo contra el estupro con una viuda, dado que la víctima de tal seducción tenía experiencia sexual. Por lo demás, a propósito de las viudas, otros textos opinan de diversa manera.

El Derecho Canónico consideró el “stuprum violentum” solamente en el caso de desfloración de una mujer contra su voluntad o sin ella; con una mujer ya desflorada, no se podía cometer tal delito. Con respecto a las penas canónicas, que eran las prescritas para la fornicación, no había nunca necesidad de aplicarlas, pues los tribunales laicos castigaban la violación con la pena de muerte.⁸

PAISES

ESPAÑA

El Fuero Juzgo castigaba al hombre que “ficiere por fuerza fornicio o adulterio contra la mujer libre”, y las Partidas y el Fuero Real le aplicaban también la pena capital. Con el Código de 1882 comienza a abandonar la severidad de la pena, aplicándose la pérdida de libertad; desde el Código de 1848, la

⁸ PUIG PEÑA, Federico, Derecho Penal (Parte especial), t. IV, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955, p. 25; CUELLO CALÓN, Eugenio, Derecho Penal (Parte especial), t. II, 4ª ed. Barcelona, Ed. Bosch, 1946, p. 486; MENDOZA, José Rafael, Curso de Derecho Penal Venezolano, t. VIII, Madrid, Gráficas “Letra”, 1965, pp. 39-40; PETIT, Eugene, Tratado elemental de Derecho Romano, Madrid, Ed. Saturnino Calleja, 1926, pp. 120-121.

violación ha sido abordada de manera semejante a la actual. Este Código eliminó la imprecisión de la definición del Código de 1822. Los códigos posteriores al de 1848 reproducen sus preceptos, que se encuentran todavía en el actual:

Art. 429: "La violación de una mujer será castigada con la pena de reclusión menor.

Se comete violación yaciendo con una mujer en cualquiera de los casos siguientes:

1° — Cuando se usare fuerza o intimidación.

2° — Cuando la mujer se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa.

3° — Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriera ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores".

ALEMANIA

Art. 176: I. — "Será castigado con pena de trabajos forzados de diez años como máximo:

1. — Todo individuo que, mediante violencia, haya cometido un acto impúdico con una persona del sexo femenino, o que, por amenaza de un peligro presente para su persona o su vida, la haya obligado a sufrir un acto de esta naturaleza.

2. — Todo individuo que haya sostenido abusivamente relaciones sexuales, fuera del matrimonio, con una persona del sexo femenino enajenada o privada de conocimiento o voluntad.

3. — Todo individuo que haya cometido un acto impúdico con una persona menor de catorce años o la haya inducido a cometer o a sufrir un acto de esa naturaleza.

II. — Si hubiese lugar a circunstancias atenuantes, se dictará una pena de seis meses de prisión como mínimo".

Art. 177: I. — "Será castigado con pena de trabajos forzados todo individuo que ya fuere por violencia o por amenaza de un peligro presente para su persona o vida, haya obligado a una persona del sexo femenino a tener con él relaciones sexua-

les fuera del matrimonio o que hubiere abusado de esa persona después de haberla privado, con tal objeto, de conocimiento o de voluntad.

II. — "Si hubiere lugar a circunstancias atenuantes, se dictará pena de un año de prisión como mínimo".

ARGENTINA

El artículo 119 del Código argentino castiga con reclusión o con pena de prisión de seis a quince años a aquel que haya cometido el acto sexual con una persona de uno u otro sexo, en los siguientes casos: 1° — Es preciso que la víctima tenga menos de doce años; 2° — Que sea débil de espíritu, que sea incapaz de resistir o inconsciente; 3° — O, en fin, que se la imposibilite para resistir, o se use de violencia o amenazas graves.

La primera y segunda hipótesis enunciadas abordan lo que la doctrina, tradicionalmente, ha considerado como casos de "violencia", presumida por la ley, por el hecho de que las víctimas carecen de lucidez mental, o la facultad física de consentir al acto sexual, o de expresar su rechazo; la tercera hipótesis aborda la violación propiamente dicha. Es interesante subrayar que el Código Penal argentino entiende por actos de violencia, igualmente el empleo de medios hipnóticos o narcóticos con el fin de aniquilar la resistencia de la víctima.⁹

ETIOPIA

La violación (art. 589) es castigada con reclusión de diez años, como máximo, en los casos ordinarios, y quince años, como máximo, cuando ha sido cometida con una menor de quince años o una persona que, por cualquier razón, esté bajo vigilancia, control o dependencia del inculpado, o, en fin, ha sido perpetrada por varios, obrando de consumo.¹⁰

⁹ BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, Francisco, Les infractions contre la famille et la moralité sexuelle en Argentine, *Revue Internationale de Droit Pénal*, Paris, Recueil Sirey, 1964, pp. 480-481.

¹⁰ GRAVEN, Philippe, La protection pénale de la moralité publique et de la famille en Ethiopie, *Revue Internationale de Droit Pénal*, Paris, Recueil Sirey, 1964, p. 734.

ISRAEL

Violación: Relaciones ilícitas con una persona del sexo femenino contra su voluntad, por el empleo de la fuerza o de amenazas de muerte o de graves daños corporales, o cuando la víctima está en estado de inconsciencia o, por cualquier razón, incapaz de resistir. Pena máxima: catorce años de prisión.¹¹

SUECIA

Todavía son objeto, en Suecia, de represión penal completa: la violación en todas sus formas de realización (violencia, amenazas, narcóticos, etc...)

Cuando existe violación o ataque a la libertad, la acción pública no debe, en general, intervenir obligatoriamente, a menos que la víctima formule queja dentro de los seis meses o si es necesaria por razones de orden público.¹²

SUIZA

Está castigado el atentado a la libertad sexual, en forma de violación o de atentado al pudor con violencias (art. 187 ss.) y el secuestro de una mujer para abusar de ella (art. 183, al. 3).¹³

BELGICA

Violación es el acto sexual cometido por un hombre con una mujer que no da su consentimiento. El elemento característico de este delito es el elemento material, la aproximación de sexos. Es preciso la introducción del miembro viril en las partes genitales de la mujer; un simple contacto no es sufi-

¹¹ COHN, Haïm, Les délits contre la famille et la moralité sexuelle en droit israélien, Revue Internationale de Droit Pénal, Paris, Recueil Sirey, 1964, pp. 813-814.

¹² SIMSON, Gerhard, Les infractions contre la moralité sexuelle en droit suédois, Revue Internationale de Droit Pénal, Paris, Recueil Sirey, 1964, pp. 963-964.

¹³ SCHWANDER, Vital, Les infractions contre la famille et la moralité sexuelle en droit suisse, Revue Internationale de Droit Pénal, Paris, Recueil Sirey, 1964, p. 980.

ciente. Por otra parte, no es indispensable que haya habido emisión de esperma. Desde el punto de vista médico-legal, no parece necesario que vaya acompañado de lesiones verificables del himen, si la víctima era virgen.

El artículo 375 del Código Penal precisa la definición de violación, al especificar las modalidades, según las cuales la ausencia de consentimiento de la víctima puede presentarse. La violación puede cometerse:

a) ya sea con la ayuda de violencias o de amenazas graves o por engaño. Es preciso señalar que estas violencias no deben consistir, necesariamente, en brutalidades en el momento de la ejecución del delito. Es suficiente que el consentimiento de la víctima haya sido viciado por coacción moral, a causa de la atmósfera de terror que el padre, autor del delito, haga reinar alrededor de la víctima, su hija de dieciséis años (Corr. Bruxelles, 9 mai 1962, Journ. Trib., 1962, p. 426);

b) ya sea abusando de una persona que haya perdido el uso de la razón:

— por enfermedad,

— o por la alteración de sus facultades (por ejemplo, enfermedad mental),

— o por una causa accidental (por ejemplo, embriaguez, sueño),

— o, en fin, por un artificio cualquiera (por ejemplo, narcótico o hipnosis);

c) ya sea abusando de una menor de 14 años. Las relaciones sexuales con una niña menor de esta edad serán consideradas siempre violación por la ley, aunque ella consienta totalmente (art. 375, alinéa 4).

La violación cometida con una mujer mayor es castigada con la pena de reclusión (5 a 10 años). Esta pena se aumentará si confluye una de las circunstancias agravantes:

1.—La minoría de edad de la víctima —menos de 21 años, de 16 años, de 10 años—. Si la menor tiene menos de 10 años, la pena será de trabajos forzados a perpetuidad, lo que trae como consecuencia que el crimen escapa a la competencia de

los tribunales correccionales y debe ser remitido a la corte de jurados. Hay que señalar, sin embargo, que esta hipótesis es rarísima. Semejante hecho, perpetrado sobre una niña tan joven, será calificado, de ordinario, como tentativa de violación; la medicina legal no encontrará ningún indicio de lesión del himen y, además, habrá imposibilidad material de cometer el delito, a causa del desarrollo físico de la víctima.

2.—La muerte de la víctima (como consecuencia del atentado mismo o si la violación ha originado un embarazo, sin vialidad). La pena de trabajos forzados de 15 a 20 años, prevista para este caso, será reemplazada por la de trabajos forzosos a perpetuidad, si la víctima tenía menos de 16 años.

3.—La calidad del autor (ascendiente, instructor, funcionario, etc...., siguiendo la enumeración del artículo 377 del Código Penal).

4.—La pluralidad de ejecutantes. El hecho es penado más severamente si dos o varias personas han cooperado directamente en su ejecución.¹⁴

FRANCIA

Atentados violentos. Son aquellos que entrañan o pueden entrañar un atentado a la integridad física de la víctima. El autor impone a la víctima, por coacción, que se preste a percepciones sexuales que pueden producir un daño físico, o, por lo menos, un traumatismo psicológico.

Estos actos son castigados cuando la víctima es una persona humana (la bestialidad no es castigada si no conlleva un ultraje público al pudor).

Así la violación y el atentado al pudor con violencia. Estas infracciones son castigadas más severamente cuando son cometidas en una víctima menor de quince años, o cuando el culpable es un ascendiente de la víctima. La misma agravación no existe

¹⁴ DECLERCQ, Raoul, Les infractions contre la famille et la moralité sexuelle en droit belge, Revue Internationale de Droit Pénal, Paris, Recueil Sirey, 1964, pp. 514-515.

cuando se trata de otros miembros de la familia, descendientes o colaterales.

Se puede catalogar en la categoría de los atentados violentos el ultraje al pudor, que el artículo 330 castiga solamente con prisión de tres meses a dos años y multa de 500 a 4.500 Fr. F. Pero no hay circunstancias agravantes en el caso en que la infracción ha sido cometida entre miembros de una misma familia (en algunos casos, tal comportamiento de los padres podría constituir la provocación de los menores a la corrupción).

En el caso en que el ultraje público al pudor ha consistido en relaciones "contra natura" con un individuo del mismo sexo, incluso mayor de edad, la pena es más alta (art. 330, al. 2, prisión de seis meses a tres años y multa de 1.000 a 15.000 Fr.).¹⁵

YUGOESLAVIA

Existe, primeramente, un grupo de infracciones que castigan la falta de consentimiento de la pareja o el hecho de que el consentimiento, que se ha dado, no tenga valor. La voluntad de los que realizan un acto sexual debe ser manifestada de manera aceptable por la sociedad.

En este grupo de infracciones está comprendida la violación, es decir, el hecho por el cual un hombre obliga a una mujer a realizar el acto sexual (art. 179 C. P.). Según el Derecho yugoeslavo, existe una clase de mujeres que no pueden ser víctimas de violación. Si un hombre obliga a una mujer, con la cual vive en comunidad conyugal, a realizar el acto sexual, no es castigado como violación. La brutalidad en las relaciones sexuales entre cónyuges puede tener el carácter de una infracción en el caso en que uno de los cónyuges ocasione al otro golpes o heridas graves.

La violación, en el sentido técnico de la palabra, no existe tampoco en el caso en que la coacción ha sido dirigida contra una persona del sexo femenino, que no haya alcanzado la edad de catorce años cumplidos.

¹⁵ LEVASSEUR, Georges, Les infractions contre la famille et la moralité sexuelle en France, Revue Internationale de Droit Pénal, Paris, Recueil Sirey, 1964, pp. 780-781.

Dado que la esencia de la violación consiste en el hecho de que el acto sexual haya sido realizado contra la voluntad de la víctima, la resistencia de la víctima debe ser la manifestación de una oposición real; no debe ser ficticia. Por razones de tipo psicológico y social, e incluso biológicas, pueden surgir graves dificultades en cuanto a la administración de la prueba en este caso. A diferencia de algunos derechos anglosajones y de derechos que estaban en vigencia en algunas regiones yugoeslavas hace tiempo, el derecho procesal penal y yugoeslavo actual no contiene reglas de prueba en esta materia. El hecho, para la víctima, de haber llevado una vida de estupro, no tiene, en derecho yugoeslavo, ningún papel. La violación puede ser cometida también contra una mujer que vive en la promiscuidad o que se prostituye.¹⁶

ESTADOS UNIDOS DE AMERICA

La violación estatutaria es la ofensa de las relaciones sexuales con una persona del sexo femenino o con un menor, sin edad de discernimiento ("age of consent"), sin que importe el efectivo consentimiento de la víctima. La violación forzada, las relaciones sexuales son contra la voluntad de la víctima.

Aunque las leyes de los Estados Unidos difieren mucho en lo concerniente a sus disposiciones, en todos los Estados la violación legal es considerada como una ofensa seria, que merece ser castigada con penas severas, aunque, en general, menos graves que las aplicadas a la violación forzada. La edad de discernimiento varía de 10 a 21 años, donde el límite de edad de 16 a 18 años es el más corriente. Las penas varían desde prisión de algunos años hasta 5, 10, 50 años, e, incluso, de por vida. En muchos Estados falta diferenciación entre las experimentaciones sexuales entre adolescentes y los casos en que un hombre adulto tiene relaciones con una muchacha muy joven.

Los autores estiman que las condiciones que deben cumplirse en el hombre son: que tenga, por lo menos, cuatro años más

¹⁶ DAMASKA, Mirjam, Les infractions contre la moralité sexuelle en droit yougoslave, Revue Internationale de Droit Pénal, Paris, Recueil Sirey, pp. 1013-1014.

que la joven y que haya corroboración, y el constreñimiento en el caso en que ya anteriormente la joven se haya juntado con otro, serían, en algunos de los Estados americanos, las multas altamente deseables de introducir en las leyes existentes.

En el parágrafo 213.3 del Código Penal Modelo, la ofensa de violación estatutaria se encuentra clasificada como "corrupción de menores". Las distinciones se basan en la edad de las partes y en la castidad o promiscuidad anterior de la "víctima". Para tales casos, la vía procesal está abierta ante los "juvenile or family courts", cuando se quiere ayudar a la víctima, más bien que castigar al culpable.¹⁷

LA HOMOSEXUALIDAD

DEFINICION

Desviación del apetito sexual hacia el mismo sexo (ROGUES DE FURSAC).

HISTORIA

El problema de saber si es preciso prevenir y reprimir penalmente la homosexualidad ha sido objeto, y lo es todavía, de numerosas investigaciones y discusiones.

El problema es particularmente delicado, pues presenta aspectos clínicos y patológicos, sociológicos y de política criminal, y las conclusiones jurídicas no pueden ser más que el resultado y la síntesis de estas premisas.

Esto ha sido demostrado por el examen histórico y etnológico del fenómeno.

Desde la Antigüedad, la homosexualidad ha sido de diversas maneras considerada, hasta tal punto que las formas más severas

¹⁷ FOSTER, Henry H., and FREED, Doris J., Les infractions contre la famille et la moralité sexuelle, Resumes de rapports du Neuvième Congrès Internationale de Droit Pénal à La Haye, 1964, pp. 33-34.

de represión se han alternado con la indiferencia legislativa más absoluta.

Un pasaje del Levítico, XX, 13, así concebido: "Si alguien se acuesta con varón como se hace con mujer, ambos han cometido abominación: morirán sin remedio; su sangre caerá sobre ellos", nos revela indirectamente que este vicio estaba muy extendido y que antes de la legislación mosaica no estaba castigado. Según la Biblia, las ciudades de Sodoma y Gomorra fueron destruidas por la inmoralidad de vida de sus habitantes, por su degeneración y por la perversión sexual en que estaban sumidos.

La época de mayor prosperidad de la Grecia antigua, fue testigo de la expansión de la homosexualidad, que fue considerada como legítima por los hombres de Estado, los artistas, los poetas, los filósofos.

El Derecho Romano, en tiempo de Justiniano, la homosexualidad se castigaba a título de delitos contra la castidad, y en tiempo de los emperadores cristianos se la castigó con la pena de muerte. A partir del Emperador Constantino, el cristianismo, que iba adquiriendo una influencia considerable en la vida del Estado, va a estar en el origen de una represión de la homosexualidad, que no cesaría de acentuarse.

En la Edad Media, bajo la influencia de la Iglesia, la homosexualidad fue castigada con penas muy graves. La condena a muerte estaba acompañada de la destrucción del cadáver y de otras penas.

En Francia, la jurisprudencia dimanada de las "Capitulaires de Saint Louis" y, en España, de la "Constitutio Criminalis Carolina" y de las "Partidas y Recopilaciones" preveía la pena de muerte en hoguera para quien se haya declarado culpable de este crimen.

Hasta principios del siglo XIX estas penas, especialmente duras y severas, continuaron penando lo que se llamaba "crimen contra natura". En el Código Penal de los Países Bajos, por ejemplo, que entró en vigor en 1809, los artículos 326 y siguientes castigaban todavía con pena que podía ir hasta la muerte en horca, a quien se dedicara a esta perversión sexual.

El Código Penal francés de 1810 es el primero que rompe sobre este punto con el pasado y no cataloga como infracción la homosexualidad. Esta innovación fue tomada por todas las legislaciones que recibieron su influencia.

¿Por qué el legislador francés toma esta actitud? La respuesta se encuentra en las modificaciones profundas de principios que, después de la Revolución Francesa, iban a gobernar las relaciones entre la autoridad y los ciudadanos, la colectividad y el individuo, para dar nacimiento a la doctrina liberal.

Hoy día, la homosexualidad es considerada como una infracción en numerosos países. Mientras en el Estado de Nevada y de Nueva York en los Estados Unidos, se puede aplicar respectivamente la cadena perpetua o prisión de treinta años en todos los casos de relaciones sexuales "contra natura", el mismo delito, en California, es castigado con quince años de prisión, y la bestialidad con diez años. Esto para que veamos, dentro de un país, la diferencia de criterios.

Algunos países europeos, como Italia, Francia, Bélgica, España y Portugal, no consideran la homosexualidad y la sodomía como un delito en sí, sino que los castigan cuando forman parte de una infracción contra la moralidad pública y las buenas costumbres (actos obscenos cometidos en público, violencia carnal, actos de corrupción cometidos con violencia).

Algunos países, como Yugoslavia, Alemania y Noruega, sólo castigan la homosexualidad masculina.

Algunos países, como Grecia, Polonia, Suiza e Islandia, no hacen distinción en cuanto al sexo, pero exigen que el vicio esté acompañado de un deseo de lucro. Esta disposición parecería más para castigar la prostitución homosexual que la homosexualidad en sí.

La homosexualidad está castigada sin condición y sin distinción de sexo, en Finlandia, en Dinamarca, en Austria, en Bulgaria.

Conviene señalar una reglamentación particular: la del Código Penal soviético, primero, porque es reciente (27 de octubre de 1967, y segundo, porque es original. El artículo 121 del Código Penal ruso no prevé más que la homosexualidad mas-

culina, la cual castiga con pena de detención hasta de cinco años, que puede prolongarse hasta ocho, si el hecho ha sido cometido con violencias o amenazas contra un menor o con abuso de autoridad. Este artículo se sitúa entre los delitos "contra la vida, la salud, la libertad y la dignidad personal", al lado del homicidio voluntario, de las lesiones corporales, del contagio venéreo, del aborto, de la violencia carnal, de la corrupción de menores, de las violaciones de las obligaciones alimenticias y de la asistencia familiar, etc.¹⁸

DOCTRINA

La opinión de JESCHECK según la cual hay actos sexuales (en particular, la homosexualidad) "que en sí son insoportables por la sociedad y no pueden ser tolerados porque desprecian el orden natural y no tienen ninguna relación con el sentido natural de la sexualidad", no puede ser enteramente compartida por nosotros —dice BLAU—, salvo en lo que se refiere, en rigor, a la sodomía con animales que vejan la dignidad humana, y el incesto. La ciencia sexual ha relativizado, en su campo, la noción de "orden natural"; razonamientos estéticos y emotivos no son base suficiente para establecer la penalización. Por lo demás, estas nociones no están solamente sujetas a un cambio histórico, sino que supone, además, un código de moralidad sexual actual y principios netos de la ética sexual que, precisamente hoy día, escasean.¹⁹

En lo concerniente a la impudicia entre adultos del mismo sexo, es preciso, sin embargo, admitir que es susceptible, si es practicada entre personas de sexo masculino (contrariamente al amor lesbiano, no reprimido en Alemania), de producir efectos destructivos para la sociedad, y esto también en los casos en que no conlleve —lo que desgraciadamente es muy frecuente—

¹⁸ PISAPIA, Gian Domenico, Les infractions contre la famille et la moralité sexuelle, Paris, Cujas, 1964, pp. 56-57. MASSION-VERNIORY; R. CHARLES, Aspects médico-psychologiques, sociaux et juridiques de l'homophilie, Revue de Droit Pénal et de Criminologie, Palais de la Justice, Bruxelles, 1957-1958, pp. 286-287.

¹⁹ BLAU, Günther, Les infractions contra la famille et les moeurs en droit Allemand, Revue Internationale de Droit Pénal, Paris, Recueil Sirey, 1964, p. 427.

rasgos pederásticos: ella tiende a la promiscuidad desnaturalizada y, de hecho, favorece casi siempre la calamidad, yendo a la par con una criminalidad polítropa, de los jóvenes que se dedican a la prostitución. Además, favorece la formación de pandillas, y entraña, a veces, en lo tocante a la vida profesional, un proteccionismo malsano cuya dinámica puede ser difícilmente apartada.

Precisamente, esta manifestación socialmente indeseable, de la homosexualidad masculina es difícilmente combatible por medios represivos; muchas veces, por el contrario, se la favorece. Son castigadas por disposiciones penales contra la homosexualidad entre adultos las relaciones homosexuales que se desarrollan en la intimidad, que no afectan a la sociedad y que pueden, incluso, si conllevan, por excepción, relaciones permanentes, revestir un carácter socio-constructivo y, de hecho, impedir un deslizamiento hacia la pederastia o la prostitución homosexual.

Por otra parte, la ineficacia de medidas represivas dentro de una prevención especial o general, se opone al castigo. La expiación de una pena privativa de libertad en un establecimiento penitenciario exclusivamente reservado a los homosexuales intensifica el vicio homosexual y, con frecuencia, la actividad homosexual.

Todas las medidas penales, sin embargo, suponen, en Alemania, infracciones homosexuales de una gravedad correspondiente (en particular la seducción permanente de menores). La homosexualidad practicada, con consentimiento mutuo, entre adultos no es perseguida como delito autónomo por el Ministerio Público, a pesar del principio de legalidad, que se encuentra, por lo tanto, limitado por los artículos 153, 154c C. P. P., que prevé el no tener lugar.²⁰

La doctrina sostiene que la ausencia de intervención del Estado puede ser un elemento de difusión de este vicio, porque, además, hay numerosos factores exteriores que pueden tener una acción concomitante. El desinterés de la ley penal no se justifica con la afirmación de que el Estado no puede castigar

²⁰ BLAU, Günther, op. cit., pp. 428-429.

un vicio.²¹ Por el contrario, el derecho penal no debe solamente proteger la libertad de los individuos, sino también los factores antisociales y el vicio cuando se trata de la degradación del que lo padece y pervierte también el instinto sexual, y, en definitiva, la procreación.²²

Las investigaciones más recientes hechas por los psicopatólogos han permitido establecer que la predisposición atávica y constitucional era una excepción. "No se ha podido establecer con certeza, hasta ahora, la existencia de factores hereditarios, en el sentido estricto de la palabra, en la homosexualidad. Existe, por el contrario, indicaciones en cuanto a la existencia de factores hereditarios susceptibles de ocasionar un desarrollo homosexual en ciertas condiciones favorables".²³

"Los trabajos de KINSEY y de otros prueba que los factores genético y endocrino no pueden ser más que secundarios. Es preciso que una causa diferente y más vigorosa actúe, causa que nosotros creemos es de orden psíquico".²⁴

Según estas teorías, el factor endógeno representa solamente un valor de disposición genérica de tipo psicopático, pero el mayor influjo lo tienen los factores exógenos y ambientales.

En este campo social y jurídico es preciso examinar la influencia que este vicio puede tener sobre la perversión de menores. Y esto es muy importante en el campo social, no solamente por el fenómeno mismo, sino también porque en la base de muchos delitos cometidos por menores se dan hechos de perversidad sexual.²⁵

²¹ MANZINI, Vincenzo, Trattato di diritto penale, vol. VII, Torino, Editrice Torinese, 1963, pp. 280 y s.

²² MESSINA, L'omosessualità nel diritto penale, en *Ulisse*, fasc. 18, p. 63.

²³ OVERING, A., Aspects psychiatriques, "Homosexualité, France, Maison Mame, 1967, p. 64.

²⁴ ALLEN, Dr. Clifford, Les déviations sexuelles, Paris, Payot, 1963, p. 201.

²⁵ PISAPIA, Gian Domenico, op. cit., pp. 58-59.

PAISES

ITALIA

En Italia hay que recordar que el Código italo-sardo de 1859 clasificaba este delito entre los delitos "contra natura".

Ninguna alusión a este problema se encontraba en el Código Penal italiano de 1899, ni en el de 1931. El informe ministerial sobre el proyecto de Código Penal (II, p. 314) hace alusión a la proposición contenida en el proyecto preliminar según la cual la infracción de "relaciones homosexuales" sería prevista cuando, abstracción hecha de los casos de violencia carnal o de actos de corrupción, este hecho hubiera entrañado un escándalo. El texto añadía que este vicio estaba poco extendido en Italia y que parecía no justificarse la intervención de la ley.²⁶

El 22 de enero de 1960, un proyecto de ley fue presentado a la cámara de diputados italiana, con la iniciativa de un grupo político de extrema derecha, que tenía como fin la represión de la homosexualidad. Según este proyecto, la homosexualidad debería constituir un nuevo género de delito e incluirse en el título IX, capítulo II de la parte especial del Código Penal italiano, donde están previstas sanciones para las ofensas al pudor y al honor sexual. Quienquiera que tenga relaciones sexuales con personas del mismo sexo debería ser castigado con una pena de reclusión de seis meses a dos años y una multa. Se prevé también que la pena se aumente cuando un escándalo público es consecuencia del hecho, como también el caso en que la actividad homosexual fuera realizada con menores de diez y ocho años.

La importancia y gravedad de estos hechos evidentes, sobre todo si se considera que, tradicionalmente, Italia como en Francia, la homosexualidad no ha sido abordada como merecedora de una represión penal y que en los países latinos —puede ser,

²⁶ PISAPIA, Gian Domenico, op. cit., p. 58.

más que en otros tiempos— la opinión pública se ha mostrado particularmente tolerante hacia esta anomalía sexual.²⁷

ESPAÑA

No está tipificada en el Código Penal. Solo se la persigue y castiga cuando produce escándalo público (art. 431), o cuando concurren estos dos factores: acto inmoral (“contra natura”) y escándalo grave. Si falta esta segunda circunstancia, la conducta inmoral, aunque reprobable en conciencia, no entra en el dominio del Derecho Penal. Este artículo protege, como un bien jurídico, los sentimientos morales de la sociedad, atacados cuando el acto ha tenido cierta importancia al ejecutarse, o bien, cuando ha sido conocido y difundido; el sujeto pasivo afectado es la colectividad, a causa de la gran perturbación producida en los que llegan a conocer el acto que implica un gran contagio inmoral (S.S. 19 mayo 1960, 6 mayo 1961, 8 noviembre 1961, 27 enero 1962, 7 marzo 1963, 30 setiembre 1963, 26 noviembre 1963).

En la ley de vagos y maleantes, este estado tampoco estaba incluido, antes de su modificación del 15 de julio de 1954. A partir de entonces, según el artículo 2º: ... Podrán ser declarados en estado peligroso y sometidos a medidas de seguridad de la presente ley... los homosexuales, rufianes y proxenetas; y según el artículo 6º, parágrafo 2º: a los homosexuales... las medidas siguientes serán aplicadas con el fin de que las cumplan una detrás de otra:

a) Internamiento en un establecimiento de trabajo o una colonia agrícola. Los homosexuales sometidos a esta medida de seguridad deberán ser llevados a instituciones especiales y, en todo caso, aislados absolutamente de los otros.

b) Prohibición de habitar un lugar determinado o un cierto territorio, y obligación de declarar su domicilio.

c) Sumisión a la vigilancia de los delegados.

²⁷ MORSELLI, Elio, Récentes tentatives en vue de la répression légale de l'homosexualité en Italie et en France, Bulletin de la Société Internationale de Criminologie, 1961, p. 385.

La nueva Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social, recoge prácticamente (art. 2º, supuestos 2º y 3º; art. 6º, Tercero) los mismos principios que acabamos de enumerar.

Como se ve, la legislación española es suave en lo que concierne a la homosexualidad. Sin embargo, se nota actualmente mayor severidad en la interpretación y aplicación de la ley, por razones de Política Criminal (a causa del incremento de casos).²⁸

FRANCIA

Entre los atentados no violentos a la libertad del prójimo, hay que mencionar los actos de homosexualidad. El derecho francés no castiga tales actos cometidos entre adultos, cuando no ocasionen un ultraje público al pudor. Por el contrario, el artículo 331, al. 3, castiga con prisión de seis a tres años y una multa de 60 a 15.000 Frs. a quien cometa un acto impúdico o “contra natura” con un individuo de su sexo menor de veintiún años (ya sea homosexualidad masculina o femenina).

Conviene hacer notar que la opinión pública desapruueba y desprecia estas desviaciones de la actividad sexual, a despecho del desarrollo que parecen alcanzar en ciertos medios y que se manifiesta en particular por la existencia, en algunos centros, de una prostitución homosexual. No es de extrañar que se intente proteger a la juventud contra esta perversión.²⁹

En Francia, aunque ninguna disposición penal castiga a los homosexuales, existe una ordenanza (25 noviembre 1960) para castigar la hipótesis de la homosexualidad escandalosa.³⁰

Más grave que lo que ha ocurrido en Italia es lo acaecido en Francia hace, más o menos, dos meses. Por una disposición legislativa aprobada por la cámara de diputados, el 18 de julio

²⁸ BERISTÁIN, Antonio, Les infractions contre la famille et les mœurs en droit espagnol, Revue Internationale de Droit Pénal, Paris, Recueil Sirey, 1964, pp. 603-604; y B. O. del Estado, Nº 187, 6 agosto 1970.

²⁹ LEVASSEUR, Georges, op. cit., p. 784.

³⁰ PISAPIA, Gian Domenico, op. cit., p. 59.

de 1960, se ha, prácticamente, concedido al gobierno plenos poderes para combatir la homosexualidad.

Este es el texto de la enmienda N° 8, propuesto por la comisión legislativa y aprobado por la cámara: El gobierno está autorizado, dentro del límite de créditos abiertos, a tomar, por ordenanzas, dentro de las condiciones previstas en las alinéas 2 y 3 del artículo 38 de la Constitución y durante un lapso de cuatro meses a contar desde la promulgación de la presente ley: ... todas las medidas propias para luchar contra la homosexualidad. Los proyectos de ley de ratificación de ordenanzas... serán depositados ante el Parlamento antes del 15 de diciembre de 1960.³¹

BELGICA

Como tales, los actos constitutivos de la homosexualidad no son castigados. Solo lo son cuando hayan sido cometidos por infracción de otros artículos de la ley penal, relativos a la protección del pudor (principalmente los artículos 372, 373, 385 del Código Penal).

Escapan de toda persecución, en particular:

1. — Las relaciones homosexuales entre mayores que consientan, cuando son practicados en lugares privados, o fuera de la acción de aplicación del artículo 385 del Código Penal.

2. — Las relaciones homosexuales entre menores de más de 16 años o con respecto a menores de más de 16 años, incluso cuando esas relaciones son provocadas por personas que tengan autoridad sobre ellos (salvo el caso de ascendientes, previsto por el artículo 372, al. 2 del C. P.).

3. — La prostitución masculina en los lugares privados. La ley de 21 de agosto de 1948 no reprime el hecho de prostituirse, sino solamente la provocación al libertinaje en lugares públicos y la explotación del vicio.³²

³¹ MORSELLI, Elio, op. cit., p. 385.

³² MASSION-VERNIORY; Charles, R., op. cit., pp. 302-303.

ALEMANIA

En el Código Penal de 1935, en la sección XIII de los crímenes y delitos contra las costumbres, la inversión sexual está castigada por los artículos 175 y 175a.

Art. 175. I. — “Será castigado con pena de prisión todo individuo del sexo masculino que haya cometido un acto impúdico con un individuo del mismo sexo o se haya dejado arrastrar a tal acto.

II. — El tribunal podrá, sin embargo, en casos particularmente benignos, hacer abstracción de la pena contra el individuo menor de veintiún años en la fecha de la infracción”.

Art. 175^a. — “Será castigado con pena de trabajos forzados durante diez años como máximo y si hubiera lugar a circunstancias atenuantes con pena de prisión de tres meses como mínimo:

1. — Todo individuo del sexo masculino que, por violencia o por amenaza de un peligro presente para la persona o vida de un individuo del mismo sexo, haya obligado a éste a cometer con él un acto impúdico o le haya obligado a sufrir un acto de esta naturaleza.

2. — Todo individuo del sexo masculino que abusando del lazo de subordinación en que se encuentre uno cualquiera de sus subordinados de igual sexo que el suyo, y por razón de su posición jerárquica o profesional, haya obligado a éste a cometer con él un acto impúdico o a sufrir un acto de esa naturaleza.

3. — Todo individuo del sexo masculino de más de veintiún años de edad, que haya excitado a un individuo del mismo sexo, menor de veintiún años, a cometer con él un acto impúdico o a sufrir un acto de esa naturaleza.

Todo individuo del sexo masculino que con objeto de procurarse un medio de ingresos, se entregue habitualmente a actos impúdicos con individuos del mismo sexo o que haya sufrido o se ofrezca a sufrir actos de esta naturaleza”.

Por tanto, desde 1935 los artículos 175 y 175^a forman parte del Derecho Penal. En los albores de la caída del régimen na-

cional-socialista, cuando se planteó la necesidad de depurar de inspiración hitleriana, la doctrina y la jurisprudencia fueron unánimes en reconocer que estas disposiciones no tenían nada que ver con el régimen, y que, por lo demás, habían sido preparadas por las República de Weimar y que importaba, desde entonces, mantenerla.

Por eso, se las encuentra tal cuales fueron en el Código Penal revisado del 25 de agosto de 1953. Estas disposiciones tenían como precedentes las leyes prusianas, que, en 1871, se convirtieron en las leyes del imperio y aseguraron la represión de la homosexualidad, la "Widernatürliche Unzucht", sobre todo el territorio.

Pero los términos vagos en que fueron redactadas las leyes, hicieron que se persiguiera raramente porque multiplicaban las dificultades en cuanto a la prueba de los hechos. Ante la importancia, cada vez mayor, que daba la opinión pública a la defensa de los "derechos" de los homosexuales, la República de Weimar tuvo que volver a interesarse por el problema: un proyecto de ley fue introducido en 1927, que se iba a convertir, después de muchas peripecias, en la ley del 28 de junio de 1935, creadora de los artículos 175 y 175a del Código Penal alemán.

De estas disposiciones legales brota que solo la homosexualidad masculina es reprimida. La represión afecta a los participantes en el acto, sean mayores o menores de edad; es más severa si el autor del acto tiene más de veintiún años y si su víctima no ha alcanzado dicha edad.

La ley exige, en fin, que el autor del acto haya obrado, movido por la voluntad de satisfacer o excitar un placer sexual en él o en su compañero. Si ha sido movido por otros motivos exclusivos de su compañero, no se aplica. Es necesario también, según la prescripción legal, que se trata de la satisfacción o excitación de un placer sexual ilegítimo. El acto, además, debe tener una cierta duración. Un gesto rápido, instantáneo, no es suficiente.³³

Los trabajos del proyecto de un nuevo Código Penal, elaborado entre 1954 y 1959 por la Gran Comisión de Derecho Penal,

³³ MASSION-VERNORY, Charles, R., op. cit., pp. 292-293.

revisado, en seguida, por el Ministerio Federal de Justicia, en colaboración con las administraciones judiciales de los Laender y adoptado en 1962 por el Gobierno federal para ser sometido a los órganos legislativos, han hecho posible un orden mejor de las disposiciones relativas a los delitos contra el matrimonio y la familia, como los delitos contra las costumbres. El proyecto reúne todas las disposiciones referentes a la protección del matrimonio, de la familia y del estado civil, bajo el título especial "Infracciones contra el matrimonio, la familia y el estado civil". Las disposiciones referentes a la protección de la moralidad sexual están comprendidos bajo el título: "Infracciones contra las costumbres". Los dos títulos están incluidos en la sección concerniente a "las infracciones contra el orden moral" (Sittenordnung) que comprende también los delitos contra la paz religiosa y el reposo de los muertos.³⁴

La impudicia cualificada entre personas de sexo masculino (arts. 217, 206a) no está seriamente perseguida. Hasta en este punto, abstracción hecha de algunas modificaciones que no interesan en este contexto y que comportan solamente cierta limitación de carácter reprobable, el proyecto sigue el enunciado del artículo 175a del Código Penal en vigor. La represión de la impudicia simple entre personas de sexo masculino ha sido muy discutida tanto en deliberaciones como en público. No es posible enumerar las interminables opiniones favorables y desfavorables. El proyecto mantiene, en el artículo 216, al. 1, Nº 1, la incriminación de la impudicia entre adultos del sexo masculino, pero limitándola, sin embargo, a actos similares al coito, por lo tanto, a actos particularmente graves. De esta manera el proyecto vuelve a la situación jurídica tal cual ha existido en Alemania hasta la promulgación de la ley del 28 de junio de 1935. El proyecto tendrá como consecuencia que en adelante no solamente el onanismo simultáneo, sino el onanismo recíproco entre adultos del sexo masculino permanecerá impune. Lo que quiere decir, según una encuesta realizada por Grassberger, que en adelante un 65% de los casos hasta ahora castigados quedarán impunes, habiendo comprobado que sola-

³⁴ STURM, Richard, Les infractions contre la famille et les moeurs en droit allemand, Revue Internationale de Droit Pénal, Paris, Recueil Sirey, 1964, p. 455.

mente un 35% de los casos examinados por Grassberger, consistieron en un comportamiento similar al coito (“coitus in anum, coitus in os”).

