

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO



REVISTA
DE LA
FACULTAD DE DERECHO



AÑO LECTIVO 1979 - 1980

No. 27

CARACAS

VENEZUELA

UNIVERSIDAD CATOLICA
ANDRES BELLO

AUTORIDADES CENTRALES

Rector

ING. GUIDO ARNAL ARROYO

Vice-Rector Administrativo

R.P. LUIS AZAGRA, S.J.

Secretario

DR. FÉLIX HUGO MORALES

FACULTAD DE DERECHO

Decano

DR. ALFREDO MORLES HERNÁNDEZ

*Directora de la Escuela de Derecho
de Caracas*

ABOG. MARÍA HELENA FERNÁNDEZ VELOSA

*Director de la Escuela de Derecho
de San Cristóbal*

DR. JACQUES DE SAN CRISTÓBAL

*Profesores Miembros del
Consejo de la Facultad*

R. P. LUIS M. OLASO, S.J.

DR. REINALDO RODRÍGUEZ NAVARRO

R. P. FERNANDO PÉREZ-LLANTADA, S. J.

DR. HUGO MÁRMOL MARQUÍS

DR. ROMÁN DUQUE CORREDOR

*Representantes de los Estudiantes
ante el Consejo de Facultad*

BR. ANTONIO GONZÁLEZ MORA

BR. FRANCISCO UTRERA

Representante de los Egresados

ABOG. EMMA GARCÍA BELLO

Director de los Cursos de Post-Grado

DR. HUGO MÁRMOL MARQUÍS

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO

REVISTA
DE LA
FACULTAD DE DERECHO



AÑO LECTIVO 1979 - 1980

No. 27

CARACAS

VENEZUELA

SUMARIO

	PÁG.
DOCTRINA	
LAS SEIS CONVENCIONES SUSCRITAS EN PANAMÁ (1975) SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, por <i>Gonzalo Parra-Aranguren</i>	9
ESTADO E IDEOLOGÍA, por <i>Henrique Meier</i>	41
CRITERIOS Y PERSPECTIVAS DE LA CODIFICACIÓN PENAL, por <i>Manuel López-Rey y Arrojo, Ll. D.</i>	91
HABITUALIDAD Y REINCIDENCIA, por <i>Alfonso Serrano Gómez</i>	109
NOTAS SOBRE LA SUBORDINACIÓN DE CRÉDITO, por <i>James Otis Rodner</i>	165
LEGISLACION COMENTADA	
PROYECTO DE LEY DE LA CARRERA JUDICIAL Y EXPOSICIÓN DE MOTIVOS, por <i>Aristides Rengel Romberg</i>	221
RÉGIMEN DE LAS MULTAS Y OTRAS SANCIONES PREVISTAS EN LA LEY DE MINAS Y SU REGLAMENTO GENERAL, por <i>Germán Acedo Payarez</i>	261
EN TORNO AL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO DE CO- MERCIO VENEZOLANO, por <i>René De Sola</i>	293
CRONICA DE LA FACULTAD	305

DOCTRINA

“LAS SEIS CONVENCIONES SUSCRITAS EN PANAMA (1975) SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO”

Gonzalo Parra-Aranguren

SUMARIO: 1. La codificación del Derecho Internacional Privado a través de la Organización de los Estados Americanos. 2. Razones para reanudar los esfuerzos tendientes a la codificación. 3. El Primer Informe del Comité Jurídico Interamericano (1949). 4. El Segundo Informe del Comité Jurídico Interamericano (1951). 5. El “Estudio Comparativo” del doctor José Joaquín Caicedo Castilla. 6. Los precedentes de la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-I). 7. La instalación de la Conferencia y las Convenciones suscritas en Panamá (1975). 8. La “Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Letras de Cambio, Pagares y Facturas”. 9. La “Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Cheques”. 10. La “Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional”. 11. La “Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias”. 12. La “Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero”. 13. La “Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser Utilizados en el Extranjero”. 14. Cláusulas comunes a todas las Convenciones. 15. La Cláusula de Orden Público. 16. Las “cláusulas diplomáticas”. 17. Análisis crítico de la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-I). 18. Ratificación de las Convenciones suscritas en Panamá (1975).

1.—La “*Carta de la Organización de los Estados Americanos*” fue suscrita el *treinta de abril de 1948* en la Novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá después de algunos diferimientos; y en forma solemne los Países de este Hemisferio estructuraron “la organización internacional que han desarrollado para lograr un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia”¹.

1. El artículo primero de la Carta también dejó constancia expresa del carácter de organismo regional de la Organización de los Estados Americanos dentro de las Naciones Unidas.

Dentro de los órganos ejecutivos de la Organización de los Estados Americanos, correspondió al "Consejo Interamericano de Jurisconsultos" "servir de cuerpo consultivo en asuntos jurídicos; promover el desarrollo y la codificación del Derecho Internacional Público y del Derecho Internacinal Privado, y estudiar la posibilidad de uniformar las legislaciones de los diferentes Países Americanos, en cuanto esto parezca conveniente" (artículo 67)².

Sin embargo, el carácter periódico de sus reuniones condujo a atribuir al "Comité Jurídico Interamericano de Río de Janeiro"³ las funciones de Comisión Permanente del Consejo Interamericano de Jurisconsultos (artículo 68): integrado por nueve juristas escogidos por la Conferencia Interamericana, máxima autoridad de la Organización (artículo 69), tendría a su cargo "emprender los estudios y trabajos preparatorios que le encomienden el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, la Conferencia Interamericana, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores o el Consejo de la Organización"; además, se lo facultó para "realizar los que de su propia iniciativa considere convenientes" (artículo 70)⁴.

2. Para realizar los fines de la Organización fueron previstos los siguientes órganos: "a) La Conferencia Interamericana; b) La Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores; c) El Consejo; d) La Unión Panamericana; e) Las Conferencias Especializadas; y f) Los Organismos Especializados" (artículo 32). Por su parte, el artículo 57 declaró órganos del Consejo de la Organización de los Estados Americanos: "a) El Consejo Interamericano Económico y Social; b) El Consejo Interamericano de Jurisconsultos; y c) El Consejo Interamericano Cultural".
3. El "Comité Jurídico Interamericano" fue creado formalmente por la Resolución XXVI de la Tercera Reunión de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores de los Países Americanos celebrada en Río de Janeiro en enero de 1942; y tuvo su origen en el "Comité Interamericano de Neutralidad", instituido por la Primera Reunión de Consulta de los Cancilleres Americanos que tuvo lugar en Panamá en 1939.
4. De esta manera la Carta de la Organización de los Estados Americanos pretendió reunir en un sólo cuerpo los diversos órganos creados con anterioridad, los cuales quedaron suprimidos, a saber: "La Comisión Permanente de Río de Janeiro para la Codificación del Derecho Internacional Público", la "Comisión Permanente de Montevideo para la Codificación del Derecho Internacional Privado" y la "Comisión Permanente de La Habana de Legislación Comparada y Unificación de Legislaciones", organizadas por la Sexta Conferencia Internacional Americana (1928); la "Comisión de Expertos la Codificación del Derecho Internacional", instituida por la Séptima Conferencia Internacional Americana (1933) y la "Comisión Permanente de Juristas para la Unificación de las Leyes Cíviles y Mercantiles de Amé-

No obstante, de acuerdo con el artículo 71 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, "El Consejo Interamericano de Jurisconsultos y el Comité Jurídico deben procurar la cooperación de las Comisiones Nacionales para la Codificación del Derecho Internacional, la de institutos de derecho internacional, de derecho comparado y otras entidades especializadas".