La solución adoptada por el proyecto ha sido objeto de críticas severas. Unos quieren eliminar completamente la incriminación de la impudicia simple entre adultos del sexo masculino; otros proponen mantener el derecho actual más complejo. Hay que admitir que la incriminación, en este campo, toca los confines del Derecho Penal. Eso no resulta solamente de la situación jurídica en el extranjero, donde la impudicia simple entre adultos del sexo masculino está impune, ampliamente, sino también de los diversos tratamientos que la incriminación ha sufrido en los proyectos anteriores al nuevo Código Penal alemán. Mientras que los proyectos de 1909, 1913, 1919 y 1927 pretendían mantener la incriminación, los proyectos de 1911, 1922 y 1930 prevenían la impunidad. La Gran Comisión de Derecho Penal, se ha pronunciado también, en su mayoría, a favor de la incriminación. Ninguna de las dos opiniones tiene fundamentos convincentes. No parece que la proposición del proyecto dé una solución práctica y adecuada. Evita, al limitar considerablemente la incriminación con relación al derecho en vigencia, sanciones demasiado severas ante hombres con un vicio homosexual innato o profundamente enraizado, haciendo resurgir muy claramente la posición de principio del legislador frente a la homosexualidad. Al dejar la impudicia entre adultos del sexo masculino totalmente impune, no se podrá, apenas, combatir eficazmente su expansión, siempre creciente, y tampoco las pandillas de jóvenes que practican la prostitución, lo que es un peligro sobre todo para la juventud. Los interesados, que actualmente reclaman a voz en cuello la supresión de la incriminación, no durarán en presentar la homosexualidad como “posibilidad equivalente al amor normal y merecedora de reconocimiento”.³⁵

GRECIA

La ley penal ha sido objeto de numerosas modificaciones. Una nueva revisión comenzó en 1939, pero la guerra no permitió

³⁵ STURM, Richard, op. cit., pp. 467-469.

que siguiera adelante. En 1947 fue constituida una última Comisión y procedió a una revisión definitiva. Su proyecto terminado en 1948 y compuesto de 474 artículos, fue introducido ante el Parlamento, adoptado, y, en virtud de la ley del 17 de agosto de 1950, puesto en vigor a partir del 1° de enero del año siguiente.

Art. 347. — Acto impúdico “contra natura”.

1. — Las relaciones sexuales “contra natura” entre individuos del sexo masculino, obtenidos por abuso de relación de dependencia en la que se encuentran, en razón de su situación o de sus funciones, cualquiera que ellas sean, así como el acto impúdico cometido por una persona mayor con una menor de diecisiete años secuestrado, y el acto impúdico cometido con fin de lucro, son castigados con pena de prisión de tres meses, por lo menos.

2. — Será castigado con la misma pena quien se dedique por profesión a los actos impúdicos mencionados en el primer párrafo.³⁶

CHECOSLOVAQUIA

Las relaciones homosexuales —pederastia y trabdismo— son contempladas por el Código Penal en vigor (art. 244), únicamente si se dan ciertas condiciones suplementarias, a saber:

1. — si se trata de relaciones sexuales entre una persona que no ha llegado todavía a la edad de dieciocho años y una persona que ha pasado ya esta edad;

2. — si hay abuso en el estado de dependencia;

3. — si hay aceptación o prestación de una remuneración;

4. — si el acto en cuestión ha provocado la indignación pública.

Todavía recientemente, las relaciones homosexuales constituían siempre un acto delictuoso. La nueva reglamentación, del año 1961, traido una restricción notable a la penalidad en este

³⁶ MASSION-VERNIORY; Charles, R., op. cit., 297.

campo. Por lo tanto, algunos casos de relaciones homosexuales son castigados más severamente que casos análogos en que se trata de relaciones heterosexuales: así las relaciones sexuales en las que una persona ha sido forzada son castigadas —dadas ciertas condiciones— con la pena de privación de libertad hasta dos años; las relaciones homosexuales, cuando ha habido abuso del estado de dependencia y sin que sean necesarias otras circunstancias, son castigadas con una pena de uno a cinco años de privación de libertad (arts. 243, 244).³⁷

AUSTRIA

El Código Penal que data del 27 de mayo de 1852, en su artículo 129 castiga como crímenes los atentados a las costumbres en esta forma: los actos obscenos “contra natura”, es decir, cometidos:

- a) con los animales,
- b) con personas del mismo sexo.

El artículo 130 estipula que este crimen es susceptible de una pena de uno a cinco años de reclusión de rigor y prevé, además, una serie de circunstancias agravantes clásicas que llevan en pos de sí una elevación de la pena. Contempla la homosexualidad practicada entre mayores lo mismo que entre menores, ya sean del sexo masculino o femenino. La pena se agrava si el acto ha sido cometido en un menor por un mayor.³⁸

JAPON

En el Código Penal hoy en vigor, un acto homosexual no es delito si no ha sido cometido contra la voluntad del prójimo por el empleo de la fuerza o por amenazas. Si la víctima tiene menos de trece años, no tiene valor su consentimiento, como en el caso de violación. Algunas ciudades tienen ordenanzas que prohíben, en lugar público, la sollicitación para cometer un acto

³⁷ DOLENSKY, Adolf, Les délits contre la famille et contra la morale sexuelle en droit tchécoslovaque, Revue Internationale de Droit Pénale, Paris, Recueil Sirey, 1964, pp. 995-996.

³⁸ MASSION-VERNIORY; Charles, R., op. cit., p. 294.

homosexual. Pero el acto homosexual en sí mismo nunca es una infracción, salvo en el período de Kaiteiritsurei.

Podría así mismo decirse que en la Edad Media la homosexualidad estaba considerada como una virtud más bien que un vicio, pues era expresión de que todos los guerreros habían renunciado a todos los ligámenes con las mujeres; la afección por el sexo contrario era considerada como una debilidad y no como una virtud. El Gobierno de Tokugawa emitió ordenanzas sobre la homosexualidad, pero solamente para prohibir las crueldades ejercidas por el hermano mayor sobre el menor.

Hay que decir también que, hoy día, la homosexualidad no está considerada como una virtud. Pero no es menos cierto que la homosexualidad parece levantar menos indignación entre los japoneses que en los países occidentales. Una persona que comete tal acto está considerada como anormal y enferma, pero no como peligrosa y viciosa. El prisió, el acto homosexual estaría ciertamente sometido a medidas disciplinarias, porque tal conducta tiene tendencia a extenderse en un medio tan anormal y suscitar incidentes entre los reclusos. Sin embargo, en la sociedad normal, fuera de las prisiones, el castigo de los actos homosexuales casi no tiene sentido, según la opinión generalmente compartida ordinariamente entre los japoneses. Por contraste con la exclusión del incesto del campo de aplicación del Código Penal, debida a la extrema aversión de tal acto, la no-inclusión de los actos homosexuales refleja, se puede decir, un sentimiento general de insensibilidad hacia estos actos.³⁹

SUECIA

En 1954, el carácter delictivo de los actos homosexuales entre adultos desapareció. Esta modificación legislativa es tomada después de muchas dudas y como consecuencia de extensos trabajos preparatorios, pero se puede considerar que hoy día está generalmente aceptada. Al prepararse el nuevo Código nadie propuso que se volviesen a introducir disposiciones penales sobre esta materia.

³⁹ HIRANO, Ryuichi, Les offenses à la famille et à la moralité sexuelle en droit japonais, Revue Internationale de Droit Pénal, Paris, Recueil Sirey, 1964, pp. 917-918.

Según la exposición de motivos del proyecto de ley, la amenaza represiva no es eficaz para transformar una anomalía biológica, y las investigaciones médicas recientes han demostrado que los actos homosexuales tenían, frecuentemente, una predisposición constitucional como causa. Las experiencias del pasado han demostrado, además, que las disposiciones penales no podían castigar más que un número reducido de casos.

En caso de cualificación particular (abuso de una situación de autoridad, corrupción de la juventud) la represión puede ser severa, pero también se han hecho algunas modificaciones.⁴⁰

GRAN BRETAÑA

Hay que referirse al desarrollo acaecido en Gran Bretaña después del famoso informe Wolfenden.

Este informe, redactado por un comité de quince expertos, después de tres años de considerable trabajo y de muy elevados gastos, ha adquirido un carácter oficial, habiendo sido presentado al Parlamento en 1957, por el Secretario de Estado del Interior, del Gobierno británico.

El informe Wolfenden puede, a buen título, ser considerado como una síntesis de los resultados obtenidos por el pensamiento científico más competente en esta materia. Siguiendo las huellas de William James, Jwan Bloch, Havelock Ellis, Alfred Kinsey, etc., pero sobre todo de Sigmund Freud y de su escuela psico-analítica, el problema es abordado desde un punto de vista meramente naturalista, exento de prejuicios y de elementos emotivos, llegando a las siguientes conclusiones:

1ª — Irresponsabilidad moral de los homosexuales por los actos que realicen como consecuencia de sus tendencias sexuales desviadas, salvo evidentemente cuando los actos toman forma de delitos previstos como tales en el Código Penal, en especial, las ofensas al pudor y a la decencia pública, violencia, violación, seducción y corrupción de menores, etc. Esta conclusión goza de aceptación por parte de los que consideran la homosexualidad como un caso patológico, una enfermedad de la per-

⁴⁰ SIMSON, Gerhard, op. cit., p. 960.

sonalidad, de la fuerza de los medios psicoterapéuticos apropiados, como de quienes, por el contrario, prefieren considerarla como una simple anomalía biológica natural del instinto sexual, comparable a la anomalía de un zurdo o de un daltónico, que no puede ser modificada. En ambos casos, la incapacidad del "yo" del sujeto para rectificar la dirección hacia el objeto de sus propias pulsiones sexuales permanece confirmada de hecho;

2ª — Imposibilidad práctica absoluta de reducir o, al menos de eliminar, la homosexualidad por simples medidas coercitivas de tipo legal; luego la inutilidad de la intervención punitiva frente a ella. Lo mismo que ante la prostitución, fenómeno análogo, lo único que se puede hacer por medio de medidas legales es impedir las actividades homosexuales a pleno día o con escándalo;

3ª — Inexistencia de un daño real social que derive de la homosexualidad, como para considerarlo como verdadero "crimen".⁴¹

IX CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL.

(La Haya, 23-40 de agosto 1964).

La resolución propuesta por el relator general, apoyándose en las discusiones tenidas en Bellagio, afecta tanto al comportamiento sexual "anormal" como a la homosexualidad.

Esta resolución fue adoptada por la mayoría, sin otra modificación importante que la supresión de toda referencia a la conducta sexual "anormal". Los delegados de los países en que la homosexualidad es castigada como tal manifestaron su oposición al proyecto de resolución, o propusieron suprimir el último párrafo.

Este fue el texto votado en sección y en asamblea general:

"La ley penal debería prohibir la conducta homosexual en las circunstancias siguientes:

⁴¹ MORSELLI, Elio, op. cit., p. 386.

a) Cuando se haya hecho uso de la fuerza o de violencias para imponerla;

b) Cuando un menor está implicado, por un adulto, en alguna conducta homosexual;

c) Cuando alguien, que ejerza una posición de vigilancia o de cuidado o de confianza, abuse e induzca a su pupilo o a la persona confiada a su cuidado a un comportamiento homosexual;

d) Cuando la conducta homosexual se produzca abiertamente o de manera que incite a otras personas hacia el camino de la perversión;

e) Cuando se trata de proxenetismo en materia de homosexualidad.

El comportamiento homosexual, tanto masculino como femenino, entre adultos que den su consentimiento y que no violen uno solo de los anteriores puntos, no debiera ser prohibido por la ley penal.⁴²

EL INCESTO

DEFINICION

Unión ilícita entre parientes en un grado en el cual el matrimonio esté prohibido.

HISTORIA

En Egipto, los tolomeos perpetuaban su descendencia como raza superior por los lazos entre hermanos; Cleopatra era hermana de su marido. Por el contrario, los hebreos castigaban esos hechos con la pena de muerte. Si bien en el Derecho Romano era severamente castigado por la ley "Iulia de Adulteriis" los testimonios de Suetonio afirman que éste era un delito corriente:

⁴² CANT (DE), Paúl, Le IXe. Congrès International de Droit Pénal à La Haye, Compte-rendu sommaire des débats, Revue Internationale de Droit Pénal, Paris, Recueil Sirey, 1964, p. 1133.

"Calígula se jactaba en Público de que su madre era el fruto del incesto de Augusto con su hija Julia". El Derecho Romano, y sobre todo el del Imperio, castigaba el incesto no solamente entre ascendientes y descendientes, entre hermanos y hermanas, sino también entre tíos y sobrinas, entre parientes por afinidad en ciertos grados. Distinguía entre el incesto "iuris gentium" —entre ascendiente y descendiente— y el incesto "iuris civilis" —entre colaterales y parientes por afinidad—. El Derecho Canónico castigó severamente estos delitos, y siguió el mismo criterio la legislación española histórica a partir del Fuero Juzgo. El número de casos que las leyes españolas incluían dentro del incesto fue reducido: desde el Código de 1950, los casos fueron reducidos al comercio carnal entre descendientes y hermanos. Este criterio lo sigue el actual código. Hoy día casi todas las legislaciones castigan estos hechos, a excepción de los códigos ruso, danés, etc., y los consideran, unos como delito propio y, otros, como circunstancia agravante de los delitos sexuales.⁴³

DOCTRINA

En la doctrina se discute mucho su castigo. Algunos autores como Mittermaier, Carrara, Groizard, se oponen a su castigo, pues lo interpretan como un hecho simplemente inmoral, que no siempre ha sido considerado como delito. En efecto, la pena no contribuye a mantener la pureza de la familia y, si no hay escándalo, no existe ningún derecho particular o universal que sea violado, incluso en el caso de mutuo consentimiento. Contra estos autores, la mayoría sostiene con razón, que es necesario castigar el incesto, no solamente por motivos eugenéticos sino también para la salud moral de la vida de familia, que no se mantiene, como dice Binding, sino por la conservación rigurosa del acto sexual en el matrimonio y por la completa abstención sexual en todas las otras relaciones de la familia.⁴⁴

⁴³ CUELLO CALÓN, Eugenio, Derecho Penal, t. II (Parte especial), 4ª ed., Barcelona, Ed. Bosch, 1946, p. 524; PUIG PEÑA, Federico, Derecho Penal, t. IV, Parte especial, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955, pp. 45-46.

⁴⁴ CUELLO CALÓN, Eugenio, op. cit., p. 524; PUIG PEÑA, Federico, op. cit., pp. 45-46.

PAISES

ITALIA

Si bien es exacto que en nuestra época "el horror al incesto es una característica casi universal de la humanidad" (E. Westermarck, *The history of human marriage*), es necesario recordar que su apreciación moral varía mucho en función de la evolución histórica de la civilización. Este era el caso de los egipcios a quienes no repugnaba, como tampoco a las poblaciones iranesas donde perduró durante casi quince siglos. El mito de Edipo indica, sin embargo, la profunda reprobación que, en los primeros siglos de orden social, hubo hacia las relaciones sexuales entre consanguíneos. Es evidente que hoy día todo problema de apreciación cualquiera que sea afecta al campo moral o a la repulsa jurídico-penal y a sus principios éticos y sociales. Además de la ausencia de valor cierto que constituye el incesto para el Estado, va acompañado de consideraciones de política legislativa tan importantes que no pueden desaconsejar la incriminación. Algunos autores han sostenido, siguiendo las legislaciones francesa y española, que el Código Penal no tenía que ocuparse de semejantes investigaciones en el seno de la familia en mayor detrimento de la moral pública.

Por el contrario, otros autores estiman que el incesto debe ser castigado en todos los casos, independientemente de la condición de escándalo, para proteger más eficazmente el interés eugenésico y evitar las degeneraciones de razas que pueden ocasionar las procreaciones entre consanguíneos. Entre los códigos que están en vigor, actualmente, y desde esta angulación, el Código suizo y el Código alemán consideran el incesto como un delito, independientemente del escándalo público que pueda seguirse. El proyecto preliminar del Código italiano había hecho suya esta proposición, pero, finalmente, la preocupación que había acompañado al legislador de 1889 a no castigar el incesto más que en caso de escándalo público se impuso. Frente a los peligros inherentes a las investigaciones deberían haberse hecho en el seno de la familia y en perjuicio incalculable para la moral pública, el Código Penal italiano de 1931 adoptó una vía intermedia, y así lo afirma en el artículo 564: "Se castiga con reclusión de uno a cinco años a quien cometa

incesto con un descendiente o un ascendiente, con un pariente afin, en línea directa o con un hermano o una hermana, *de manera que ocasione escándalo público*". La pena será de reclusión de dos a ocho años en caso de "relaciones incestuosas".

La condena contra un padre o una madre trae como consecuencia la pérdida de la patria potestad o de la tutela legal.

El proyecto preliminar del nuevo Código Penal (1950) vuelve a recoger, casi textualmente, la disposición actual. El legislador parece que considera el interés eugenésico como objeto de la tutela penal, pero dentro de los límites anexos de peligro que conlleva toda investigación que penetre en el interior del ámbito familiar. En realidad, nuevas indicaciones conducen a considerar la incriminación del incesto desde un punto de vista nuevo. Ante todo, el hecho de haber también castigado penalmente las relaciones sexuales entre parientes afines, donde no se presenta el problema de la integridad de la raza, demuestra que el interés por el aspecto eugenésico está en desuso. El hecho de colocar el artículo 564 del Código Penal entre los delitos contra la moral familiar, cataloga este delito entre aquellos que van contra los principios fundamentales del orden moral de la familia. Por último, el hecho de exigir, para que el delito sea castigado, no solamente que sea conocido con certeza, sino que haya dado lugar a escándalo, fuente de daño para los miembros de la sociedad, permite concluir que no solamente se protege la comunidad familiar sino también el orden familiar en sí mismo mirando al buen desarrollo de las relaciones sexuales, como uno de los puntos fundamentales de esta institución. En este sentido debería definir la incriminación del incesto las modalidades de la conducta constitutiva de la infracción, de manera que toda la importancia penal se libere de simples actos de libertinaje y que la condición de escándalo público quede mejor definida.

La formulación actual del Código Penal italiano no permite saber si el escándalo público al cual está subordinada la punición del incesto debe ser independiente de la conducta del sujeto o bien el hecho de éste. Dudas han brotado, en seguida, acerca de si es preciso que esta consecuencia sea *querida o no* por el sujeto o es suficiente que sea previsible.

Fuera de estos problemas de tipo técnico, parece ser que no se puede dudar, con seriedad, de la necesidad de castigar un hecho que perturba profundamente el orden moral de las familias y también de toda la sociedad.⁴⁵

ALEMANIA

Un problema particular es el del incesto. Según la opinión de los psicoanalistas, el incesto es uno de los dos crímenes que están en el origen del ser humano (junto con el parricidio). La barrera incestuosa levantada contra las relaciones sexuales entre parientes próximos es un hecho empírico enraizado en el inconsciente. Es típica la observación de BADER: "Al considerar este hecho de cerca, nos encontramos frente a un resto atávico de concepciones de un culto sagrado del que hemos olvidado, después de mucho tiempo, el sentido y que conservamos ansiosamente con el fin de no comprometer el "pathos" del orden jurídico". Vista esta falta de claridad en las razones para castigar el incesto (Jager), es difícil definir exactamente el bien jurídico que debe ser protegido por la represión del incesto. La Corte Suprema del Reich (lo mismo, actualmente, la motivación oficial del proyecto E62) ha subrayado, en su más reciente jurisprudencia (RGSt 57, 140), que es la salud física y moral de la familia el objeto de la protección por la ley penal. Por consiguiente, parece justificado, como lo prevé el proyecto alemán, clasificar esta infracción entre los atentados contra la familia, aunque preferimos verla entre los delitos contra las costumbres. Es indudable que las relaciones sexuales entre ascendientes y descendientes —en manera más restringida también el incesto entre hermanos y hermanas— produce, ordinariamente (ino siempre!) efectos destructores para la familia y, en particular como consecuencia psíquicas nefastas para las víctimas. El reverso de la medalla es, sin embargo, el hecho de que la destrucción definitiva de la familia se ocasiona precisamente por la condena del padre a una pena de reclusión larga, y que el efecto de la prevención general y especial de la incriminación por incesto es mucho más ineficaz que la represión de cualquier otro delito. El efecto preventivo está únicamente

⁴⁵ PISAPIA, Gian Domenico, op. cit., pp. 60-61.

garantizado por la barrera incestuosa enraizada en las profundidades del alma.

Cuando fueron las deliberaciones de la Gran Comisión de Derecho Penal, las opiniones estuvieron divididas en lo que concierne al problema de saber si las relaciones incestuosas entre hermanos y hermanas deberían ser igualmente castigadas. Por una parte, se sostenía que era preciso evitar que tales aberraciones de la pubertad salieran a la luz pública. Se arguyó, sin embargo, que la función socio-pedagógica del Código Penal exige también la represión del incesto entre hermanos y hermanas. La mentalidad de que un adolescente de 17 años, que comete incesto con su hermana de 15 años, comete un delito menos grave que si robara 20 marcos nos llevaría a sobreestimar los valores materiales y menospreciar los valores morales. El Derecho Penal de menores, alemán, es bastante elástico con las aberraciones propias de la juventud y se las juzga de manera clemente y adecuada (por ejemplo, con amonestación del juez tutelar solamente).

Aunque en caso de abolición de las disposiciones acerca del incesto no se abre apenas una laguna de impunidad, en la práctica de los tribunales, dándose que en casi todos los casos existe un concurso de impudicia con menores o personas que están en dependencia del autor, queremos, sin embargo, pronunciar-nos en favor de que se mantenga esta disposición represiva, por lo menos en el caso de que el "compañero" más joven se exponga a un peligro psíquico grave.⁴⁶

La prohibición del incesto propiamente dicho (coito entre ascendientes y descendientes y entre hermanos y hermanas), tal como está establecido en el artículo 173, al. 1 y 2 del Código Penal, tiene un doble motivo. Por una parte, la prohibición tiene, con seguridad, como finalidad prevenir los peligros biológicos ocasionados por el incesto. Por otra, la idea generalmente reconocida de proteger a la familia de relaciones sexuales que la destruyan y de asegurar el desarrollo normal de los hijos. En cuanto a la prohibición del coito entre afines en línea ascendiente y descendiente (art. 173, par. 2) la promesa de descartar las relaciones sexuales del círculo íntimo de la familia

⁴⁶ BLAU, Günter, op. cit., pp. 430-432.

pasa a primer plano.⁴⁷ El coito entre afines en línea ascendiente y descendiente (art. 173, par. 2) ha sido suprimido en el proyecto. Esta supresión está fundada en la consideración de que los casos prácticamente importantes del coito entre suegros y jóvenes de otra rama familiar, menores de 21 años, caen exclusivamente dentro de los elementos constitutivos de impudicia con personas que están en dependencia (art. 211, par. 1, N° 1, E 1962). El caso de coito entre suegros, por una parte, y yernos o nueras por otra, no tienen más que una importancia secundaria y pueden, por el hecho de que el proyecto mantiene la incriminación —muy discutida, del adulterio, ser castigados si las condiciones de esta disposición se cumplen. Más allá de estos límites, el proyecto se ha abstenido de intervenir con medidas represivas, y con mayor razón desde el momento de que la mayoría de las legislaciones extranjeras no castigan el coito entre afines.⁴⁸

BELGICA

El incesto como tal no está previsto como infracción. Puede presentarse, sin embargo, en forma de un atentado contra el pudor, que debe ser castigado.⁴⁹

Es el caso del atentado al pudor sin violencia o amenazas, en la persona de un menor de 21 años, no casado, o con la ayuda de este menor, si el hecho ha sido cometido por un ascendiente. Por ejemplo, las relaciones incestuosas que un padre puede mantener con su hija, menor de edad; después de la mayoría de edad de ésta no habría infracción. El artículo 372, parágrafo 2, prevé una pena de 10 a 15 años de trabajos forzados.

BULGARIA

El Código Penal prevé, además, en sus diferentes capítulos, otros delitos cuyo carácter de peligro social está ligado a los atentados contra el orden familiar.

⁴⁷ STURN, Richard, op. cit., pp. 448-449.

⁴⁸ STURN, Richard, op. cit., pp. 456-457.

⁴⁹ DECLERCQ, Raoul, op. cit., p. 513.

Incesto es tener relaciones sexuales entre ascendientes y descendientes, hermanos y hermanas, adoptante y adoptado.⁵⁰

ESPAÑA

En el derecho español pénase en el Fuero Juzgo el casamiento y el adulterio con la mujer de los ascendientes o con mujer de linaje de éstos, equiparándose a este delito el yacimiento con las barraganas de los padres y hermanos (lib. III, tit. V, leyes 1ª y 7ª); asimismo el Fuero Real penó hechos análogos (lib. IV, tit. VIII, ley 3ª). En ambos códigos las penas establecidas eran de escasa dureza. Las Partidas penaron como adulterio el yacimiento con parienta o cuñada (Part. VII, tit. XVIII, leyes 2ª y 3ª). El incesto ya se define en la Novísima Recopilación (lib. XII, tit. XIX, ley 1ª), que lo extiende a la fornicación con religiosas y por parte de los criados a la cometida con las parientas y barraganas de sus señores y con las criadas de la casa, estableciéndose para ciertos casos la pena de muerte (Nov. Recop. lib. XII, tit. XIX, leyes 2ª y 3ª). La amplitud que este delito tuvo en el antiguo derecho se restringió al comercio sexual con descendientes y hermanos, en los Códigos de 1850 y 1870, los cuales lo consideraron como un estupro agravado.

El número de casos que las leyes españolas incluyen en el incesto ha sido reducido; desde el Código de 1850, los casos se redujeron al comercio carnal entre descendientes y hermanos. Este criterio lo sigue el actual Código Penal.

Art. 435: "En la pena señalada en el artículo anterior —prisión menor— incurrirá el que cometiere estupro con su hermana o descendiente, aunque sea mayor de veintitrés años".

ETIOPIA

El acto cometido entre todos los consaguíneos cuyo matrimonio esté prohibido por el derecho civil es incesto C. C.

⁵⁰ NENOV, Iván, Les infractions contre la famille selon le droit pénal bulgare, Revue Internationale de Droit Pénal, Paris, Recueil Sirey, 1964, pp. 555-556.

art. 550 (parentesco natural), art. 551 (grado de parentesco en línea colateral: el parentesco queda sin efecto más allá del séptimo grado) y art. 582 (prohibición de matrimonio entre parientes). El campo de aplicación del artículo 621 es, pues, muy vasto, ya que no se limita, como lo hacen muchas leyes, a castigar a los ascendientes y descendientes y hermanos y hermanas carnales, consanguíneos o uterinos. Esto se explica por la tradición etíope como lo refleja el artículo 397 del Código Penal de 1930 que castigaba con pena de seis a un año de prisión y una multa de 20 a 50 dólares "those who have illicit sexual intercourse whith their natural and spiritual relations". Se castiga con prisión de tres meses, por lo menos, o reclusión que puede alcanzar hasta tres años —pena que puede llegar a diez años— cuando el autor ha cometido incesto con un menor de quince años, beneficiado éste de inmunidad si ha sido seducido (art. 621). Los términos ordinarios de prescripción de la acción penal no son reducidos.⁵¹

FRANCIA

La edad de protección es elevada hasta la mayoría o la emancipación por matrimonio cuando el atentado al pudor sin violencia ha sido cometido por un ascendiente de la víctima. Es el caso del incesto cometido por un padre en la persona de su hija, mayor de 15 años; aquí la relación de parentesco no es solamente una agravante, sino que se convierte en un elemento constitutivo de la infracción. La pena es la reclusión criminal de cinco a diez años.

Los culpables de incesto cometido en estas condiciones —se señalará que el incesto cometido entre mayores o entre colaterales no es objeto de incriminación especial en Derecho francés a pesar de la reprobación pública que brota cuando estos hechos son conocidos— deben ser juzgados por les "Cours d'Assises", y éstas se muestran generalmente bastante severas. Sin embargo, en el Departamento de "la Seine", es frecuente que estos actos sean perseguidos ante el tribunal correccional bajo la calificación de violencias al niño (art. 312,

1930, p. 135

⁵¹ GRAVEN, Jean, op. cit., pp. 744-745.

par. 6, prisión de uno a cinco años y multa de 500 a 5.000 Frs.), o de incitación del menor a la corrupción (art. 334, par. 2), prisión de dos a cinco años y multa de 20.000 a 250.000 Frs.). Hay una ilegalidad sensible en las penas pronunciadas contra los culpables, incomprensibles para ellos.

Parece que las relaciones incestuosas son bastante frecuentes, sobre todo en medios rurales; y hay que destacar que los padres incestuosos no tienen, generalmente, conciencia de la gravedad de su acto y se extrañan de la severidad de la represión. Debe ser la actividad de los servicios sociales la encargada de descubrir estas situaciones, pero, a su vez, cada vez será mayor el número de casos.

Ya que el Derecho francés no reprime más que algunas formas de incesto, no es la violación de la regla moral tradicional la que parece sancionar. El fundamento de la condena moral del incesto es difícil de determinar. Este acto no parece ir contra los imperativos biológicos (su frecuencia en el mundo animal no trae consecuencias desastrosas); algunos piensan que es natural, pasándose de las palabras a las caricias. Parece ser que se trata de un tabú antiguo cuyo origen es bastante oscuro; algunos etnólogos (Levy-Strauss) ven en él un "indescifrable misterio" y consideran que el incesto es "socialmente absurdo" más que moralmente culpable; el doctor Colin piensa que es trata de una ascesis que se impuso el grupo con el fin de dominar la naturaleza y de demostrar la superioridad humana con relación a los animales. La asimilación que hace la ley francesa entre los ascendientes y las personas que tengan una autoridad de derecho o de hecho sobre la víctima muestra que no se trata de objeciones fisiológicas.

En estas condiciones, la Sociedad de Prisiones se ha preguntado si la incriminación limitada del incesto en Derecho francés debe ser reformada legislativamente. Estima que la severidad actual estaba justificada, esencialmente, por el traumatismo psicológico del cual el incesto es, generalmente la causa. Se ha comprobado, en efecto, que la readaptación de la víctima de tales actos era en la práctica mucho más difícil de realizar que la de los autores, y planteaba problemas muy delicados. En estas condiciones, parece perfectamente normal

incriminar los incestos cometidos con violencia, lo mismo que los cometidos con niños o adolescentes.⁵²

JAPON

Puede parecer curioso que el incesto no sea un delito en el Japón. Es cierto que en el período de Tokugawa como en el de Kaiteiritsurei, el incesto fue castigado. Pero, cosa curiosa, el Kaiteiritsurei cita solamente el incesto entre hermanos y hermanas, entre tío y sobrina y entre tía y sobrino. Las relaciones entre padre e hija, y entre madre e hijo no se preveían expresamente. Parece que los legisladores hayan pensado que la idea de relaciones sexuales entre padre e hija o madre e hijo eran tan escandalosas que no convenía preverlas en el Código Penal, en especial porque la existencia de tales disposiciones podía dar pie a creer que tal conducta era posible o, incluso, que estaba extendida. Esta actitud fue llevada hasta el extremo en los Códigos penales de 1880 y 1907, que dejaron fuera de sus disposiciones todas las relaciones incestuosas y se remitieron, totalmente, en esta materia, a la sanción moral.

Algunos escritores han criticado esta pasividad legislativa, pero otros la han defendido. Recientemente, dos psiquiatras, después de haber realizado una encuesta sobre los casos actuales de incesto han estimado que algunas medidas preventivas eran necesarias en este campo.

El Dr. Kubo ha analizado 36 casos de incesto que ha observado en la Clínica Médica de la Universidad de Hiroshima y en otros establecimientos médicos o sociales de las circunscripciones prefecturales de Hiroshima y de Shimane. Ha descubierto que las causas del incesto son múltiples y complejas. Entre los 36 casos mencionados, cinco manifestaban síntomas de esquizofrenia, y ocho estaban afectados por trastornos psicopáticos. Pero en los demás casos no había síntomas de anormalidad. En la mayoría de los casos, los factores sociales, tales como la necesidad de vivir en común en una sola habitación, el abandono del esposo o su muerte, parecían llevar a

⁵² LEVASSEUR, Georges, op. cit., pp. 782-784.

tales actos. Algunos individuos han tratado de racionalizar sus actos preguntándose: "¿Qué hay de malo en esto? No está prohibido por la ley". El Dr. Kubo concluye que el incesto no es solamente problema psiquiátrico, sino que son necesarias algunas medidas de prevención social. Otro psiquiatra, el Dr. Maruyama, ha estudiado solamente tres casos, pero ha llegado a las mismas conclusiones que el Dr. Kubo.

Sin embargo, como lo demuestran los casos examinados por el Dr. Kubo, tales actos, normalmente, no son descubiertos más que después de haberse realizado durante algún tiempo y de haber ocasionado una destrucción total de la vida familiar.

Una intervención prematura por parte de las autoridades de policía podrían acelerar este proceso de derrumbamiento de la familia. Además, la publicidad del proceso y de la condena no podría permitir a los delincuentes rehabilitarse en tales casos.

Sin duda, por estas razones, el proyecto de Código Penal de 1962 no ha querido castigar el incesto como tal. Este proyecto contiene solamente las disposiciones siguientes destinadas a proteger a las jóvenes del peligro de ser víctimas de incesto, aunque tenga pocas probabilidades de que sea aprobado, incluso de esta manera.

Toda persona del sexo masculino que, por fraude o coacción, tenga relaciones sexuales con una persona del sexo femenino que esté bajo su protección o bajo su vigilancia en razón de trabajos, profesionales, de familia u otros, será castigada con prisión de siete años, por lo menos (art. 317).⁵³

SUECIA

Influenciadas por la Biblia, las reglas penales suecas sobre el incesto eran, en otro tiempo, extensas y severas. Hasta 1937, contemplaban también, en especial, las relaciones sexuales con los descendientes colaterales (tío y sobrina, etc.), como entre afines en línea ascendiente y descendiente (suegro y

⁵³ HIRANO, Ryuichi, op. cit., pp. 915-916.

nuera, etc.), incluso cuando el matrimonio no subsistiese. En 1937 y 1947 estas incriminaciones fueron restringidas y las sanciones que las castigan han sido reducidas.

En el momento de elaborar el nuevo Código criminal, se contempló suprimir las disposiciones penales relativas al incesto, dado que el abuso de autoridad y la corrupción de la juventud eran castigables en todo estado de causa. Por diferentes razones (en especial por el riesgo acrecentado de descendientes deficientes) el legislador no pudo ir tan lejos. Solo ha quedado como delictuoso el coito —y no los otros actos sexuales— practicado con sus propios descendientes (máximo de la pena: dos años de prisión) o entre hermano y hermana (máximo: un año de prisión). No se castiga a las personas, comprendidas el hermano y hermana, que han sido llevadas al coito por coacción u otra manera abusiva. Las relaciones sexuales entre afines son, en principio, siempre impunes según los nuevos textos.⁵⁴

SUIZA

Está castigado el incesto (art. 213) cometido entre ascendientes y descendientes, entre hermano y hermana germanos, consanguíneos. Los menores no incurrir en ninguna pena si han sido seducidos por una persona mayor. La acción penal prescribe a los dos años.⁵⁵

YUGOESLAVIA

En el círculo cultural europeo, se considera casi generalmente que el acto sexual entra en el campo de los actos castigables si existe algún lazo de parentesco entre las personas que lo realizan. A diferencia del Derecho Penal yugoeslavo anterior a la revolución, que definía de manera amplia el círculo de personas que podían cometer un acto sexual incestuoso, el nuevo derecho ha restringido el incesto al acto sexual cometido con un pariente en línea directa o entre hermano y

⁵⁴ SIMSON, Gerhard, op. cit., p. 961.

⁵⁵ SCHWANDER, Vital, op. cit., p. 987.

hermana (art. 198 C. P.). Esto no quiere decir que, en algunas circunstancias, el acto no caerá bajo el dominio de la ley penal cuando las parejas tienen relaciones análogas a las relaciones de parentesco. Pero esto es en virtud de prescripciones especiales.⁵⁶

IX CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL.

(La Haya, 23-30 de agosto de 1964).

El relator general presentó la resolución siguiente que no había sido discutida en la reunión de Bellagio:

Todos los países deberían revisar sus disposiciones legislativas penales concernientes al incesto. La infracción de incesto no debería depender de los impedimentos de matrimonio establecidos en derecho civil. Debería estar formulada de tal manera que fueran prohibidas las relaciones sexuales entre parientes próximos, con un número limitado de grados. Se sugiere que estos grados solc conciernan a los ascendientes y descendientes, los hermanos y hermanas de simple o doble conjunción. Nuevas disposiciones del Derecho Penal deberían ser establecidas que permitan el examen sociológico y psicológico adecuado al autor de la infracción. El tratamiento de este autor debería fundarse en los resultados de este examen.

A través de una breve discusión, se señaló que convenía realizar estudios criminológicos antes de modificar las legislaciones aplicables al incesto.

Los oradores expresaron, además, la opinión de que, dentro del incesto, no era necesario castigar más que las relaciones entre parientes consanguíneos.

Las relaciones entre padres e hijos adoptivos deberían ser castigadas más bien dentro de la protección de menores o de personas colocadas bajo la dependencia del autor del acto.

Esta es la resolución finalmente adoptada:

En los países en que el incesto está castigado, esta infracción debe ser limitada a las relaciones entre ascendientes y descendientes, entre hermanos y hermanas. La instrucción de es-

⁵⁶ DAMASKA, Mirjam, op. cit., p. 1020.

tos asuntos necesita particularmente de observaciones de la personalidad y del medio.⁵⁷

BIBLIOGRAFIA

XXX. *Revue Internationale de Droit Pénal*, Paris, Recueil Sirey, 1964. Nos. 3-4.

XXX. *Revue Internationale de Droit Pénal*, Paris, Recueil Sirey, 1967. Nos. 3-4.

XXX. *Les infractions contre la famille et la moralité sexuelle*, Resumes des rapport du Neuvième Congrès Internationale de Droit Pénal à La Haye, 1964. Secrétariat du Congrès.

XXX. *Bulletin de la Société Internationale de Criminologie*, 1961 (2e. semestre).

XXX. *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, Bruxelles, Palais de la Justice, 1957-1958.

ALLEN, Clifford, *Les déviations sexuelles*, Paris, Payot, 1963 (traducido del inglés por L. Jospin).

CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho Penal* (Parte especial), t. II, 4ª ed., Barcelona, Ed. Bosch, 1946.

D'HOOG, F., *Fondement et élaboration des valeurs morales*, Extrait des Collectanea Mechliniesia, 1964, N° 5.

DONDEYNE, Alberto, *Fe cristiana y pensamiento contemporáneo*, Madrid, Ediciones Guadarrama, 1963 (traducido del francés por Juan Martín Velasco).

DE GUSMÃO, Chrysolito, *Delitos sexuales*, Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, 1958 (traducido del portugués por Manuel Osorio y Florit).

MANZINI, Vincenzo, *Trattato di diritto penale*, Vol. VII, Torino, Editrice Torinese, 1963.