2.—La "Carta de Bogotá" hizo expresa referencia al desarrollo y la codificación del Derecho internacional privado; hecho éste de particular importancia por cuanto después del éxito diplomático obtenido con la firma del Código Bustamante, la labor codificadora de los organismos panamericanos se había dirigido básicamente al campo del Derecho Internacional Público. Sin embargo, también se obtuvieron resultados concretos en ciertos asuntos de interés diario en las relaciones entre particulares; y dentro de esta directriz cabe recordar el "Protocolo sobre la Personalidad Jurídica de las Compañías Extranjeras" y el "Protocolo sobre Uniformidad del Régimen Legal de los Poderes", abiertos a la firma en Washington el veintinueve de junio de 1936 y el diecisiete de febrero de 1940, respectivamente⁵.

El expreso señalamiento del Derecho Internacional Privado en el Documento Constitutivo de la Organización, al decir del Comité Jurídico Interamericano en Informe preparado en septiembre de 1964, "se debió a varios hechos notorios en la época de firmarse la Carta, tales como: a) la no ratificación del Código Bustamante por todos los Países de América; b) las

rica", prevista en la Octava Conferencia Internacional Americana (1938) (Véase al respecto: PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. — "La Revisión del Código Bustamante", en "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello", Número 18, Año 1974, págs. 11-58).

5. El "Protocolo sobre la Personalidad Jurídica de las Compañías Extranjeras" fue suscrito por Chile, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Nicaragua, Perú, República Dominicana y Venezuela; Chile y la República Dominicana, lo hicieron con reservas de fondo; siendo de advertir que sólo ha sido ratificado por los Estados Unidos de América y por Venezuela. Por su parte, el "Protocolo sobre Uniformidad del Régimen Legal de los Poderes" fue suscrito por Brasil, Estados Unidos de América, Venezuela, Colombia, El Salvador y México, aun cuando éstos tres últimos países lo hicieron con reservas fundamentales.

numerosas reservas, algunas de carácter general, verificadas por varios Estados ratificantes; c) la posición de varios Países de América, netamente favorable a los Tratados de Montevideo, en sustitución del Código Bustamante; d) la actitud de los Estados Unidos de América de mantener su propio sistema acerca de los conflictos de leyes”⁶.

3.—En cumplimiento de los categóricos mandatos de la Carta de la Organización, en *seis de septiembre de 1949* fue preparado un “Informe sobre el Plan para el Desarrollo y la Codificación del Derecho Internacional Público y del Derecho Internacional Privado”. El Comité Jurídico Interamericano recordó la labor pionera de América a este respecto y sostuvo la necesidad de renovar los esfuerzos en el campo del Derecho internacional privado ante la indiscutible especialización hacia el Derecho Internacional Público en las actividades emprendidas por los diversos organismos de las Naciones Unidas y por su Comisión de Derecho Internacional.

De inmediato fue sugerida la conveniencia de armonizar el Código Bustamante, los Tratados de Montevideo y el *Restatement of the Law of Conflicts of Law*, pues “aunque de origen privado ha tenido influencia preponderante en la jurisprudencia de los Estados Unidos de América”. A este respecto el “Informe” señaló que no hay “diferencias insalvables” y que lo más recomendable sería proceder a la tarea, bien a través de la selección de una norma sobre las otras, bien perfeccionando los criterios admitidos.

Dentro de esta directriz el Comité Jurídico Interamericano hizo un nuevo análisis de la nacionalidad y del domicilio como factores determinantes de la ley aplicable al estado y capacidad de las personas físicas; y luego de señalar el cambio de actitud del Brasil en su reforma legislativa de 1942, no obstante haber sostenido anteriormente “con intransigencia la fórmula de la ley nacional”, procedió a insistir en la importancia

6. “Documento de Trabajo sobre la Revisión del Código Bustamante o Código de Derecho Internacional Privado” (1964) (“Documentos de la Organización de los Estados Americanos sobre Derecho Internacional Privado”, OEA/Ser. Q/II.9, CJI-15, Washington, 1973, pág. 360).

del asunto: “Cabría, en consecuencia, examinar si ciertos fenómenos, como la existencia de numerosas colonias extranjeras en determinados países, y la afluencia en grande escala de inmigración después de la última guerra mundial, imponen algunos de nuestros Estados un cambio de rumbo. Es una cuestión de tal significación que, por lo menos, debe estudiarse”.

El Comité Jurídico Interamericano también sostuvo la conveniencia de distinguir los métodos de codificación en ambas ramas: convenios parciales en el campo del Derecho internacional público⁷, y un instrumento general en Derecho internacional privado. A su entender en las materias reguladas por éste último “hay interés de todos en favor del acuerdo, porque a todos conviene igualmente incrementar el comercio internacional y facilitar las actividades de sus súbditos que se encuentran en el exterior”⁸.

4.—Las sugerencias hechas en el Informe fueron recogidas en la Resolución VII del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, celebrada en Río de Janeiro en 1950⁹. En consecuencia, el Comité Jurídico Interamericano preparó un nuevo dictamen en 1951, donde hizo hincapié en la necesidad de investigar los verdaderos motivos, “de índole legislativa, política o de orden público que hayan podido inducir a un Estado a ratificar o abstenerse de ratificar un Tratado, una Convención o Acuerdo Internacional determinado”, con el objeto de remover los obstáculos para la aceptación del Código Bustamante y de suprimir las reservas existentes¹⁰.

7. El Comité Jurídico Interamericano, luego de referirse a la diferencia entre “desarrollo progresivo” y “codificación”, señaló como materias codificables en el campo del Derecho Internacional Público, la extradición, los funcionarios diplomáticos, los agentes consulares, la propiedad industrial, las marcas de comercio y fábrica, la propiedad literaria y artística.