MENDOZA, José Rafael *Curso de Derecho Penal Venezolano*, t. VIII, Madrid, Gráficas "Letra", 1965.

MESSINA, *L'omosessualità nel diritto penale*, en *Ulise*, fasc. 18.

OVERING, A., *Aspects psychiatriques*, "Homosexualité", France, Maison Mame, 1967 (traducido del holandés por Y. Huon).

PETIT, Eugenio, *Tratado elemental de Derecho Romano*, Madrid, Ed. "Saturnino Calleja", 1926 (traducido del francés por José Fernández González).

PUIG PEÑA, Federico, *Derecho Penal* (Parte especial), t. IV, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955.

WYLLEMAN, A., *L'elaboration des valeurs morales*, en *Rev. Phil. de Louvain*, 1950.

⁵⁷ CANT (DE), Paul, op. cit., pp. 1128-1129.

LA ACCION EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO

Por

CARMELO LAURIA L.

Prof. Agregado de Derecho Procesal Penal

CAPITULO I

1.—LA ACCION COMO INTEGRADORA DEL PROCESO. 2.—CONCEPTO. 3.—IMPORTANCIA. 4.—CLASIFICACION. 5.—ACCIONES EN EL PROCESO PENAL. 3.—DIFERENCIAS Y ANALOGIAS ENTRE LA ACCION PENAL Y LA CIVIL.

1) LA ACCION COMO INTEGRADORA DEL PROCESO

Es un hecho indiscutible que uno de los institutos que han sido sometidos a un mayor trabajo de profundización y de riguroso estudio, ha sido el concepto de la acción. Esto se debe fundamentalmente a que se entiende que la acción es el requisito fundamental de todo proceso, no se concibe en el derecho moderno un proceso sin acción. Aún en aquellos procesos que teóricamente y por obra de la Ley se abren de oficio (como el proceso penal) no se puede decir que no hay una acción integradora del proceso; en esos casos, si bien es verdad que no hay acción de parte, siempre, sin embargo, hay una acción como medio procesal incitador del proceso, que es ejercida por el propio Estado a través de la institución del Ministerio Público.

Todo esto obedece al hecho de que aún en esos casos de interés evidentemente público, el Estado no quiere dejar a un solo órgano la decisión de los conflictos de intereses, tanto en cuanto su decisión como tal, como en cuanto su incitación a decidir. Por ello terminamos concluyendo que la acción en el

derecho moderno, es la integradora del proceso cualquiera que sea su naturaleza; y no se concibe proceso sin acción.

Al principio enunciado en el párrafo anterior, conviene llegar a través de un razonamiento lógico basado fundamentalmente en los hechos. A tal efecto establecemos lo siguiente: La civilización, a medida que se enrumba en el camino de unas mejores bases de convivencia, ha visto la necesidad de prohibir la auto-defensa, o lo que es lo mismo, la capacidad de hacer valer motu proprio y con los propios medios de fuerza y de coacción que pueda disponer un particular, los derechos subjetivos que éste pretende tener frente a terceros. Es importante señalar que esta prohibición es requisito fundamental de convivencia, por lo que ha tomado y seguirá tomando más cuerpo sin que pueda prevalecer en ningún momento la derogación de esta condición. En Venezuela esta prohibición general está contenida en la ley penal. El Artículo 271 de nuestro Código Penal tipifica el delito de hacerse justicia por sí mismo.

Establecido en el análisis como primera base de razonamiento la prohibición de la auto-defensa, surge necesariamente la segunda premisa que emerge de esta prohibición: es necesario que la justicia pública sea sustitutiva de la auto-defensa prohibida. El Estado, a través de unos órganos específicamente establecidos para ello, coge para sí de una manera definitiva el establecimiento de quien tiene el derecho subjetivo reclamado en un momento determinado y en un caso dado; esta actividad, o mejor dicho esta potestad del Estado de atribuir los derechos subjetivos pretendidos a las partes, es ejercida a través de la jurisdicción. Así pues, teniendo en cuenta la prohibición de la auto-defensa y teniendo en cuenta la atribución que ha hecho el Estado para sí de la administración de la justicia, se hizo necesario, a los efectos de conciliar los respectivos intereses, colocar en manos de los particulares, el medio necesario para hacer valer sus derechos frente a terceros; este medio es la acción, mediante la cual el particular que se considera asistido por el derecho, puede ocurrir ante la justicia, ante el Estado representado por sus órganos jurisdiccionales, a fin de que se abra un proceso y que en este proceso lleven a efecto toda una serie de actividades tendientes a determinar mediante una providencia del órgano jurisdiccional, el derecho controvertido, abriendo así con ello la posibilidad a este particular,

de exigirle al Estado a través de los procesos de ejecución, el que por intermedio de su autoridad, haga valer ese derecho frente a terceros, tanto si se trata de una relación de carácter patrimonial, como si se trata de una relación de carácter público o, en especial, de naturaleza penal, donde por medio de la sanción se garantiza la observancia del derecho.

Estos razonamientos los podemos resumir así: 1º) la prohibición de auto-defensa; 2º) la facultad abrogada por el Estado de determinar los derechos de los particulares; y 3º) como consecuencia necesaria de todo lo antes dicho, el darle a los particulares los medios necesarios para que, prohibida su auto-defensa, puedan recurrir al Estado para hacer efectivo sus derechos, son elementos que constituyen la acción. Por estas razones concluimos en señalar que la acción es el medio integrador de todo proceso.

2) CONCEPTO

El concepto de la acción podemos enunciarlo diciendo que: "Es el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre determinada relación jurídica que se somete a su conocimiento".

Huelga el análisis de este concepto, por cuanto se ha llegado a él no de improntus, sino después de haber establecido la razón de ser de la acción, su importancia en el derecho moderno, y su carácter de integradora del proceso. Al definirlo, como un medio procesal que tiene todo particular para lograr que se pronuncie la autoridad del Estado y se haga fáctica su pretensión, hemos con ello establecido el concepto de lo que se llama acción en derecho procesal con toda la importancia que esto reviste.

Pero no nos es dado terminar nuestra explicación del concepto de acción, sin antes señalar una característica fundamental, la cual es necesario conocer para comprender el carácter de piedra angular del proceso moderno. Esta característica es la de la bilateralidad de la acción. El carácter bilateral de la acción, lo damos en el sentido de que no puede concebirse un proceso con una sola actividad integradora del mismo; es decir, como

un solo acto de persona o personas que piden determinada actuación de la Ley; la acción entendida como actividad dirigida a estimular la jurisdicción y a invocar al Juez una providencia jurisdiccional conforme a la propuesta del reclamante, presenta también otro carácter empírico que es el de que una excepción se opone siempre a la acción.

La jurisdicción, se ha dicho, trata siempre de restablecer la observancia del Derecho respecto de quien habría debido voluntariamente observarlo, y de obtener con la sujeción, lo que no se ha obtenido por la voluntad. En armonía con esta finalidad de la jurisdicción, quien acciona para obtener del Juez una providencia jurisdiccional, considera esta providencia no solamente como destinada a satisfacer el interés propio como proponente, sino como destinada además, a valer respecto de otra persona, esto es, de la persona sobre la cual deberá obrar la sujeción impuesta del Estado. La acción se presenta en todo caso, como la petición que se hace al órgano judicial, de una providencia destinada a obrar en la esfera jurídica de otra persona. Es esto lo que le imprime a la acción su característica de bilateralidad; si la acción tiende a que el órgano jurisdiccional dicte una providencia que obre en la esfera jurídica de otra persona, necesariamente esa otra persona tendrá que realizar una serie de actividades impositivas de que pueda obrarse tales efectos en su esfera jurídica. De ahí que, cuando esta persona haga valer ante el Juez todas las razones de hecho y de derecho que puedan servir para demostrar la falta de fundamento de la acción y para hacerla rechazar; el Juez no decidirá vista solamente la propuesta del accionante, sino que debe escoger entre dos propuestas, por lo general antitéticas; primero, la de el actor que pide hacer valer un derecho, y segundo, la propuesta realizada por el demandado, o el imputado en su caso, de que no tiene razón el actor. Tenemos que concluir que la acción no es solamente propia del actor, también el demandado o imputado aun cuando se limite a pedir el rechazo de la demanda que le es contraria, viene en sustancia a solicitar del Juez, que pronuncie una sentencia de declaración negativa de mera certeza, esto es, una providencia diversa de la pedida por el actor y favorable a él como demandado.

La actividad del demandado se puede incluir así, en el concepto de acción. Ahora bien, no queremos confundir al tratar

de integrar en un solo concepto de acción, la actividad del demandante y la actividad del demandado o imputado; esto lo hacemos solamente para tratar de demostrar que la acción es una moneda con dos caras y sabemos que en la terminología procesal común se entienden las actividades cumplidas por el demandado con el nombre de *excepción*, por oposición a la acción del demandante. Sin tener la pretensión de tratar de establecer aquí una teoría general de la acción, seguimos fielmente a CALAMANDREI y nos parece correcto señalar que tanto la actividad del demandante como la actividad del demandado, integran la acción. Queremos ser consecuentes con la tesis que venimos sosteniendo, y conviene repetir que la acción nace como resultado de los medios necesarios que tiene que proveer el Estado a los particulares, una vez prohibida su auto-defensa, para hacer valer sus derechos; ahora bien, tanto hace valer sus derechos el demandante como el demandado, por lo que debe entenderse que es acción toda la actividad dirigida por el demandante que pide una providencia judicial, pero también la del demandado que pide otra providencia judicial.

Preferimos distinguir las actividades de las partes en el proceso, en virtud de la función procesal que integra dicha actividad, esto equivale a decir lo siguiente: todas las actividades realizadas por el actor en juicio integran la función procesal de acusación, mientras que todas las actividades realizadas por el demandado o imputado en juicio, integran la función procesal de defensa; es así como a través de esta distinción respetamos, estableciendo las diferencias necesarias entre ambas actividades, nuestra idea central de que la acción debe considerarse, en sentido general, como los medios procesales para excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre determinada cuestión planteada, entendiéndose que éstos medios procesales no solamente son ejercitados por aquél que pretende originalmente la providencia del órgano jurisdiccional; sino también por aquél que pretende la providencia contraria del órgano jurisdiccional, en vista de la solicitud de la parte que requiere un derecho en su contra.

3) *IMPORTANCIA*

La acción, antes que una construcción dogmática de los teóricos, es una realidad práctica aceptada por el Derecho en todos los estados civilizados, cuyos ordenamientos procesales no pueden ser comprendidos en su estructura positiva y empírica si no considerase como uno de sus fundamentos básicos precisamente la acción.

El proceso, en los pueblos modernos, es esencialmente un proceso en virtud de demanda, esto es, un proceso en el que el órgano judicial no toma en consideración "motu proprio" la realidad social para conocerla o para modificarla en sus aspectos jurídicos, sino dentro de los límites de la propuesta que se le presenta por el sujeto que ejercita la acción.

El alcance práctico de la acción no es solamente visible en el momento inicial del proceso, cuando el órgano jurisdiccional en la fase de cognición se pone en movimiento; sino que se revela también en el curso del mismo y, especialmente, en el momento conclusivo. El Juez, puesto en movimiento por el órgano agente, movimiento contrarrestado a su vez por el sujeto pasivo de la relación, no puede tomar en consideración, como materia de su investigación más que aquél perfil de la realidad sobre la cual el actor (o en contradicción con él el demandado), llama su atención y no tiene otra elección que la que pueda llevarse a cabo entre adoptar o rechazar la propuesta que el actor le presenta, ya preparada para ser transformada en providencia jurisdiccional, o bien en adoptar o rechazar la contrapropuesta que el demandado le presenta frente al actor.

La acción no es sólo la facultad de dar el primer impulso a la actividad del Juez que de otra forma permanecería inerte, sino que es, además, el poder de preparar para el Juez la materia y el programa de su providencia. No se trata solamente de un impulso para poner en movimiento la justicia, la que, superada la parte de inercia, queda después en libertad de seguir su camino; se trata de una constante colaboración, mediante la cual, durante todo el curso del proceso, el actor continúa señalando la ruta a la cual el juzgador se debe atener.

Es necesario, considerar la acción como uno de los conceptos fundamentales del sistema procesal. Un ejemplo de esta impor-

tancia es el de que el Juez va a tener como límite a su poder de cognición los hechos presentados por el accionante conforme se establece en los Arts. 295 y 296, del Código de Enjuiciamiento Criminal, y no podrá apartarse de los hechos referidos en el escrito de cargos por aquel que ejerce la acción.

Sin temor a equivocarnos, nos atrevemos a afirmar que sin acción no es posible la existencia del proceso; si no existiera toda la actividad destinada a lograr del órgano jurisdiccional una providencia, y si a esa actividad, no se opusiere toda la actuación destinada a lograr una providencia en contra, es obvio que no pudiera existir proceso alguno; entendiéndose por tal, todo el conjunto de actividades dirigidas a obtener una providencia jurisdiccional sobre determinada cuestión planteada ante los órganos del Estado, específicamente establecidos para ello.

4) *CLASIFICACION*

Las acciones las podemos clasificar en razón de diferentes criterios. El primer criterio, es el de que tengan por objeto el obtener una providencia de carácter netamente patrimonial o no, que tenga por objeto excitar el órgano jurisdiccional para dilucidar, ya bien sea un derecho de carácter privado o un derecho de carácter público. A tal efecto nos encontramos que surgen dos tipos de acciones desde este punto de vista, primero la acción privada y segundo la acción pública.

Será acción privada toda aquella actividad dirigida a excitar y promover el órgano jurisdiccional para que resuelva un conflicto de interés privado. Acción pública, toda aquella actividad dirigida a excitar y promover la decisión de un órgano jurisdiccional sobre una relación jurídica de derecho público que se le plantee. Igualmente podemos aplicar estas dos denominaciones utilizando el criterio de clasificación del titular de la acción y estaremos así frente a la acción privada donde sus titulares sean los particulares; y estaremos frente a la acción pública cuando el titular sea el Estado.

El segundo criterio de clasificación es aquél que se basa en las circunstancias de determinar el carácter de la acción y estaremos así frente a la acción penal y a la acción civil; estaremos en presencia de una acción penal, cuando la relación ju-

rídica sobre la cual se pide del órgano jurisdiccional la providencia, sea de carácter penal y estaremos en presencia de una acción civil cuando la relación jurídica sobre la cual se expide la providencia jurisdiccional, sea de carácter civil.

5) ACCIONES EN EL PROCESO PENAL

El artículo primero del Código de Enjuiciamiento Criminal establece, de una manera clara y categórica, que de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable e igualmente, en su aparte único: "también puede nacer acción civil para las reparaciones y restituciones de que habla el Código Penal". Este artículo está en perfecta concordancia con lo establecido en el artículo 113 del Código Penal que establece, que toda persona responsable criminalmente de algún delito falta lo es también civilmente. De ahí pues que el delito desde el punto de vista del derecho positivo haga nacer dos tipos de acción; una de carácter penal que tiende a reparar el daño causado a la sociedad por la violación de la norma como tal y otra de carácter civil que tienda a obtener la reparación de los daños patrimoniales causados a terceros con ocasión del ilícito penal.

Es conveniente destacar aquí que nos ha impresionado favorablemente la posición de CARNELUTTI, que señala que la acción civil tiende a obtener de parte de la víctima una reparación al daño que le ha causado el tercero contra quien dirige la querrela; mientras que la acción penal tiende a reparar el daño causado a sí mismo, por cuanto entendiéndose el sujeto activo del delito como integrante de la sociedad, se entiende que él se infiere un daño a sí mismo con su conducta delictual.

Son estas las dos acciones que nacen del delito y pueden llevarse adelante en un proceso penal, la misma Ley, como veremos más adelante, permite el ejercicio simultáneo de la acción penal y la acción civil derivada del delito en un mismo proceso; por supuesto que está de más señalar que la acción civil en materia penal tiene un carácter subsidiario de la acción penal como tal, ya que su suerte dependerá en todo caso del establecimiento de que se haya cometido o no un delito, de ahí que la acción civil se ejerza siempre en materia penal con carácter subsidiario a la acción penal principal. (Artículo 6

Código de Enjuiciamiento Criminal). No es que queramos decir que frente a un hecho cualquiera presumiblemente punible el cual puede luego ser declarado como no punible, aunque reconocido como causante de un daño no cabe acción; no, decimos que no cabe acción derivada del delito, pero será posible en estos casos actuar por ante la jurisdicción civil en virtud de las disposiciones referentes a la responsabilidad civil, ya bien sea contractual o extra-contractual.

6) ANALOGIAS Y DIFERENCIAS ENTRE LA ACCION PENAL Y LA CIVIL

Es conveniente que pasemos ahora a analizar las diferencias y analogías que existen entre la acción penal y la acción civil derivada del delito.

Analogías: Todas las analogías que surgen entre la acción civil derivada del delito y la acción penal son consecuencia lógica y necesaria de que ambas tienen un mismo origen, a saber: el hecho delictuoso. Podemos agrupar estas analogías en tres categorías fundamentales: a) en el hecho de que pueden intentarse ambas por ante el juez penal, lo cual ya es en sí, una excepción al principio de individualización de la jurisdicción, lógicamente siendo relaciones de carácter patrimonial, las reparaciones civiles y relaciones de carácter penal, la reparación penal; de acuerdo con el principio de la división de la jurisdicción, debería conocerse la civil por ante la jurisdicción civil y la penal por ante la jurisdicción penal; b) ambas acciones tienen en común la prueba. Es evidente que habiendo tenido su origen las dos en un hecho punible, la prueba del hecho punible como tal, complementada con la prueba del daño patrimonial ocasionado por ese hecho punible, servirá tanto para la providencia penal como para la providencia civil, es evidente que ambos hechos se probarán con los mismos elementos. Vale la pena aquí, sin embargo, citar que dentro de los medios de prueba admitidos por nuestro Código de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 244, se establece que serán lícitas las posiciones juradas del acusador, pero no serán lícitas en ningún momento las posiciones juradas del acusado, ya bien sea para lo civil como para lo penal, es necesario que la declaración del imputado se haga libre de juramento; de ahí que surge esta primera desventaja

de intentar conjuntamente ambas acciones (aunque veremos más adelante que esto tiene muchas ventajas), y es que en el juicio civil sí podría pedírsele posiciones juradas al demandado, mientras que en su condición de acusado en el juicio penal, no podría pedírsele estas posiciones juradas. c) el otro punto de contacto es que ambas acciones tienen causales de extinción comunes, serán causales comunes de extinción para la acción penal y civil, la caducidad en sus casos y la prescripción, aunque es evidente que los lapsos variarán en caso de las acciones penales y en caso de las acciones civiles; en cuanto a la prescripción de la acción penal los lapsos están establecidos en el Artículo 108 del Código Penal, mientras que en lo que respecta a la acción civil, es evidente que es una acción personal que prescribe a los diez años, sin variaciones de ninguna naturaleza.

Vale la pena señalar, al analizar los puntos de contacto entre ambas acciones, que en algunas legislaciones como la colombiana y la chilena, inclusive la francesa, en cierta forma, se establece como el que, una vez intentada la acción penal se entiende también promovida la acción civil, lo cual significa un punto que las identifica más en esas legislaciones que en la nuestra que requiere instancia expresa por ante el Juez penal a los fines de que se pueda entender intentada la acción civil derivada del delito.

Diferencias

Podemos agrupar las diferencias en cinco grandes categorías: 1º) se diferencia por su carácter; 2º) por su causa; 3º) por su objeto; 4º) por las personas a quienes les corresponde ejercer la acción; y 5º) por las personas contra quienes se ejerce la acción.

1º) *Por su carácter:* La acción penal tiene un carácter público, político, o de derecho social, mientras que el carácter de la acción civil es económico, por consiguiente la diferencia entre una y otra es muy clara.

2º) *Por su causa:* No debemos aquí confundir la causa con el origen, el origen de una y otra acción es el mismo, el delito; pero la causa jurídica de la obligación penal es distinta a la causa jurídica de la obligación civil; por cuanto la penal está en que el hecho punible causa una violación al orden público,

mientras que en la civil está en que el hecho delictuoso además de la violación al orden público ha causado una lesión, pero de carácter privado patrimonial; son muy distintas las causas de una y otra acción. Aquí vale la pena destacar que no necesariamente un delito originará siempre una acción civil y por cuanto para que se pueda originar la acción civil, es necesario que se cause un daño patrimonial y hay muchos delitos en los cuales no se causa algún daño patrimonial, podemos citar como ejemplo los delitos de tipo político en los cuales generalmente no se causan daños patrimoniales.

3º) *Por su Objeto:* Tenemos que el objeto de la acción penal, es poner en movimiento el órgano jurisdiccional a los fines de pedirle la aplicación de una pena a una persona en concreto, mientras que el objeto de la acción civil es excitar el órgano jurisdiccional para obtener una reparación puramente económica; la acción penal tendrá por objeto el que se castigue a una determinada persona violadora de una disposición penal, mientras que la acción civil tendrá por objeto el que se obligue al causante de un daño patrimonial, a que repare ese daño patrimonial en cabeza de la persona titular de el bien dañado.

4º) *Por las personas a quienes les corresponda el ejercicio de la acción.* El titular de la acción penal es el Estado y por lo tanto como titular de ella corresponderá a él su ejercicio, aunque es evidente de que en algunas oportunidades por razones que analizaremos más adelante, el Estado delega el ejercicio de la acción penal en los particulares. En la acción civil, la titularidad de la acción, así como su ejercicio, corresponde en todo caso a la persona en cabeza de la cual se encuentra el bien al cual se le ha causado el daño por el hecho delictuoso.

5º) *Por las personas contra quienes se ejerce la acción.* La acción penal es ejercible única y exclusivamente contra la persona que cometió el delito, por cuanto la responsabilidad establecida por el Código Penal es personal. Este es uno de los principios fundamentales del derecho moderno; solamente puede ser ejercida la acción penal contra el autor del hecho delictuoso, no extendiéndose las consecuencias del mismo a ninguna persona. Mientras que la acción civil derivada del delito puede ser ejercida contra los herederos de su autor y contra aquellas per-

sonas que según el Código Penal y el Código Civil, están obligadas a responder subsidiariamente por el culpable o por los culpables del ilícito penal que se establezca. Tenemos así que el legislador penal en los Arts. 114, 116, 117, 118 y 119 del Código Penal y el legislador civil en los Arts. del 1.185 al 1.196, ambos inclusive, establecen de una manera categórica, que serán responsables civilmente, frente a la persona a quien se le cause el daño por el delito, además de el autor material del mismo todas aquellas personas, señaladas en dichos artículos.

A las personas responsables subsidiariamente, en virtud de lo antes dicho, podemos clasificarlas en varios grupos, a saber: 1) el padre y el tutor por el daño causado por el hijo o pupilo sometido a su vigilancia, siempre que haya habido culpa o negligencia de éste; 2) el guardador por el daño que ocasionen los animales o las cosas sometidas a su cuidado, siempre que haya habido culpa o negligencia de éste; 3) el principal por el daño causado por su dependiente; 4) los posaderos y empresarios cuando se cometa el delito en su establecimiento, siempre que hayan faltado a los reglamentos de policía o en caso de hurto o robo por sus dependientes, cuando el propietario les haya dado aviso previo de la existencia del objeto hurtado o robado; 5) los maestros por el daño causado por sus discípulos y aprendices, cuando ellos lo hubieren podido evitar y 6) los que pertenezcan a fuerzas rebeldes en caso de rebelión y en los grados establecidos por la ley.

Son estas las principales analogías y diferencias que existen entre la acción penal y la acción civil derivada del delito.

CAPITULO II

1.—LA ACCION PENAL: CONCEPTO. 2.—NATURALEZA JURIDICA. 3.—CARACTERES. 4.—EJERCICIO. ETAPAS HISTORICAS. 5.—SISTEMAS DOCTRINALES. 6.—SISTEMA VENEZOLANO.

1) LA ACCION PENAL: CONCEPTO

Podemos definir la acción penal, como el medio jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre

determinada relación de derecho penal. Esta definición, dada por FLORIÁN, para nosotros satisface en un todo el concepto de acción penal, ya que nos señala en forma clara y definitiva que la acción penal no es otra cosa que un medio procesal; vale la pena aclarar que se refiere a la acción considerada en sentido abstracto, es decir como destinado a lograr el que se dé una providencia jurisdiccional que restablezca el orden general violado. Estando el delito constituido por una actividad culpable violatoria de una norma penal, se deduce de ahí que la acción penal tenga como fin fundamental el que se restituya ese orden jurídico violado.

2) NATURALEZA JURIDICA

El mismo concepto de acción penal antes enunciado nos da la naturaleza jurídica de la misma, sin necesidad de un mayor análisis. Podemos afirmar que, en cuanto a su naturaleza jurídica la acción penal, es una acción con caracteres perfectamente delimitados, y es esencial su carácter público, tanto por su objeto como por la extensión de su ejercicio, como por el órgano el cual es titular.

3) CARACTERES DE LA ACCION PENAL

Los principales caracteres de la acción penal los podemos resumir en cinco grandes categorías, a saber: a) es pública, b) es una, c) es irrevocable, d) es autónoma, e) es indivisible. Vamos a estudiar cada uno de estos caracteres por separado, los cuales van a completar lo dicho con anterioridad de la naturaleza jurídica de la misma, ya que a través de dichos caracteres, vamos a fijar los marcos conceptuales de la acción penal, tanto en cuanto a los fines que ella persigue como a las situaciones que le da su propia naturaleza.

a) Publicidad de la Acción Penal

Decimos que la acción penal es pública, teniendo en cuenta su fin, su objeto y las personas quienes la ejercen.

La acción penal es pública por su fin, por cuanto lo que persigue es, fundamentalmente, el que se repare el orden público

desquiciado con la violación de la norma penal; por lo tanto, el fin perseguido por la acción penal, es un fin público, un fin de carácter político que busca restituir a la sociedad su derecho violado tratando que los ciudadanos no incurran en las prohibiciones establecidas en el Código Penal, las cuales no están prescritas en una forma caprichosa, sino que están señaladas por el legislador para hacer viable la vida social.

Decimos que la acción penal es pública en cuanto a su objeto, en atención a que dicha acción tiene una naturaleza de carácter público y así lo reconoce el legislador venezolano al establecer en el Art. 2º del Código de Enjuiciamiento Criminal la siguiente definición: "la acción penal es pública por su naturaleza...". En síntesis podemos señalar que el objeto de la acción penal, es la aplicación de una norma de derecho público.

Finalmente, decimos que la acción penal es pública por la extensión de su ejercicio, por cuanto en Venezuela corresponde el ejercicio de la acción penal al Estado, que es su titular. Este ejercicio no solamente se hace público por ser el Estado el titular de la acción, sino que está concebido como un ejercicio de carácter popular; ya que aunque el Estado ejerza la acción penal a través del Ministerio Público, en los casos de delitos enjuiciables de oficio, otorga su ejercicio a todo particular, agraviado o no. Así este carácter público no solamente viene dado por ser el Estado su titular, sino que viene igualmente dado porque se hace popular el ejercicio al permitir a todos los particulares agraviados o no, ejercer la acción penal pública.

b) *La acción penal es una*

La unidad de la acción penal viene concebida bajo la idea de que cualquiera que sea el delito de que se trate, la acción penal es una; o sea, solamente nace una acción penal, independientemente de que se trate de un homicidio, una violación, o un hurto; los diferentes delitos no nominan a las diferentes acciones penales, precisamente porque la acción penal persigue un fin único, que es el de restituir el orden legal violado. Esto por oposición a la acción civil donde la acción va a tomar diferentes nombres de conformidad con el interés que se pretenda deducir con ella; así tendremos la acción por cobro de bolívares, tendremos la acción de saneamiento, la acción de eje-

cución de hipoteca, etc.; esto porque las funciones de esta acción son totalmente distintas entre sí, vistas la naturaleza jurídica de la relación que tienen como objeto los procesos determinados; en cambio, en lo que respecta a la acción penal, cuya función como ya hemos dicho solamente es excitar y promover el órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de Derecho Penal independientemente de su delito, será siempre uno y no se concibe la nominación por delitos de la acción penal por oposición como ya hemos dicho a la materia civil.

c) *Irrevocabilidad de la Acción Penal*

La acción penal es irrevocable, por cuanto es evidente que una vez intentada, el proceso solamente puede terminar en virtud de una decisión judicial cualquiera que sea su contenido. La acción penal que trata de proteger un interés público, no es revocable por voluntad de las partes; este concepto de irrevocabilidad que se hace universal en los procesos en donde se atribuye el ejercicio de la acción penal en forma exclusiva, o mejor dicho, en forma principal al Estado es absoluto; pero en Venezuela la irrevocabilidad de la acción penal debe revisarse, por cuanto si bien es verdad que conserva su absolutismo en lo que respecta a los llamados delitos de acción pública, es evidente que en los delitos de acción privada en los cuales el Estado "motu proprio" ha delegado en una forma exclusiva, en los particulares el ejercicio de la acción, sin perder su titularidad, el concepto no se ajusta a la verdad de los hechos.

El carácter de irrevocabilidad de la acción penal, produce el efecto de que una vez intentada la acción penal, ésta no puede ser retirada por voluntad del particular que la intenta o bien por órgano del Estado (Ministerio Público) que intenta dicha acción; se entiende que el proceso penal representa un interés fundamental del Estado y que intentada la acción se hace necesario que se establezca si existe o no delito. Es evidente que este concepto de irrevocabilidad de la acción penal, es un concepto absoluto solamente en doctrina, lo cual la distingue fundamentalmente de la acción civil que es esencialmente revocable. Decimos que solamente es absoluta en doctrina por cuanto en la práctica sufre algunas derogaciones y cuando no algunas mitigaciones; a tal efecto podemos señalar que, de acuerdo con lo establecido en la legislación venezolana, en donde los delitos se

dividen en delitos de acción pública y delitos de acción privada, es decir, que se dividen en delitos enjuiciables de oficio y en delitos solamente enjuiciables a instancia de partes; el carácter de irrevocabilidad de la acción penal, surge de una manera casi absoluta en los delitos de acción pública, ya que estableciéndose en el Código de Enjuiciamiento Criminal, en sus artículos 2, 10 y 210, la obligación del Ministerio Público de intentar la acción penal en los delitos de acción pública, poco importa que el particular que haya intentado la acción paralelamente con el Estado, desista o retire de forma expresa su impulso procesal, el proceso continuará con la acción penal pública, que no puede ser desistida en ningún momento por el Ministerio Público; sin embargo, la Ley ha proveído al Ministerio Público de dos mecanismos fundamentales para que, haciendo valer su condición de parte de buena fe, pueda pedir el fin del proceso antes de que éste termine por sentencia definitiva, lo que equivale a una revocabilidad de la acción del Estado, aunque técnicamente no pueda llamarse como tal. Estos dos mecanismos establecidos por la Ley, son en primer lugar, la abstención de cargos fiscales, prevista en el artículo 219 del Código de Enjuiciamiento Criminal y la petición de sobreseimiento que puede hacer el Fiscal en cualquier estado y grado de la causa.

La irrevocabilidad de la acción penal queda totalmente derogada en Venezuela en los delitos de acción privada, en los cuales el particular agraviado que intenta la acción puede en cualquier momento revocarla expresamente; es más, se establecen por otra parte, varios mecanismos en los cuales se entiende revocada la acción de pleno derecho, a través de desistimientos tácitos; estos mecanismos son en Venezuela tres, y están previstos para los delitos de acción privada en el artículo 112 del Código de Enjuiciamiento Criminal; en este artículo se establece: 1º) que el particular agraviado en los delitos de acción privada que ha intentado la acción, se considerará que la ha desistido expresamente cuando no presente el escrito de cargos dentro del lapso establecido en la ley; 2º) cuando no asista a la audiencia del réo; 3º) cuando deja de instar el proceso dentro de los términos previstos en la ley.

De ahí que este carácter de la irrevocabilidad de la acción penal, no puede considerarse como absoluto, ya que como hemos visto tiene sus mitigaciones en los delitos de acción pública y

su derogación absoluta en los delitos de acción privada. Solamente hemos querido traer a colación este carácter para tratar de comprender mejor el contenido de la acción penal y destacar a través de él la naturaleza especial de la misma, es decir, que tiene por objeto no la reparación de un daño privado que puede variar según la apetencia del que pide la reparación, sino que tiene por objeto la restitución de un daño público, de un daño a la colectividad cuya apetencia no puede variar y por ende se establece que el Estado tiene la obligación de llevar la acción siempre hasta su última consecuencia.

d) *Indivisibilidad de la Acción Penal*

El quinto y último carácter de la acción penal es su indivisibilidad. Consiste este carácter en que la acción penal se extiende a todas las personas que hayan intervenido en el hecho punible, cualquiera que sea su grado de participación. Es decir, que intentada la acción penal, ésta se extiende a los autores, instigadores, cómplices, encubridores o simples aprovechadores del hecho punible. Esto es un concepto que algunas legislaciones lo han considerado expresamente dentro de sus textos legales, como por ejemplo el caso del Código Italiano en vigor, que en su Artículo 123 expresa textualmente lo siguiente: "La acción se extiende de hecho a todos los que han cometido delito". Entre nosotros decimos que el principio es perfectamente valedero en lo que respecta a los delitos de acción pública, puesto que abierto un procedimiento mediante el auto de proceder por un delito de acción pública, el Juez a través de la instancia que se entiende ejercida por el Ministerio Público, extiende la averiguación de los hechos hacia todas las personas presuntas intervinientes en el mismo y aplicará el castigo a todas esas personas independientemente de que hayan sido o no señaladas por el Ministerio Fiscal. No podemos decir lo mismo en cuanto a los delitos de acción privada puesto que tratándose de éstos, el Estado delega la totalidad del ejercicio de la acción en los particulares, por lo que corresponderá a estos particulares ejercitadores de la acción determinar las personas contra las cuales va dirigida la querrela; de ahí pues que si intentada una acción privada para el enjuiciamiento de un delito que solamente puede hacerse a instancia de parte y no señalase dentro de la petitoria de esa acción una o más personas, el Juez no puede "motu pro-

pio" ejercer la acción penal o considerar ejercida la acción penal contra las otras personas no señaladas en la querrela.

Esto plantea infinidad de dificultades en el campo de la práctica. Es evidente para nosotros que si bien es verdad que el Estado ha otorgado a los particulares, por razones de índole práctica, ejercicio total de la acción penal en los delitos de acción privada, debería establecerse el principio general de la indivisibilidad de la acción penal para estos casos, por cuanto si no se establece, se hace más fuerte la objeción de que en materia de sanciones penales no se debe dejar al simple arbitrio de los particulares, el capricho de castigar a unos y perdonar a otros atribuyéndose así el derecho de castigar que es o debe ser solamente privativo del Estado. Estableciéndose que la acción penal privada no es indivisible sino divisible; se debe entender que ejercida la acción penal contra una persona cuando hay varios intervinientes en el delito, se ha desistido de la acción contra las otras personas? La respuesta es no, por cuanto de todo el contexto legal surge la idea de que el desistimiento contra estas personas, debe hacerse en forma expresa.

4) EJERCICIO DE LA ACCION PENAL

Para entrar a tratar el tema referente al ejercicio de la acción penal, vale aquí recordar las definiciones y los conceptos de Derecho Procesal Penal y de la acción penal. El Derecho Procesal Penal es el conjunto de normas que regulan el poder punidor del Estado ejercido a través de los órganos jurisdiccionales. La acción, como dijimos, es el poder de promover y excitar el órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal.

De estos dos conceptos inferimos claramente que el poder de castigar está en cabeza del Estado, y que la acción no es otra cosa que el medio jurídico de excitar al órgano jurisdiccional para que el Estado ejerza ese poder de castigar, vale concluir que en lo que respecta a la acción penal, la titularidad de ésta estará en cabeza del Estado. Así tenemos que la acción penal tendrá como titular al Estado que es el único autorizado para excitar a través de sus órganos competentes, o de los particulares cuando así lo quieran, al órgano jurisdiccional para

que éste ejerza el poder de castigar atribuido a él soberanamente por disposiciones constitucionales.

Partiendo de la premisa de que es el Estado el titular de la acción penal, conviene determinar el ejercicio de la acción penal, como tal. Lógicamente siendo el titular de la acción el Estado, debería ser éste quien la ejerciera en todo caso, sin embargo, por razones de orden práctico el Estado comparte a veces este ejercicio con los particulares, ya bien sea permitiéndoles que también ejerzan la acción penal o ya bien sea delegando de una manera total y definitiva el ejercicio de la acción en los particulares. El asunto esquemáticamente lo podemos plantear así: El ejercicio de la acción penal corresponde al Estado, pero puede delegarla a los particulares de dos formas: a) con una delegación parcial, en el sentido de que la acción será siempre ejercida paralelamente con el Ministerio Público y b) con una delegación total (delitos de acción privada), en el entendido de que la acción solamente pueda ser ejercida por el particular agraviado.

Etapas históricas del ejercicio de la acción

Diversas han sido las etapas históricas por las que ha pasado el ejercicio de la acción penal y las podemos resumir en cuatro grandes categorías: 1º) Sistema del ejercicio privado de la acción. 2º) Sistema del ejercicio popular de la acción. 3º) Sistema del ejercicio de oficio de la acción, y 4º) Sistema del ejercicio público u oficial de la acción.

1º) *Sistema del ejercicio privado de la acción*; este sistema histórico del ejercicio de la acción aparece en los pueblos de la antigüedad y consiste en que el particular que le había sido inferido un daño por otra persona, mediante sus propios medios y con sus propios recursos, ejercitaba una acción directa sobre los responsables del daño, a los fines de obtener la reparación. Era la época de la venganza privada, en que no existía la organización estatal como la concebimos en la actualidad, estuvo fundamentalmente representado este sistema en los pueblos bárbaros y evidentemente la acción se reflejaba únicamente en el campo pecuniario, en el campo patrimonial, por cuanto solamente podía el particular hacerse de bienes que le restituyeran el daño y el reflejo penal que hubiera podido tener el ejercicio de

la acción en este sistema, era el daño físico que a su vez pudiera ser inferido por el particular agraviado al otro a título de venganza. Como vemos del simple enunciado del sistema, se puede llegar a la consecuencia de que no existía una acción como tal, una acción como la concebimos en el Derecho moderno, por cuanto no era un medio procesal ni mucho menos, sino era más que una acción, una actuación de carácter privado tendiente a reparar el daño.

2º) *Sistema del ejercicio popular de la acción.* El sistema del ejercicio popular de la acción, consiste en que evolucionando históricamente el proceso penal y evolucionando históricamente las comunidades, surge ya la conciencia colectiva de que el daño inferido a través de un hecho delictual a una persona incide en un daño a todos los demás integrantes de la colectividad, por ser premisa necesaria para esos integrantes de la colectividad en que se respeten los derechos ajenos. Por lo tanto, surge la necesidad de que sea el pueblo mismo, de que sean todos los integrantes de la colectividad, los interesados en que se castigue verdaderamente a un culpable y nos encontramos aquí con los primeros pasos de que hablábamos del llamado sistema acusatorio en que correspondía al pueblo como tal intentar la acción, intentar la acusación. En este sistema del ejercicio popular de la acción penal se configura un poco mejor el criterio procesal de la acción, porque podemos decir que era un medio no organizado, con el que cualquier integrante de una colectividad podía requerir al pueblo mismo, a la colectividad en general, para que juzgara y castigara a aquella persona que le hubiese inferido un daño. Así tenemos que, paralelamente al sistema del ejercicio de la acción popular, surge igualmente el tribunal popular y surgen igualmente los primeros vestigios del proceso penal, el cual movidos por una acusación intentada por el pueblo, llevaba como colorario final a que este mismo pueblo juzgara de una manera ajustada a derecho, la conducta del que infería el daño.

3º) *Sistema del ejercicio de oficio de la acción.* Este sistema surge conjuntamente con el llamado sistema inquisitivo y consiste fundamentalmente en que la acción penal es ejercida por el Estado y única y exclusivamente por el Estado. El Estado asume para sí el ejercicio de las tres funciones procesales de acusación, defensa y decisión, por cuanto la considera

fundamental a sus fines, sobre todo cuando aparecen históricamente los poderes concentrados en el príncipe, que es dueño y señor de vida y propiedades y corresponde a este príncipe única y exclusivamente el incitar el castigo y el de aplicar el mismo. En este sistema histórico, la acción penal se ejerce de oficio por el Estado mismo y en realidad está confundida la acción con la jurisdicción, por cuanto forma un mismo todo integral, dependiente de la voluntad del príncipe.

4º) *El cuarto sistema es el sistema actual,* que es el ejercicio de la acción pública oficial. El sistema parte fundamentalmente de la Revolución Francesa que, si bien es verdad reconoce en el Estado el derecho de castigar, sin embargo le dá a ese mismo Estado una serie de regulaciones a través de tres poderes totalmente distintos, el Ejecutivo, el Judicial y el Legislativo, para poder garantizar a los ciudadanos su condición individual en esa colectividad. Surge así el sistema de la llamada acusación oficial o pública, en el cual, manteniéndose para el Estado la titularidad de la acción penal, ésta supone su ejercicio ante la jurisdicción. Por otra parte se van a dar cabida a los llamados sistemas eclécticos en los cuales se permite también a los particulares ejercer la acción penal.

Son estos los cuatro sistemas históricos por los cuales ha atravesado el ejercicio de la acción penal, que como vemos, tiene una evolución muy sencilla, de la actuación privada, que no puede llamarse propiamente acción, se pasa a la actuación del pueblo como representante de la colectividad, de ésta, por razones de orden histórico, se pasa a la que se le atribuyen todos los poderes a aquél que se abroga la representación de los particulares, y por último, el sistema moderno, en donde dejando la titularidad de la acción en el Estado, se le delimitan sin embargo sus funciones en cuanto a esa titularidad y por otra parte se le hace compartir con los particulares el ejercicio de la acción penal.

5) SISTEMAS DOCTRINALES PARA EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL

Estos sistemas históricos que acabamos de analizar, han dado lugar a que surjan sistemas doctrinales para el ejercicio

de la acción penal, sobre todo después de la Revolución Francesa cuando se deja establecido de una forma clara el sistema de la acción penal pública. Estos sistemas doctrinales los podemos agrupar en dos grandes categorías, que son los llamados sistemas absolutos y los llamados sistemas eclécticos. De acuerdo con los sistemas absolutos, se le atribuye el ejercicio de la acción penal de forma exclusiva, ya bien sea al Estado o a los particulares, dentro de los particulares al particular agraviado o a la totalidad de los particulares. En los sistemas eclécticos, se trata de combinar en forma armoniosa el ejercicio de la acción por el Estado y por los particulares.

Sistemas absolutos

En cuanto a los sistemas absolutos, podemos señalar que hay tres sistemas absolutos doctrinales; en primer lugar el sistema según el cual, sólo el particular agraviado puede ejercer la acción penal; de acuerdo con este sistema sólo éste puede requerir al órgano jurisdiccional para que se castigue al particular que ha lesionado el bien jurídico protegido. Las razones que se dan a favor de este sistema, son fundamentalmente dos: a) en primer lugar el único que está verdaderamente informado del delito, el único que está verdaderamente informado de la acción delictuosa, viene a ser el perjudicado y b) el único que tiene interés en que se castigue al culpable, es el particular a que ha sufrido el daño.

Este sistema, sin embargo, ha sido rebatido de forma bastante clara y hoy por hoy no tiene aplicación ni vigencia en ningún derecho en el mundo en forma absoluta, las razones por las cuales se rebate son fundamentalmente: 1º) Que el derecho de castigar es privativo del Estado y no puede delegarse en forma total en los particulares. 2º) El derecho de castigar no se le ha atribuido al Estado de una forma caprichosa, sino como consecuencia de una necesidad racional de que sea el Estado, en el cual los particulares han delegado su representación para hacer posible su convivencia, el que, no solamente tenga interés en ejercer esa representación, sino también tiene el deber de ejercerla. Por otra parte, si ello no fuere así, evidentemente que por razones de natural pereza humana, por razones de comodidad, gran parte de los delitos quedarían impunes, teniendo en cuenta también para hacer esta aseveración

el que, en muchos casos los particulares no tendrían los medios suficientes que el Estado está obligado a disponer para poder castigar a los delincuentes.

El segundo sistema absoluto para el ejercicio de la acción penal que se ha enunciado doctrinariamente, es aquel que establece que podrán ejercer la acción penal todos los particulares, agraviados o no pero con prescindencia de el Estado. Los que sostienen esta tesis, parten del criterio fundamental de que si al Estado es al que le corresponde decidir, al que le corresponde castigar, no se le puede atribuir este derecho y también el derecho a poner en movimiento sus mecanismos para castigar porque ello sería comprometer demasiado la libertad de los individuos en manos del Estado; y si bien es verdad que los particulares han otorgado su representación al Estado, ella no puede concebirse hasta el punto de que sea el Estado no solamente el dueño y señor de castigar o no castigar, sino también que sea el Estado quien resuelva la oportunidad de cuando debe incitarse al órgano jurisdiccional para que castigue.

Es evidente que este sistema tampoco tiene acogida en ninguna legislación moderna por cuanto se ha considerado que muchos de los delitos quedarían impunes, por no tener los particulares los medios suficientes para el castigo, y por otra parte, sería también renunciar el Estado al derecho de poner en movimiento el órgano jurisdiccional cuando está comprometida su propia estructura, su propia naturaleza; y finalmente, el hecho de dejar en manos de los particulares el ejercicio de la acción penal, como medio para que pueda moverse el órgano jurisdiccional, sería crear un sistema de odios y venganzas y de pactos y secretos que se traducirían todos en carácter adjetivo patrimonial y los cuales serían totalmente contrarios a la naturaleza del Estado que surge como una necesidad racional para que se pueda vivir en comunidad.

El tercero de los sistemas absolutos, es aquél el que otorga al Estado el monopolio del ejercicio de la acción. Este sistema consiste en que solamente el Estado puede ejercer la acción penal a través de sus órganos, es decir, solamente el Estado puede excitar el órgano jurisdiccional, para que éste a través de un proceso penal imponga el castigo a los que resultaren culpables del presunto hecho punible. Este sistema que tam-

poco tiene vigencia en los Estados en donde no impera una teoría política de orden totalitario, aunque sí en aquellos en donde el totalitarismo es la idea central de su estructura política, tampoco puede ser aceptado por nosotros por cuanto la misma idea del monopolio implica la negación de una idea de justicia, aunque este monopolio sea un monopolio estatal; de ahí que casi todos los sistemas actuales del derecho occidental aceptando la titularidad en cabeza del Estado, establece diversas modalidades de su ejercicio dando siempre lugar preminente al Estado, se le permite también a los particulares ejercer la acción penal, permitiéndoles así el poder hacer valer lo que cada uno considera su derecho, como integrantes de una colectividad, por ante los órganos jurisdiccionales penales.

Sistemas Eclécticos

Lo que buscan estos sistemas, como ya dijimos, es la combinación armoniosa del papel del Estado con el de los particulares y dentro de este grupo de teorías podemos citar, como dos grandes ejemplos del mismo el sistema francés y el inglés.

Sistema Francés

De acuerdo con el sistema elaborado por la doctrina francesa y el cual ha sido acogido por el legislador francés, el ejercicio de la acción penal corresponde en forma principal a su titular, es decir, al Estado, el cual la ejerce a través de lo que ellos llaman el agente fiscal como representante del Ministerio Público. Pero se establece, sin embargo, que subsidiariamente los particulares pueden intervenir en el proceso penal y condicionan la intervención de los particulares a tres casos: 1º) cuando haya negligencia de parte del agente fiscal; 2º) cuando haya manifiestamente intereses particulares de por medio; y 3º) en los delitos de acción privada, en que ellos reservan el ejercicio de la acción al particular agraviado, teniendo en cuenta la idea central de que no es posible en algunos casos, ejercer la acción penal sin causar un mayor perjuicio a un particular de aquél que causa el delito mismo a la sociedad, ejemplo, los casos de violación, difamación, etc. Así conforme el sistema francés el ejercicio de la acción penal corresponde principalmente al Estado, pero pueden ejercerla subsidiariamente los particulares en caso de negligencia estatal, de que se afecte un

interés muy particular, o bien en aquéllos casos de acción privada.

Sistema Inglés

De acuerdo con el sistema inglés, el particular, agraviado o no, tiene preferencia sobre el Estado y éste podrá intervenir única y exclusivamente si el particular no interviene. En el sistema inglés corresponde el ejercicio de la acción penal al particular y en última instancia y de forma subsidiaria al Estado, para el caso que el particular no la ejerza y se considere como un requisito fundamental para la subsistencia de la sociedad, el que se castigue al culpable de un delito, sin tomar en cuenta la voluntad del particular.

Como vemos, en estos dos sistemas se combinan armoniosamente los intereses del Estado y de los particulares y hace depender del sistema político de cada pueblo el que el Estado aparezca con el carácter de principal o con el carácter de sujeto subsidiario frente a los particulares. Es explicable que en el sistema francés, donde se da una organización rígida al Estado, se le atribuye a éste el carácter de principal y al particular el carácter de subsidiario; y también es explicable el sistema inglés, a pesar de que en Inglaterra se atribuye el carácter de símbolo al Estado, pues se considera que los particulares como integradores de ese Estado, tienen preminencia. Por otra parte, esto no afecta en el sistema inglés el curso de la justicia, cuando es ya bien sabido el carácter de los ingleses en cuanto a su vocación de servicio público y en cuanto a lo que ellos consideran un deber. Muy difícilmente un particular que se sienta lesionado por un hecho delictual no ejercerá la acción penal, a veces no tanto por la acción o por el castigo como tal, sino porque comprende que dejando impune un delito se relajan los principios fundamentales de su organización en comunidad.

Podemos analizar aquí también y partiendo de estos dos sistemas eclécticos otros sistemas similares en los cuales va a variar la combinación entre los particulares y el Estado. A título de ejemplo, tenemos el sistema austríaco en el cual se establece que todo depende de si se trate de un delito de acción pública o de un delito de acción privada. Cuando se trata

de delitos de acción pública, corresponde al Estado el ejercicio en forma principal y en forma subsidiaria a los particulares; mientras que cuando se trata de un delito de acción privada, corresponderá a los particulares el ejercicio de la acción penal y en forma subsidiaria al Estado. En la legislación alemana para los delitos de acción pública, el ejercicio de la acción se atribuye en forma principal al Estado, pero en los delitos de acción privada lo ejerce principalmente el particular. En cuanto al Derecho Procesal Italiano, el sistema es igual al francés; es decir, corresponde al Estado el ejercicio de la acción penal en forma principal y los particulares solamente podrán ejercerla en forma subsidiaria, cuando el Estado sea negligente, cuando se trate de su interés o bien cuando se le atribuya. Tienden hacia el sistema francés, los ordenamientos jurídicos de la Argentina y Chile, en estos países no puede cualquier particular ejercer la acción penal, aunque sea una acción pública, sino que ésta se entiende ejercida por el Estado y los particulares solamente tendrán intervención en el proceso penal, cuando se trate de los agraviados directos por el delito.

6) Sistema Venezolano

El sistema venezolano para el ejercicio de la acción penal, es un sistema ecléctico, en él se rechazan los postulados absolutos en lo que respecta a la persona o entidad capaz de ejercer la acción penal.

Podemos decir que el sistema venezolano del que más toma de los sistemas europeos, es el del sistema contenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, y según el cual corresponde la titularidad de la acción penal al Estado así como su ejercicio primordial, pero teniendo en cuenta también que existe la posibilidad legal de que los particulares ejerzan la acción penal, ya bien sea compartiéndola con el Estado en los delitos de acción pública o ya bien sea de una forma exclusiva en los llamados delitos de acción privada.

Así podemos decir que de conformidad con lo establecido en el Código de Enjuiciamiento Criminal Venezolano, el ejercicio de la acción penal depende en cuanto a la persona que la ejerce, del delito si se trata de uno de acción pública o de un delito de acción privada.

Ejercicio de la acción penal en los delitos de acción pública

De acuerdo con lo establecido en el artículo 2º del Código de Enjuiciamiento Criminal, tenemos que por mandato de la Ley se ordena que la acción penal en los delitos de acción pública, que es la regla general, debe siempre intentarse de oficio por parte del Estado, completándose esta disposición con la contenida en el Artículo 10 del Código de Enjuiciamiento Criminal, el cual dice textualmente lo siguiente: "en toda causa de acción pública habrá una parte fiscal, que será representada por el funcionario que determine la Ley, y en defecto de ésta, por el que nombre en el caso el Tribunal que conoce de ello", vemos que es evidente que corresponde al Fiscal del Ministerio Público de acuerdo con la ley venezolana el ejercer la acción penal por parte del Estado; acción penal que debe llevar en todas sus instancias y así lo ratifica el Código de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 210, en el cual se establece de forma categórica la siguiente: "aunque haya acusador, siempre interpondrá el Ministerio Público en la causa de acción pública". De estas tres disposiciones inferimos claramente que en los delitos de acción pública, no solamente se ejerce la acción penal como una facultad del Estado sino como una obligación.

Sin embargo, en este tipo de delitos, la Ley concede al particular, agraviado o no, la posibilidad de intentar la acción penal por cuanto el artículo 100 del Código de Enjuiciamiento Criminal establece de una manera expresa y categórica que: "en toda causa iniciable de oficio, cualquier particular, agraviado o no, podrá constituirse acusador ante cualquier tribunal competente, para la instrucción del sumario respectivo". En vista de esta disposición es que afirmamos lo dicho con anterioridad de que en las causas de acción pública, si bien es verdad que el ejercicio de la acción penal corresponde en forma obligatoria al Estado, la Ley también atribuye la posibilidad de este ejercicio de una manera amplia a todo particular, agraviado o no. En esto, inclusive, la Ley venezolana es más amplia que el código español, en cuanto a la posibilidad del ejercicio de la acción, por cuanto aquí no hacemos ninguna distinción entre venezolanos y extranjeros.

Nuestro Código de Justicia Militar, cuando otorga la capacidad de acusar para los determinados delitos militares y para los delitos comunes que pueden ser enjuiciables por los

Tribunales Militares, la otorga única y exclusivamente a los venezolanos. De ahí que en esta legislación especial de la justicia militar, si se establece la limitación de la facultad de acusar, única y exclusivamente para los venezolanos.

Resumiendo; el ejercicio de la acción penal para los delitos de acción pública en Venezuela, corresponde en forma obligatoria al Estado, pero la Ley atribuye la facultad de que, paralelamente con el Estado, el particular pueda accionar penalmente, cuando se trata de un delito de acción pública.

Ejercicio de la acción penal en los delitos de acción privada

En el delito de acción privada sí es privativo única y exclusivamente del particular el ejercicio de la acción penal, el mismo artículo 2 del Código de Enjuiciamiento Criminal, nos dice que se iniciará de oficio, sólo en aquellos casos en que no requiera la Ley instancia de parte agraviada para su ejercicio; demás está decir que estos son los casos de excepción, y que el fundamento jurídico de esta norma, que atribuye en estos casos la totalidad del ejercicio a los particulares, radica en que el legislador ha considerado que en algunos de los tipos delictuales debe dejarse al arbitrio del particular el ejercicio de la acción, por tratarse el objeto de protección de bienes personalísimos, y el particular podría en un momento determinado considerar que es mucho más perjudicial el que se intente un proceso penal al que se deje de intentar.

De todo lo dicho podemos decir, que el sistema venezolano, siendo ecléctico, es uno de los más amplios de toda la legislación moderna, por cuanto estableciendo la obligación del Estado de ejercer la acción penal, manteniendo la titularidad de la acción al Estado, permite el ejercicio a los particulares en los casos de acción pública y en los casos de acción privada lo delega totalmente en ellos. La experiencia procesal venezolana nos ha demostrado que es evidente que no tenemos nada de qué quejarnos del sistema y que debe mantenerse la obligatoriedad por parte del Estado del ejercicio de la acción penal en los delitos de acción pública y la posibilidad a los particulares de ejercer la acción penal. Cuando más debería revisarse el sistema en lo que respecta a los delitos de acción privada, porque el derecho de castigar es privativo del Estado y no se debe dejar al libre arbitrio de los particulares, pues

lamentablemente siempre todo se reduce al ejercicio o no de la acción por cuestiones de tipo personal, inclusive patrimoniales; para nosotros no debe hacer distinción entre los delitos de acción privada y delitos de acción pública en cuanto al proceso como tal, cuando más, debe establecerse para determinados tipos de delitos, una primera instancia del particular al órgano jurisdiccional, pero sin que ello signifique el ejercicio de la acción como tal, sino un simple requerimiento; ya en parte nuestro Legislador acogió esta tesis al establecer para los delitos previstos en los Capítulos Primero, Segundo, Tercero y Cuarto del Título Octavo del Libro Segundo del Código Penal, que el solo requerimiento de parte bastaba para el inicio del proceso, todo ello está previsto en el artículo 102 del Código de Enjuiciamiento Criminal, pero por el mismo hecho de ser una reforma inarticulada, no se estableció en dicho artículo cómo continúa el proceso; esto deberá corregirse en el futuro y determinar de una vez por todas que requerido el órgano jurisdiccional por la parte agraviada, corresponde al Fiscal del Ministerio Público la continuación del proceso; lo que ya pasa de hecho por la poca claridad del precepto legal.

Problemas complementarios

Establecidos los sistemas doctrinales para el ejercicio de la acción penal, tanto desde el punto de vista del derecho comparado como desde el punto de vista del derecho venezolano, vamos a pasar ahora a tratar dos problemas que nos plantea también el ejercicio de la acción penal y los cuales son los siguientes: 1º) contra quien puede ejercerse la acción penal, y 2º) ante quien se ejerce la acción penal; estos dos problemas completan el estudio del ejercicio de la acción penal.

1º) *Contra quién se ejerce la acción penal.* Podemos señalar que este problema se resuelve en dos postulados fundamentales, a saber: a) la acción penal se ejerce sólo contra personas naturales, y b) la acción penal se ejerce sólo contra aquel que participó en el delito, ya bien sea como autor, coautor, cómplice, instigador o encubridor.

Vamos a examinar por separado cada uno de estos postulados.

a) La acción penal se ejerce sólo contra las personas naturales. Este principio viene dado por el derecho penal, en el cual se establece dentro de las legislaciones modernas, que solamente las personas naturales son capaces de cometer delitos, y en consecuencia capaces de que se les aplique una pena; ello se debe a que no puede concebirse en el derecho moderno, el delito cometido por un animal, situación ésta referida en todos los tratados de historia del derecho penal como una situación completamente superada; célebres son los casos que nos relatan los autores de juicios seguidos contra animales y contra cosas, los cuales tuvieron vigencia en una época de la humanidad.

Por otra parte, tampoco puede concebirse el delito cometido por una persona moral, es decir, por personas o entidades como las sociedades anónimas, las comunidades, etc., ya que estas personas son entes de carácter moral que no actúan por sí mismas sino a través de sus representantes. Ello no obsta para que si se utiliza una compañía anónima para cometer determinado delito, se considere que ha sido cometido el delito por los representantes o el órgano de la compañía. El administrador o los administradores responsables serán castigados por el delito cometido. En el derecho moderno se han establecido en algunos casos sanciones a las compañías anónimas como tales, cuando sus principales han cometido delito a través de ellas, como es el caso del Código de Defensa Social cubano, que en su artículo 16 establece sanciones para las personas jurídicas, sanciones que son de multa, disolución, suspensión, etc. Pero para nosotros, siguiendo consecuentes con la tesis, de que sólo las personas naturales pueden ser sujetos activos de delito, creemos que esto más que considerar un delito como sí mismo, son penas accesorias impuestas a los administradores de la sociedad, de tal forma de suprimir o quitar del mercado de trabajo a una compañía anónima a través de la cual se ha cometido delito, ello como ejemplo moralizador y que no se pueda continuar la personalidad jurídica de un ente moral que ha sido utilizado inescrupulosamente para cometer delitos.

b) El segundo postulado establece que sólo contra la persona natural se puede intentar la acción penal a título de autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o aprovechador del

delito. Esto quiere decir, en su más amplia extensión, de que pueda hacerse llegar la acción de la justicia hacia una persona distinta a la persona que cometió el delito, por cuanto es evidente que no puede plantearse el supuesto de que la acción penal se extienda contra los causahabientes a título particular o a título universal. Todo ello se basa en el hecho de que es principio fundamental del Derecho Penal, el que la pena es individual y solamente puede aplicarse a la persona que cometió el hecho; de ahí pues que concluyamos diciendo, que es principio inderogable del Derecho Penal, el que la responsabilidad penal es netamente personal y que en ningún momento puede extenderse a otra persona, en esto se diferencia grandemente la responsabilidad penal de la responsabilidad civil, por cuanto en la responsabilidad civil se extiende a los causahabientes a título particular y a título universal de la persona responsable, ello porque se entiende que los causahabientes al adquirir el patrimonio no pierde éste su continuidad; igualmente hay casos un tanto más complejos en la responsabilidad civil, establecido en los artículos 1185 a 1196 del Código Civil y en los Arts. 114, 116, 117, 118 y 119, del Código Penal a que antes hicimos referencia. Este concepto de que la responsabilidad civil se hace extensiva a personas distintas de las intervinientes en el hecho se debe fundamentalmente a que si ellos disfrutaban de la situación patrimonial de las personas a su cuidado, deben igualmente responder por los daños que la actividad de esas personas lesionen al patrimonio de terceros.

2º) La segunda pregunta que se nos plantea para resolver el trípode del ejercicio de la acción penal, como ya hemos dicho, es, ante quien se ejerce la acción penal. Esta pregunta se contesta de manera sencilla pero con una noción de alto contenido; la acción penal se ejercerá ante los órganos jurisdiccionales capaces de conocer, sustanciar y decidir las relaciones jurídicas penales que se le planteen.

No queremos dejar de señalar aquí que serán competentes para conocer lo referente a la acción penal, los Tribunales señalados en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

CAPITULO TERCERO

LA ACCION CIVIL DERIVADA DEL DELITO

1.—CONCEPTO. 2.—NACIMIENTO. 3.—REQUISITOS. 4.—DAÑO MORAL. 5.—TRANSMISIBILIDAD. 6.—ACCION OBLICUA. 7.—EJERCICIO DE LA ACCION CIVIL DERIVADA DEL DELITO. 8.—DESISTIMIENTO DE LA ACCION CIVIL.

1) *CONCEPTO*

Para dar el concepto de la acción civil, nos basaremos en el concepto que hemos dado para la acción en general, refiriéndonos al caso específico de la responsabilidad civil delictual, que es el objeto de este capítulo. De ahí que podamos decir que la acción civil derivada del delito: "es el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho patrimonial, surgida con ocasión de un ilícito penal".

Este concepto de acción civil derivada del delito, lo hemos dado refiriéndonos a la acción como medio procesal y no a la acción como derecho, es decir, a la acción como derecho al derecho; ya que ello es lo que nos interesa para el estudio procesal de la misma, sin pasar por alto todo lo referente a la responsabilidad civil delictual.

2) *NACIMIENTO*

Para estudiar el nacimiento de la acción civil derivada del delito, es necesario que hagamos un análisis detallado de la responsabilidad civil delictual, ya que ella es la que da origen a este medio procesal que tiende a exigir del órgano jurisdiccional una decisión de carácter estrictamente patrimonial surgida con ocasión de un hecho delictuoso.

A tal efecto conviene señalar que el artículo primero del Código de Enjuiciamiento Criminal, establece lo siguiente: "de todo delito o falta nace la acción penal para el castigo del culpable. También puede nacer acción civil, para las reparaciones de que habla el Código Penal".

Este artículo nos señala la existencia procesal de la acción civil delictual, ya que permite la existencia de una acción civil para reclamar los daños patrimoniales que han sido causados con ocasión de un delito.

Igualmente el artículo 113 del Código Penal, nos señala lo siguiente: "toda persona responsable criminalmente de algún delito o falta lo es también civilmente".

De estos dos artículos transcritos se establece, no sólo la responsabilidad civil que pueda surgir con ocasión de un delito, ya que es evidente que paralelamente al daño social causado por el ilícito penal, es perfectamente posible y factible el que se causen daños a un patrimonio determinado y que quedan sujetos a reparación, sino que también nos señala el legislador la posibilidad de accionar por ante el órgano jurisdiccional a los efectos de hacer efectiva esa responsabilidad civil surgida con ocasión de un delito.

La responsabilidad civil delictual, en términos generales, se viene a regir por las disposiciones contenidas en el Código Penal en los artículos 113 al 127, ambos inclusive, y además, son perfectamente aplicables todas las demás disposiciones que contiene el Código Civil sobre la responsabilidad por hechos ilícitos, que no estén especialmente previstos en el Código Penal, y por lo tanto podrán aplicarse en forma subsidiaria.

La responsabilidad civil delictual, en términos generales, se expresa de la Ley, Artículo 113 del Código Penal, la restitución, la reparación del daño causado y la indemnización de perjuicios, siendo necesario destacar que en lo que respecta a las restituciones de que habla el Código Penal, ya no a la reparación del daño, esta no es necesario buscarla a través de una acción civil, por cuanto el mismo Legislador establece que el sentenciador al decidir la acción penal planteada, está obligado a acordar las restituciones de que habla el Código Penal. El artículo 42 del Código de Enjuiciamiento Criminal, establece en su aparte 4º lo siguiente: "En el mismo fallo se impondrá la restitución de la cosa ajena o su valor, de conformidad con lo establecido en el artículo 126 del Código Penal". Este consagra textualmente lo siguiente: "los condenados como responsables criminalmente, lo serán también en la propia sentencia, en todo caso a la restitución de la cosa ajena o su valor, en las costas procesales

y en la indemnización de perjuicios en caso de constituirse el agraviado en acusador y parte civil". De ahí se deduce que la acción civil derivada del delito no es necesario ejercerla para la restitución de que habla el Código Penal, no así para la reparación del daño causado y para la indemnización de perjuicios en los cuales sí es menester que preceda una acción civil.

Para que surja verdaderamente una acción que pueda ser declarada en definitiva con lugar, tendiente a realizar o a hacer efectiva la responsabilidad civil delictual, es necesario que el delito produzca efectivamente un daño patrimonial y que llene los requisitos, tanto de fondo como de forma, que señalaremos más adelante. Ello pone en evidencia el hecho de que no todos los delitos producen o traen consigo la responsabilidad civil delictual, existen de hecho una serie de delitos que no traen consigo una responsabilidad civil de carácter delictual, fundamentalmente por que no causan en sí mismo un daño patrimonial, son delitos que causan un daño social a la comunidad, que es necesario repararlo a través de la pena, pero que no inciden patrimonialmente en ninguno de los integrantes de esa colectividad. A título de ejemplo, podemos citar el caso general de las faltas que no producen ningún daño; en segundo término, podemos referirnos a las llamadas figuras imperfectas en el Derecho Penal, como el delito frustrado y la tentativa, los cuales están castigados por el Código Penal, pero en la gran mayoría de los casos no producen daño patrimonial y, por ende, no darán lugar a responsabilidad civil; en tercer lugar, podemos citar como caso muy "sui generis" el del adulterio, el cual no produce propiamente una responsabilidad civil, aunque para el mismo se establece una reparación específica en el artículo 195 del Código Civil, que contempla para el cónyuge que comete adulterio la pérdida de todo lo que ha dado con ocasión del matrimonio; y el cónyuge inocente, a su vez, puede reclamar lo prometido por el otro; un cuarto y último caso es con relación a la bigamia, contemplado en el artículo 403 del Código Penal, el cual obliga a devolver la dote a la mujer soltera y alimentar a los hijos surgidos con ocasión de ese matrimonio.

Sin entrar a analizar el contenido de la responsabilidad civil, que no es objeto de este estudio, pero como un esquema fundamental para comprender mejor la acción civil derivada del delito, se hace necesario estudiar un poco todo aquello que

respecta a los requisitos fundamentales para la procedencia de la responsabilidad civil, la cual no es otra cosa que el objeto de la acción que estamos estudiando.

3) REQUISITOS

A tal efecto podemos establecer que son tres los requisitos establecidos en la ley para que proceda la responsabilidad civil: 1º) es necesario que haya un delito, es decir, es necesario que haya habido una acción típicamente antijurídica y culpable y castigada por una pena, ya que no puede hablarse de responsabilidad civil delictual sin delito; es posible que sin existir el delito tipificado, se cause un daño, pero ello no será reparable por vía de la responsabilidad civil delictual, sino por la vía ordinaria. 2º) Es necesario que haya un daño y que ese daño revista los elementos necesarios para que deba ser reparado. 3º) Es necesario que exista un vínculo de causalidad entre el delito y el daño, es decir, que exista una relación de tal naturaleza que pueda establecerse de una manera clara y definitiva que el daño fue causado por ese delito y no por ningún otro elemento; si no pudiera demostrarse que existe un vínculo causal entre el delito y el daño, no habrá lugar a esta vía.

Vamos a estudiar por separado cada uno de estos requisitos enunciados. Conviene aclarar que hablamos de requisitos para la procedencia y no para el ejercicio; al hablar de la acción en general, dijimos que su ejercicio como tal no depende ni de que haya habido un delito o el daño, sino solamente de que alguna persona jurídicamente capaz, ocurra al órgano jurisdiccional a exigir que se abra un proceso para determinar una responsabilidad civil cualquiera, surgida con ocasión de un delito.

Primero.—Hecho delictuoso. Es necesario que se dé este primer requisito, como ya hemos dicho. Se hace imprescindible el que haya surgido una conducta o una acción típicamente antijurídica y culpable sancionada por la ley con una pena.

Segundo.—El daño. Para que haya un daño que dé lugar a reparación de que habla el Código Penal por vía de la acción civil derivada del delito, es necesario que ese daño tenga determinados requisitos, los cuales entraremos a analizar de seguida, no sin antes decir que el daño comprende tres cosas: primero,

las restituciones de la cosa sustraída; segundo, la reparación del daño efectivamente causado, lo que la doctrina llama daño emergente, y tercero, el perjuicio causado con ocasión de ese delito, es decir, lo que la doctrina llama lucro cesante.

Los requisitos del daño son fundamentalmente cuatro, a saber: 1º) el daño debe ser determinado o determinable; 2º) el daño debe ser actual; 3º) debe ser cierto; 4º) debe ocasionar una lesión en el derecho de la víctima o bien una lesión en el interés de acuerdo con algunas doctrinas.

1º) El daño debe ser determinado o determinable. Ello quiere decir que se hace necesario determinar en qué consiste el daño, cuál es la extensión del daño, ya que si la víctima no pudiere comprobar la extensión de este daño ni la consistencia del mismo, aunque estuviere perfectamente establecida la existencia de un delito y estuviere perfectamente establecido la existencia de un daño causado por ese delito, pero no se determinare el mismo, la responsabilidad no surgiría en este caso. Hemos dicho que el daño debe ser determinado o determinable, lo que equivale a decir que no es condición "sine qua non" el determinar bajo límites perfectamente establecido el daño, sino que bastaría con dar los elementos fundamentales para poder determinar ese daño, para establecer cuál fue su extensión.

2º) Debe ser actual. Ello quiere decir que se hace necesario el que, el daño haya sido causado evidentemente y que exista en la actualidad, o bien que sea consecuencia directa e inevitable de un daño presente. De ahí deducimos que, en principio, un daño futuro, el temor a una lesión futura, no puede dar lugar a la responsabilidad civil delictual, a menos que aquellos daños vayan a ser la consecuencia directa o inevitable de un daño presente. Mucha es la jurisprudencia que con ocasión de la responsabilidad civil extra contractual se ha citado para demostrar este carácter fundamental del daño en el sentido de no poder extender la responsabilidad civil más allá de un estado de cosas actuales, en virtud de que no es posible reparar u obligar a reparar el daño futuro.

Ello no quiere decir que excluyamos el llamado lucro cesante, por cuanto es disposición expresa del artículo 120 del Código Penal, que el mismo cae dentro del objeto de la responsabilidad civil, pero es que con ello no nos estamos refiriendo

a un daño futuro, sino que nos estamos refiriendo más bien a las consecuencias de un daño actual, de un daño evidente y el lucro cesante no será sino la consecuencia de ello.

3º) El daño debe ser cierto. Esto nos coloca frente al problema del daño eventual, el daño eventual consiste en la pérdida de una ganancia realizable sólo mediante un acto de la víctima; por ejemplo, tenemos el caso de un caballo de carrera, que mientras es conducido al hipódromo, sufre una lesión provocada intencionalmente por una persona y a consecuencia de esta lesión el caballo no puede participar en la carrera. El dueño del animal, en ese caso, demandaría al agente, no ya refiriéndose al daño de lo que gastó en virtud de la cura del animal o de lo que fue necesario gastar o fue necesario desembolsar para ello, sino refiriéndose a pedir la reparación del daño causado en virtud de haber dejado de ganar el premio; en este caso concreto, evidentemente no hubiera podido determinarse si el caballo ganaría o no, pero sí es verdad que hubo la pérdida de la oportunidad de correr el caballo.

En el fondo, el problema del daño eventual pertenece a la teoría de la relación de causalidad; el problema en este caso, es determinar si el daño ha sido sufrido realmente en virtud del hecho delictual del agente, se hace necesario, como en el caso del caballo de carreras, tener en cuenta otros elementos como la fuerza, su salud anterior, etc., lo que hay que determinar; pero es evidente que en términos generales se mantiene con todo su vigor el requisito de certidumbre del daño, o sea, debe ser cierto, debe haberse producido, ya que de no ser así, no podrá reclamarse la responsabilidad civil delictual. Insistimos en que el problema del daño eventual, será un problema de relación de causalidad, de ver si el hecho delictuoso es determinante o no para producir dicho efecto.

4º) La cuarta condición es que el daño debe ocasionar una lesión al derecho de la víctima y no a un simple interés. Ello quiere decir, de acuerdo con la doctrina más aceptada, que no basta con tener un simple interés sobre una determinada cosa, para poder exigir la reparación. Así, podrá reclamar el daño causado un hijo o una esposa al matársele el marido, porque le están lesionando un derecho, pero no podrá ser reclamado el daño, por ejemplo, por la persona que obtenía un beneficio

mensual del muerto sin tener derecho a ello. Por supuesto que esto ha sido objeto de especulación doctrinaria y que es evidente una parte de la doctrina tendiente a tratar de establecer que en algunos casos basta para la concepción o para la procedencia de la responsabilidad civil derivada del delito el daño a interés suficiente. Pero podemos señalar que en Venezuela se acepta la tesis de que lo que se haya dañado sea un derecho y no basta el daño al simple interés.

Es posible distinguir los tipos de daño: 1º) *daño patrimonial a objetos materiales*, hay infinidad de ejemplos en esta clase de daños, la casa que es destruida, el automóvil que es deteriorado, el árbol que se cae, la ventana que se rompe, etc.; 2º) *daños patrimoniales a objetos incorpóreos*: el daño no recae en estos casos en una cosa física, recae en una cosa incorporal aunque, por supuesto tiene resonancia, repercusión en el ámbito patrimonial. Por ejemplo, el caso de la competencia desleal. La competencia desleal no daña ningún objeto físico del patrimonio del lesionado, pero sí lo daña en su derecho y produce consecuencias económicas desfavorables. En esta categoría podemos colocar lo que algunos doctores han llamado el daño jurídico, o sea, cuando el daño no recae sobre una cosa física, sino que lesiona la posición jurídica del sujeto, por ejemplo, la pérdida de una prueba en litigio. 3º) Tenemos el *daño patrimonial a la salud o a la vida*; desde este ángulo estamos considerando la consecuencia patrimonial que tiene el daño a la salud o la muerte del sujeto; por ejemplo, el caso del conductor del camión a quien le amputan un brazo a consecuencia de un accidente, este hecho genera tanto el daño emergente, como el lucro cesante. El daño a la vida, o sea, la muerte también da lugar a daños patrimoniales a terceros, por ejemplo, en el caso de quien reciba pensión alimenticia de la víctima y deja de percibirla a consecuencia de la muerte de aquella. 4º) Que es la especie de daño más debatida y la más interesante actualmente, que es el daño moral y la cual por ello estudiaremos por separado.

Tercero.—El tercer requisito para que sea procedente la responsabilidad civil derivada del delito, es que exista un vínculo causal o más bien una relación de causalidad entre el delito y el daño causado; de ahí tenemos que se hace necesario enunciar de un modo general la teoría de los vínculos de la causalidad, para poder determinar la existencia de la responsabilidad civil.

Podemos enunciar que existen dos grandes grupos de teorías, uno llamado de la causalidad adecuada y otro de la equivalencia de condiciones y todas las otras teorías no son sino posiciones en torno a ellas o bien las posiciones eclécticas que reúnen o tratan de depurar las dos teorías troncales.

La llamada teoría de la equivalencia de condiciones, establece que todos los factores que han incidido en producir el daño, son causas del mismo; mientras que la teoría de la causalidad adecuada, establece que solamente puede considerarse causa del daño, aquel factor determinante de dicho daño.

Cualquiera que sea la teoría que se acoja en un momento determinado, sólo es interesante señalar que a los efectos de la procedencia de la acción, es necesario el que se establezca este vínculo causal entre el delito y el daño.

4) DAÑO MORAL

El daño moral está expresamente consagrado dentro de la Legislación venezolana. Existe, por tanto, la posibilidad de que se reclame éste, no sólo por la vía de la responsabilidad civil extracontractual, es decir, cuando el daño ha sido ocasionado por un hecho que no cae dentro del campo de los delitos penales, sino que también es posible reclamar el daño moral cuando este daño ha sido ocasionado por la comisión de un delito o falta previsto como tal en Código Penal.