8. “Informe sobre el Plan para el desarrollo y la codificación del Derecho Internacional Público y del Derecho Internacional Privado”, (CJI/3), Washington, 1949. El Representante Mexicano, doctor FRANCISCO A. URSUA, salvó el voto por cuanto, a su entender, era preciso “investigar primero cuáles son las causas de su no aceptación (del Código Bustamante) a fin de enfrentarse a ellas en la forma que corresponda a la realidad así determinada”.

9. “Documentos...”, *op. cit.*, pág. 1.

10. “Dictamen del Comité Jurídico Interamericano sobre la posibilidad de Revisión del Código Bustamante o Código de Derecho Internacional Privado” (1951) (“Documentos...”, *op. cit.*, págs. 7-31).

El nuevo informe circuló entre los diversos Países del Hemisferio; y con vista de las respuestas recibidas¹¹ fue elaborado un segundo dictamen en agosto de 1952, donde se sostuvo la posibilidad de revisar el Código Bustamante "para mejorarlo en diversos puntos y con el objeto de aproximarse a la uniformidad de las reglas de Derecho Internacional Privado de los distintos países americanos". De manera concreta el Comité Jurídico Interamericano propuso las soluciones siguientes: la *lex domicilii*, en las materias relativas al estado y capacidad de las personas, para "acomodarse a la realidad social y jurídica del Continente"; la *lex situs* para las sucesiones inmobiliarias y la ley del domicilio respecto de las sucesiones sobre bienes muebles, y la *lex loci celebrationis* para regir los efectos de los Contratos. Además sugirió agregar las normas sobre cheques y efectos al portador contenidas en el Tratado de Derecho Comercial de Montevideo de 1940, y coordinar con los preceptos del Código Bustamante las soluciones del Tratado de Navegación Internacional de Montevideo de 1940¹².

5.—El Consejo Interamericano de Jurisconsultos, en su reunión de Buenos Aires en 1953, resolvió encomendar al Comité Jurídico Interamericano la preparación de un estudio comparativo entre el Código Bustamante, los Tratados de Montevideo y el *Restatement* americano; y según el texto de la Resolución XII "debe incluirse la apreciación de las diferencias sistemáticas y técnicas que existen entre ellos, así como de las reservas que se le han formulado al primero de estos instrumentos"¹³.

El "*Estudio Comparativo*" fue concluido por el jurista colombiano JOSE JOAQUIN CAICEDO CASTILLA en octubre

11. Se recibieron respuestas de Cuba, República Dominicana, Ecuador, Estados Unidos de América y Uruguay ("*Documentos...*", *op. cit.*, págs. 39-54).

12. "*Segundo Dictamen sobre la posibilidad de Revisión del Código Bustamante o Código de Derecho Internacional Privado*" (1952): El Delegado de Chile salvó su voto en términos generales; y los Representantes de la Argentina y los Estados Unidos de América dejaron expresa constancia de su rechazo a ciertas soluciones propuestas en el Dictamen ("*Documentos...*", *op. cit.* págs. 55-76).

13. La República Argentina dejó constancia de que la Revisión del Código Bustamante debía ajustarse, por lo menos, a los principios indicados en su Reserva a la Resolución XII ("*Documentos...*", *op. cit.*, págs. 2-4).

de 1953¹⁴; y una vez hecho de conocimiento de los Gobiernos, con vista de los comentarios de El Ecuador¹⁵ y los Estados Unidos de América¹⁶, el Consejo Interamericano de Jurisconsultos resolvió en Santiago de Chile, en 1959, encomendar al Comité Jurídico Interamericano la presentación de otro Dictamen sobre la materia¹⁷.

6.—Antecedente previo de las nuevas labores fue un Documento preparado en 1961 por el Departamento de Asuntos Jurídicos de la Unión Panamericana, donde se formula por primera vez la sugerencia de reunir una Conferencia Especializada: "la materia es altamente técnica" y el tiempo de las sesiones del Consejo Interamericano de Jurisconsultos no permite examinar con detenimiento un asunto de tanta trascendencia¹⁸.

El Comité Jurídico Interamericano recogió la iniciativa en su Dictamen del *ocho de septiembre de 1961*; pero también propuso, de manera concreta, la consagración de la *lex domicilii* para regir el estado y capacidad de las personas físicas, y exhortar formalmente a los Gobiernos de Bolivia, Costa Rica, Chile, Ecuador y El Salvador, para solicitarles el retiro de sus reservas generales a la ratificación del Código Bustamante¹⁹.

La fórmula alternativa cristalizó en la Resolución II, aprobada en El Salvador por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos en 1965: fue resuelto sugerir a la Asamblea de la Organización la convocatoria de una Conferencia Especializada, a celebrarse en 1967, con el propósito de revisar el Código Bustamante, en su Título Preliminar, y en sus Libros sobre Derecho Civil y Derecho Mercantil Internacional, con vista de los adelantos de la ciencia y de los Tratados de Montevideo.

14. "*Estudio Comparativo del Código Bustamante, los Tratados de Montevideo y el Restatement of the Law of Conflict of Laws*" (1953) (*Documentos...*", *op. cit.*, págs. 77-259).

15. "*Documentos...*", *op. cit.*, págs. 260-281.

16. "*Documentos...*", *op. cit.*, págs. 282-287.

17. "*Documentos...*", *op. cit.* págs. 4-5.

18. "*Posibilidad de Revisión del Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante)*" ("*Documentos...*", *op. cit.*, págs. 301-336).

19. "*Dictamen del Comité Jurídico Interamericano sobre Revisión del Código Bustamante*" (1961) ("*Documentos...*", *op. cit.*, págs. 337-352).

Además, debía agregarse un nuevo Libro sobre Derecho Laboral Internacional²⁰.

El Comité Jurídico Interamericano, en su Dictamen del dieciocho de agosto de 1966, insistió en la importancia de la tarea de la codificación del Derecho Internacional Privado, con especial énfasis en las exigencias impuestas por la progresiva integración económica²¹; actitud reiterada en el Informe del veintinueve de agosto de 1968, donde nuevamente instó la convocatoria de la Conferencia Especializada²².

Sin embargo, los esfuerzos dirigidos a la reforma de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, concluidos en febrero de 1967²³, no permitieron un inmediato avance; y la convocatoria de la Conferencia Especializada sólo fue dispuesta por la Asamblea General en San José de Costa Rica el veintitrés de abril de 1971²⁴.

El Temario definitivamente aprobado por el Consejo Permanente abandonó la idea originaria de efectuar una revisión completa del Código Bustamante; y por creer se trataba del "camino que, en forma más lenta, pero segura, podría conducir a una verdadera unificación"²⁵ sólo fueron incluidos algunos asuntos considerados de particular importancia en las mutuas relaciones²⁶: no obstante su desacuerdo con el método, el Comi-

20. "Documentos...", *op. cit.*, págs. 5-7.