Son muchas las teorías que existen no solamente para determinar en qué consiste el daño moral, sino también para determinar la procedencia o no de dicho daño moral. Lo primero que surge a este respecto es evidentemente la terminología, creemos que se hace preferible utilizar el término de daño no patrimonial, para así determinarlo desde un punto de vista negativo por oposición al daño patrimonial; de todas maneras queremos hacer hincapié que en la Legislación venezolana se utiliza la expresión daño moral, siguiendo así a la doctrina francesa y española, que todavía emplean esa expresión y no a la alemana y a la italiana, en donde ya está consagrado este tipo de daño en sus códigos, con la expresión daño no patrimonial. En la práctica, el noventa y nueve por ciento de los casos se

presenta al cúmulo de daños, o sea, el daño no patrimonial junto con el daño patrimonial, pero en nuestra opinión hay que rechazar la tendencia de determinar el daño moral por su consecuencia patrimonial, ya que es evidente que aunque se establezca legalmente la obligación de reparar el daño moral a través de una indemnización, el daño moral puede ser perfectamente autónomo del daño patrimonial y debe ser reparado aunque no tenga consecuencia patrimonial.

No es necesario entrar a estudiar aquí de una manera exhaustiva la evolución de la doctrina, de la legislación y de la jurisprudencia en torno al daño moral; es evidente que muchas son las razones que se han dado en contra al daño moral, y muchas son las razones en pro. Lo interesante para nuestro estudio, es determinar que en Venezuela sí existe la responsabilidad civil delictual originada por el daño no patrimonial; y a que a los efectos de ella, viene dado tanto su regulación legal como su efectividad en la práctica, por la disposición del artículo 1196 del Código Civil, ya que no existe en materia de la legislación penal, ninguna disposición similar, pero para nosotros es perfectamente aplicable dicho artículo del Código Civil. De ahí que el daño moral sea reparable por vía de la responsabilidad penal delictual y es perfectamente factible obtener su reparación a través de una acción civil derivada del delito, ejercida correctamente conforme lo establece el Código de Enjuiciamiento Criminal venezolano en su artículo 3º.

5) TRANSMISIBILIDAD DE LA ACCION CIVIL DERIVADA DEL DELITO

La acción civil derivada del delito es perfectamente transmisible, no sólo porque así lo determina su naturaleza de carácter estrictamente patrimonial, sino porque ha sido esa naturaleza reconocida en el Código Penal venezolano, el cual establece en el artículo 123 que la obligación de restituir, reparar el daño o indemnizar los perjuicios, se transmite a los herederos del responsable, pero hasta concurrencia del monto de la herencia, siempre que la acepten bajo beneficio de inventario.

La acción para pedir la restitución, reparación o indemnización, se transmite igualmente a los herederos del perjudicado.

Por otra parte, el artículo 122 señala que: "La indemnización de perjuicios comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado por razón del delito, a su familia o a un tercero.

Los tribunales regularán el importe de esta indemnización, en los mismos términos prevenidos para la reparación del daño en el artículo precedente".

De estos dos artículos se deduce la transmisibilidad de la acción civil derivada del delito, por cuanto sí es perfectamente transmisible por la herencia, tanto en su aspecto pasivo como en el activo, es decir, tanto en el aspecto de los responsables como de los que tienen derecho a ello; tenemos forzosamente que concluir, que es también transmisible por simple convención, es decir, que podrá aquella persona que ha sufrido un daño estrictamente patrimonial, transmitirla a través de los medios lícitos establecidos por el Legislador venezolano para la transmisión de los derechos.

En cuanto a la transmisibilidad de la acción, es necesario también considerar la *acción oblicua* en materia de responsabilidad civil derivada del delito. Ello lo estudiaremos luego y distinguiremos lo que respecta a los daños y de lo que respecta al procedimiento.

6) LA ACCION OBLICUA

El haber establecido la transmisibilidad de la acción civil derivada del delito, nos plantea un problema fundamental, que es el de que este concepto de transmisibilidad abarca también la posibilidad de que los acreedores del lesionado pueden intentar por vía de acción oblicua la acción civil derivada del delito. Como es sabido, la acción oblicua es una vía consagrada por el Legislador venezolano, mediante la cual el acreedor puede intentar por su deudor y en representación de éste las acciones que éste tenga contra terceros a los fines de que las mismas den lugar al incremento del patrimonio del deudor y pueda así éste hacer efectiva su acreencia. Si tenemos en cuenta un argumento simple de la transmisibilidad de la acción civil derivada del delito y tenemos en cuenta el concepto de la acción oblicua que hemos señalado con anterioridad, parecería a primera vista que la

conclusión forzosa es de que sí podría el acreedor del ofendido, o sea, del lesionado en su patrimonio, intentar por vía de acción oblicua la acción civil derivada del delito. Ahora bien, este es un problema debatido en las legislaciones y más debatido todavía en la doctrina, la cual no ha establecido un acuerdo definitivo en cuanto a si se puede o no intentar por vía oblicua la acción civil derivada del delito; con respecto a ello podemos decir que los franceses aceptan intentar la acción civil derivada del delito por vía de acción oblicua, siempre y cuando no se trate de delitos que van a referirse a la propia personalidad del lesionado como sería la difamación, como sería la injuria, etc., en virtud de que en estos casos se establece que esas acciones son personalísimas del deudor y que por lo tanto los acreedores no podrán intentar por vía de acción oblicua la acción civil derivada del delito; en oposición a ello los italianos mantienen la tesis de que en ningún caso puede intentarse por vía oblicua la acción civil derivada del delito, ya que es un daño patrimonial *sui generis* causado con ocasión de la violación de una norma penal, que solamente puede ser reclamado por el lesionado directamente o bien por sus herederos o causahabientes a título particular.

Nuestra opinión sobre esto, es que hay que distinguir varias situaciones; a tal efecto, conviene establecer lo siguiente: creemos de una manera general, que en atención a la estructura de nuestro procedimiento penal y a la naturaleza de la responsabilidad civil derivada del delito, en ningún caso podrían intentar los acreedores por vía de acción oblicua esta acción civil por ante el Juez penal; es decir, que el acreedor no podría intentar la acción oblicua por ante el Juez penal para reclamar la indemnización por daños y perjuicios que pudiera debérsele a su deudor con ocasión de un delito, en virtud de que el proceso penal es una situación jurídica "*sui generis*", especialísima, que no puede utilizarse por una persona distinta a aquella que sufrió la lesión y que tiene la posibilidad de reclamar el daño civil, tanto por ante la jurisdicción civil, como por ante la jurisdicción penal.

Otra cosa sucede cuando se considera la posibilidad de intentar por ante la jurisdicción civil, la acción civil derivada del delito por vía de acción oblicua, para nosotros ello es po-

sible en Venezuela cuando se trata de reclamar el daño material, el llamado daño patrimonial, ya bien sea en su aspecto de daño emergente como en su aspecto de lucro cesante; pero ello no es posible cuando se trata del llamado daño moral, por cuanto nuestro Legislador limita la posibilidad de reclamar este daño al lesionado directamente o a los parientes en los grados señalados en el artículo 1196 del Código Civil; de ahí que a este respecto podamos afirmar que nosotros creemos que en vista de la estructura legislativa, aunque no haya disposición expresa en tal sentido, en Venezuela pueden los acreedores del deudor reclamar a un tercero la acción civil derivada de un delito cometido contra su deudor, cuando esta acción civil tienda a la reparación del daño patrimonial, ya bien sea a lo que respecta al daño efectivamente causado (daño emergente) o ya bien sea a la indemnización de perjuicios (lucro cesante). Ahora bien, vale aquí recordar que en estos casos la acción civil derivada del delito, ya sea intentada directamente por el lesionado o bien por su acreedor por vía de acción oblicua, está sometida y subordinada a la acción penal, es decir a la acción principal, a tal efecto nuestro Legislador establece en el artículo 6 del Código de Enjuiciamiento Criminal lo siguiente: "pendiente la acción penal, no se decidirá la civil que se haya intentado separadamente, mientras aquella no hubiere sido resuelta por sentencia firme, esto es, sentencia contra la cual estén agotados o no sean procedentes los recursos ordinarios o extraordinarios concedidos por las leyes". Con este artículo se ratifica una vez más la acción civil derivada del delito, y más en estos casos de acción oblicua, está subordinada definitivamente a la acción penal para obtener el castigo del culpable de dicho hecho.

7) EJERCICIO DE LA ACCION CIVIL DERIVADA DEL DELITO

La acción civil derivada del delito, puede ser ejercida, en primer lugar por el propio perjudicado, es decir por el titular del bien que ha sido dañado en virtud del ilícito penal y en segundo lugar por los herederos o causahabientes de él, ya bien sea a título universal o a título particular, por cuanto ya quedó suficientemente demostrado que la acción civil derivada del delito es totalmente transmisible.

El problema fundamental se plantea en cuanto al ejercicio de la acción por parte del Estado, aquí surge la pregunta de si el Estado puede o no ejercer la acción civil derivada del delito y ello nos lleva a situarnos en varios supuestos, a saber:

1) Cuando el Estado es la persona jurídica perjudicada en su patrimonio, es evidente que tiene como cualquier particular en defensa de sus intereses, el ejercicio de la acción y podrá intentarla a través de cualquiera de las vías que autorice el Código de Enjuiciamiento Criminal, para ejercer la acción civil. En estos casos corresponderá en representación del Estado el ejercicio de la acción civil al Procurador General de la República tal como se establece de forma expresa en el artículo 202 de la Constitución Nacional, y el cual dice textualmente en su numeral primero lo siguiente: "Corresponde a la Procuraduría General de la República: Primero: Representar y defender judicial o extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República", de dicho artículo se infiere claramente que la acción civil derivada del delito por parte del Estado, cuando ha nacido en cabeza de éste en virtud de haberle causado un daño a su patrimonio, corresponde ejercerla al Procurador General de la República. Por otra parte, conviene establecer también que cuando se trate, ya no de un daño patrimonial causado por un particular al Estado en ocasión de un delito, sino de responsabilidad civil en que incurrieren funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, corresponderá ejercer las acciones correspondientes ya no al Procurador General de la República, sino al Ministerio Público, por cuanto así se establece expresamente en el numeral quinto del artículo 220 de la Constitución Nacional.

2º) El segundo supuesto que nos plantea la situación de colocar al Estado frente a la acción civil derivada del delito, es el siguiente: ¿Puede el Estado intentar la acción civil derivada del delito, cuando éste ha causado un daño a un particular? Para dar una respuesta adecuada a esta pregunta, examinaremos en primer término la doctrina y el Derecho comparado, para luego establecer nuestras conclusiones en lo que respecta a la Legislación patria.

Sobre esto se ha discutido mucho y la doctrina ha debatido diferentes posiciones, vale citar aquí la novísima doctrina de

la escuela italiana que ha sido consagrada por el Legislador de aquel país, y la cual considera que no debe tenerse en un sentido absoluto y puramente de carácter privado, el concepto de la acción proveniente de un delito para pedir reparación de daños, por cuanto en la acción civil derivada del delito, hay un aspecto de carácter público, ya que ella tiende a la reparación del daño causado por un hecho delictuoso, debiéndose tomar en cuenta, por ende, el elemento de sanción pecuniaria que entraña la acción civil. De acuerdo con esta doctrina de la escuela italiana, no podemos prescindir de este elemento público que hay en la acción civil derivada del delito y por eso se propugna que el Estado debe ejercer la acción civil de oficio, así como ejerce la acción penal.

Algunos códigos influenciados por esa doctrina han consagrado expresamente, el que el Estado pueda ejercer la acción civil derivada del delito, cuando se trate de daños patrimoniales, y la ejercerá conjuntamente con la penal, es más, algunos no solamente dan la facultad al Estado de ejercerla, sino que obligan al Estado a ejercerla y establecen normas de que ejercida la acción penal, ya bien sea por el Estado o por el particular, se debe entender también ejercida la acción civil, salvo las excepciones que establecen esas mismas legislaciones.

Entre esas legislaciones nos encontramos en primer lugar con la Legislación Española; la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 103 establece, que la acción civil ha de entablarse juntamente con la penal, por el Ministerio Público, haya o no en el proceso acusador particular, pero si el ofendido renunciare expresamente a su derecho de restitución, reparación o indemnización el Ministerio Público se limitará a pedir el castigo del culpable. El principio es, que si no renuncia la parte agraviada por el delito, el Fiscal del Ministerio Público Español ejerce tanto la acción civil derivada del delito como la acción penal; igualmente, la ley española citada, en su artículo 112 establece, que ejercida por el particular la acción penal, se entenderá ejercida también la civil, a no ser que el dañado o lesionado la renunciase o se reservare expresamente para intentarla después de terminado el juicio criminal, si se ejercita sólo la acción civil que nace de un delito de los que no pue-

den perseguirse sino en virtud de querrela particular, se considerará extinguida desde luego la acción penal.

Similares disposiciones encontraremos en el artículo 32 del Código Procesal Chileno, el cual siguiendo el concepto positivista de la Escuela Italiana establece, que siempre que se ejerciese una acción penal, se entenderá utilizada la acción civil también, a menos que el ofendido por el delito la renunciase o la reservase expresamente para ejercerla después de terminado el juicio criminal para la condenación del delincuente.

El Código Penal Colombiano en su artículo 93, trae también una disposición en virtud de la cual se establece que el respectivo agente del Ministerio Público deberá cooperar con el acusador en todas las realizaciones tendientes a fijar y a obtener la indemnización a que diera lugar la infracción e intervenir por sí solo en el caso de que se abstenga de hacerlo. No puede haber una consagración más expresa de esas tendencias modernas con respecto al concepto de la acción civil. El Código Procesal Penal Italiano, aunque no llega al límite de estos códigos, permite sin embargo en el artículo 105, que el Fiscal del Ministerio Público ejerza la acción civil en nombre y representación de los menores y de los incapaces, cuando éstos no tengan representantes legales.

Tenemos así que es un principio universalmente aceptado en Derecho comparado, el de que se le debe dar al Ministerio Público la facultad para ejercer la acción civil en los casos señalados, por cuanto es evidente que es sumamente beneficioso para los particulares y para la justicia en general, el que paralelamente a la sanción penal, se repare el daño causado, y de ahí que debe tener interés el Estado en la reparación de dicho daño y por lo tanto debe dotarse a su organismo destinado a velar por el cumplimiento de las leyes y en especial de las leyes penales, de los medios necesarios para lograr una reparación total en casos de los hechos delictuosos.

La situación, en lo que respecta a nuestra Legislación, está perfectamente clara. Es evidente que no puede entenderse, ya que ninguna disposición así lo establece, que ejercida la acción penal se entienda ejercida la acción civil, más bien, conforme al artículo tercero del Código de Enjuiciamiento Criminal, tenemos necesariamente que concluir que para que se entienda

ejercida la acción civil derivada del delito, es necesario hacerlo expresamente. Por otra parte, no se faculta en ninguno de los artículos de nuestras leyes al Fiscal del Ministerio Público para que ejerza la acción civil derivada del delito, y no creemos que pueda el Fiscal del Ministerio Público en Venezuela, ejercer la acción civil derivada del delito en representación de un particular cualquiera. En Venezuela, si bien es verdad que el Fiscal del Ministerio Público no puede intentar la acción civil derivada del delito por los particulares "motu proprio", sí puede hacerlo cuando así se lo exigiere un particular y en atención a la gravedad del hecho y a la falta de medios económicos de la parte interesada lo autorice previamente el Fiscal General de la Nación, todo ello de conformidad con lo establecido en el Art. 43, Numeral 23 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, en el cual se dice que el Ministerio Público ejerce juntamente con la acción penal y a instancia de la parte agraviada, la acción civil que nazca de los delitos de la acción pública, en todos los casos en que por considerarlo conveniente, en atención a la gravedad del hecho y a la falta de medios económicos de la parte interesada, lo autorice previamente el Fiscal General de la República.

La intervención del Fiscal del Ministerio Público cesará tan pronto como la parte agraviada constituya apoderado para representarle en la correspondiente reclamación civil.

Con esta disposición, el Legislador venezolano ha acogido en parte la teoría de la escuela italiana y da facultades al Fiscal para que a instancia de la parte agraviada y en aquellos casos que lo ameriten, ejerza la acción civil derivada del delito. Nosotros creemos y propugnamos una posición más amplia como la posición española, de que debe autorizarse al Fiscal del Ministerio Público para que en los delitos de acción pública, cuando ejerza la acción penal, ejerza también la acción civil derivada del delito, dejando sólo como excepción de que la parte perjudicada pueda reservársela expresamente. Igualmente creemos que debe establecerse una disposición para que ejercida la acción penal por un particular, ya bien sea en los delitos de acción privada como de acción pública, deba entenderse que se ejerce también la acción civil, a menos que el particular haga reserva expresa de la misma. Ello lo decimos porque creemos que para que haya una verdadera reparación del daño causado por el delito, es necesario que ésta se extien-

da no sólo a la acción penal, sino también a la reparación pecuniaria del mismo. En Francia existe el procedimiento llamado do de citación directa, según el cual el ejercicio de la acción civil por ante el juez penal, dá lugar a que el juez penal mofu proprio ejerza la acción penal, es decir, que el particular puede ir ante el Juez Instructor, sólo a ejercer la acción civil derivada del delito y en este caso siendo la acción civil subsidiaria de la penal, el Procurador podría intentar directamente la acción penal. En Venezuela esto no es posible, porque para intentar la acción civil por ante los Tribunales Penales, es necesario que esté intentada la acción penal.

El otro supuesto que se nos plantea con respecto a quien pueda ejercer la acción civil, es el de si las personas jurídicas morales ya bien sean de carácter público o privado, puedan ejercer dicha acción, la respuesta es para nosotros afirmativa. Quienes en Venezuela han adquirido personalidad jurídica en virtud de lo establecido en el artículo 19 del Código Civil, o en virtud de lo establecido en cualquier ley especial, y entre las atribuciones de esa persona jurídica se le fije la facultad de poder comparecer en juicio, en nuestra opinión en todo momento esta persona moral podrá ejercer la acción civil derivada del delito, al igual que la acción penal y por los medios que señala el Código de Enjuiciamiento Criminal, sin hacer distinciones entre las personas naturales o las personas morales.

La segunda interrogante que se nos plantea frente al ejercicio de la acción civil derivada del delito, es contra quien se puede ejercer la acción civil derivada del delito.

Esa cuestión está respondida en el artículo 123 del Código Penal en el cual se establece de una manera clara que se podrá intentar la acción civil derivada del delito, contra el responsable criminalmente y contra los herederos del responsable, ya que se dice en dicho artículo que: "La obligación de restituir, reparar el daño o indemnizar el perjuicio, se transmite a los herederos del responsable pero hasta la concurrencia del monto de la herencia, siempre que la acepten bajo beneficio de inventario..."

En Venezuela la acción civil derivada del delito podrá así intentarse contra el responsable criminalmente por el ilí-

cito penal, o bien contra sus herederos con la única limitación, que en el caso de los herederos que hayan aceptado la herencia a beneficio de inventario, éstos sólo responderán hasta la concurrencia del monto de dicha herencia. Podrá así mismo, intentarse la acción contra aquellos a quienes la ley penal o civil le establece responsabilidad civil por hecho de otro y a los cuales ya nos hemos referido.

Por otra parte, establece también el legislador la norma que ha de regir para el caso de que la responsabilidad civil sea exigible a varias personas y a tal efecto el Art. 124 del Código Penal, establece que: "si el hecho punible es imputable a varias personas quedan éstas obligadas solidariamente por el daño causado". En nuestra opinión, este artículo debe interpretarse de la forma más amplia, de tal manera que debe atribuirse responsabilidad solidaria no sólo a los coautores, sino también a los cómplices de los delincuentes, por cuanto es evidente que sin la participación de ellos probablemente no se hubiere ocasionado el daño. Sin embargo, queremos destacar aquí que será necesario estudiar en todo caso el supuesto de hecho concreto a los fines de establecer la relación de causalidad existente entre la acción de la persona que intervino como partícipe del delito y el daño causado.

Un último problema se nos plantea con la pregunta contra quién se ejerce la acción civil, y más que un problema práctico es un problema de orden teórico sobre el cual ha especulado mucho la doctrina actual. Se pregunta si puede intentarse la acción civil derivada del delito contra el Estado en todo caso; es decir, no sólo cuando el Estado a través de sus órganos o representantes haya causado el daño patrimonial, si no también cuando se haya causado un daño por un ciudadano cualquiera.

En tal sentido podemos señalar que es evidente que cuando el Estado a través de sus órganos o representantes que cometen un delito, causa un daño patrimonial a una persona cualquiera, puede esa persona pedirle al Estado en atención a lo que se dá por llamar responsabilidades civiles complejas, la reparación del daño causado por su representante legítimo en un momento determinado, pero no creemos que pueda exigírsele al Estado reparación del daño cuando es un particular cualquiera, ya que no creemos valedero el argumento esgrimido en doctrina, de que teniendo el Estado la obligación de velar por

el buen orden y cumplimiento de las leyes, debe entenderse que cuando se comete un delito es por negligencia del Estado y por ende éste debe responder civilmente de los daños causados. Me parece que esa es una tesis absurda, por cuando sería pretender el que vivamos dentro de una sociedad utópica, ya que por más que el Estado haga el mayor despliegue de diligencia, siempre habrá delitos, por cuanto le será imposible prever al Estado todos los delitos a cometer por los integrantes de la sociedad.

Concluimos que podrá reclamarse al Estado la responsabilidad civil cuando el delito que ha causado el daño ha sido cometido por su representante legítimo, pero en ningún caso podrá reclamarse al Estado responsabilidad civil por haber sido negligente al impedir que se cometan determinados delitos. Vale citar aquí en apoyo de nuestra tesis de que el mismo Legislador ha previsto la posibilidad de que en algunos casos, el Estado no responda de los daños cometidos por sus representantes, así lo establece de una manera clara el artículo 119 del Código Penal.

Doctrinariamente y así ha sido consagrado alternativamente en las legislaciones modernas, tres son los sistemas que han regido el ejercicio de la acción civil derivada del delito, estos sistemas son: 1º) el de la confusión de las acciones, 2º) el de la separación de las acciones, y 3º) el de la interdependencia de las acciones.

1º) *Sistema de la confusión de las acciones civil y penal*

De acuerdo con este sistema deben ser ejercidas la acción penal y la acción civil derivada del delito siempre conjuntamente por ante el juez penal, es decir, que en ningún momento podrá ejercerse la acción penal y la acción civil separadamente ante la jurisdicción penal y la jurisdicción civil, sino que siempre deben ejercerse por ante el juez penal ambas acciones, todo ello en atención a que ambas tienen un mismo origen y, por lo tanto, no se puede concebir que acciones que nacen de un mismo hecho, se ejerzan separadamente. Por otra parte, establecen como fundamento los sostenedores de esta doctrina que existe una comunidad de pruebas y que resultaría procesalmente antieconómico y sin ninguna razón de tipo práctico

el que se fueran a evacuar unas mismas pruebas por ante dos tribunales distintos, conllevando con ello gran dificultad en cuanto a la reproducción exacta de una prueba en uno y otro tribunal y en cuanto al tiempo disponible, o sea, que teniendo en cuenta que la justicia es una sola debería utilizarse una sola prueba común sin necesidad de una reproducción absurda. Y por último, se basan los sostenedores de esta teoría en que es evidente que si se permitiera el ejercicio separado por ante la jurisdicción civil y la jurisdicción penal de ambas acciones, se podría producir de hecho sentencias contradictorias en lo que respecta a un mismo hecho, ya que es posible que el Juez Penal resolviera de una forma y que cuando le tocara resolver al Juez Civil, ya bien sea por falta de pruebas, ya bien sea por destrucción de pruebas que fueron evacuadas en el proceso penal o por cualquier otra circunstancia de índole procesal, dictara una sentencia totalmente distinta.

Por supuesto que así como esta teoría ha tenido grandes sostenedores con razonamientos tan lógicos como los citados anteriormente, es evidente que tiene sus críticas y sus puntos fallos como toda tesis absoluta. Dentro de las principales críticas que podemos esgrimir al sistema de la confusión, es que es evidente que existen causales de extinción de la acción penal, que dejan expresamente vigente la civil, y si estableciéramos de una manera categórica que la acción civil sólo podría intentarse conjuntamente con la acción penal por ante el Juez Penal, quedaría en muchos casos irreparable un daño que resultaría reparable independientemente de la extinción de la penal. Esto es tan real que el legislador se ve precisado a consagrar y a tal efecto así lo establece en el artículo 113 del Código Penal, que la extinción de la acción penal lleva consigo la extinción de la acción civil, ello se debe a que hay causales expresas de extinción de la acción penal, que no afectan la vida de la acción civil, por ejemplo sería la amnistía, el indulto, la muerte, el perdón del ofendido, la prescripción del lapso más corto, etc. Dicha crítica es lo suficientemente contundente, como para dejar sin efecto el sistema de la confusión de las acciones en forma absoluta, por cuanto repito, ello causaría en muchos casos gravamen irreparable al perjudicado quien no podría ejercer su acción civil por haberse extinguido la penal.

2º) Sistema de la separación de las acciones

Consiste en otro sistema de carácter absoluto por alguna parte de la doctrina pero no consagrado puramente, tampoco en ninguna legislación, según el cual la acción civil derivada del delito y la acción penal deben siempre intentarse por ante sus jurisdicciones correspondientes, de allí que la acción civil deberá intentarse siempre por ante la jurisdicción civil y la acción penal siempre por ante la jurisdicción penal, sin que en ningún caso puedan intentarse conjuntamente por ante la jurisdicción penal. La razón en la cual se fundamentan los sostenedores de esta doctrina, es de que el principio de la división de la jurisdicción, es un principio de orden público que debe respetarse siempre y si una acción es de carácter netamente patrimonial o civil debe intentarse siempre ante su jurisdicción respectiva, y por otra parte las acciones de carácter penal, públicas, deben intentarse siempre por ante su jurisdicción, ello obedece a un rigorismo científico que trata de apearse de forma estricta al principio de la división de la jurisdicción, pero es evidente que esta tesis no resulta en ningún modo práctica, por cuanto teniendo comunidad de origen ambas acciones y teniendo comunidad de pruebas, se hace necesario que se permita también para el ejercicio de la acción, el que se pueda ejercer conjuntamente con la penal. De ahí que esta teoría tampoco haya sido aceptada, por cuanto vale más el aspecto de que ambas acciones tengan el mismo origen y tengan las mismas pruebas que el que sea necesario apelarse como un dogma indefinible a la división de la jurisdicción, por cuanto es evidente de que el principio de la división de la jurisdicción es de orden práctico y cuanto la práctica así lo desaconseja al Estado, puede excepcionarse dicho principio.

3) Interdependencia de las acciones

El tercer sistema enunciado por la doctrina y que con sus diferentes matices es el consagrado mayormente en todas las legislaciones, es un sistema de carácter ecléctico, de acuerdo con el cual la acción civil derivada del delito, podrá intentarse conjuntamente con la penal por ante el Juez Penal, con los requisitos establecidos en la Ley, o bien podrá intentarse por ante la jurisdicción civil. Este sistema de la interdependencia de las acciones penales y civiles, el cual ya hemos enunciado y está

acogido en las legislaciones como la Italiana, la Francesa, la Española y en casi todas las legislaciones suramericanas, inclusive en Venezuela, permite la flexibilidad en cuanto a su ejercicio y que, "mutatis mutando", con las características propias de cada legislación, pueda intentarse la acción civil conjuntamente con la penal o bien separadamente ante la jurisdicción civil.

Sistema Venezolano para el ejercicio de la acción civil

De acuerdo con la Ley Venezolana, vemos que el Legislador acoge en lo referente al ejercicio de la acción civil, el sistema doctrinario de la interdependencia de las acciones, es decir, un sistema ecléctico el cual otorga tres posibilidades al titular de las acciones para que ejerza la acción civil derivada del delito.

Este sistema está consagrado en su estructura general, en el artículo tercero del Código de Enjuiciamiento Criminal, el cual establece textualmente lo siguiente:

"La acción civil podrá intentarse junto con la penal en el juicio de esta última especie o separadamente en juicio civil.

También podrá la parte perjudicada, sin formalizar acción penal, hacerse parte civil en el juicio penal, siempre que presente la demanda a más tardar el último día del término que para la presentación del escrito de cargos establece el artículo 218. En tal caso, quien se constituye en parte civil adquiere, si recae condenatoria, los mismos derechos que corresponden por restituciones y reparaciones, al que ha propuesto la acción civil junto con la acción penal o separadamente de ella".

El Legislador Venezolano dá tres posibilidades para que se pueda ejercer la acción civil derivada del delito, la primera posibilidad es, que pueda ejercerse conjuntamente la acción civil y la acción penal, por ante el Juez Penal; la segunda posibilidad, es que pueda ejercerse separadamente la acción civil por ante la jurisdicción civil y la acción penal por ante la jurisdicción penal; en este segundo caso es necesario que se dé cumplimiento a lo establecido en el Artículo 6º del Código de

Enjuiciamiento Criminal que establece de una manera clara que, si se han intentado separadamente la acción civil y la penal, no podrá decidir el Juez Civil dicha acción hasta tanto no esté totalmente decidida por sentencia firme y definitiva la acción penal, es decir, que en este caso el Legislador somete, como una cuestión perjudicial obligatoria, el que esté resuelta la cuestión penal, todo ello debido a que la acción civil derivada del delito como ya hemos dicho hasta la saciedad, es una acción subsidiaria de la penal, y por lo tanto está subordinada a la suerte de ésta; la tercera posibilidad que confiere el Legislador Venezolano es la de que pueda el particular agraviado o sus herederos ejercer la acción civil derivada del delito ante un juez penal, haciéndose parte civil en el proceso penal ya instaurado, sin necesidad de hacerse parte penal, siempre y cuando presentare su demanda antes del vencimiento del lapso establecido en el artículo 218 del Código de Enjuiciamiento Criminal para la presentación del escrito del caso, el cual es de tres audiencias, contadas a partir de la aceptación y juramentación del defensor definitivo.

Ahora bien, el Legislador establece que en determinados casos, no podrá intentarse la acción civil por ante el Juez Penal, ya bien sea que se intente conjuntamente con la penal o ya bien sea en la tercera modalidad enunciada de que se intente haciéndose parte civil en el proceso penal, estos casos son los siguientes: Primero: cuando la cuantía de la acción civil sea superior a la cuantía que puede conocer el equivalente de ese tribunal penal en la jurisdicción civil, por ejemplo, si se somete a un Juez de Parroquia en un proceso por faltas, una acción civil derivada de esa falta y ella vale más de cuatro mil bolívares en la capital de la República, ella no puede intentarse por ante el Juez de Parroquia, será necesario intentar la separadamente por ante un Juez de Departamento si es de cuatro a diez mil bolívares, o por ante un Juez de Primera Instancia si es de diez mil bolívares en adelante; repetimos, en la capital de la República, ya que sabemos que la cuantía difiere en las diferentes circunscripciones judiciales de conformidad con lo establecido en la Legislación respectiva.

El segundo caso es, que tampoco podrá intentarse en el proceso penal una acción civil derivada del delito, ya bien sea en forma conjunta o haciéndose parte civil sin hacerse parte pe-

nal, cuando se trate de funcionarios públicos, ya que la Ley establece que se hace necesario en estos casos, que estén resueltos primero por sentencia definitivamente firme la penal, antes de poderse intentar la acción civil.

Tercero: Tampoco podrá intentarse la acción civil en un proceso penal, cuando la persona contra quien vaya dirigida la demanda, no sea el propio responsable criminalmente, así lo establece el artículo 127 del Código Penal, según el cual cuando se trate de las responsabilidades civiles complejas, es decir, cuando sea responsable civilmente una persona distinta a la persona contra quien se dirige la acción penal, contra la persona responsable criminalmente, deberán siempre intentarse separadamente las acciones, salvo el caso del garante en materia de tránsito.

8) *DESISTIMIENTO DE LA ACCION CIVIL*

La acción civil derivada del delito, siendo una acción de carácter estrictamente patrimonial, y por ende una acción que pertenece al campo del Derecho privado, puede ser desistida sin que medie limitación de ninguna especie. En este sentido está concebida la Ley Venezolana, para permitir que en todo caso pueda desistirse de la acción civil, así vemos que el artículo 4º del Código de Enjuiciamiento Criminal establece textualmente lo siguiente: "en cualquier estado del juicio puede la parte perjudicada desistir de su reclamación civil, quedando responsable de las costas causadas y sin derecho para intentar de nuevo aquella reclamación, salvo pacto expreso contrario, en el acto de desistimiento". Vemos que de acuerdo con esta disposición, la acción civil puede desistir en cualquier estado y grado de la causa, y que una vez desistida, salvo de que se trate de un desistimiento del procedimiento o de que haya habido pacto expreso firmado entre el demandante y el demandado, en este caso el mismo imputado en el juicio penal, su desistimiento impedirá el poder volver a intentar la acción, entendiéndose que el desistimiento de la acción impide que se pueda volver a intentar la reclamación; por otra parte, el que desiste de dicha acción, está obligado a cancelar a la otra parte, las costas procesales; en esto vale decir que el desistimiento de la

acción es idéntico al desistimiento de la acción ante la jurisdicción civil, rigiéndose por los mismos principios y normas.

Por otra parte, hay que señalar que el artículo 5º del Código de Enjuiciamiento Criminal establece que el desistimiento o renuncia de la acción civil, no impide ni suspende de la acción penal, por lo que tenemos que concluir, que el desistimiento de la acción civil, no causa ningún perjuicio en lo que respecta a la acción penal que ha sido intentada conjuntamente o bien que está cursando por ante el tribunal penal.

Estas dos disposiciones consagran legalmente dos principios fundamentales; primero, el que la acción civil puede ser desistida en cualquier momento y segundo, el que en atención a su subsidiaridad hacia la acción penal no se perjudica ésta por lo que le acontezca a la acción civil.

Vale citar aquí también, para terminar con lo referente al desistimiento de la acción civil derivada del delito, las disposiciones contenidas en el artículo 113 del Código Penal, en el cual se establece en el aparte segundo que el perdón del ofendido respecto a la acción penal, produce la renuncia de la acción civil, si no se ha hecho reserva expresa; de ahí que podemos resumir diciendo que la acción civil derivada del delito se puede desistir en forma expresa, en virtud de lo expuesto en el Art. 4 del Código de Enjuiciamiento Criminal y además puede considerarse que hay un caso de desistimiento tácito de dicha acción, que opera cuando se perdona a la parte ofendida respecto de la acción penal y no se hace reserva expresa de la civil, en este supuesto se entenderá, por disposición de la ley, que la acción civil se renuncia al igual que la penal.

Ahora bien, es necesario dejar constancia que la extinción de la acción penal no lleva en sí la extinción de la acción civil y de que por otra parte, la exención de responsabilidad penal no lleva consigo la exención de responsabilidad civil.

Finalmente señalaremos que el legislador penal establece un lapso de prescripción especial para la acción civil que proceda contra los funcionarios públicos por hechos ejecutados en el ejercicio de su cargo y este lapso es de diez años.

MISCELANEA

FELIPE DE SOLA CAÑIZARES (1905 - 1965)

Docencia internacional del derecho comparado

Por

León Cortiñas Peláez

Aspirante a D. Administrador (Montevideo - R. Oriental). Investigador de la Fundación Humboldt (Tübingen).

*So viel ist gewonnen, wenn nur
einer aufsteht und Nein sagt!¹
Wir stehen wirklich erst am Beginn²
Gespräch ist das Gegenteil von
Polemik.³*

La presencia creadora de SOLÁ CAÑIZARES planea sobre el VII Congreso Internacional de Derecho Comparado,⁴ domina aún hoy plenamente la vida y los proyectos de la Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado de Estrasburgo,⁵ es inolvidable para toda una generación de juristas latino-americanos para quienes supo abrir con llave de oro

¹ Tanto se gana si al menos uno se levanta y dice "No"). Bertolt BRECHT, *Leben des Galilei*, 1938-39, ed. Suhrkamp, Berlín, 1955, p. 138.

² *Ibidem*, p. 161 (Verdaderamente, no estamos sino en el comienzo).

³ (El diálogo es lo contrario de la polémica) Roger SCHUTZ, *Das Heute Gottes*, (traducción alemana de *L'aujourd'hui de Dieu*), ed. Presses de Taizé, Taizé, 1963, p. 72.

⁴ Organizado por la Academia Internacional de Derecho Comparado de la que DE SOLÁ CAÑIZARES era Secretario General Perpetuo), la Asociación Internacional de Derecho Comparado y la Academia Sueca de Derecho Comparado, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Uppsala (Suecia), agosto de 1966.

⁵ Cf. en la Sesión de Primavera de 1967, los discursos de la Jornada inaugural de los Profesores René DAVID (París), decano honorario, Alexis WEILL (Estrasburgo), FLAMME (Bruselas), SZABO (Budapest) y del Sr. HORSMANS (Lovaina), presidente de la Asociación Internacional de los Estudiantes y ex-Estudiantes de Derecho Comparado;

las perspectivas planetarias de la ciencia jurídica del siglo XX. Por ello, más allá del limitado horizonte cotidiano de los derechos positivos, es síntoma estimulante del nuevo mundo jurídico que sus escritos y su obra institucional tanto contribuyeron a crear, el que esta *Revista* nos permita evocarlos hoy con alguna amplitud.

Español, pero catalán; contemporáneo, pero residiendo fuera de España; amigo entrañable de nuestra América, pero llamándola empecinadamente⁶ siempre América *Latina*; católico práctico, pero liberal y contando muchos de sus mejores amigos en los países de la Reforma y de la Revolución Socialista; juriconsulto, pero habiendo abandonado la abogacía tras breve ejercicio; jurista, pero comparatista; privatista, pero mercantilista; conservador —siempre vestido impecablemente de azul⁷—, pero habiendo multiplicado las puertas de España y del mundo capitalista a los juristas del mundo socialista, y las de éste a los juristas de aquellos países; apoyando su redonda silueta en su infaltable bastón, pero listo para volar de un país o de un continente a otro en el ejercicio de su sacerdocio de comparatista; temperamento arrebatado, pero siempre pronto para asumir el lado constructivo del diálogo que sin él degeneraría en polémica. La personalidad toda de SOLÁ CAÑIZARES encarna la paradoja, parece complacerse en superar punto por punto limitaciones y dogmatismos que hubieran ciertamente condenado al fracaso la inmensa obra de fraternidad humana a la que da su vida.⁸

así como, en la Jornada de Clausura, del decano delegado Prof. KRUTOGOLOV (Moscú) y del autor de estas líneas, en representación de los graduados de la *Promoción Enrique Sayagués Laso*.

⁶ Así, cuando se iniciaran en Madrid, con el Instituto de Cultura Hispánica, las Sesiones anuales sobre "Organizaciones Políticas y Económicas de América Latina", resistiendo victoriosamente a todos los embates que dicha justa terminología provocara en el país huésped, donde se pretendía su modificación.

⁷ La anécdota tiene su gracia y dado que su esposa Regina Tayá vestía siempre igualmente de azul, se habla afectuosamente —entre docentes y estudiantes— de la Facultad Internacional del matrimonio azul (*das Paar im Blau*).