21. "Dictamen del Comité Jurídico Interamericano sobre la Revisión del Código Bustamante" (1966) ("Documentos...", *op. cit.*, págs. 383-416).

22. "Dictamen del Comité Jurídico Interamericano sobre armonización de las legislaciones de los países latinoamericanos sobre sociedades, debiendo encararse el problema de las sociedades de carácter internacional" (1968) ("Documentos...", *op. cit.*, págs. 461-494).

23. CAICEDO CASTILLA, José Joaquín. — "El Derecho Internacional en el Sistema Interamericano", Madrid, 1970, págs. 193-207; ROBERTSON, A. H. "Revision of the Charter of the Organisation of American States", en "The International and Comparative Law Quarterly", Volumen 17, Año 1968, págs. 346-368; SEPULVEDA, César. — "The Reform of the Charter of the Organisation of the American States", en "Recueil des Cours", Año 1972 III, Tomo 137, págs. 83-142; SEPULVEDA, César. — "El Sistema Interamericano. Mudanza y Transición", Valladolid, 1973.

24. Resolución AG/RES. 48 (I-0-71) ("Documentos...", *op. cit.*, págs. 521-522).

25. MAEKELT, Tatiana de. — "Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado (CIDIP-I). Análisis y significado de las Convenciones aprobadas en Panamá, 1975", Caracas, 1979, pág. 33.

26. El Temario incluyó los siguientes puntos: "1. Sociedades Mercantiles. 2. Sociedades mercantiles multinacionales. 3. Compraventa internacional

té Jurídico Interamericano aprobó los proyectos correspondientes con increíble rapidez, en el verano de 1973, gracias a los invalorables esfuerzos del doctor JOSÉ JOAQUÍN CAICEDO CASTILLA²⁷.

7.—La "Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado" (CIDIP-I) se reunió en la ciudad de Panamá el catorce de enero de 1975, con asistencia de todos los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, excepción hecha de Barbados, Bolivia y Haití²⁸; y al concluir sus actividades, el treinta de enero de 1975, había aprobado dos Resoluciones y seis Tratados: 1) Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas; 2) Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Cheques;

de mercaderías. 4. Letras de cambio, cheques y pagarés de circulación internacional. 5. Arbitraje comercial internacional. 6. Transporte marítimo internacional, con especial referencia a los conocimientos de embarque. 7. Tramitación de exhortos y comisiones rogatorias. 8. Reconocimiento y Ejecución de sentencias judiciales extranjeras. 9. Obtención de pruebas en el extranjero en asuntos civiles y comerciales. 10. Régimen legal de los poderes para ser utilizados en el extranjero. 11. Acción que debe tomarse para el desarrollo de otros temas de Derecho Internacional privado" ("Documentos...", *op. cit.*, pág. 687).

27. Aparte del "Proyecto de Convención Interamericana sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Extranjeros", cuyo Relator fue el Embajador ADOLFO MOLINA ORANTES, todos los demás proyectos estuvieron a cargo del doctor JOSÉ JOAQUÍN CAICEDO CASTILLA, a saber: sociedades mercantiles; Letras de cambio, cheques y pagarés de circulación internacional; Arbitraje comercial Internacional; el Contrato de Transporte Marítimo y Terrestre, con especial referencia a los conocimientos de Embarque; Tramitación de Exhortos y Cartas Rogatorias; Obtención de Pruebas en el extranjero en Asuntos Civiles y Comerciales, y Régimen Legal de los Poderes para ser utilizados en el Extranjero ("Proyectos de Convenciones y otros Documentos sobre los Temas 1 a 11 del Proyecto de Temario de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, preparados por el Comité Jurídico Interamericano en su periodo ordinario de sesiones celebrado del 26 de julio al 27 de agosto de 1973" (OEA/SER. K/XXI.1. CIDIP/3).

28. Asistieron Observadores Permanentes de la República Federal Alemana, Canadá, España, Francia, Israel, Italia y la Santa Sede; y también Representantes del Comité Jurídico Interamericano, la Comisión Interamericana de Mujeres, el Instituto Interamericano de Ciencias Agrícolas, la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), el Instituto para la Integración de la América Latina (INTAL), la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), la Federación Interamericana de Abogados, la Academia Americana de Derecho Comparado e Internacional, y la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. — "La Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado", en "Actas Procesales del Derecho Vivo", Números 46-48, Año 1975, págs. 307-342).

3) Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional; 4) Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias; 5) Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero y 6) Convención Interamericana sobre el Régimen Legal de los Poderes para ser utilizados en el Extranjero.

8.—La “Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas” permitió un previo examen de las finalidades perseguidas y los métodos utilizables para resolver los problemas planteados: varios Representantes sugirieron la conveniencia de sustituir la denominación “conflicto de leyes”, ante la imprescindible necesidad de incluir tanto preceptos sobre competencia internacional como reglas uniformes de carácter sustantivo. A pesar del fracaso de la iniciativa, la realidad viviente se impuso sobre los estrictos requerimientos de la lógica formal: en última instancia la Convención sobrepasó los severos límites de las normas indirectas, cuyo único propósito se resume en escoger la ley aplicable entre las varias con las cuales aparece conectado el supuesto de hecho; y, posiblemente sólo como un homenaje a la terquedad, la frase “conflicto de leyes” fue mantenida en el título de la Convención sobre Letras de Cambio, Pagarés y Facturas y en el Convenio referente a los cheques.

Al decir del muy respetable Profesor HAROLDO T. VALLADAO, la Convención dá “un gran paso al frente”²⁹, y se caracteriza por la importancia que reconoce a la ley del lugar donde la obligación ha sido contraída, para regular los diversos aspectos de los actos jurídicos incorporados en el título. De esta manera evita el seccionamiento horizontal de la obligación cambiaria, favorece el tráfico mercantil y garantiza la certidumbre jurídica del instrumento con indiscutible ventaja para el comercio internacional.

Desde esta perspectiva, la innovación más trascendente radica en la competencia atribuida a la *lex loci actus* para re-

29. VALLADAO, Haroldo. — “Convenciones aprobadas por la CIDIP-I: Derecho Comercial Internacional”, en “Segundo Curso de Derecho Internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano (julio-agosto 1976)”, Washington, 1976, pág. 274; “Direito Internacional Privado”, Volumen III, Rio de Janeiro - São Paulo, 1978, págs. 32-33.

gir la capacidad cambiaria: al excluirla de las materias comprendidas dentro del estatuto personal, evita la irritante polémica entre la ley de la nacionalidad y la ley del domicilio, cuyas trágicas consecuencias constituyeron una de las causas del fracaso práctico del Código Bustamante³⁰. Semejante tratamiento constituye un reflejo de las directrices consagradas en el *Restatement of the Law of Conflicts Law*, en palabras del doctor JORGE E. ILLUECA, Relator de la Comisión Primera³¹; y aun cuando se ha insistido en el carácter excepcional de la solución³², evidentemente deja abierta la interrogante acerca de la conducta futura de las próximas Conferencias americanas sobre derecho internacional privado en materia de capacidad de las personas: su respuesta es compleja e impredecible ante el fracaso del respectivo Proyecto de Convención en el “Tercer Congreso de Montevideo”, que tuvo lugar en 1979.