⁸ Acaba de clausurar la Sesión de Primavera de 1965 y de ver culminar su esfuerzo a los dos primeros doctorantes (un alemán y un chileno) de la Facultad Internacional de Estrasburgo, cuando la muerte lo sorprende inesperadamente en el mismo edificio de la Casa de Estudios por él creada.

La personalidad de SOLÁ CAÑIZARES, que tan acongojado eco provoca con su desaparición,⁹ se vuelca exhaustivamente en la segunda etapa de su vida a la realización de una convicción científica y humana, la de la necesidad de los estudios e investigaciones de Derecho Comparado en la formación y desarrollo de una *ciencia con conciencia*, es decir, de una ciencia jurídica humana.

Acompañado por una mujer excepcional sin la cual colegas¹⁰ y alumnos tendrían dificultad para imaginar la plenitud de sus realizaciones, Felipe (más justo será, pues, leer en adelante, Felipe y Regina) abandona una muy prometedor vida forense y política en 1936, se retira a París, sobrevive modestamente los duros años de la guerra, se convierte nuevamente en estudiante, se gradúa en París, se lanza a crear y crea un puente profesional y docente entre juristas franceses y latino-americanos, dicta cursos de derecho comercial comparado en casi todas las universidades de Europa Occidental y de América Latina, publica numerosas obras y artículos en las principales revistas

⁹ Ver entre otros, los siguientes comentarios: VEDEL, Noviembre 1965, p. 5 ss. esp. 8 ss.; DAVID, *Felipe de Solá Cañizares (1905-1965)*, *Revue internationale de droit comparé*, París, 1965, p. 567 ss.; RODIERE, *Paroles prononcées par M. le Doyen R. Rodière à la séance de la Société de Legislation Comparée consacrée à rendre hommage à la mémoire du Doyen F. De Solá Cañizares, décédé le 30 avril 1965*, París, ed. mimeografiada, 30 de abril de 1966. *Paroles prononcées par M. le Doyen G. Vedel, à la séance d'ouverture des cours de la Faculté de droit et des sciences économiques de Paris*; HAMSON, *Felipe de Solá Cañizares, 1905-1965*, "The Cambridge Law Journal", ed. Stevens, London, Noviembre 1965, p. 231; CASTAN VÁZQUEZ, *El profesor Solá Cañizares*, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", ed. Instituto Editorial Reus, Madrid, mayo de 1965, p. 675 ss.; F. M. R. (Fernando MURILLO RUBIERA), *Felipe de Sola Cañizares*, "Revista de Derecho Español y Americano", ed. Centro de Estudios Jurídicos Hispanoamericanos del Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, abril-junio 1965, p. 151, ss.; W. G., *Felipe de SOLA*, "Journal des Tribunaux", Bruxelles, N° 4492 del 30 de mayo de 1965, p. 155 ss.; GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Felipe de Sola Cañizares*, "Revue de Droit international et de Droit comparé", Bruxelles, 1965, pp. 129 ss.

¹⁰ Cf. especialmente, entre los trabajos citados en la nota anterior, los de VEDEL, DAVID, HAMSON, CASTAN VÁZQUEZ, MURILLO RUBIERA. El decano DAVID señala que habla del "ménage Solá" —car il n'est pas possible de parler de Felipe ans parler aussi de Regina de Solá—.

de occidente,¹¹ organiza —en misiones del *Centre National de la Recherche Scientifique* y de la U.N.E.S.C.O.— Institutos, Centros, Congresos y Jornadas de Derecho Comparado, dirige —o juega un papel decisivo en— el funcionamiento de numerosas instituciones de investigación y docencia,¹² inventa finalmente

¹¹ Aunque el decreto nombrándolo profesor asociado de la Facultad de París fue publicado por el *Journal Officiel* con posterioridad a la muerte del profesor catalán (recién el 22 de mayo de 1965), esta distinción excepcional le había sido acordada con anterioridad por la Facultad de Derecho de la Sorbona, y en el acto de candidatura, se reseñan 27 libros y 77 artículos. V. una imponente lista (incompleta) de estas publicaciones en anexo al artículo de DAVID, p. 578-582.

¹² Cabe destacar aquí, la importantísima y variada contribución prestada por DE SOLA CAÑIZARES al desarrollo jurídico de América Latina. Miembro correspondiente de los Institutos de Derecho Comparado de Buenos Aires y México; profesor extraordinario (entre 1947 y 1955 en las Universidades de Buenos Aires y México; profesor extraordinario (entre 1947 y 1955) en las Universidades de Buenos Aires, Córdoba, Tucumán, Puerto Rico (en ellas, por contrato), Montevideo y México; profesor encargado del curso de derecho latinoamericano en el Instituto de Altos Estudios de América Latina de la Sorbona; cursos y conferencias en las Facultades de Derecho mencionadas y en las de Bogotá, Caracas, Guatemala, La Habana, Lima, Monterrey, La Plata, Quito, Río de Janeiro, San Salvador, Santa Fe, Santiago de Chile, Sao Paulo, Tegucigalpa; Director de *Cahiers de législation et de bibliographie juridique de l'Amérique Latine*, París, 1948-1956; en misión oficial del Instituto de Derecho Comparado de la Sorbona y de la *Société de législation comparée*, organiza en 1947 durante cinco meses, grupos de derecho comparado en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Cuba, México, Perú, la República Oriental y Venezuela; en misión oficial de la U.N.E.S.C.O., y en el marco de la Asistencia Técnica de las Naciones Unidas, se traslada en 1955 durante tres meses a la República Oriental y Argentina, para organizar Institutos de derecho comparado y redactar una encuesta sobre la enseñanza de las ciencias sociales; Comandante de la Orden del Mérito de la República Argentina, visita repetidas veces dicho país así como la República Oriental y Venezuela, invitado por decreto de los respectivos Ejecutivos; como Secretario General, organiza las Jornadas Franco-Latino-Americanas de derecho comparado de París y Montevideo (1948), Tolosa (1950), Sao Paulo (1954), Aix-en-Provence (1956) y México (1964); 4 de sus libros fueron publicados en América Latina y 37 de sus artículos versan sobre derecho latinoamericano o fueron publicados en América Latina; finalmente, en los dos cargos científicos y universitarios en los que culminó su vida, como Director del Instituto de Derecho Comparado de Barcelona y como Decano de la Facultad Internacional de Derecho Comparado (primero en Luxemburgo), y

como síntesis institucional de todas estas realizaciones, la docencia internacional del derecho comparado que realiza su primer ensayo en Luxemburgo y culmina en el corazón de Europa, en el centro mismo de la familia romano-germánica, a mitad de camino entre los países de la *common law* y de la familia socialista, en Estrasburgo, mediante la creación de la Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado.

Si esta actividad prodigiosa, si este mundo de relaciones humanas triunfa de todos los imposibles materiales y logra plasmar una institución llamada a superar las fragilidades de una obra humana, es porque —como se ha señalado con razón¹³— ella es animada en todo momento por una intensa y comunicativa efectividad. Felipe y Regina proyectan su amor a la desmedida empresa del derecho comparado a escala planetaria, le dan una estatura sencillamente humana y amistosa, crean una red intercontinental de simpatía¹⁴ y logran conciliar crecientemente —en su hogar de Neuilly primero, en Barcelona y Estras-

luego como Decano Honorario y como Vice-decano de la Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado (a partir de 1962 en Estrasburgo), concentró dinamismo e inteligencia para asegurar la máxima participación posible de docentes y graduados latinoamericanos, logrando realizar sesiones de dicha Facultad Internacional en México, Honduras y Chile y no lográndolo en la República Oriental por razones ciertamente ajenas a su voluntad. Cabría agregar que si una colección (en 20 tomos) sobre Derecho Constitucional e Instituciones Políticas de América Latina está hoy en marcha bajo los auspicios del *Centre Français de Droit Comparé* y bajo la dirección del Profesor CLAUDE-ALBERT COLLIARD (de París, decano honorario de Grenoble), ello se debe inicialmente a la fe y estimulante confianza con las cuales DE SOLA CAÑIZARES acoge y orienta la iniciativa latinoamericana al respecto.

¹³ Palabras de Jean RIVERO a un grupo de sus discípulos latinoamericanos reunidos con él en Estrasburgo durante la Sesión de Primavera 1967, al término de sus lecciones de *Introduction au droit constitutionnel comparé* (Metodología).

¹⁴ En el sentido de TEILHARD DE CHARDIN, recogido por TUNC, *Comparative Law, Peace and Justice*, en "XXth. Century Comparative and Conflicts Law, Legal essays in honor of Hessel E. Yntema", ed. por NADELMANN, MEHREN y HAZARD, A. W. Sythoff, Leyden, 1961, p. 80-90. V. igualmente de TUNC, *La posible contribución de los estudios jurídicos comparativos a una mejor comprensión entre las naciones*, "Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración", Montevideo, t. 61, p. 249-261.

burgo después— a los primeros comparatistas del Este y del Oeste en torno a la noble idea. La tensión, la decidida y sistemática organización de su lucha, es ocultada sabiamente por Felipe tras una máscara de bohemia y alegre despreocupación capaz de confundir al observador superficial, desconcertado en primera aproximación por este hombre siempre risueño para tomar en broma al más eminente de sus colegas o para aludir sin pelos en la lengua a anécdotas —siempre graciosísimas, aunque puedan doler a los interesados— que le depara su fantástica experiencia internacional. Es un romántico, pero del siglo XX, que se propone superar los feudalismos de los derechos positivos nacionales brindando medios concretos para tan descabellada empresa, que combina fantasía en la concepción y realismo en la ejecución, que sabe lo que quiere y cómo no lo quiere, cuya alegría consiste en forjar nuevos reclutas que irán a otros países y continentes —como docentes o como graduados— para intentar también allá sacudir la inercia de las instituciones y la carencia de imaginación y de disciplina creadora de esos incurables avaros de su tiempo que son los juristas.¹⁵

Los juristas del siglo XIX ya habían captado la verdad metodológica de cuya materialización científica e institucional de SOLÁ CAÑIZARES se convierte en servidor modesto¹⁶ y de eficacia incansable:

“¿Por qué tiene el anatomista una anatomía comparada? ¿Y por qué no tiene el hombre de derecho una jurisprudencia comparada? La más rica fuente de descubrimientos en toda ciencia experimental es la comparación, la combinación. Sólo a través de numerosas contradicciones se volverá lo antitético completamente claro; sólo mediante la observación de las semejanzas y diferencias y de sus fundamentos respectivos se fundamentará exhaustivamente la particularidad y la esencia íntima de cada cosa. Así como de la comparación

¹⁵ Cf. RODIERE, *precitado*.

¹⁶ En la Academia Internacional de Derecho Comparado (La Haya) sólo es Secretario General; en la Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado (Estrasburgo), no acepta el decanato sino a título honorario (al igual que RENÉ DAVID), ejerciendo de hecho las máximas atribuciones con el mero título de Vice-decano.

de las lenguas surge la filosofía de la lengua, la verdadera ciencia del lenguaje; así surgirá, de la comparación de las leyes y costumbres jurídicas tanto de las naciones emparentadas como de las más alejadas en el tiempo y en el espacio, la jurisprudencia, sin apodos, la ciencia jurídica universal, la cual prestará verdadera y poderosa vida a cada una de las ciencias jurídicas particulares. No hable, pues del espíritu de una legislación quien no conoce sino dicha legislación y a lo sumo menciona la particular historia de su desarrollo.

“(…) Expresándolo con exactitud, no es posible exponer exhaustivamente ni siquiera el estatuto de la más pequeña ciudad del imperio, sin antes haber comprendido completamente el estudio de las leyes de todos los siglos y de todas las naciones”.

“(…) MONTESQUIEU fue el primero a cuyo espíritu se planteó este deber y el primero que intentó cumplirlo; pero permanece hasta hoy como el último. Nos condujo hasta las gradas del templo y dio muchas miradas enriquecedoras a su interior; en este mismo, nadie nos ha conducido todavía”.¹⁷

El racionalismo dieciochesco considera en efecto con MONTESQUIEU, que los sistemas legislativos predominantes en el

¹⁷ FEUERBACH, *Kleine Schriften vermischten Inhalts*, ed. Stein, Nürnberg, 1833, p. 152 ss., esp. p. 162. Ver al respecto, RADBRUCH, Anselme Feuerbach, *précurseur du droit comparé* in “Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert”, ed. Sirey, Paris, 1938, t. 1, p. 284-291. Respecto de la diferente contribución de la ciencia jurídica alemana al derecho comparado, es sumamente interesante cotejar la edición francesa de DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, Paris 2ª ed., 1966, con su edición alemana, DAVID-GRASMANN, *Einführung in die grossen Rechtssysteme der Gegenwart*, ed. C. H. Beck, München-Berlin, 1966. Aunque ambas son sustancialmente idénticas, las escasas notas del traductor (que están bien lejos de justificar la co-autoría que el verdadero autor generosamente le atribuye) permiten, fundamentalmente en materia de derecho constitucional, captar la diferente matización de los aportes francés y alemán al derecho comparado (que los alemanes, con mayor exactitud metodológica, llaman “la comparación del derecho”, *Rechtsvergleichung*).

mundo no son sino manifestaciones variables de una única ley, universal en su generalidad, la razón humana.¹⁸ Dicha convicción se hace aún más radical en el siglo XX, siglo en el cual el hombre adquiere conciencia de ser la punta de lanza de una capa pensante y dinámica (la "Noosfera") que envuelve e impulsa la mera vida (la "Biosfera") planetaria, elevándola hacia centros superiores de integración y creación.¹⁹ Paulatinamente se forja una cosmovisión común de la humanidad, la percepción gradual de un sentido de la Historia, que elevándose sin pausa bajo las oscilaciones culturales analizadas por un SPENGLER o un TOYNBEE, se eleva siempre en el mismo sentido, en el sentido de la Noosfera, el de una mayor complejidad y comprensión.²⁰

Hombre de su siglo, hombre sobretodo "catapultado" espiritualmente hacia el porvenir, DE SOLÁ CAÑIZARES siente la imperatividad de una estructura institucional que coordine a escala supranacional un esfuerzo mundial de convergencia en el diálogo e investigación del derecho. Su imagen queda así plasmada en la creación institucional y en la dinámica jurídica planetaria irradiada gracias a ella.

I

La creación institucional de SOLÁ CAÑIZARES es la Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado, continuadora en Estrasburgo de un esfuerzo ya materializado antes

¹⁸ KUHN, *La fonction de la méthode comparative dans l'histoire et la philosophie du droit*, "Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert", cit., p. 315 ss., esp. p. 322.

¹⁹ En este sentido, en particular, TEILHARD DE CHARDIN, *Oeuvres* en curso de publicación por ed. du Seuil, Paris, 1955 a 1967 (9 volúmenes publicados), complementados en la misma ed. por los *Cahiers Pierre Teilhard de Chardin* (5 volúmenes publicados, correspondientes a obras inéditas o inacabadas), en las ed. Grasset por sus *Ecrits du temps de la guerre* (1916-1908) y por su correspondencia [4 volúmenes publicados: *Lettres d'Egypte* (1905-1908) y *Lettres d'Hastings et de Paris* (1908-1914), en las ed. Aubier, 1963/65; *Genèse d'une pensée* (*Lettres* 1914-1919) y *Lettres de voyage* (1923-1955), en las ed. Grasset, 1961 y 1956, respectivamente].

²⁰ Sobre esta *Weltanschauung* planetaria de la Humanidad del siglo XX, TEILHARD DE CHARDIN, *L'apparition de l'homme*, t. 2 de las "Oeuvres", p. 336-37.

por el propio SOLÁ CAÑIZARES en Luxemburgo, país cuyo horizonte limitado se revela pronto insuficiente para la magnitud de los proyectos del gran catalán,²¹ indomeñable en sus exigencias de libertad académica, impaciente por desbordar vallas de fronteras y sistemas político-sociales.

La estructura administrativa de la Facultad Internacional tiende a preservar su docencia de toda hegemonía nacional. El espíritu supranacional de Estrasburgo se refleja paso a paso en esta institución que se presenta como creación de una persona jurídica internacional, la Asociación Internacional de Derecho Comparado, otra *invención* de SOLÁ CAÑIZARES que le permite multiplicar luego en otros países la enseñanza comparativa del derecho. La casi totalidad del cuerpo docente de Luxemburgo abandona el Gran Ducado, pasando a integrar la Asociación y a enseñar en los diversos cursos y seminarios de la nueva Facultad: igualmente aconteció con los estudiantes, a tal punto que la Facultad de Estrasburgo reconoce como propias las tres primeras promociones²² de aquélla.

²¹ Sobre las dificultades en Luxemburgo, DAVID, *Felipe de Solá Cañizares*, cit., p. 573.

²² Dichas promociones toman respectivamente los nombres de *Les pionniers*, *Pierre Frieden* (el Ministro de Educación Nacional de Luxemburgo, que prohió la Facultad en su país, y luego de cuya prematura desaparición se multiplicaron las dificultades para la aún frágil empresa) y *René David*. En años posteriores, se adopta la política de dar a las sucesivas promociones, el nombre de quien ha dado una descollante contribución a la causa del derecho comparado. Así tenemos, a partir de 1961 y hasta 1967, las Promociones *H. C. Gutteridge* (Madrid, 1961), *F. de Solá Cañizares* (Helsinki, 1961), *Roscoe Pound* (Estrasburgo, 1962), *Ernst Rabel* (Helsinki 1962), *Edouard Lambert* (Estrasburgo, 1963) *Tullio Ascarelli* (Santiago de Compostela, 1963), *Petros Vallindas* (Estrasburgo, 1964), *José Castán Tobeñas* (Avila, 1964), *León Julliot de la Morandière* (Estrasburgo, 1965), *Ignacio L. Vallarta* (México, 1965), *Adriano Vaz Serra* (Coimbra, 1965), *Henry Lévy-Ullmann* (Estrasburgo, 1966), *Algot Bagge* (Uppsala, 1966), *Enrique Sayagués Laso* (Estrasburgo, 1967). Luego de instalada la Facultad Internacional en Estrasburgo, se decidió que sólo las Sesiones de Primavera tendrían lugar en dicha ciudad, pudiendo trasladarse la Facultad Internacional a la sede de otra Facultad nacional para la Sesión de Verano, si fuera invitada, lo que ha sucedido regularmente desde 1962. Ello contribuye a robustecer el carácter supranacional de la institución, cuyas lenguas oficiales son: alemán,

El equilibrio de la representación docente ha correspondido, en un país romano-germánico, más a las nacionalidades²³ que a las familias jurídicas representadas, aunque esta última insuficiencia se atenúa progresivamente mediante una creciente participación de docentes de los países socialistas y de la *common law*.²⁴

francés e inglés (pero cuando un profesor dicta su curso en alemán —salvo en el Primer ciclo en el cual existe en 3 secciones lingüísticamente separadas— está obligado a acompañarlo de un resumen escrito, ya en francés, ya en inglés).

²³ La primera Comisión de Organización y Reglamento de la Asociación Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado (1962) comprende 29 miembros: 5 alemanes, AUBIN (Saarbruck), BOLDT (Kassel), FICKER (Maguncia), SIEVERTS (Hamburgo) y ZWEIFERT (Hamburgo); 5 franceses, MARTY (Tolosa), RODIERE (París), WEILL (Estrasburgo), DAVID (París) y HOUIN (París); 3 ingleses, HAMSON (Cambridge), GRAVESON (Londres) y LAWSON (Oxford); 2 canadienses, uno anglo-canadiense, MC WHINNEY (Toronto) y el otro franco-canadiense, BAUDOUIN (Mc Gill de Montréal); 2 belgas, GANSHOF VAN DER MEERSCH (Bruselas) y BAUGNIET (Bruselas); 2 anglo-americanos, HAZARD (Columbia de Nueva York) y RHEINSTEIN (Chicago); 2 españoles, DE SOLA CAÑIZARES (Barcelona) y PRIETO CASTRO (Madrid); y 8 integrantes correspondientes cada uno a un país diferente: un chileno, ALESSANDRI (Santiago); un yugoslavo, BLAGOJEVIC (Belgrado); un griego, FRAGISTAS (Salónica); un sueco, MALMSTROM (Uppsala); un suizo, GRAVEN (Ginebra); un finlandés, REINIKAINEN (Helsinki); un polaco, ROZMARYN (Varsovia); y un italiano, TREVES (Turín). El desequilibrio de las familias jurídicas es muy fuerte: 20 para la romano-germánica, 6 para la *common law*, 2 para los países socialistas. El desequilibrio es aun mayor si nos ponemos en la perspectiva clásica de privatistas (abrumadoramente mayoritarios) y publicistas; aunque ambos desequilibrios, como se verá, no condicionan la estructura, bastante equilibrada, del Plan de Estudios.

²⁴ La desaparición de SOLA CAÑIZARES trajo consigo la supresión del cargo de Vice-decano, la creación de una Secretaría General (creada, por aclamación unánime de la Asamblea de Profesores, para confiarla a la Sra. Regina Tayá de SOLA CAÑIZARES, que asegura así la continuidad de la obra de su esposo y confirma el carácter *intuitu personae* de esta original institución) y de 3 Vice-decanos *de facto* (*de jure* se les denomina Asesores del Decano), cargo que sigue siendo desempeñado, desde el comienzo, por el francés RODIERE), especie de "troika" de las tres familias jurídicas confiada actualmente a los profesores DRAGO (París), KRUTOGOLOV (Moscú) SIMMONDS (Londres). En los hechos, el Decano, sus 3 Asesores y el decano honorario DAVID, aseguran rotativamente durante las

El equilibrio de egresados y estudiantes es ciertamente más difícil de alcanzar: a pesar de los esfuerzos por proyectar la Facultad en verano hacia otras tierras e incluso para establecerla establemente en otros países, en forma simultánea, la misma sigue aún hoy centrada en el corazón de la Lotaringia y la afluencia, cada año más numerosa, se limita fundamentalmente a la Europa de los 6, con una presencia siempre importante de España y recientemente, de graduados de los países socialistas.²⁵ Un "aislacionismo" latente, aquí como en otras

5 semanas que dura cada semestre, la continuidad en el ejercicio de las atribuciones decanales. La Asamblea de la Facultad es presidida por el alemán VON CAEMMERER (Friburgo de Brisgovia), el Consejo de la Facultad por el inglés HAMSON (Cambridge), la Comisión Permanente por el inglés LAWSON (Lancaster) o por su Delegado Permanente, el francés RODIERE (París), la Comisión de Programa sobre Organizaciones Europeas por el italiano MONACO (Roma). Aunque los desequilibrios señalados en la nota anterior se mantienen (y el de la debilísima representación de publicistas debe imputarse más a éstos que a la propia Facultad), si se considera como una unidad a los tres órganos colegiados principales (Asamblea, Consejo, Comisión Permanente), puede señalarse como un progreso el que sobre 48 integrantes, hay hoy 9 de la *common law* (7 británicos y 2 anglo-americanos) y 5 de los países socialistas, dado que ellos corresponden a algunos de los más activos integrantes de la Facultad.

²⁵ En definitiva, la dosificación del estudiantado responde no sólo a razones de proximidad geográfica, sino también a otro aspecto, particularmente delicado, de la supranacionalidad de la Facultad. Esta carece de fondos propios y las Facultades nacionales participantes logran, que sus respectivos Gobiernos contribuyan a la obra, con la condición implícita en muchos casos, de que los fondos así donados, sirvan para ayudar la ida y estada en Estrasburgo de docentes o graduados del país respectivo; aunque la administración financiera de la Facultad Internacional sea rigurosamente autónoma de consignas nacionales, es normal que ella tenga que contemplar la situación, y tienda a convertirse así parcialmente en una especie de *clearing* de becas nacionales. Cabe señalar entre los principales "contribuyentes" a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Económicas de Estrasburgo, el Departamento del Bas-Rhin, el Instituto de Derecho Comparado del Consejo Superior de Investigaciones Científicas de España (Barcelona), el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Ministerio de Educación Nacional de Francia, el Centro Interuniversitario belga de Derecho Comparado (Bruselas), el Consejo Británico, la Cámara de Comercio de Barcelona, las Facultades de Derecho de Aix-en-Provence y Tolosa, así como

cosas, limita lamentablemente aún la participación de *common lawyers*.

Hablar de estudiantes que son ya graduados, conduce a presentar el plan de estudios de la Facultad Internacional, concebido como coronamiento de estudios jurídicos culminados previamente con una graduación nacional. Es necesario conocer primero muy bien su derecho nacional, para tener una base mínima y segura de comparación: ²⁶ los estudios comprenden 4 Diplomas (correspondientes a otros tantos semestres) sancionados por 4 exámenes colectivos, un quinto examen-general (sobre el conjunto de los conocimientos adquiridos en los semestres precedentes) y la defensa de una tesis. Podrían sistematizarse las distintas etapas de este ingenioso plan concebido por DE SOLÁ CAÑIZARES y sus colegas de las Facultades nacionales de las tres grandes familias jurídicas, diciendo que dichas etapas son 5: presentación del derecho comparado y de las distintas familias jurídicas, estudio sistemático de 7 u 8 temas fundamentales, recepción de materiales aún no comparados, síntesis general e investigación. Estas etapas merecen, por su carácter ejemplar para otras instituciones que pudieran surgir en el futuro, un análisis más detenido.

El Diploma de Derecho Comparado (I Ciclo) sanciona 8 exámenes parciales, correspondientes a una materia opcional ²⁷ y

—siempre— la Facultad nacional que es sede de la Sesión de Verano, el Ministerio de Educación Nacional de España y la Universidad de Madrid, las Universidades de Varsovia y Milán, la Facultad de Derecho de Concepción (Chile), el Instituto de Derecho Comparado "Angelo Sraffa" de Milán, etc. Si se considera que la totalidad de estudiantes inscritos (para 1966, alrededor de 1000 para todas las sesiones del año) corresponden a alrededor de 50 nacionalidades diferentes (en su mayoría con becas totales o parciales), se valora el esfuerzo de ecuanimidad supranacional de la administración financiera.

²⁶ Para poder optar al Diploma de I Ciclo, se exige el título nacional de licenciado o equivalente (*Referendar*, por ej., para los alemanes); para presentar y defender la tesis un doctorado nacional o título equivalente.

²⁷ Suele haber variaciones que contemplan peculiaridades jurídicas del país sede. Entre otras, lo han sido: *Introducción al Derecho de los Países Escandinavos*, *Principios jurídicos del Islam y del Occidente*, *Introducción al Derecho Canónico*, *Aspectos de la Filosofía del Derecho*, *Introducción a los Derechos del Medio Oriente*, In-

a 7 obligatorias: *Introducción General al Derecho Comparado*,²⁸ *El Sistema de la Common Law*,²⁹ Los derechos romanistas,³⁰

Introducción al Derecho Turco, *Introducción al Derecho Japonés*, *Organizaciones Europeas*, *La Carta Social Europea*, *La Unificación del Derecho Comparado*, *Historia de las Grandes Codificaciones Europeas*, *Historia Comparativa del Derecho*, *Introducción al Derecho Griego*, *Introducción al Derecho Vietnamita*, *El Sistema Interamericano de Seguridad Colectiva: Recientes Desarrollos*, *Introducción al Derecho Belga*, *Introducción General al Derecho Etiope*, *La Evolución de la Propiedad en Inglaterra*, *El Nuevo Derecho de Autor en Alemania y las Convenciones Internacionales*, *Introducción a los Sistemas Mixtos de "Civil Law" y de "Common Law" (Luisiana, Québec, Escocia, Africa del Sud, Puerto Rico)*, *Introducción al Estudio de las Organizaciones Regionales (Fenomenología y Metodología)* *Introducción al Derecho Musulmán*.

²⁸ Principales puntos de su programa son: Sentido de lo universal en el derecho comparado, factores de nivelación del derecho, factores de diversificación, la invasión como fenómeno de unificación, la revolución ¿fenómeno de unificación o de diversificación?, bases posibles de una clasificación de las familias jurídicas, factores favorables a la unificación en los países latinos, principales funciones del derecho comparado, formas de la contribución del derecho comparado al progreso del derecho, el derecho comparado ¿ciencia autónoma o mero método?, la "ley de sustitución", la unificación jurídica a escala interna o interestatal, uniformización de leyes interiores y creación de una ley internacional, reglas básicas del método comparativo.

²⁹ Principales puntos de su programa son: formación, fuentes, caracteres y divisiones de la *common law*; la organización judicial inglesa: historia y estructura; derecho de los trusts y derecho de los bienes; contratos y delitos civiles (*torts*); derecho público (relaciones entre los poderes, legislación subordinada, tribunales administrativos y control judicial de la administración, restricciones legales al poder de la administración); derecho de los Estados Unidos de América (sus dos componentes: *common law* y elementos propios; el sistema federal; conflictos de leyes internas; control judicial de la legislación, importancia de la constitución; fuentes; los juristas (jueces, los prácticos, los docentes); el procedimiento (especialmente, el jurado en materia civil). Esta enumeración algo caótica ha llevado a parcializar el examen en dos pruebas, una de público y otra de privado; pero, si bien metodológicamente exacto, ello contraría los principios del sistema estudiado, singularmente respecto de la *Common Law* inglesa.

³⁰ Principales puntos de su programa son: formación, las codificaciones, las fuentes, nociones generales sobre la organización judicial y el proceso, las divisiones del derecho privado: el derecho comercial, la evolución del derecho privado a través de sus principales

Los derechos socialistas,³¹ Introducción al Derecho Constitucional Comparado,³² Introducción al Proceso Civil: los Sistemas

instituciones en los siglos XIX y XX, el derecho público (noción, principios generales de organización estatal, función pública, bienes públicos, modos de gestión de la empresa pública, el contencioso administrativo, grado de autonomía del derecho público), nociones bibliográficas. Igualmente aquí, se suele dividir la prueba en público y privado, que empiezan a dictarse separadamente: ello crea desajustes frente los graduados alemanes, dado que en la República Federal no existe una división en ciclos como, por ejemplo, en las Facultades de Francia; por otra parte, la división, a nivel del derecho público, plantea la legitimidad científica de la división entre las familias romano-germánicas y de la *common law*, distingo forjado por privatistas y que no explica suficientemente las relaciones entre los derechos públicos, por ejemplo, de los Estados Unidos de América, de Alemania Federal y de la República Oriental.

³¹ Principales puntos de su programa son: Introducción (principios fundamentales, noción —la dictadura del proletariado y el Estado del pueblo entero—, fuentes, sistema, legalidad), derecho constitucional (principios fundamentales de las constituciones, elegibilidad y responsabilidad de los órganos estatales, participación de los trabajadores en el ejercicio del poder estatal y en la gestión de la economía nacional; órganos supremos y administrativos, estatales y estadales; principio socialista del federalismo; la Prokuratura como guardián de la legalidad); derecho civil y de familia (fuentes, categorías de la propiedad, transferencia de propiedad y propiedad territorial, sucesiones, contratos económicos, reparación de los daños causados entre empresas estatales, principios fundamentales del derecho de familia, matrimonial y de menores); la organización judicial y los principios del procedimiento (la organización judicial y profesional, principios fundamentales de los procesos civil y penal, del arbitraje estatal y de los tribunales de camaradas); las formas jurídicas de la Dirección de la Economía Nacional (la planificación, el plan y el contrato económico, la administración de la economía nacional, posición jurídica de la empresa y participación de los trabajadores).

³² Principales puntos de su programa son: Noción y caracteres, regla escrita y consuetudinaria, caracteres fundamentales y dominio constitucional, la Constitución en las democracias populares; los derechos fundamentales: en las democracias occidentales; su naturaleza privada o política; los derechos económicos y sociales; restricciones de derecho y libertades en interés de la seguridad estatal; constituciones escrita (rígida y flexible) y no escrita; preámbulos y declaraciones de derechos; ruptura y reforma constitucionales; los referéndums de iniciativa y de ratificación; control de la constitucionalidad de las leyes; Estados unitario, confederal y federal; la Corte Suprema de los Estados Unidos de América: caracteres,

Procesales³³ e Introducción al Derecho Internacional Privado Comparado.³⁴ Es una introducción general muy amplia.

El Diploma de Derecho Comparado (II Ciclo) es, para los juristas de países latinos acostumbrados a la rigurosa distinción pedagógica entre derecho público y privado,³⁵ el más interesante. Comprende, en efecto, dos ramas, una de público y otra de privado, en cada una de las cuales se estudia sistemáticamente 9 temas (8 obligatorios y uno opcional), que abarcan sectores respecto de los cuales ya existe una elaboración comparativa considerable. Limitándose a un ceñido estudio de los principios generales respectivos, A) *En la Sección de Derecho Público* se estudia: El Poder Ejecutivo (respectivamente, en dos cursos autónomos, en los países occidentales y en los países socialistas); Las Empresas Públicas (respectivamente, en los países occidentales y en los países socialistas); La Noción de Juridicidad; El Régimen de Libertades Públicas; Los Contratos Administrativos; La Responsabilidad del Poder Público; El Procedimiento Administrativo No Contencioso; El Contencioso Administrativo; y una materia opcional.³⁶

papel y principios; orden jurídico internacional de libertades públicas y su repercusión sobre los regímenes constitucionales (Declaración Universal, Convención Europea); concurrencia del derecho internacional y del derecho interno. Este programa, de concepción extremadamente liberal y clásica, fue confeccionada por el Sr. Profesor GANSHOF VAN DER MEERSCH (Bruselas), quien dictara la materia hasta 1966; en 1967, el Sr. Profesor JEAN RIVERO (París) lo ha transformado en la forma que se analiza en el texto, *infra*, II, y nota 54.

³³ Principales puntos de su programa, analizando comparativamente los derechos francés, alemán, inglés y de los países socialistas, son los siguientes: fines del proceso civil, organización del proceso (Tribunales estatuto del Juez y de los auxiliares de la Justicia), la autoridad de la cosa juzgada, vías de recurso y acción.

³⁴ Inicialmente a opción, esta materia tiene un programa extremadamente superficial, concebido para graduados de facultades nacionales que *nunca* han estudiado derecho privado internacional, por lo que preferimos omitirlo dada su inutilidad en países avanzados en esta rama como lo son los latinoamericanos.

³⁵ No hay que olvidar que ella es extraña (científicamente) a *commonlawyers* y socialistas, y (pedagógicamente) a los alemanes.

³⁶ Lo han sido, entre otras: *Las Nuevas Tendencias del Derecho Constitucional en América Latina, La Separación de Poderes en los Países de la Common Law, Límites de la publicidad de los actos de la Administración, Ideas y Estructuras Político-Sociales de Nuestro*

B) *En la Sección de Derecho Privado* se estudia: La Noción y los Límites de la Propiedad Privada; La Letra de Cambio y el Cheque; La responsabilidad Civil; Las Sociedades Comerciales; El Establecimiento Comercial; Los Contratos; El Matrimonio (respectivamente en dos cursos autónomos, en los países occidentales y en los países socialistas); Las Sucesiones; y una materia opcional.³⁷

Tiempo, *La Comunidad Económica Europea, Las Instituciones de Derecho Público de los Nuevos Estados Africanos, Cuestiones Fundamentales de la Democracia Moderna* (la doctrina del *Sozial Rechtsstaat* en la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht*), *La Administración en Materia Económica, Los Delitos Económicos, La Influencia de los Derechos Occidentales sobre el Derecho Público de los Países Islámicos, Las Constituciones de América Latina, La Huelga y el "lock out" en los países de la Comunidad Europea, La Convención Europea de Derechos del Hombre, La Noción de Defensa Social en Derecho Positivo Comparado, Los Derechos Públicos Socialistas Comparados con los Derechos Públicos Occidentales, a Teoría de la "ultra vires" y la Noción Francesa del Exceso de Poder, Ensayo de una Teoría Realista de los Regímenes Políticos Contemporáneos, El Derecho Laboral de los Países Islámicos, Las Inversiones Privadas en los Países en Vía de Desarrollo y el Derecho Internacional, La Moderna Tendencia para Reemplazar la Prisión por Otras Medidas en los Códigos y Proyectos de Códigos Penales, La Garantía Jurisdiccional del Administrado en Derecho Portugués y Brasileño, Los Derechos del Hombre en Derecho Comparado, La Noción de Democracia en Derecho Comparado, La Administración Local en Derecho Comparado, Las Técnicas Jurídicas de Intervención Estatal en la Vida Económica, Derecho Penal Internacional, La Reforma de las Constituciones* (en algún semestre, materia obligatoria), *El Control de la Constitucionalidad de las Leyes en Derecho Comparado, El Impuesto a las Sociedades y el Impuesto Sucesorio, Comparación entre las Administraciones de Justicia Inglesa y Escocesa, Los Actos de Gobierno, El Sistema Jurídico Sindical en Italia El Derecho Laboral en los Países del Medio-Oriente, El Gasto Público.*

³⁷ Lo han sido, entre otras: *El Derecho Internacional Privado Comparado de la Familia, Las Tendencias contemporáneas del Derecho Bancario en América Latina, La unificación del Derecho Privado, La Responsabilidad Civil del Transportador en Derecho Internacional, Las Reglas de La Haya sobre Conocimientos, El Derecho Privado Soviético comparado con los Derechos Occidentales, El Derecho Comercial en Inglaterra y en los Países Romanistas, El Derecho Privado Vietnamita comparado con los Derechos Occidentales, El Reconocimiento de la Sentencia Extranjera, El Hijo Natural, El Fideicomiso en América Latina, El Enriquecimiento sin Causa*

La dificultad del II Ciclo³⁸ se compensa con su valor formativo.

El Diploma de Estudios Superiores de Derecho Comparado (III Ciclo) responde a un enfoque muy diferente. Paradójicamente, son los alumnos quienes conocerán aquí la materia mejor que los profesores: mientras en los Ciclos I y II, las materias obligatorias forman una especie de "fondo consolidado" que integra definitivamente la enseñanza de la Facultad y que está cometida a sus más antiguos profesores, en el III Ciclo se estudian 5 puntos extremadamente precisos de derecho positivo (en general, las materias correspondientes son Organizaciones

y el Pago de lo Indebido, Prueba Judicial, El Procedimiento Arbitral La Inejecución del Contrato Sinalagmático, La Competencia en la Comunidad Económica Europea, Las Reglas Generales de los Conflictos de Leyes en la Legislación de los Estados, La Protección de las Minorías en las Sociedades Comerciales, La Publicidad de las Sociedades Comerciales en los Países del Mercado Común, Las Reglas de la Competencia, La Aplicación por los Tribunales Internos de las Reglas de Conflicto Extranjeras, Constitución y Funcionamiento de los Organos de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, Los Conflictos de Leyes en Materia de Responsabilidad Extra-contractual, La Responsabilidad del Fabricante y del Vendedor en Caso de Vicio de la Cosa, Inejecución de las Obligaciones en Derecho Civil y en Derecho del Trabajo, El Problema de la Pena de Muerte en los Países Europeos.