Las exigencias del comercio y el deseo de facilitar el tráfico mercantil explica la solución *in favore negotii*, consagrada en forma alternativa con la *lex loci actus* por el mismo artículo primero de la Convención, cuando en su segundo párrafo agrega: “Sin embargo, si la obligación hubiere sido contraída por quien fuere incapaz según dicha Ley, tal incapacidad no pre-

30. La irreductible divergencia de criterios fue expresamente reconocida por la declaratoria de competencia de la ley personal; siendo de recordar la previsión del artículo séptimo del Código Bustamante: “Cada Estado contratante aplicará como leyes personales las del domicilio, las de la nacionalidad o las que haya adoptado o adopte en lo adelante su legislación interior”.

31. ILLUECA, Jorge E. — “Informe del Relator de la Comisión I, referente al Proyecto de Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Letras de Cambio, pagarés y facturas”, en “Actas y Documentos de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP)”, Volumen I, Washington, 1975, pág. 263.

32. MANUEL GARCÍA CALDERÓN, luego de recordar la evolución de los principios sobre la materia, hace el siguiente pronunciamiento: “Parece razonable entonces reafirmar que el problema en América es el de buscar un acercamiento entre el principio del domicilio y el principio territorial, para encontrar la regla que deba regir la capacidad cambiaria... cabría contemplar la posibilidad de una fórmula semejante, teniendo como factores el principio del domicilio y el territorial. En tal caso, la capacidad civil quedaría regida por la ley del domicilio, en tanto que la capacidad comercial o simplemente la capacidad cambiaria, lo estaría por el principio territorial” (“La Capacidad Cambiaria en el Derecho Internacional Privado”, Lima, 1951, pág. 46). Por su parte, DIDIER OPERTTI BADAN recuerda el carácter especial de la capacidad cambiaria que permitiría una regulación autónoma de la capacidad general de las personas (“La Convención de 1975 sobre Letras de Cambio. Proyecto de Convención del CJI sobre Cheques de Circulación Internacional”, en “Cuarto Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano”, Washington, 1977, pág. 401).

valecerá en el territorio de cualquier otro Estado parte en esta Convención cuya ley considerare válida la obligación”.

No obstante la ambigüedad de la última frase, la referencia sólo pretende contemplar un Estado “en cuyo territorio pudea producir efectos”³³; y al respecto ejemplifica el doctor JORGE E. ILLUECA: “una persona de 20 años suscribe una letra de cambio en un Estado donde la mayoría de edad se adquiere a los 21, pero si el pago de esa letra debe efectuarse en otro Estado donde la mayoría de edad se adquiere a los 18 años, la obligación sería válida en este otro Estado en virtud de que se aplicaría esta última ley, es decir, la más favorable”³⁴.

La finalidad perseguida es merecedora del más sincero elogio, pero ciertamente la fórmula utilizada presenta la inconveniencia de permitir soluciones distintas del mismo problema de acuerdo con el Tribunal llamado a resolverlo: en el ejemplo anterior la obligación cambiaria, válida en el lugar del pago, no lo sería en los demás Estados contratantes por mandato de la *lex loci actus*; y la superación de tan insatisfactorio resultado sólo se obtiene si la validez dispuesta por la ley del País donde la obligación debe producir sus efectos es reconocida en todos los demás: en este sentido se recomienda una futura reforma, y también resultaría razonable mantener la validez de la obligación, cuando así lo declare la ley aplicable a la capacidad de las personas en general, al menos mientras perdure su tratamiento como categoría autónoma en el campo del Derecho Internacional Privado³⁵.

El artículo segundo de la Convención contempla el régimen de las formas extrínsecas y consagra la vigencia del principio *locus regit actum* para decidir acerca de la validez formal del giro, endoso, aval, intervención o protesto de una letra de cambio: se trata de un precepto de cumplimiento imperativo que rinde homenaje a la autonomía de las diversas obligaciones cambiarias, y constituye una aplicación concreta de

33. MAEKELT, *op. cit.*, pág. 47. DIDIER OPERTTI BADAN interpreta la referencia como hecha a “algún Estado en el cual repercutan las obligaciones cambiarias” (“*La Convención...*”, art. cit., pág. 402).

34. ILLUECA, art. cit., pág. 271.

35. A este respecto debe tenerse el creciente impacto de la concepción anglo-americana, orientada a descartar la regla general sobre ley aplicable a la capacidad de las personas para someterla a la misma legislación que rige el fondo mismo del acto.

una regla de carácter general, concebida con el propósito de facilitar el otorgamiento de actos válidos en el extranjero.

La *lex loci actus* es también aplicable a “todas las obligaciones resultantes de una letra de cambio” (artículo tercero). De esta manera se superan las dificultades calificativas para establecer los indispensables distingos entre forma y fondo, cuando cada una de ellas está sometida a una ley diferente; y, al decir de DIDIER OPERTTI BADAN, pretende destacar que con la suscripción “se produce el acto autónomo del proceso cambiario”³⁶. Por lo demás, el principio de la independencia de las obligaciones también aparece respetado pues se admite la posibilidad de sometimiento de cada una de ellas a una ley diferente.

La importancia reconocida a la *lex loci actus* y el deseo de garantizar la armonía internacional de las soluciones explican la necesaria precisión de los conceptos; y con tal propósito se dispuso en el artículo quinto: “Para los efectos de esta Convención, cuando una letra de cambio no indicare el lugar en que se hubiere contraído una obligación cambiaria, ésta se regirá por la ley del lugar donde la letra deba ser pagada, y si éste no constare, por la ley del lugar de su emisión”.

Nada se dispuso para atender las hipótesis de discrepancia entre el *locus verus* y el *locus scriptus*, aun cuando el predominio de éste último se justifica por el deseo de garantizar certidumbre jurídica y favorecer la circulación del instrumento: motivos similares explican restringir el funcionamiento de la *lex executionis* a los casos en los cuales se ha indicado en el texto de la letra de cambio el lugar donde ser pagada.

La tendencia *in favore negotii* manifestada en el régimen de la capacidad para obligarse por letra de cambio encontró una novedosa e importante consagración en el artículo cuarto; y se dispuso: “Si una o más obligaciones contraídas en una letra de cambio fueren inválidas según la ley aplicable conforme a los artículos anteriores, dicha invalidez no afectará otras obligaciones válidamente adquiridas de acuerdo con la ley del lugar donde hayan sido contraídas”.