³⁸ Ella es doble: para los estudiantes, les exige una gran madurez en el derecho nacional y un buen conocimiento de base de los principios y métodos del derecho comparado, sometiéndolos además a nueve pruebas hartamente difíciles en menos de 5 semanas; pero la exigencia es aun más dura para con los profesores, que no sólo deben ser maestros de derecho nacional y comparado, sino que enfrentados a un auditorio de graduados nacionales que necesariamente van a conocer más de un detalle del derecho propio mejor que el expositor mismo están obligados a un conocimiento exhaustivo y casi matemático de los derechos que comparan, y cuando son honestos —es decir, humildes— deben comenzar su curso pidiendo una indulgencia plenaria por las muchas veces en que la pregunta de un estudiante revelará (o le revelará a él mismo) que era hora de que se enterara o se pusiera al día en el derecho positivo de tal o cual país. Esta severa exigencia metodológica y la falta de humildad en el diálogo explican, por ejemplo, el fracaso de más de un profesor en el dictado del II Ciclo, como tuvieron —en particular— experiencia marcante los asistentes a la Sesión latinoamericana de Concepción (Chile).

B) En el siguiente semestre, tiene lugar el *Examen General de Doctorado*: sin asistir obligatoriamente a curso alguno, el doctorante rinde un examen general y especial, sobre un programa expresamente preparado al efecto ⁴⁰ y que tiende a abarcar algunas de las materias básicas de los 3 Ciclos de la Facultad;

C) Simultáneamente o en un semestre posterior, el doctorante defiende una tesis original e inédita de derecho comparado ante un Tribunal —presidido por su Director de Tesis (*Doktorvater*)— que le acuerda eventualmente el título de Doctor en Derecho Comparado (Público o Privado, según corres-

dividir el III Ciclo, como ya lo está el II, en una rama de público y otra de privado?, ¿imposición a los doctorantes de la unidad del derecho, como una realidad que no deben olvidar aun cuando ya bordean una definitiva especialización? En cualquier caso, el candidato, obligado a elegir tres temas, tendrá siempre por lo menos uno y a veces dos, totalmente ajenos a la especialización elegida en el II Ciclo, lo cual no deja de ser un *handicap* considerable para los juristas provenientes de países que —como Francia, por ejemplo— conocen ya a nivel de la Licencia y sobre todo para el D.E.S., una separación total entre publicistas y privatistas. Para ilustrar mejor esta afirmación, damos a continuación los 5 temas de las dos Promociones (1964 —*Petros Vallindas*— y 1967 —*Enrique Sayagués Laso*—) en que nos correspondiera participar: en la primera fueron estudiados *La Parte Social en la S.R.L. y en la Private Company*, *La Libertad Testamentaria y sus Límites*, *Las Profesiones Jurídicas*, *El Hecho y el Derecho en la Jurisprudencia de las Cortes Supremas* (pudo haber sido un tema tanto de público como de privado, pero el análisis fue esencialmente privatista, centrándose para Francia, por ejemplo, en más de un 90% en la Corte de Casación, y mencionándose apenas al Consejo de Estado) y *El Estatuto de los Funcionarios Públicos*; en la Promoción de 1967, *Estructura Institucional de las Organizaciones Regionales*, *La Ejecución de las Decisiones Administrativas*, *Las Responsabilidades Penales Complejas*, *La Influencia del Hecho Culpable y No Culpable de la Víctima sobre la Responsabilidad Contractual y Extra-contractual*, *La Aplicación de la Ley Extranjera por el Juez del Fuero*.

⁴⁰ El programa comprende temas (todos, en derecho comparado):

- a) Comunes a todos los doctorantes: fuentes de derecho de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos; organización judicial:
- b) para los publicistas: El Poder Ejecutivo; El Papel del Poder Judicial; La Técnica Legislativa;
- c) para los privatistas: Los contratos; la Propiedad, la Responsabilidad Civil; el Derecho de Familia.

ponda) de la Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado.⁴¹

Tal es, a grandes rasgos, la obra institucional que DE SOLÁ CAÑIZARES lega a los juristas de los siglos XX y XXI; pero la obra del Decano de Estrasburgo no se agota estáticamente en una mera estructura administrativa y docente, ella se proyecta en una dinámica jurídica planetaria, en el llamado espíritu de Estrasburgo (*der Geist von Strassburg*)⁴², que anima la vida interior de la Facultad Internacional e ilumina la doctrina e investigación comparativas del Derecho de las próximas décadas.

II

La dinámica jurídica planetaria desencadena por la acción inteligente y apasionada del jurista catalán comporta aspectos científicos íntimamente animados de un humanismo radical, podríamos hablar de una dinámica científica y de una dinámica humana.

Científicamente, la acción inventiva DE SOLÁ CAÑIZARES no se agota, en el seno de su Facultad, en la estructura del doctorado antes reseñada: ella se completa y recrea constantemente en una compleja serie de programas de especialización, en el lanzamiento de la Asociación Internacional de los Estudiantes y ex-Estudiantes de Derecho Comparado, en el fortalecimiento constante de las relaciones —no sólo entre profesores

⁴¹ Aunque teóricamente bastaría con cinco semestres para los cuatro Diplomas y el Examen General de Doctorado, más un año para la redacción y defensa de la tesis, es indicio de la dificultad de las dos últimas etapas, el que sólo dos candidatos las hayan afrontado con éxito de 1958 a la fecha (1967).

⁴² Nuestras palabras en el acto de clausura de la *Promoción Enrique Sayagués Laso* (Estrasburgo, 1967) se centraron precisamente en dicho concepto, desarrollado en la forma siguiente: Introducción, *La Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado y "el espíritu de Estrasburgo"*; Primera Parte, *Die Verkörperung des "Geistes von Strassburg" in der Person unseres verstorbenen Dekans Felipe de Sola Cañizares*; Segunda Parte, *L'esprit de Strasbourg dans l'oeuvre du maître latino-américain Enrique Sayagués Laso*. De la primera parte se toman, en parte los párrafos que siguen.

y entre estudiantes, sino fundamentalmente— entre docentes y graduados nacionales tendente a forjar una unidad intergeneracional, en el patrocinio intercontinental de sus publicaciones en el extranjero, en el estímulo constante a la superación —siempre muy crítica— de lo ya realizado.

Los programas de especialización constituyen uno de los aportes más originales de la Facultad Internacional: sus cursos sobre Organizaciones Europeas;⁴³ la Escuela Internacional de Derecho Laboral Comparado;⁴⁴ sus Sesiones sobre: Aspectos ju-

⁴³ Tendientes a la obtención de un *Diploma de Estudios Jurídicos sobre las Organizaciones Europeas*, se componen de dos Ciclos sancionados por un examen general, seguido de la defensa de una tesina ("mémoire").

Son *materias del I Ciclo*: Historia, nacimiento, naturaleza, ampliación y asociación de las Comunidades Europeas; Alta Autoridad, Comisiones, Consejos de las Comunidades y órganos del Consejo de Europa; la Corte de Justicia y el Parlamento Europeo; la Convención de Protección de los Derechos del Hombre; la convergencia legislativa en el Mercado Común; las fuentes de los derechos europeo y comunitario; Régimen Financiero de las Comunidades y los Funcionarios Europeos; Relaciones entre los Jueces Nacional y Comunitario, y entre los Derechos Nacional y Comunitario.

Son *materias del II Ciclo*: La Competencia; la Jurisprudencia de la Corte de Justicia (estudio de fallos); el Procedimiento ante la Corte de Justicia; Derecho Laboral; Derecho de la Seguridad Social; Derecho de Establecimiento; las Sociedades en el Mercado Común; las Empresas Públicas en el Mercado Común; el Derecho de Propiedad y el Régimen de las Materias Físiles en el Euratom; los Regímenes Fiscales en los países de la Comunidad Europea.

⁴⁴ Funciona en la *Facoltà de Giurisprudenza de Trieste*. En el I Ciclo se estudia una Introducción al Estudio del Derecho Laboral (características generales, historia, dominios, las relaciones profesionales, el derecho internacional del trabajo) y los Principios Generales del Derecho Laboral en los diferentes sistemas jurídicos (Alemania, Bélgica, España, Francia, Italia, Reino Unido, Suiza, Turquía y Yugoslavia). Son temas del II Ciclo: el contrato de trabajo, las convenciones colectivas, el derecho colectivo de la empresa, el estatuto de los sindicatos, la ruptura del vínculo laboral por iniciativa del empleador, el contrato colectivo de la empresa, la solución de los conflictos individuales del trabajo y los tribunales laborales, principios generales de seguridad social, accidentes de trabajo, las convenciones internacionales y la formación de un derecho común internacional, el poder del empresario en el derecho laboral italiano, el derecho internacional del trabajo.

rídicos de la planificación,⁴⁵ Organizaciones Políticas y Económica de América Latina,⁴⁶ Derecho Comercial,⁴⁷, el Derecho Yugo-

⁴⁵ Tuvo lugar en la *Rechts und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg im Breisgau* comprendiendo informes nacionales sobre los derechos de Alemania, América del Sur, España, Francia, Grecia, Italia, Suecia, Suiza, Checoslovaquia, COMECON y OECD, así como cursos especiales sobre los temas siguientes: *Aspectos jurídicos de la Política Económica de Mediano Término en la C. E. E.*, *Importancia de los Objetivos Generales en la C. E. E.*, *Transformación del Derecho Administrativo por Obra de la Planificación en la Zona Soviética de Alemania*, *Influencia del Plan sobre la Competencia en los Derechos Alemán y Francés*, *Las Sociedades Públicas y Mixtas y las Sociedades Internacionales al Servicio de la Planificación*, *el Plan como Categoría Constitucional*, *Criterios para Valorar la Influencia de las Autoridades Públicas en la Economía*, *Aspectos de la Gestión Administrativa de la Planificación*, *Teoría y Experiencia Práctica en el Dominio de la Planificación de una Economía Concertada en Europa*, *Perspectiva Constitucional de la Planificación Presupuestaria Pública a Largo Plazo*, *Problemas Constitucionales de la Planificación Especialmente Respecto de la Política de la Enseñanza*, *Política de la Enseñanza y de la Investigación Científica para 1980*, *Planificación en la Política Exterior*, *Planificación y Programación en el Sector de la Energía*, *Planificación de las Inversiones y de la Distribución de los Riesgos en el Campo de la Explotación y Utilización de la Energía Nuclear*, *Planificación del Control Multilateral de las Armas Nucleares*, *la Modificación del Plan como Problema Jurídico*, *la Definición Pragmática del Plan*. El conjunto de dichos trabajos fue posteriormente editado por el Profesor JOSEPH KAISER, Director de la Sesión, para la Nomos Verlag, bajo el título *Planung, Recht und Politik der Planung im Wirtschaft und Gesellschaft*, Baden-Baden, 1965-67, 2 tomos (el primero de los cuales dedicado a la memoria del Decano FELIPE DE SOLA CAÑIZARES).

⁴⁶ En la Ciudad Universitaria de Madrid, en colaboración con el Centro de Estudios Jurídicos Hispanoamericanos del Instituto de Cultura Hispánica, analizándose particularmente los temas siguientes: *Los Movimientos de Integración Política en América Latina*, *Los Movimientos de Integración Económica en América Latina*; *la Organización de los Estados Americanos*, *la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio*, *los Tratados de Integración Centro-Americana*, *la Organización Política de los Estados Centro-Americanos*, *las Organizaciones Europeas Comparadas con las Organizaciones Latinoamericanas*.

⁴⁷ Programa especial desarrollado en el Instituto de Derecho Comercial y Comparado "Lorenzo Mossa" de la Universidad de Pisa, en torno al tema general *Evolución y Perspectivas del Decano de Sociedades a la Luz de las Diferentes Experiencias Nacionales*, comprensivo de los siguientes: *Sociedad y Asociación*, *Sociedad y Empresa*, el

eslavo,⁴⁸ Régimen jurídico de los contratos,⁴⁹ Filosofía del Derecho Comparado,⁵⁰ ratifican el carácter supranacional de la Facultad permitiéndole ser huésped durante pocos días en diversas Facultades Nacionales, interesan a un mayor número de países y gobiernos en la obra de Estrasburgo, logran a veces definitivamente⁵¹ que éstos asuman en lo sucesivo la organización estable de dichos programas.

Como lo proclama expresamente la Asociación de Estudiantes y ex-Estudiantes de Derecho Comparado,⁵² su lanzamiento y su consolidación en torno no sólo de una superficial fraternidad, sino de un sistemático trabajo científico sólo es posible gracias al dinamismo contagioso del Decano DE SOLÁ CAÑIZARES: sus Coloquios,⁵³ Congresos⁵⁴ y Publicaciones,⁵⁵ testimonian ya, de

Problema de los Tipos de Sociedad, el Derecho de la Sociedad por Acciones Puesto a Prueba: Exigencias y Perspectivas de Reforma, los Grupos de Sociedades.

⁴⁸ En la Facultad de Derecho de la Universidad eslovena de Ljubljana, en torno a los siguientes temas, desarrollados exclusivamente en lengua francesa. *El Orden Constitucional Yugoslavo, el Desarrollo Social Organizado, la Autogestión Obrera, la Administración y el Servicio Público, la Propiedad Común, las Empresas, Problemas Jurídicos del Código Penal, la Organización Judicial, la Coexistencia Activa en Derecho Internacional Público.*

⁴⁹ En la Facultad de Derecho de la Universidad checoslovaca de Bratislava, centrándonos en los países socialistas y respecto de su incidencia en el comercio internacional.

⁵⁰ En la *Faculté de droit et des Sciences économiques de Toulouse*, estudiando sucesivamente *El Derecho y la Naturaleza de las Cosas* (Concepto filosófico de la naturaleza de las cosas, Estudio de la naturaleza de las cosas en la historia de la filosofía del derecho) y *La Lógica Jurídica.*

⁵¹ Así, las Sesiones de Organizaciones Europeas, de Derecho Internacional del Trabajo Comparado, de Organizaciones Políticas y Económicas de América Latina, tienen ahora lugar anualmente, con carácter estable, respectivamente, en Bruselas, Trieste y Madrid; y las del Centro de Estudios Comparativos de Filosofía del Derecho, en Tolosa, todos los años pares.

⁵² Comunicaciones numerosas desde 1963.

⁵³ Entre otros en Coimbra, en Uppsala (1966) sobre *Papel del Juez en el Desarrollo del Derecho, la Representación Comercial Extranjera*; en Bruselas (1967) sobre *El Reconocimiento y la Aplicación de los Derechos Económicos y Sociales* en Coimbra (1965) sobre *Seguro y Responsabilidad.*

⁵⁴ *En Estrasburgo* (1964) sobre el tema general *El Derecho en la Economía*, analizado en torno a los siguientes puntos: El papel del

la justeza del propósito, de la repercusión creadora de sus trabajos.

Al término de las cinco a diez de clase de cada curso, está prevista siempre una hora de coloquio entre profesor y estudiantes: esta mesa redonda —que en el III Ciclo se realiza conjuntamente con todos los profesores disertantes sobre cada uno de los temas elegidos— tiene en el proyecto del Decano DE SOLÁ CAÑIZARES y en la realidad vivida de la Facultad Internacional un valor científico diferido pero fundamental, pues la información normativa, jurisprudencial y doctrinaria se brinda, no sólo por el profesor a sus estudiantes sino muchas veces por éstos a aquél. Todos se sienten compañeros (*Kommilitonen*) de estudios, en el igualitario y creador sentido de las corporaciones medievales mantenido por el lenguaje de la vida universitaria alemana contemporánea. Y podría testimoniarse que este diálogo comunitario no se agota en la Facultad, sino que el *Espíritu de Estrasburgo* continúa animando a quienes lo han vivido a través de una cooperación científica sin pausas que no distinga entre profesores y estudiantes, que sólo reconoce la responsabilidad de la obra común.

Ello permite que la Facultad Internacional, actuando a veces como un *clearing* mundial de revistas y de editoriales, asegure a los *commonlawyers* su difusión en el mundo romano-germánico y a los romanistas en los mundos de la *common law* y del de-

Derecho en la Economía, el Estatuto Jurídico de la Empresa, las Concepciones modernas del Derecho de Propiedad, los Delitos Económicos, el Régimen Jurídico del Comercio Exterior, la Solución de los Conflictos Internacionales en Materia Económica.

A dicho primer Congreso, sucederán otros con ritmo cuatrienal, y *el segundo*, que tendrá pues lugar en 1968, se consagrará a los temas siguientes: La influencia del o de los partidos políticos sobre las instituciones estatales, La responsabilidad de los dirigentes de sociedad y empresas, La ejecución de la obligación alimentaria respecto del niño (derecho interno y derecho internacional privado), Elección y apreciación de las sanciones penales en la represión de los delitos del tránsito, El contrato de servicios en materia de turismo, El valor de la prueba civil ilegítimamente recogida.

⁵⁵ Los *Cahiers de droit comparé* comienzan a aparecer en 1966, y su N° 1 contiene los informes del Congreso de 1964. Los números posteriores contendrán progresivamente los informes de Coloquios y Congresos siguientes.

recho socialista;⁵⁶ y, lo que es más importante, establezca una comunicación institucionalizada entre docentes y graduados de todas las familias jurídicas, como tantos latinoamericanos —introducidos por ella en el mundo germánico y en el de la *common law*— podrían testimoniar. De la trascendencia puramente científica de esta mediación intercontinental baste señalar que ella permite a juristas de valía bloqueados en sus respectivos países por razones ideológicas, el alcanzar universidades extranjeras o permanecer en ellas cuando quienes detentan el poder (político o universitario) en sus patrias respectivas se lo impedirían mediante el mero archivo de sus expedientes.

La labor científica así realizada no puede detenerse ni fijarse definitivamente en bloques rígidos, la rotación de los profesores, particularmente en los ciclos II y III, debe permitir la renovación constante de la docencia e investigación del derecho comparado. Podrían mencionarse varios ejemplos,⁵⁷ pero quizá el más típico sea el proporcionado por la cátedra de *Introducción al Derecho Constitucional Comparado* donde la llegada del francés JEAN RIVERO significa una revolución metodológica y conceptual

⁵⁶ Permitásenos mencionar, y es sólo un ejemplo, que la "Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración" (Montevideo), amplía considerablemente sus corresponsalías internacionales en los últimos años, gracias en buena parte a la "plaque tornante" que le proporciona la Facultad Internacional. Esta explica también en buena parte el éxito de la coordinación científica planetaria exigida por las más de 130 contribuciones de 4 continentes que constituirán *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX, Estudios a la memoria del Profesor Enrique Sayagués Laso*, "Mélanges" en 3 volúmenes editadas por H. CASSINELLI MUÑOZ y el autor de estas líneas para la Fundación Jurídica del Uruguay, a publicarse en los tomos 65, 66 y 67 de dicha Revista (1967-68).

⁵⁷ En *Procedimiento Administrativo no Contencioso*, el reemplazo de LANGROD (París) por CAETANO (Lisboa); en *Contratos Administrativos de Derecho Comparado*, el de FLAMME (Bruselas) por MITCHELL (Edimburgo); en *Responsabilidad del Poder Público en Derecho Comparado*, el de DRAGO (París) por KAISER (Friburgo de Brisgovia); en *La Noción de Legalidad en Derecho Comparado*, el de THOMPSON (Manchester-Keele) por HAMSON (Cambridge), habiendo éste sustituido el título del curso, llamado en Coimbra (1965) *Légalité, Rechtsstaat, Rule of Law, etc.: Comparación y Crítica de Conceptos*; en *Libertés publiques*, el reemplazo de RIVERO (París) por ROBERTSON (Londres-Estrasburgo).

respecto del Plan de su amigo e inmediato antecesor el belga GANSHOF VAN DER MEERSCH.⁵⁸

Testimonio póstumo de esta dinámica científica DE SOLÁ CAÑIZARES brindará en 1968/69 la aparición de una singular obra colectiva de *cursos a su memoria*: en siete volúmenes publicados por la Asociación Internacional de Derecho Comparado y editados por la Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado, veintidós comparatistas de las tres grandes fa-

⁵⁸ JEAN RIVERO redujo en efecto el volumen del extenso curso (*supra*, nota 31) de su colega belga (que abarcaba cinco extensas policopias), ciñéndolo a una Introducción metodológica cuyo plan resumimos a continuación:

Introducción: Necesidad del estudio, modalidades particulares, dificultades especiales (carácter menos abrupto de las diferencias inter familiares, indispensable análisis complementario de la ciencia política —sin la cual no hay derecho constitucional—, dimensiones planetarias), límites.

Capítulo I: La noción de Constitución: dificultades de sistematización debidas a:

1. Las fuentes (escritas, consuetudinarias).
2. La materia constitucional (forma del Estado, mecanismos de designación y de ejercicio del Poder Público, ideologías de base —lugar y contenido de las Declaraciones de Derechos en las democracias liberales y en las democracias marxistas—).
3. La autoridad de la Constitución (procedimientos de reforma control del respeto debido a la Constitución).

Capítulo II: La comparación analítica (estática, dinámica) atendiendo a:

1. Los órganos (Asamblea, órganos gubernamentales).
2. Los mecanismos (elaboración de las reglas jurídicas, conducción y control de la acción gubernamental).

Capítulo III: La comparación sintética (forma y fines del ejercicio del Poder):

1. Los fundamentos del Poder (democracias liberales y marxistas, directas y representativas).
2. Organización del Poder (concentración, fragmentación, personalización en los países en vía de desarrollo).
3. Tipología de las tres grandes familias *del derecho constitucional* (subrayado nuestro): parlamentaria británica, presidencial americana, de inspiración soviética, directorial suiza ("pero ésta, muy particular, no ha sido seguida de una inspiración en serie"), típicas de los países en vía de desarrollo ("Cf. la reciente obra de mi colega ANDRÉ HAURIOU").

milias jurídicas brindarán por primera vez en forma impresa⁵⁹ las principales enseñanzas del Primer Ciclo de la Facultad Internacional⁶⁰ y con ellas una documentación de primer orden sobre la irradiación científica planetaria de la obra institucional del maestro catalán.

Toda esta proyección científica es mucho y será perdurable; pero es importante que no perdamos de vista que ella sólo es posible porque en la obra DE SOLÁ CAÑIZARES, en la obra de Felipe y Regina, arde un afecto intenso por todo lo humano, dinámica humana de encuentro y simpatía, de tolerancia y diálogo, de resistencia a los atropellos tan a menudo inhumanos de la lógica y del análisis disecante que no admite la síntesis superadora, dinámica humana que dignifica la misión de educador e investigador del comparatista, anulando las tentaciones burguesas y conformistas de los prácticos del derecho y asociándolos a la construcción colectiva de la Humanidad de la Noosfera.⁶¹

*Si eres diferente de mí, no me hieres sino que me enriqueces,*⁶² debo ir a tu encuentro, abordarte con un preconceito fa-

⁵⁹ Muchos de dichos cursos existen ya en versiones corregidas mimeografiadas, editadas por la Facultad Internacional.

⁶⁰ Los volúmenes, ya parcialmente en prensa, son los siguientes: RODIERE *Introduction générale au droit comparé* (París) HAMSON (Cambridge), CAMPBELL (Liverpool), HONORE (Oxford), SIMMONDS (Londres), THOMPSON (Keele) y HAZARD (Columbia de Nueva York), *Le système de la common law*; SZABO (Budapest), KRUTOGOLOV y TOUMANOV (Moscú), IONASCO (Bucarest), KNAPP (Praga) y CZACHORSKI (Varsovia), JODLOWSKI (Varsovia), BLAGOJEVIC (Belgrado), *Les droits socialistes*; CREPEAU (Mc Gill de Montréal), *Introduction au droit international privé comparé*, GARCÍA GALLO (Madrid), BLANC-JOUVAN (Aix-en-Provence) y LEVY (Nancy), *Les droits romanistes*; GANSHOF VAN DER MEERSCH (Bruselas), *Introduction au droit constitutionnel comparé*; HABSCHIED (Würzburg), *Introduction à la procédure judiciaire*; FRAGA IRIBARNE (Madrid), *Introduction to the Spanish Law*. Todos aparecerán en Barcelona, salvo el último que lo será en Madrid.

Los profesores deseaban publicarlos como *Mélanges*, en el sentido clásico, pero la Sra. REGINA DE SOLÁ CAÑIZARES, con sabia practicidad catalana, se opuso, pidiéndoles que más bien le dedicaran una versión actualizada de sus cursos.

⁶¹ En el sentido indicado *supra*, notas 18 y 19.

⁶² Para recordar los conceptos de St. Exupéry. Claro que a ellos se opondrán siempre los espíritus capaces de decir que "cada Estado

vorable, esforzarme por comprenderte, por escucharte, por tomar y adaptar lo que me brindas, por mostrarte aquello que tengo y pudiera serte quizá útil —esto hecho sin la menor intención de dominarte sino tan sólo en la de servirte—, por ser tu amigo. Esta es la máxima de conciencia humana sin la cual no hay ciencia comparativa: aquí, como en toda otra disciplina, *la pura técnica* —la ciencia sin conciencia— *es un crimen*.

Con estas palabras podría sintetizarse la dinámica humana infundida al derecho comparado y a la Facultad Internacional por el Decano DE SOLÁ CAÑIZARES: la técnica tan amplia y duro primario es el encuentro con el Hombre; sólo una conciencia verdaderamente impregnada de Humanidad podrá engendrar una ciencia que contribuya a la elevación del Hombre.⁶³

En ese sentido, la docencia de las naciones dominantes tiene que ser como la del imperio romano: si la *pax romana* (como más tarde la *pax británica*) fue jurídicamente tan amplia y duradera, ello se debió a la adaptabilidad y a la tolerancia del derecho romano por los sistemas de los pueblos sometidos, que le dieron su carácter cosmopolita final. Precisamente, porque lejos de asumir una actitud imperialista en su docencia, supo ser en gran parte el producto del derecho extranjero, llegando a ser lo suficientemente elástico como para ser "adaptado" a su vez por pueblos y naciones que sucedieron en el curso de la historia

quiere tener un derecho propio y no es sólo un orgullo intelectual lo que le hace deseirlo, sino la convicción de que su estado político, económico y social le impone reglas que no pueden ser sino suyas" (RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, París, 1935, citado por TABBAH, *Entre les deux pôles —historique et sociologique— de la philosophie contemporaine du droit*, in "Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert", cit., t. 1, p. 31). Es éste último, el mismo mal que aqueja al jurista inglés del montón, que se quejaría aun hoy amargamente de la traición de Lord Mansfield que había corrompido "la noble simplicidad y el noble espíritu de nuestras leyes sajonas, importando —en el tribunal que preside— elementos de polución como los códigos romanos, el derecho de gentes y las opiniones de los civilistas extranjeros" (GUTTERIDGE, *Le valeur du droit comparé*, ibidem, p. 294 ss., esp. 295).

⁶³ Cf. BOUCAUD, *Les perspectives historiques et philosophiques du droit comparé*, ibidem, p. 302 ss., que señala en particular cómo Pitágoras, Heráclito, Anaxágoras, Sócrates, Platón y Aristóteles construyeron progresivamente el templo del derecho natural, consa-

a la dominación romana.⁶⁴ *Esta exclusión del imperialismo en la docencia, implica igualmente el destierro del racismo*: no se encuentran jamás círculos culturales puros y típicos en la realidad histórica, en la formación de un derecho operan factores típicos y atípicos, es menester utilizar los unos para elucidar los otros,⁶⁵ evitando cuidadosamente el peligro de tender a atribuir el origen de las instituciones jurídicas esparcidas a través del planeta, exclusivamente, a los indo-europeos.⁶⁶

Las mismas consideraciones fundamentales llevan a DE SOLÁ CAÑIZARES —fuertemente marcado por sus estudios de *common law*— a concebir la ciencia jurídica como aquella que consiste en *resistir a la tentación lógica contraria a los intereses de la verdad sociológica*. La vida real se expresa en la contradicción. Los comparatistas deben preocuparse, no en establecer una teoría geoméricamente construida, sino en realizar la armonía de las teorías contradictorias.⁶⁷

Es en efecto, en el encuentro con la vida real donde la dinámica humana de la obra del derecho comparado se manifiesta como más útil. Ella nos permite en primer lugar acercarnos en profundidad a los otros países, urgente tarea en la hora de la plantetización; la revolución industrial posterior a la 2ª Guerra Mundial, la revolución atómica, supersónica y de la automatización, acelera en forma tal la unificación de la especie humana, que la convergencia jurídica se torna un imperativo de supervivencia colectiva. El derecho comparado es no sólo útil al respecto, sino proveedor de ocasiones que podrían difícilmente ser igualadas para un trabajo creador. Trátase en gran medida de

grado finalmente por Zenón y Crisipo. En las perspectivas de esta filosofía jurídica, todo el universo es una inmensa república, marco y modelo de las sociedades humanas: en ella, se reconoce teóricamente la igualdad jurídica de todos los hombres y hasta un derecho internacional. Epicteto y Séneca fueron los doctores supremos de esta filosofía. Ella inspiró la filosofía jurídica de Cicerón y de los jurisconsultos clásicos del Imperio Romano, que la anexan a la técnica positiva del derecho (p. 305).

⁶⁴ KUHN, *cit.*, p. 319.

⁶⁵ KOSCHAKER, *L'histoire du droit et le droit comparé surtout en Allemagne*, *ibidem*, p. 274 ss., esp. 282.

⁶⁶ KOSCHAKER, *ibidem*, p. 283.

⁶⁷ SUGIYAMA, *Essai d'une conception synthétique du droit comparé*, *ibidem*, p. 50 ss., esp. p. 57.

un terreno virgen, en el cual el investigador no corre por regla general el riesgo de que sus descubrimientos ya hayan sido hechos.⁶⁸ Los temas ofrecidos a la investigación comparativa son tan variados y diversos, que debiera haber escasas dificultades para un individuo en descubrir uno que le permita emprender un trabajo acorde con su perfil espiritual y con sus proyectos de futuro, aunque para todo ello, el conocimiento del

⁶⁸ Pero es necesario que ellos sean llevados hasta las últimas consecuencias para que la comparación no permanezca al nivel de mera referencia, como sucede con la doctrina francesa al analizar las relaciones entre el Art. 16 de la Constitución de 1958 (poderes excepcionales del Presidente de la República) y el inc. 2 del Art. 48 de la Constitución alemana de Weimar. V. al respecto, comparativamente, DUVERGER, *De la dictature*, ed. René Julliard, París, 1961; HAURIU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, ed. Montchrétien, París, 1966, p. 686; ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des deutschen Reiches vom 11. August 1919* (Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis), 14a. ed., Georg Stilke, Berlín, 1933, reimpresión fotomecánica de la Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1965, p. 275-300; POHL, *Die Zuständigkeiten des Reichspräsidenten*, en el tomo 1 de ANSCHÜTZ-THOMA, *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, ed. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1930, p. 482-502.

Como intentamos demostrar en un trabajo de inminente aparición, *Postfacio: La Constitución oriental de 1967*, "Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración", Montevideo, t. 64, 1967, la nueva Constitución oriental brinda con su nueva estructura del Poder Ejecutivo una curiosa prueba de la importancia práctica decisiva de las investigaciones comparativas. El abandono del Ejecutivo colegiado de inspiración suiza no ha arrancado a la organización de dicho Poder en la República Oriental de la esfera del *Kollegialprinzip*. Este simplemente ha sido dosificado con los otros principios de los Ejecutivos germánicos, el *Kanzlerprinzip* y el *Ressortprinzip*, sin que corresponda hablar de influencias directas. V. para los antecedentes, SANGUINETTI y PACHECO SERE, *La nueva Constitución*, ed. Alfa, Montevideo, 1967; y para la doctrina: REAL, *Lineamientos generales de la reforma constitucional uruguaya de 1966*, estudio preliminar al nuevo texto publicado por las ed. Cruz del Sur, Montevideo, 1966, p. XIV y XV, reproducido en "Perspectivas del derecho público en la 2ª mitad del siglo XX, Estudios a la memoria del Profesor Enrique Sayagués Laso", volumen 2, t. 66 de la "Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración", Montevideo, 1967/68; CASSINELLI MUÑOZ H., *Primeras reflexiones sobre la nueva Constitución* (comentarios técnico-jurídicos sobre algunos aspectos de la Constitución reformada), en "Constitución de la República de 1967", "Cuadernos de Síntesis", ed. Sociedad Editora Uru-

francés y del alemán sea esencial.⁶⁹ Por otra parte, este encuentro con la vida real que proporciona la verdadera comparación jurídica, ofrece a los jóvenes investigadores un aliciente fecundo al darles motivo para proseguir sus estudios bajo la égida de una de las grandes universidades extranjeras:⁷⁰ en lo que respecta a los jóvenes docentes latino-americanos —y DE SOLÁ CAÑIZARES se esforzaba en infundirles esta convicción elemental que nos complacemos en haber verificado reiteradamente en Europa— son ciertamente bienvenidos, se les ofrecen todas las facilidades, y —en la medida en que presenten y ejecuten un plan sólido previamente aceptado y apoyado por un profesor de su país de origen— su presencia es vivamente deseada.

Claro que para así realizarlo, para participar responsablemente en la Creación, tendrán que abandonar —no con resignación sino con fe y alegría— el mezquino papel de segundones del poder político y económico-financiero que tanto ha desprestigiado y desprestigia a los jurisconsultos latino-americanos, tributarios de la mentalidad romanista de los legistas y del individualismo burgués del siglo XVIII. Como decía sonriente DE SOLÁ CAÑIZARES a una peña estudiantil en la reunión de Helsinki, del conocer el derecho de los comerciantes a “vivir” como los co-

merciantes, el trecho psicológico es muy corto y, desgraciadamente, la tentación es fuerte.

La dinámica jurídica planetaria, científica y humana, forjada por el Decano DE SOLÁ CAÑIZARES exige en efecto la humildad de síntesis personal del investigador, simbiosis de fantasía y disciplina que, a muy grandes rasgos, cabe observar en las dos ciudades “fronteras” de la segunda etapa de su vida, Barcelona y Estrasburgo,⁷¹ en la vida de cuyos investigadores⁷² parece plasmarse el viejo lema germánico:

“*Nie das Ziel vergessen
sehr viel leisten,
bescheiden leben*”.⁷³

Para el conformismo cómodo y burgués de tantos estudiantes y egresados de las Facultades de Derecho, esa divisa parece hasta irritante; pero en su severidad fecunda estriba la dignidad del verdadero profesor universitario, debiera radicar incluso la dignidad de todo jurista, radica la afectuosa estima ganada por DE SOLÁ CAÑIZARES en el mundo jurídico contemporáneo.

Para el progreso de la ciencia jurídica, la anormal acumulación de tres carreras simultáneas (docencia, foro, administración) a la que suelen sacrificarse, hasta los más valiosos de los talentos jurídicos latino-americanos⁷⁴ es un suicidio científico,

guaya, S. A., Montevideo, enero de 1967, N° 2, p. 39, ss., esp. 41-42. De esta manera, el conocimiento directo de las fuentes del derecho alemán —para el que tanto nos ayudaran la Facultad Internacional y el estímulo de SOLÁ CAÑIZARES— pasa a ser determinante de una adecuada interpretación de los nuevos mecanismos constitucionales: para ello, v. entre otros, HUBER, E. R., *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte* (hasta 1933), 3 tomos, 1960 y 1966, y su *Deutschen Verfassungsgeschichte seit 1789*, en 5 tomos de los cuales 3 publicados, 1960 y 1963, ambos por la ed. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz; MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz, Kommentar*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München-Berlin, 3ª ed., 1966, comentario al art. 65 de la Ley Fundamental; von MANGOLDT-KLEIN, *Das Bonner Grundgesetz*, 2ª ed., V. Franz Wahlen G.m.b.H., Berlin-Frankfurt am Main, 2 tomos, 1957-1964, esp. p. 1192-1325; BOECKENFOERDE, *Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung* (eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland), ed. Dunker & Humblot, Berlin, esp. p. 115-324; así como los textos y comentarios constitucionales de los Länder posteriores a 1946.

⁶⁹ GÜTTERIDGE, *cit.*, p. 299.

⁷⁰ GÜTTERIDGE, *cit.*, *ibidem*.

⁷¹ De esta última, escribía el “camillero” (*brancadier*) PIERRE TEILHARD DE CHARDIN, entrando a ella por primera vez, como integrante de las fuerzas francesas de liberación, el 10 de diciembre de 1918: viendo desfilar al entusiasmo alsaciano que aclama la llegada de Poincaré, la reflexión espontánea es “este pueblo es sorprendentemente organizado y disciplinado, por debajo de su espontaneidad y ligereza típicamente francesas”. Cf. TEILHARD DE CHARDIN, *Genèse d'une pensée, Lettres (1914-1919)*, ed. Grasset, París, 1961, p. 347.

⁷² ¿Es necesario recordar que en Estrasburgo enseñaron, entre otros publicistas, OTTO MAYER, CARRE DE MALBERG, MARCEL DAVID y CHARLES EISENMANN?

⁷³ (No olvidar jamás la meta, producir mucho, vivir modestamente).

⁷⁴ Cf. nuestros trabajos *Enrique Sayagués Laso (1911-1965), une partie majeure pour le droit administratif comparé*, “Revue internationale de droit comparé”, París, 1966, p. 123 ss., esp. p. 129; y *La desaparición de Enrique Sayagués Laso (1911-1965), duelo de la ciencia jurídica de habla española*, “Revista de Administración Pública”, Madrid, 1965, p. 393 ss., esp. p. 402, reproducido por la “Revista

una contradicción en sí misma. Nunca se comprenderá el alto nivel científico alcanzado por los investigadores europeos, si se ignora, que la abogacía les está prohibida,⁷⁵ que son desligados de facto de sus funciones docentes cuando son llamados a un alto cargo administrativo,⁷⁶ que no se concibe a un profesor de derecho patrocinando un cliente ante los estrados judiciales.⁷⁷ Suele desconfiarse del jurista a tiempo completo, insinuarse que es financieramente imposible para él e impagable para su universidad: el ejemplo DE SOLÁ CAÑIZARES muestra que ello no sólo es dignamente posible, sino quizá la única manera de lograr paso a paso, "trabajando como proletarios",⁷⁸ que los juristas de nuestros países brinden al término de su vida una obra científica e institucional tan colmada como la suya.