De esta manera se proyecta con toda su plenitud en el campo internacional el principio de la independencia de las

36. OPERTTI, art. cit., pág. 403.

obligaciones cambiarias: la posible invalidez de alguna de ellas no afecta a las demás, por cuanto cada una depende de su propia ley. El precepto representa un importante avance frente al artículo 24 del Tratado de Montevideo sobre Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1940, restringido a superar las hipótesis de nulidad por vicios de forma, ya que también extiende su benéfica influencia a las hipótesis de nulidad por razones sustantivas, o por incapacidad del obligado cambiario. Por lo demás, el régimen de la Convención evita estériles controversias interpretativas para decidir cuando trata sólo de una irregularidad formal: problema nada fácil de resolver en ciertas oportunidades debido a los estrechos vínculos entre forma y fondo en el campo específico de la letra de cambio³⁷.

De acuerdo con el artículo sexto de la Convención "los procedimientos y plazos para la aceptación, el pago y el protesto, se someten a la ley del lugar en que dichos actos se realicen o deban realizarse"; y "la ley del Estado donde la letra de cambio deba ser pagada determina las medidas que han de tomarse en caso de robo, hurto, falsedad, extravío, destrucción o inutilización material del documento" (artículo sexto)³⁸. Se trata de principios de común aceptación, reconocidos expresamente en sus lineamientos básicos por las codificaciones americanas de tiempos anteriores.

La Convención de Panamá no se limitó a resolver los problemas de escogencia de la ley aplicable a las letras de cambio; y por iniciativa del Representante del Uruguay, doctor EDISON GONZÁLEZ LAPEYRE fue incluido un precepto sobre competencia internacional. De acuerdo con el artículo octavo correspondió al actor el derecho de optar entre "los Tribunales del Estado Parte donde la obligación deba cumplirse, o los del Estado Parte donde el demandado se encuentre domiciliado": se trata una *facultas alternativa creditoris* con indiscutibles proyecciones en el campo de la eficacia internacional de las sentencias extranjeras.

37. Las dificultades para efectuar semejante distinción, y los estrechos vínculos entre la forma y el fondo, han sido señalados frecuentemente: dentro de la jurisprudencia venezolana es posible recordar una decisión del *veintinueve de febrero de 1968*, dictada por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y del Estado Miranda, en la época a cargo de quien escribe estas líneas.

38. El precepto no pretende regular los aspectos penales derivados de tales acontecimientos.

La enérgica actitud de la Delegación uruguaya permitió superar los obstáculos opuestos por los Representantes de Brasil, Chile y México: por una parte fue destacada la diferente naturaleza del artículo, que no pretendía escoger la ley aplicable sino consagrar directamente los criterios atributivos de competencia internacional; y, por la otra, se hizo hincapié en la necesidad de realizar un estudio concordado con los Convenios vigentes sobre jurisdicción y reconocimiento de sentencias extranjeras. Este último recordatorio se mantiene vigente y constituye inolvidable directriz en los trabajos futuros codificación de las próximas Conferencias Interamericanas.

Las normas sobre Letra de cambio fueron declaradas aplicables a los Pagarés, por el artículo octavo de la Convención; nada se dijo acerca de las "libranzas, vales o mandatos", por considerarlos instrumentos ya superados en el tráfico mercantil. Sin embargo, expresamente abarcaron "las facturas, cuando en la legislación del Estado Parte en que hayan sido emitidas tengan el carácter de documentos negociables"³⁹, para satisfacer el insistente requerimiento de los Países centroamericanos, quienes habían pretendido originalmente, sin éxito, extender la aplicación de los preceptos a todos los títulos negociables⁴⁰.

9.—La "*Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Cheques*" representa un compromiso entre los divergentes criterios sustentados en la Conferencia cuando se discutió el precepto que extendía a los cheques las normas declaradas aplicables a la letra de cambio. En efecto, el Licenciado JOSÉ LUIS SIQUEIROS (México) propuso un tratamiento autónomo del asunto y su diferimiento para una ulterior oportunidad: no obstante el respaldo de la iniciativa por otros Delegados, fue decidido aprobar un conjunto de reglas mínimas para atender a los problemas más importantes de la vida diaria⁴¹; al mismo tiempo, la *Resolución Primera* excitó "al Consejo Permanente de la Organización que enco-

39. De igual modo, y por sugerencia de la Comisión de Estilo, el segundo párrafo del artículo décimo dispuso: "Cada Estado parte informará a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, para su debida divulgación, si, de acuerdo con su legislación, la factura constituye documento negociable".

40. La propuesta se formuló por primera vez al considerarse el título del instrumento, cuando fue sugerido denominarlo: "Convención Interamericana sobre Títulos Valores de Circulación Internacional".

miende al Comité Jurídico Interamericano el estudio y elaboración, con carácter prioritario”, de un “proyecto de Convención sobre Conflictos de Leyes en materia de cheques de circulación internacional y un proyecto de Ley uniforme sobre la materia”⁴².

El artículo primero aprobado en definitiva declara aplicables a los cheques, “en cuanto fuere del caso”, las disposiciones de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas; y de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 33 del Tratado de Montevideo de 1940 sobre Derecho Comercial Terrestre Internacional fue atribuida competencia a la Ley del Estado Parte donde el cheque debe pagarse para determinar:

“a. El término de presentación; b. Si puede ser aceptado, cruzado, certificado o confirmado, y los efectos de esas operaciones; c. Los derechos del tenedor sobre la provisión de fondos y su naturaleza; d. Los derechos del girador para revocar el cheque u oponerse al pago; e. La necesidad del protesto u otro acto equivalente para conservar los derechos contra los endosantes, el girador u otros obligados, y f. Las demás situaciones referentes a las modalidades del cheque”⁴³.

Los propósitos perseguidos por la Convención sobre cheques son extremadamente limitados: la competencia reconocida a la *lex loci executionis* contribuye a la seguridad del instrumento, garantiza al acreedor en forma adecuada y facilita el tráfico mercantil; pero la transitoriedad de las normas se deja sentir en la necesidad de un análisis menos apresurado de la materia y en la debida atención de nuevas figuras impuestas por el desarrollo del comercio (cheques viajeros, cheques latinoamericanos, cheques centroamericanos): semejante tarea ha sido emprendida en los trabajos preparatorios de la Segunda Conferencia Interamericana, y al concluir sus labores fue suscrita, el ocho de mayo de 1979, otra “Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de che-

41. “Actas...”, Volumen II, págs. 134-139.

42. “Actas...”, Volumen I, pág. 357.

43. La Convención de Panamá se inspira en última instancia en el artículo séptimo del Protocolo de Ginebra de 1930 sobre conflictos de leyes en materia de cheques, según fuera destacado por el doctor JORGE E. ILLUECA, en su carácter de Relator de la Comisión Primera (“Actas...”, Volumen I, págs. 287-291).

ques”. Sin embargo, el nuevo instrumento se redujo básicamente a reproducir las soluciones consagradas en el Convenio de Panamá, y el estudio de las reglas uniformes fue suspendido en espera de los trabajos iniciados en el ámbito de las Naciones Unidas.

10.—La “Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional” constituye el homenaje a los esfuerzos de algunos Representantes, quienes insistieron en culminar una tarea cuyas raíces remontan a la primera reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, celebrada en Río de Janeiro en 1950; y de manera apresurada, “en una lucha contra el reloj” según lo expresara el Embajador FRANCISCO BERTRAND GALINDO de El Salvador, fueron aprobados sus diversos artículos sin mayor estudio y consideración de los problemas envueltos: “debido a las repercusiones de la institución y de su importancia en las relaciones comerciales, comenta la doctora TATIANA DE MAEKELT, hubiera merecido un tratamiento más cuidadoso en el contenido de las disposiciones aprobadas”⁴⁴.

El artículo primero de la Convención evita referirse a la cláusula compromisoria y al compromiso como institutos diversos, para superar discrepancias surgidas, y se limita a declarar válido “el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias surgidas o que pudiesen surgir entre ellos con relación a un negocio de carácter mercantil”. No obstante, exige la forma escrita: bien un instrumento firmado por las partes, bien el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por telex.

La voluntad de las partes fue declarada autónoma para regular el nombramiento de los árbitros y establecer las reglas de procedimiento. Sin embargo, se admitió delegar la designación a un tercero, “sea éste persona natural o jurídica”; expresamente fue aceptada la posibilidad de nombrar extranjeros como árbitros, no obstante las insistentes críticas del Representante colombiano; y, en forma supletoria, se declara-

44. MAEKELT, *op. cit.*, pág. 59. La actitud favorable a la aprobación de un Convenio, asumida por determinados Países, explica la abstención de Argentina, Perú y Venezuela, “con el propósito de facilitar el examen de un instrumento considerado conveniente por otros países del Hemisferio” (PARRA-ARANGUREN, “La Primera Conferencia...”, *art. cit.*, pág. 333).

ron aplicables las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial⁴⁵.

El artículo cuarto de la Convención asimila los laudos arbitrales no impugnables a las sentencias judiciales ejecutoriadas, respecto a su reconocimiento y ejecución: la *lex fori* establecerá las pautas pertinentes, con el debido respeto de los tratados internacionales.

El apresuramiento de los trabajos en la Conferencia se manifiesta en los artículos quinto y sexto: reproducen el régimen previsto en la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, adoptada bajo los auspicios de las Naciones Unidas en Nueva York en 1958; y, luego de haberse suprimido un precepto sobre las causas de nulidad del laudo, fueron incorporados sin mayor examen ni comentarios a propuesta del Representante del Ecuador, doctor RAFAEL BORJA PEÑA⁴⁶.

11.—La “Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias” persigue incrementar la asistencia judicial internacional en la realización de actos procesales de mero trámite, tales como notificaciones, citaciones o emplazamientos en el extranjero (letra a) del artículo segundo); y en “la recepción y obtención de pruebas e informes en el extranjero, salvo reserva expresa al respecto” (letra b) del artículo segundo). No obstante, en el deseo de evitar controversias expresamente de-

45. La Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), con sede en Nueva York, fue creada en cumplimiento de la Resolución XLI del *veintitrés de diciembre de 1933* de la Séptima Conferencia Internacional Americana, que tuvo lugar en Montevideo (“*Conferencias Internacionales Americanas (1889-1936)*”, Washington, 1938, págs. 522-523): las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, vigentes a partir del *primero de enero de 1978*, reproducen en forma casi textual aquellas que había aprobado la Comisión de Derecho Mercantil Internacional de las Naciones Unidas en 1976, cuya aceptación recomendó la Asamblea General de las Naciones Unidas en *quince de diciembre de 1976*; y se pueden consultar en: “*Yearbook Commercial Arbitration*”, Vol. III, Gran Bretaña, 1978, págs. 231-242 (Sobre las reglas de la Comisión de Derecho Mercantil Internacional de las Naciones Unidas es posible leer un breve resumen acerca de su génesis histórica en: DIETZ, John P. — “*International Commercial Arbitration. Introduction: Development of the Uncitral Arbitration Rules*”, en “*The American Journal of Comparative Law*”, Vol. 27, 1979, págs. 449-452; y algunos comentarios de carácter general en: SANDNERS, Pieter. — “*Procedures and Practices under the Uncitral Rules*”, en “*The American Journal of Comparative Law*”, Vol. 27, 1979, págs. 453-469).

46. “*Actas...*”, Volumen II, págs. 229-230.

clara fuera de su ámbito de vigencia “los actos que impliquen ejecución coactiva” (artículo tercero).

Resulta injustificable haber incluido “la recepción y obtención de pruebas e informes en el extranjero” en la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, por cuanto la materia fue objeto de un Tratado independiente donde se atendieron sus particularidades especiales; y la ratificación de ambos convenios constituye una innecesaria fuente de dificultades: se trata de una situación surgida por el apresuramiento y la ausencia de un análisis coordinado de los diversos proyectos en el seno de la Primera Conferencia Especializada.

Semejante incongruencia ha provocado problemas interpretativos acerca del límite impuesto por el artículo tercero: de acuerdo con el doctor DIDIER OPERTTI BADAN es preciso distinguir “entre las expresiones: “actos que impliquen ejecución coactiva”, que ha sido editada en cuanto abarca las medidas precautorias o conservativas que afectan especialmente bienes (tal como el embargo, por ejemplo), y “medios que impliquen coerción”, que significa que para los actos o diligencias procesales no excluidos por el artículo 2º (diligencias de mero trámite y prueba), cabe su empleo...”⁴⁷. Sin embargo, el categórico texto del artículo tercero no parece permitir la interpretación propuesta y el límite establecido funcionará cuando se trate de obtener pruebas en el extranjero: “el testigo rebelde no podría ser conducido compulsivamente a prestar declaración”⁴⁸.

Ratione materiae la Convención sólo incluye los asuntos civiles o mercantiles, aun cuando admite la posibilidad de extender sus reglas “a la tramitación de exhortos o cartas rogatorias que se refieran a materia criminal, laboral, contencioso-administrativa, juicios arbitrales u otras materias de jurisdicción especial”; pero deberá notificarse lo conducente a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (artículo 16).

47. OPERTTI BADAN, Didier. — “*Convenciones aprobadas por la CIDIP-I: Derecho Procesal Internacional*”, en “*Segundo Curso de Derecho Internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano (julio-agosto 1975)*”, Washington, 1976, pág. 286.