Estamos en la era de la investigación, y de la investigación colectiva. La multiplicación de verdaderas tesis, la sistematización planetaria de conceptos, no puede ser ya obra individual sino sólo de laboratorios jurídicos en equipo, en los cuales (aun separados a veces por distancias enormes que hoy sólo significan 5 días de correo aéreo) "colectivos" de "laboratoristas" analizan y sintetizan el derecho del siglo XXI. Sin la menor exageración, la experiencia de Estrasburgo confirma —si ya no se lo supiera— que en la era planetaria, "ya no podemos pensar y

ser libres sino conjuntamente, colectivamente".⁷⁹ No es aislándose sino asociándose adecuadamente con todos los demás, que el hombre puede esperar alcanzar la plenitud de su persona. Toda la dificultad estriba solamente, en regular el fenómeno en tal forma que la totalización humana se efectúe, no por compresión externa mecanizante, sino —como lo testimonia la dinámica humana del gran catalán —por efecto interno de simpatía y armonización.⁸⁰

La bomba atómica mata la guerra, no sólo a causa de las fuerzas de destrucción que desencadena sino sobre todo —aunque se hable menos de ello— porque en comparación con las posibilidades de conquista que la ciencia nos descubre, batallas y heroísmo guerreros no deberían ser pronto sino cosas fastidiosas y perecederas. Un nuevo objetivo se presenta a la Humanidad, que sólo podremos alcanzar apuntalándonos todos a la vez en un esfuerzo común tal que nuestras actividades no podrán sino aproximarse y converger en esta atmósfera de simpatía;⁸¹ de simpatía, puesto que es inevitablemente comenzar a amarse, el mirar todos juntos, apasionadamente, a una misma cosa.⁸² Espíritu de servicio, de intercambio, de don; el hombre —y el jurista sin quedarse atrás— luchando como Jacob por conquistar y alcanzar un hogar supremo de conciencia que lo atrae, la evolución de la tierra —y con ella, la evolución del derecho impulsada por la dinámica planetaria del comparatismo— cerrándose en un acto de unión.⁸³ La misión pacifista del derecho comparado, explícitamente proclamada desde la Facultad Internacional por el Decano DE SOLÁ CAÑIZARES⁸⁴ se materializa en el esfuerzo colectivo de investigación, única verdadera contribución concreta a la paz, fuera de la cual renacen las incertidumbres: es un gran esfuerzo organizado, fuera del

⁷⁹ JEANNIERE, *Cosmogenèse et christogenèse* (approches christologiques), en "Teilhard de Chardin et la pensée catholique" (Colloque de Venise), ed. du Seuil, Paris, 1965, p. 223 ss., esp. p. 226.

⁸⁰ TEILHARD DE CHARDIN, *L'avenir de l'homme*, t. 5 de las "Oeuvres", p. 248.

⁸¹ En el sentido de TUNC y TEILHARD DE CHARDIN, precitados (*supra*), notas (13) y (18) Estrasburgo, abril de 1967.

⁸² TEILHARD DE CHARDIN, *L'avenir de l'homme*, cit., p. 186.

⁸³ *Ibidem*, p. 187.

⁸⁴ Desde su llegada a Estrasburgo (1962) hasta su muerte. Cf. FLAMME, *supra*, nota (5).

de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", Montevideo, 1966, p. 603 ss., esp. p. 615, y por la "Revista de la Facultad de Derecho de México", México, 1966, p. 955 ss., en ésta bajo el subtítulo *Repercusión planetaria de una gran pérdida científica latinoamericana*.

⁷⁵ De hecho (y prácticamente, por derecho consuetudionario), en la Facultad de Derecho de la Sorbona, precisamente a diferencia de las de provincia.

⁷⁶ En la práctica de las facultades alemanas, en las que tampoco se concibe a un *Ordinarius* que sea simultáneamente *Rechtsanwalt*.

⁷⁷ No es tampoco concebible un *lecturer* o *professor* pretendiendo competir en el campo reservado del *sollicitor* o del *barrister*. Igualmente, un profesor angloamericano vive a tiempo completo en la comunidad del *Campus Universitario*.

⁷⁸ Expresión del extinto Decano EDUARDO J. COUTURE, de la Facultad oriental de Montevideo, tendente a justificar en 1955, ante la Comisión de Publicaciones de la "Revista del Centro Estudiantes de Derecho" (Montevideo), sus dificultades para obtener colaboraciones honorarias de profesores de la Facultad de París.

cual ya nada vale, y que es capaz de eliminar por la tensión creadora y responsable a que nos obliga, todas las esperanzas de tranquilidad burguesa, todos los sueños de felicidad "milenerista" a los cuales podríamos estar tentados de abandonarnos.⁸⁵

Lo obra institucional, la dinámica jurídica planetaria, engendradas por FELIPE DE SOLÁ CAÑIZARES, se identifican así con el más noble esfuerzo de su tiempo, el de arrancar la investigación —ayer todavía ocupación de lujo y privilegio de clase— de su estadio secundario, convirtiéndola en función primaria, no sólo *de la Humanidad* sino, *de Humanidad*.

* * *

Que el distingo insuficiente entre respeto e indiferencia ante el interlocutor podría permitir un humanismo desencarnado; que la comparación del derecho podría aparecer como ciencia autónoma cuando sólo es un método de enriquecimiento de una ciencia; que su acentuación unilateral podría llevarse a una visión demasiado esquemática y superficial de los derechos nacionales; que la estructura administrativa y el plan de estudios de la Facultad Internacional concedan a veces una injustificada preferencia a los privatistas y al Derecho Privado olvidando que éste está científicamente subordinado al Derecho Público (sea éste supranacional o constitucional); que la participación docente y estudiantil, así como el correlativo peso científico, de los países socialistas y de la *common law* sean aún proporcionalmente pequeños; que la multiplicación de los semestres de verano no haya permitido aún la directa asociación de los países de Africa, Medio y Lejano Oriente, siendo todavía muy limitada la participación de los de América Latina; que la Facultad no insista quizá adecuadamente a nivel nacional para lograr que los cursos *nacionales* de todas las disciplinas jurídicas se apoyen más radicalmente, fenomenológica y ontológicamente, en los datos aportados por la comparación del derecho; que la naturaleza discreta (por no decir secreta) de los exámenes posibilite en algunos casos decisiones contrarias a la equidad, así como una manifiesta discordancia —de un profesor

⁸⁵ TEILHARD DE CHARDIN, *L'avenir de l'homme*, cit., p. 195.

a otro —en cuanto al procedimiento mismo del examen;⁸⁶ que la brevedad de los semestres⁸⁷ provoque una concentración de cursos y sobre todo de exámenes, que significan dura prueba para los profesores y una enloquecedora maratón —con obstáculos y contra reloj— para los candidatos; que para evitar el nacimiento de una *plutocracia doctoral* internacional, la Facultad Internacional debiera reservar parte de sus fondos para becar a quienes preparan la tesis de doctorado; que, por su nombre mismo, la Facultad debiera tener cursos de pedagogía comparativa para docentes nacionales; tales son algunas reservas de detalle que podrían formularse. Pero al hacerlo no debemos olvidar que la docencia internacional del derecho comparado es de esas verdades nuevas que se sienten antes de poder expresarse y que cuando se expresan por vez primera, revisten invariablemente una forma defectuosa, semejantes en su nacimiento a la aparición de una luz en la noche, atrayéndonos sin que sepamos exactamente al principio en qué dirección precisa se halla la fuente luminosa; es necesario todavía que andemos a tientas por un tiempo, golpeándonos contra muchas cosas oscuras, dejándonos engañar por muchos reflejos, antes de alcanzar la claridad cuyos destellos nos guían.⁸⁸

Más allá de sus trabajos de derecho mercantil comparado, FELIPE DE SOLÁ CAÑIZARES puede reivindicar ante la posteridad el mérito de haber revolucionado *institucionalmente* las concepciones del derecho comparado vigentes antes de 1958. Como otrora

⁸⁶ Individuales o colectivos, juzgados por la respuesta o sólo por la pregunta inteligentemente planteada por el candidato respecto del curso terminado, etc.

⁸⁷ Limitados por razones financieras a 5 semanas, en las cuales los candidatos de II y III Ciclo, por ejemplo, deben rendir 9, 18 y hasta 24 pruebas parciales.

⁸⁸ TEILHARD DE CHARDIN, *La vision du passé* t. 3 de las "Oeuvres", p. 17.

en Alemania⁸⁹ y Francia,⁹⁰ el derecho comparada lucha aún hoy en los países ibéricos y latino-americanos por alcanzar su derecho de ciudadanía. Se lo ridiculiza y se lo trata de ciencia de aficionados o de turistas, de empresa utópica. Desde lo alto de las cimas de los derechos positivos nacionales —considerados, hoy como antaño lo fuera el Derecho Romano, la *ratio scripta*, única susceptible de franquear el acceso al paraíso— se lanza una mirada plena de piedad o de desprecio sobre nuestra disciplina. Reductos empecinados de un feudalismo jurídico agonizante, aferrados a las sombras del pasado y temerosos de las luces del futuro, alcanzan paulatinamente su merecida recompensa, el aislamiento en sus empinados campanarios. A quien supo erguirse y decirles “No”, y a su compañera —la madre⁹¹ de la Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado—, van estas líneas de respetuoso homenaje. Porque a ellos se debe que en este momento surjan hombres de todo el mundo que comienzan a razonar, actuar y aun rezar, en las dimensiones indefinidas y orgánicas del Espacio-Tiempo. Y se ha dicho con justicia que

“semejantes hombres pueden aun pasar, vistos desde afuera, como aislados. Pero entre ellos, se presienten, se reconocen instantáneamente, si sus vidas se cruzan. Y saben que mañana, abandonando sus viejas representaciones, sus viejos compartimentos, sus viejas formas, el Mundo entero será “quien verá y pensará como ellos”.⁹²

⁸⁹ WEHBERG, *Internationale Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre* (analizando los esfuerzos creadores de FÉLIX MEYER), “Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert”, *cit.*, t. 1, p. 664 ss.

⁹⁰ GARRAUD, *L'oeuvre d'Edouard Lambert-son Institut de D. Comparé*, *ibidem*, p. 3 ss.

⁹¹ Cf. el discurso del profesor soviético KRUTOLOV (Moscú) con motivo de la *Promoción Petros Vallindas* (Estrasburgo, 1964).

⁹² TEILHARD DE CHARDIN, *L'avenir de l'homme*, *cit.*, p. 126.

RECENSIONES BIBLIOGRAFICAS

LOVERA, Marco. *El Contrato de Anticresis*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1971.

I

Con especial nota de agradecimiento al Dr. José Luis Aguilar Gorrondona, jurista y maestro inicia el Dr. Marco Lovera su obra acerca del contrato de anticresis.

La obra consta de 122 páginas y su edición ha sido auspiciada por el Banco Hipotecario Venezolano y aparece como una publicación de estudios jurídicos de la Universidad Católica Andrés Bello. Está desarrollada en seis (6) capítulos, comenzando con la evolución histórica y terminando con la extinción de la anticresis, además contiene una opinión final en la cual el autor termina el trabajo con un juicio general acerca de la idoneidad de la anticresis como garantía.

II

El primer capítulo trata de la evolución histórica de la anticresis. Hace un estudio profundo de la institución a través de los tiempos. Este capítulo está dividido en ocho (8) apartes referidos a distintos derechos según clasificación del autor; los apartes son los siguientes: 1º) Derecho antiguo. Dentro del derecho antiguo engloba lo siguiente: a) El derecho asirio-caldeo. Comienza diciendo que la anticresis es una de las figuras más antiguas del derecho. Sin embargo su origen histórico no ha podido ser determinado con exactitud, algunos autores lo ubican en el derecho asirio-caldeo y otros autores encuentran su origen en el derecho egipcio. b) Derecho griego. Expresa el autor que en el derecho griego el acreedor gozaba de un bien fructífero de su deudor, mientras éste utilizaba el dinero del acreedor y, por ello, teniendo en cuenta el efecto inmediato que esta figura significaba para el acreedor, se denominó esta relación con una combinación de palabras: anticresis que significaba "contra uso" o "contra goce". No se conocen mayores datos acerca del régimen legal que la regulaba. c) Derecho romano. Expresa el autor que en Roma existían opiniones que pueden reunirse en dos grupos: por una parte, quienes consideran que la anticresis sólo existió como pacto accesorio a la garantía prendaria, posteriormente, a la hipotecaria; y, por otra parte los que opinan que la anticresis era un contrato autónomo. Concluye MARCO LOVERA diciendo que la idea de anticresis como una institución con carácter autónomo es compartida por muy pocos romanistas. La tesis predominante, com-

partida por la mayoría de los romanistas y aceptada por la doctrina en general es la de que la anticresis, fue un pacto que se encontraba como accesorio al contrato de prenda, y posteriormente, al de hipoteca, y cuya finalidad es la de que el acreedor percibiera los frutos en lugar de los intereses. Expresa que el nacimiento de la anticresis ocurre definitivamente en el derecho romano, en Roma se elabora la concepción definitiva de la figura.

2º—Derecho medioeval. a) Generalidades. En el derecho medioeval también hay opiniones distintas respecto del régimen de la anticresis. a tesis predominante es la que sostiene LAUTERBACH, en el sentido de que la anticresis constituía una modalidad expresa o presunta de la prenda, y que tenía como objeto conceder el goce de la cosa dada en prenda en lugar de los intereses, o sea el acreedor percibía ilimitadamente los frutos en lugar de intereses sin amortización de capital. b) Derecho canónico. El derecho canónico prohibió el pacto de anticresis por dos razones: Primera, porque se suponía que el préstamo era gratuito y, segunda, porque en la mayoría de los casos la anticresis, al igual que el derecho romano implicaba un pacto usurario. El derecho civil consagró igualmente la prohibición. c) Derecho prusiano y español. Expresa el autor que en el derecho territorial prusiano, la ley reconocía al acreedor pignoraticio de una cosa fructífera, el derecho de hacer suyos los frutos para disfrutarlos en primer lugar, a los intereses y luego la capital. En España, la anticresis estaba prohibida por las partidas, las cuales disponían, en materia de prenda que los frutos de la cosa debían pertenecer al deudor.

3º—Derecho francés. a) Derecho antiguo. La anticresis se conocía en el derecho antiguo francés como un pacto que permitía al acreedor percibir los frutos de un inmueble en lugar de los intereses, o sea, se aplicaba como en el derecho romano. La influencia del derecho canónico dio lugar a que el derecho civil francés también prohibiera la anticresis por considerarla como un pacto usurario. La prohibición del pacto con intereses desapareció en 1789, cuando se dictó un decreto permitiendo el préstamo con intereses y dejando las partes en libertad para fijarlo, lo cual hacía posible la existencia de la anticresis en la forma como se practicaba antes de la prohibición. b) Código de Napoleón. El autor expresa que en las provincias francesas regidas por el derecho escrito se conocía la anticresis, aun cuando no era practicada con mucha frecuencia. Una vez incluida en el proyecto la anticresis logró su supervivencia en el mundo jurídico moderno. Los proyectistas tipificaron al contrato de anticresis como un sub-tipo contractual. Se comienza estableciendo que la anticresis debe probarse por escrito y se definió como un contrato mediante el cual el acreedor sólo adquiere la facultad de percibir los frutos del inmueble, con obligación de imputarlos anualmente, sobre los intereses, si los hay, y después sobre el capital de su crédito. Después de promulgado el Código de Napoleón se dictaron normas que influyeron en la anticresis. En el año de 1807 se fijó el máximo de interés convencional para todos los contratos y en 1855 la ley sobre registro en materia hipotecaria, establecía la

obligación de registrar los contratos en los cuales se constituyeran anticresis. Esto fue ratificado en la ley de 1955. Después de la regulación del Código de Napoleón, la mayoría de los códigos posteriores a éste la han adoptado con pocos cambios, a pesar de que la regulación del Código de Napoleón ha sido considerada deficiente pues adolece de varias imperfecciones. A pesar de su escasa utilización, la anticresis ha sido consagrada en casi todos los códigos que se inspiraron en el código francés.

4º—Derecho italiano. a) Códigos civiles anteriores al de 1865. Expresa que con anterioridad al código de 1865 los códigos de la provincia italiana reprodujeron casi textualmente las disposiciones del Código Napoleón sobre anticresis. b) Código civil italiano de 1865. El código de 1865 estableció ciertas diferencias importantes en comparación con el régimen francés. El código italiano dio a la anticresis el tratamiento de un contrato autónomo y no como una sub-especie contractual. La innovación que realmente hace el código de 1865 en esta materia, se refiere a que determina claramente la naturaleza personal del derecho del acreedor anticresista, despejando de esta forma las dudas y discusiones que se habían suscitado sobre este punto en la doctrina y en la jurisprudencia francesa. El código italiano de 1865, como se verá posteriormente, ha tenido una gran influencia en las diversas regulaciones de la anticresis contenidas en los códigos civiles venezolanos. c) Código civil italiano de 1942. Expresa el Dr. LOVERA en los trabajos preparatorios del código de 1942 reflejan las tendencias contrarias que surgieron en relación con la subsistencia de esta figura. Tales opiniones acogieron los principales argumentos esgrimidos por los juristas franceses en contra de la anticresis, en el sentido de que se trataba de una garantía rudimentaria que impedía al deudor el goce del inmueble, que consagraba el inmueble únicamente al crédito garantizado y que no había posibilidad de purga por parte del tercero adquirente. Igualmente, se criticó que constreñía al acreedor para que asumiera la administración del inmueble. A pesar de estas críticas, los redactores del proyecto decidieron mantener la institución. Expresa el autor que el código de 1942 estable varias innovaciones en relación a la institución.

5º—Derecho español. Dice que es en España donde la anticresis fue prohibida por las partidas y luego en 1856 resurgió cuando se abolió la tasa legal. El código civil español sigue los lineamientos consagrados en los códigos francés e italiano de 1865. Considera la anticresis como un contrato principal y autónomo. Predomina en la doctrina el criterio de que la naturaleza jurídica del derecho del acreedor anticresista es un derecho real.

6º—Derecho alemán. El B. G. B. no incluyó en su articulado a la anticresis. Existe una figura semejante que es la de prenda de bienes muebles pero no es aplicable a los bienes inmuebles. Se establece una combinación de hipoteca y usufructo que permite al acreedor percibir los frutos de un inmueble.

7º—Otros derechos. Se expresa que en la legislación suiza y austriaca no aparece regulada la anticresis, y que en Bélgica ha caído en completo desuso.

8º—Derecho venezolano. a) Proyecto de Viso. Expresa que la regulación de la anticresis se encuentra por primera vez en Venezuela en el proyecto de Código Civil elaborado por Julián Viso en 1853, y que fue oficialmente presentado en enero de 1854. La parte correspondiente a la anticresis fue tomada del código francés y el redactor agregó algunas disposiciones. Dividió este tipo contractual a su vez, en dos subtipos: la prenda para bienes muebles y la dación en prenda de los frutos de bienes inmuebles. La mayoría de los artículos son copia textual del código francés. b) Código de 1862. Expresa el autor que la anticresis aparece consagrada en el primer código venezolano que fue promulgado el 28 de octubre de 1862 y que entró en vigencia el 1º de enero de 1863. Las disposiciones que regularon la anticresis en este código, se copiaron textualmente del código chileno de Bello de 1855. De acuerdo con la exposición de motivos de Andrés Bello la regulación de la anticresis se fundamentó en el código francés. Pero no siguió la estructura de este último. Seguidamente el Dr. Lovera señala ciertas diferencias existentes entre ambos. c) Código de 1867. Expresa el autor que hay que considerar a este código como un caso excepcional, ya que es el único código venezolano que no ha regulado la anticresis. d) Código de 1873. Para la elaboración de este código se tomó como modelo el código italiano de 1865. El régimen de la anticresis de acuerdo con este código, es idéntico al código italiano y sólo tiene dos adiciones y hace notar cuáles son esas adiciones. e) Código de 1880, 1896 y de 1904. En todos estos códigos se adoptó la misma regulación contenida en el código de 1873 y la única variación es la de que se incluyó en la definición del contrato, que los intereses y el capital se deberían imputar anualmente. f) Códigos de 1916 y 1922. El Código de 1916 estableció ciertas modificaciones en relación a los códigos anteriores, pero el código de 1922 no modificó en forma alguna la regulación de este contrato. g) Código de 1942. Dice el Dr. Lovera que este código introdujo varias reformas en diversas materias, inspiradas, algunas de ellas en el proyecto franco-italiano de las obligaciones. Así mismo señala cuáles fueron las modificaciones que se añadieron en materia de anticresis.

III

El Capítulo II del libro se refiere a las generalidades sobre el contrato de anticresis. Dentro de las generalidades el Dr. Lovera trata lo siguiente: 1º) Etimología. Con respecto a la etimología expresa, que como bien puede observarse la diferencia entre los autores se refieren a la traducción literal del término "anticresis", pero en el fondo coinciden en el significado del mismo. Sin embargo, la traducción literal más concreta puede ser la de "contra-uso" o "contra-disfrute", pues el prefijo "anti" significa contra y "chresis": uso. 2º) Concepto. Comienza

con la definición del código civil a este contrato, y dice: el Artículo 1.855 del código civil establece "la anticresis es un contrato por el cual el acreedor adquiere el derecho de hacer suyos los frutos del inmueble que se le entregue, con la obligación de imputarlos a los intereses, si se le deben, y luego al capital de su acreencia". Expresa que debe observarse que la definición legal no es completa, en el sentido de que no se refiere a que la anticresis puede ser constituida por un tercero y a que la anticresis puede tener, como única finalidad la de que el acreedor perciba los frutos solamente a título de intereses.

Luego el Dr. Lovera expresa una definición propia del contrato de anticresis de la siguiente manera: "un contrato en virtud del cual el deudor o un tercero entrega un bien inmueble al acreedor con la obligación para este último de imputar el valor de los frutos que obtenga ese inmueble a los intereses, si es que se le deben, en primer lugar, y luego al capital de la acreencia o bien con la obligación de obtener los frutos únicamente en lugar de los intereses de la acreencia".

Seguidamente, el autor hace un análisis exhaustivo y profundo del concepto. Es quizás en esta parte, donde el autor expresa con más brillantez el dominio sobre la institución en análisis.

3º—Ubicación del contrato de anticresis dentro de la clasificación general de los contratos. Expresa que de acuerdo con nuestro código civil vigente, el contrato de anticresis se puede clasificar en la forma siguiente: es un contrato bilateral, real, que podría considerarse como un contrato de garantía, siempre y cuando se diera al término de garantía una interpretación amplia. Y, expresa, siguiendo al Dr. José Luis AGUILAR que lo que no puede admitirse es que la anticresis se considere como un contrato de garantía real. El contrato de anticresis es un contrato accesorio, conmutativo, excepto cuando los frutos se perciben en alzada en lugar de los intereses, caso en el cual es aleatorio. El contrato de anticresis no produce efectos reales sobre el bien inmueble que recibe el acreedor. Y, por último, el contrato es de tracto sucesivo.

4º—Diferenciación entre el contrato de anticresis y otras instituciones jurídicas. Expresa que con el objeto de precisar mejor el contenido del contrato de anticresis es conveniente hacer una breve comparación entre éste y los principales contratos con los cuales tiene cierta afinidad. Explica que no ha querido entrar a examinar los múltiples casos de situaciones de tipificación dudosa. Diferencia el contrato de anticresis de los siguientes contratos: a) prenda, b) hipoteca, c) privilegio, d) enfiteusis, e) usufructo, f) derechos de uso y habitación, g) arrendamiento, h) comodato, i) dación en pago de frutos j) cesión de arrendamiento y k) usufructo con fines de garantía.

5º—Clasificación de la anticresis. Expresa el autor que la anticresis ha sido regulada por el código civil de una manera tan uniforme que no se puede hablar propiamente de la existencia de varias clases de anticresis. Por ello cualquier clasificación que se pretenda hacer

se referirá más bien a la forma como puede convenirse la anticresis. Señala dos criterios los cuales ayudan a examinar la anticresis desde diversos aspectos: 1º De acuerdo con los conceptos a los cuales debe hacerse la imputación del valor de los frutos obtenidos por el creador y 2º de acuerdo con la forma como deba hacerse la imputación del valor de los frutos obtenidos por el acreedor.

IV

En el Capítulo III el autor se refiere a los elementos esenciales a la existencia y validez del contrato de anticresis.

Comienza el autor con unas generalidades acerca del consentimiento en el contrato de anticresis. Dice que es un contrato real que requiere además del consentimiento del constituyente de la anticresis, que éste haga entrega del bien inmueble al acreedor mediante una tradición real y efectiva.

Luego expresa cuál es el modo de hacer la tradición, dice que no se puede aplicar por analogía a lo dispuesto en materia de venta. En la anticresis no hay la obligatoriedad de otorgar documento alguno y, por el contrario, el perfeccionamiento del contrato depende de la entrega misma del bien. Luego, la tradición debe consistir en este caso al permitir al acreedor ejercer el control directo de la cosa.

Luego habla de la capacidad y legitimación para constituir anticresis. Expresa que la constitución de un contrato de anticresis es más bien un acto de disposición. Y en relación a la legitimación concluye que el propietario, el enfiteuta y el usufructuario tienen legitimación activa para constituir anticresis. Expresa que el acreedor anticresista, teniendo un derecho personal de goce limitado a la sola perfección de los frutos y siendo la anticresis un contrato accesorio no puede, a su vez, constituir una "sub-anticresis".

En relación al objeto de la anticresis expresa que no puede constituirse sobre bienes inmuebles corporales.

Luego, las obligaciones respecto a las cuales el contrato de anticresis puede ser accesorio. Señala que el contrato de anticresis, como contrato accesorio, presupone la asistencia de una obligación principal. El primer requisito para que pueda considerarse existente el contrato de anticresis, es que la obligación principal es vista y sea válida. Luego explica detalladamente cada uno de estos requisitos.

V

El Capítulo IV de la obra se refiere a los efectos del contrato entre las partes. Aquí el autor estudia los efectos del contrato entre las partes desde tres puntos de vista: 1º Derechos del acreedor.

2º) Obligaciones del acreedor anticresista y 3º) Obligaciones del constituyente de la anticresis.

I.—*Derechos del acreedor.*

Con referencia al primer aparte, derechos del acreedor, se han establecido los siguientes derechos: A) Derecho del acreedor de hacer suyos los frutos del inmueble dado en anticresis. B) Derecho de retención. C) Privilegio.

A) Derecho del acreedor de hacer suyos los frutos del inmueble dado en anticresis. Dice que este es el derecho más importante que se deriva de ese contrato para el acreedor, el cual, conjuntamente con la obligación de imputar el valor de esos frutos al capital o a los intereses o a ambos, constituyen la finalidad económica del contrato. Este derecho es el que ha dado lugar a una de las controversias más antiguas y famosas en el derecho moderno, en lo que se refiere a la naturaleza jurídica del mismo. En relación a este derecho el autor se refiere a los siguientes puntos: a) Naturaleza jurídica en otros derechos. En esto hace referencia al derecho francés, italiano y español. b) Naturaleza jurídica en el derecho venezolano. Hace referencia con respecto al derecho venezolano al proyecto de Julián Viso, al código civil de 1862, a los códigos civiles de 1867, 1873, 1880, 1896 y 1904. Luego los códigos civiles de 1916 y de 1922. Luego analiza extensamente la naturaleza jurídica en el código civil de 1942, para concluir que en base a todas las consideraciones anteriores ellas constituyen un fundamento firme para apoyar la opinión de que el derecho de anticresis es de carácter personal y argumenta densa y profundamente este parecer. d) Objeto. Con respecto al objeto hace referencia al uso del inmueble, a los frutos naturales, a los frutos civiles, a la servidumbre y a otros derechos.

B) Derecho de retención. Cuando se refiere al derecho de retención estudia los siguientes puntos: a) La naturaleza del derecho de retención, para concluir, siguiendo al Dr. JOSÉ LUIS AGUILAR, que en materia de anticresis no se está frente a un derecho de retención sino que se trata simplemente de un derecho que tiene el acreedor anticresista derivado del contrato, semejante al derecho de retención del acreedor prendario, y que es más bien una manera de hacer efectivo el ejercicio de las facultades de goce que se derivan del contrato de anticresis. b) Objeto. Relativo al objeto del derecho de retención, expresa el autor que se concreta en el hecho de que el acreedor anticresista no está obligado a restituir la cosa o más bien tiene el derecho de negar o de diferir la entrega de la cosa al deudor, hasta tanto no se le haya cancelado los intereses o el capital o ambos, y los gastos en que haya incurrido en la ejecución del contrato. c) Oponibilidad. Expresa que el derecho de retención para el acreedor anticresista es oponible no solamente al constituyente de la anticresis sino también a cualquier tercero en el caso de que haya cumplido con el requisito de registrar el título correspondiente por ante la Oficina Subalterna de Registro con jurisdicción en el lugar donde se encuentra ubicado el inmueble.

d) Duración. En relación a la duración hace una distinción en cuanto se haya celebrado el contrato de anticresis sin tiempo determinado y se haya celebrado por tiempo determinado. e) Restitución por abuso. Expresa que no existe en las normas que regulan la anticresis disposición alguna que permita al constituyente terminar con la retención del acreedor solicitando la restitución de la cosa dada en anticresis, aun cuando no se haya cancelado la deuda ni se haya vencido el término del contrato, en el supuesto de que el acreedor abuse del inmueble. Expresa que sería crear una situación muy desventajosa e injusta, para el deudor, si no pudiera exigir la restitución, en la hipótesis de que el acreedor abuse de la cosa dada en anticresis.

C) Privilegio. El autor expresa que el Artículo 1.856 del Código Civil dispone que el acreedor anticresista tiene derecho al reembolso de los gastos que haya incurrido en el pago de contribuciones y pensiones a que esté sujeto el inmueble y reparaciones necesarias del mismo, con "privilegio" sobre los frutos. Luego expresa que la aplicación de esta norma presenta diversos inconvenientes y obliga a hacer unas distinciones.

II.—Obligaciones del acreedor anticresista.

En este aparte el autor se refiere a las siguientes obligaciones:

- A) Obligación de administrar. B) Obligación de rendir cuentas.
- C) Obligación de cuidar el inmueble y de notificar novedades valiosas.
- D) Devolución de la cosa.

A) Obligación de administrar. Expresa que el Código Civil cuando establece que el acreedor anticresista debe imputar el valor de los frutos a los intereses o al capital o a ambos, según sea el caso, y que debe también pagar las contribuciones y pensiones a que está sujeto el inmueble, así como hacer las reparaciones necesarias del mismo, todo esto significa que está estableciendo para el acreedor una obligación de administrar cuyo contenido está constituido por los aspectos señalados. Dentro de esta obligación de administrar el Dr. Lovera se refiere a lo siguiente: a) A la obligación de imputar a los intereses, si se le deben y al capital de su acreencia, con el valor de los frutos que obtenga del inmueble y b) a la sanción que trae el incumplimiento de la obligación de administrar por parte del acreedor anticresista.

B) Obligación de rendir cuentas. Señala que la obligación de rendir cuentas existe, en general, cuando una persona administra un bien ajeno. Dentro de esta obligación se refiere a los siguientes problemas: a) forma de rendir cuentas; b) momento; c) aprobación de cuentas; d) sanción.

C) Obligación de cuidar el inmueble y de notificar novedades dañosas.

D) Devolución de la cosa.

Dentro de esta obligación se refiere a lo siguiente: a) Objeto. b) Frutos. c) Mejoras. d) Guarda. e) Sanción.

III.—Obligaciones del constituyente de la anticresis.

Dentro de estas obligaciones se distinguen las siguientes: A) Obligación de saneamiento por vicio o defecto de la cosa y obligación de mantener al acreedor anticresista en el goce pacífico de la cosa. B) Obligación de reembolsar los gastos. C) Obligación legal de solicitar consentimiento del acreedor para constituir servidumbres.

A) En relación a la obligación de saneamiento por vicio o defecto de la cosa y obligación de mantener al acreedor anticresista en el goce pacífico de la cosa el autor comienza con unas generalidades luego expresa concretamente cual es la garantía por vicio o defecto de la cosa y finalmente se refiere a la obligación de mantener al acreedor en el goce pacífico de la cosa dada en anticresis.

B) Obligación de reembolsar los gastos.

En relación a esta obligación el autor expresa lo siguiente: En el caso de que la administración del acreedor no hubiere podido lograr resultados favorables, por razones no imputables al acreedor, el constituyente estaría obligado a pagar las cantidades que el acreedor hubiera adelantado por concepto de gastos de explotación, de contribuciones, pensiones o de gastos de reparaciones hechos en el inmueble y de los intereses legales, o convencionales, si estos últimos se hubieren pactado.

C) Obligación legal de solicitar el consentimiento del acreedor para constituir servidumbre.

VI

En el Capítulo V de la obra se refiere a los efectos del contrato de anticresis frente a terceros.

Habla de las relaciones entre el acreedor anticresista y los demás acreedores del mismo deudor. Al referirse a estas relaciones, comienza con: a) Generalidades. b) Relaciones con acreedores quirografarios. c) Relaciones con la masa de acreedores en caso de quiebra. d) Relaciones con los acreedores hipotecarios y privilegiados. e) Relaciones con terceros no acreedores.

VII

En el Capítulo VI de la obra el autor se refiere a la transmisión y extinción de la anticresis.

En relación con la transmisión de la anticresis el autor hace las siguientes observaciones. En primer lugar expresa que no existen

normas que regulen la transmisión por acto entre vivos luego expresa que la transmisión por acto mortis causa se rige por el derecho común y concluye que como la anticresis es un contrato accesorio, por vía de consecuencia cada vez que se trasmita el crédito se trasmitirá también el contrato de anticresis.

Con referencia a la extinción de la anticresis, hace una distinción estableciendo que puede ocurrir por dos vías, por vía de consecuencia y por vía principal. La extinción por vía de consecuencia no trae ningún problema. Con relación a la extinción por vía principal son varios los casos, expresa el autor que se pueden plantear distinguiendo los siguientes: a) La extinción del contrato puede ocurrir por las causas de extinción de los contratos que puedan aplicarse a la anticresis, como el vencimiento del término contractual o legal; cumplimiento de una condición resolutoria; y prescripción del derecho anticrético en el caso de no haberse ejercido. b) La renuncia al contrato de anticresis por parte del acreedor. c) En el caso de declaratoria de quiebra del constituyente de la anticresis, los intereses dejan de correr respecto de la masa, conforme al Artículo 944 del Código de Comercio. e) El contrato de anticresis puede terminar cuando ha habido abuso por parte del acreedor en el ejercicio de su derecho. A esto llega por vía de interpretación analógica, pues no existen normas expresas en este sentido. f) También se extinguirá el contrato de anticresis cuando los derechos del constituyente de la misma sean también anulados o se extingan por cualquier razón.

VIII

El autor termina la obra dando lo que él llama una opinión final en donde expresa un juicio general acerca de la idoneidad de la anticresis como garantía. Así mismo explica "De lege ferenda" como debía ser mejorada la regulación de la anticresis con el objeto de dar al acreedor anticresista una mejor protección.

IX

Debo concluir esta nota expresando que la obra comentada rebasa con creces los límites para los cuales fue elaborada. En efecto, la obra fue presentada por el abogado Marco Lovera Herrera como tesis para optar al título de doctor en derecho. El veredicto del jurado fue altamente satisfactorio recomendando a las autoridades competentes la publicación de ella. Esta tesis constituye ejemplo y estímulo para las nuevas generaciones de abogados que deseen optar por el título de doctor en derecho.

LEON HENRIQUE COTTIN

CRONICA DE LA FACULTAD

AÑO 1972: ENERO - JUNIO

SINTESIS INFORMATIVA

PROMOCION DR. ARISTIDES RENGEL ROMBERG

Los integrantes de la promoción de abogados 1972 de la Escuela de Derecho de Caracas eligieron al Dr. Aristides Rengel Romberg epónimo de su promoción.

NUEVO DIRECTOR

Debido a que el Abogado Alfredo Herrera Guevara se separa del cargo de Director de la Escuela de Derecho de Caracas después de haber realizado meritoria labor; el R.P. Rector de la Universidad ha designado para reemplazarle a la Abogado María Eugenia Jahn Carrasquero, joven egresada de la Promoción 1970-71 y primera mujer que desempeña dicho cargo.

DESIGNACION PREPARADORES

De acuerdo con el Reglamento de Ayudantes de Cátedra se efectuaron las siguientes designaciones de preparadores:

<i>Br. Carmen Sánchez González</i>	Derecho Procesal Civil I
<i>Br. José Urdaneta Pérez</i>	Economía I
<i>Br. Flavio Príncipe Penella</i>	Derecho Procesal Civil I

DOCTORADO EN DERECHO

El Consejo Universitario en su sesión del 18-3-72 y a propuesta del Consejo de la Facultad reformó el Reglamento de Doctorado en Derecho con vigencia a partir del próximo año lectivo, a los efectos de revitalizar los estudios en estas ramas, habiéndose establecido entre otras reformas la de poder realizar cursos intensivos en 3 meses. Fue designado Director para los Cursos de Post-grado el Abogado Jesús Ramón Quintero.

PROMOCION DR. JOSE ADOLFO JAIMES

Los integrantes de la Promoción de Abogados 1972 de la Escuela de Derecho de San Cristóbal eligieron al Dr. José Adolfo Jaimes epónimo de su promoción.

NUEVOS MIEMBROS DEL CONSEJO DE FACULTAD

De acuerdo con el Reglamento para la Constitución de Consejos, los Profesores eligieron sus representantes para los próximos años lectivos, resultando elegidos miembros principales los Doctores José Luis Aguilar y Carmelo Lauría, siendo sus suplentes los Doctores Leopoldo Márquez Añez y Marco Lovera H. Fueron nombrados por el Rector los Doctores José Ramón Duque Sánchez, Angel Cristóbal Montes y el R.P. Fernando Pérez Llantada S.J.

NUEVA SECCION DE 4º AÑO

Para el venidero año lectivo el Consejo de la Facultad aprobó la creación de una nueva sección en el 4º año debido al volumen de alumnos que probablemente será promovido a dicho curso.

COMISION PARA EL ESTUDIO DEL PENSUM DE LA FACULTAD

El Consejo de la Facultad acordó nombrar una Comisión para el estudio del pensum de la Facultad en concordancia con los estudios realizados al respecto por otras Universidades del país. La Comisión quedó integrada por las siguientes personas:

Jorge Sosa Chacín - Decano; Los Profesores, José Luis Aguilar, Alfredo Arismendi y los estudiantes Rafael Sanabria, Gustavo Gómez y Flavio Príncipe.

REQUISITOS DE ADMISION

A partir del próximo año lectivo será necesaria la presentación de un examen de admisión obligatorio para todos los aspirantes a ingresar en la Facultad y su aprobación será requisito indispensable para formalizar la inscripción.

UNIVERSIDAD CATOLICA "ANDRES BELLO"
Urbanización Montalbán - La Vega
Apartado de Correos 29068
CARACAS, 102 - VENEZUELA

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 Herrera

MANUAL DE DERECHO MINERO VENEZOLANO

Dr. José Román Duque Sánchez

CASACION CIVIL Y MERCANTIL Y DEL TRABAJO 1958-1967

Dr. José J. 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 III -

Dr. Eloy Maduro Luyando

EL CONTRATO DE ANTICRESIS

Dr. Marco Lovera

Todos estos libros se pueden conseguir en:

FONDO DE PUBLICACIONES JURIDICAS

U.C.A.B. - Edificio de Aulas - 1er. Módulo - 3º Piso

TELEFONOS: 49-67-21 al 25

49-69-51 al 55 Extensión 150

EDITORIAL
SIDE
CANCAS

Revista

Consejo de Redacción

El Decano

DR. JOSÉ MUCI ABRAHAM

DR. JOSÉ ALBERTO ZAMBRANO V.

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO

FACULTAD DE DERECHO

Apartado 29068 - Caracas 102 - Venezuela

SE SOLICITA CANJE