48. El ejemplo es mencionado por DIDIER OPERTTI BADAN (“*Convenciones...*”, art. cit., pág. 293).

Por lo demás, el requerimiento habrá de formularse por los órganos jurisdiccionales de uno de los Estados Partes: la terminología utilizada pretende ampliar la cooperación a los funcionarios con facultades para decidir controversias con fuerza de cosa juzgada, aun cuando no pertenezcan al sistema judicial pero corresponde a la Ley del Estado requirente la calificación jurisdiccional del órgano que solicita la asistencia⁴⁹.

La solicitud debe hacerse por intermedio de un exhorto o carta rogatoria, expresiones sinónimas de acuerdo con el artículo primero; y su transmisión al órgano requerido puede tener lugar de diferentes maneras: por las propias partes interesadas; por vía judicial; por los funcionarios diplomáticos o agentes diplomáticos; o por la autoridad central designada por los Estados contratantes (artículo cuarto).

Los requisitos formales indispensables de los exhortos o cartas rogatorias fueron establecidos por el artículo quinto: se exigió su traducción al idioma oficial del Estado requerido (letra b) y su debida legalización (letra a)⁵⁰. Esta última exigencia fue declarada innecesaria, por considerarse implícita, cuando fueren transmitidos por vía consular o diplomática, o por intermedio de la Autoridad Central (artículo sexto); y, de manera facultativa, en los casos de tribunales de zonas fronterizas (artículo séptimo). Por lo demás, la legalización se presumió hecha correctamente si la hubiere realizado funcionario consular o agente diplomático competente del Estado requerido (letra a) del artículo quinto).

Los exhortos o cartas rogatorias pueden indicar la persona responsable de los gastos y la identidad del respectivo apoderado (artículo 12); pero deben acompañarse de copia autenticada de la demanda y sus anexos o de los escritos y resoluciones correspondientes, con el objeto de entregarlos al citado, notificado o emplazado⁵¹: se le suministrarán también —por mandato del mismo artículo octavo— informes escritos acerca

49. OPERTTI BADAN, "Convenciones...", art. cit., págs. 286-291.

50. De acuerdo con el artículo décimo octavo, "Los Estados partes informarán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos acerca de los requisitos exigidos por sus leyes para la legalización y para la traducción de exhortos o cartas rogatorias.

51. Aun cuando el artículo dice "...sus anexos o de los escritos...", ciertamente debe leerse en forma acumulativa: "...sus anexos y de los escritos...".

del órgano jurisdiccional requirente, los términos para actuar, las advertencias hechas para el caso de inactividad, y las posibilidades de asistencia jurídica gratuita en el Estado requirente. De esta manera se tuvo muy presente el amparo de los débiles económicos, y pretendió asegurarse su efectiva defensa más allá de las fronteras.

La posible incompetencia del órgano jurisdiccional requerido debe subsanarse de oficio mediante la transmisión inmediata de "los documentos y antecedentes del caso a la autoridad judicial competente de su Estado" (artículo 11, segundo párrafo); y el trámite de las diligencias se sujetará a las leyes y normas procesales impuestas por la *lex fori*⁵². Sin embargo, el artículo décimo permite el cumplimiento de formas particulares o adicionales, cuando no fueren contrarias a la ley del Tribunal y si hubieren sido solicitadas expresamente por el órgano requirente: se trata de un precepto cuyos orígenes remontan a la Convención de La Haya de 1896, pero de muy escasa importancia práctica en las hipótesis de notificaciones y otros actos procesales de mero trámite.

Las costas y demás gastos causados por la tramitación serán a cargo de los interesados; pero el Estado requerido puede cumplir las diligencias aun cuando no se le indique la persona responsable de los mismos (artículo 12).

En el cumplimiento de los exhortos o cartas rogatorias el órgano jurisdiccional requerido tendrá competencia para conocer y decidir los asuntos que se susciten, pero sólo si son relativos a la tramitación (artículo 11)⁵³; pero no le corresponde indagar acerca de la competencia del órgano jurisdiccional requirente. Por tanto, fue necesario disponer expresamente que la cooperación suministrada no implica su reconocimiento, ni mucho menos "el compromiso de reconocer la validez o de proceder a la ejecución de la sentencia que dictare" (artículo noveno)⁵⁴.

52. La Convención se refiere a la ley del Estado requerido, pero ésta debe entenderse como la *lex fori*: el asunto tiene interés práctico cuando el Estado requerido es una Federación y cada uno de sus miembros posee sus propias leyes procesales.

53. OPERTTI, "Convenciones...", art. cit., pág. 300.

54. Cuando el Estado requerido reclame competencia exclusiva sobre el asunto, parecería aconsejable se abstuviera de cumplir el exhorto o carta rogatoria, ante el inevitable rechazo posterior; y motivos similares podrían esgrimirse en caso de *litis penditiae* o de cosa juzgada nacional (OPERTTI, "Convenciones...", art. cit. pág. 298.

La Convención Interamericana también previó la posibilidad de formas más sencillas de asistencia judicial: por una parte, fueron contemplados los acuerdos de países pertenecientes a sistemas de integración económica (artículo 14); y, por la otra, expresamente se dispuso que no restringiría “las disposiciones de Convenciones que en materia de exhortos o cartas rogatorias hubieran sido suscritas o que se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes, o las prácticas más favorables que dichos Estados pudieran observar en la materia” (artículo 15).

Dentro de la misma directriz fue contemplado el cumplimiento de las diligencias por intermedio de los respectivos funcionarios consulares o agentes diplomáticos en el Estado “donde se encuentren acreditados siempre que ello no se oponga a las leyes del mismo”; pero expresamente quedó prohibido que pudieran “emplear medios que impliquen coerción” (artículo décimo tercero)⁵⁵.

12.—La “Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero” regula una materia ya comprendida en la “Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias”: su tratamiento en forma autónoma ha debido traer como resultado excluirla del Convenio anterior, pero el mantenimiento ha sido explicado por el doctor EDISON GONZÁLEZ LAPEYRE por la circunstancia de que “podrían ser distintos los Estados que se hicieran parte de las dos Convenciones”; y, según su criterio, el nuevo instrumento presenta el mérito indudable de “darle un régimen más completo y armónico a todo

55. El régimen previsto responde a los lineamientos consagrados en las Convenciones de Viena de 1961 sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, y de 1963 en materia de relaciones consulares, según destacara el doctor EDISON GONZALEZ LAPEYRE, en su carácter de Relator de la Comisión Segunda (“Informe del Relator de la Comisión II, referente al Proyecto de Convención sobre Exhortos y Cartas Rogatorias”, en “Actas...”, Volumen I, pág. 310). En efecto, la “Convención de Viena sobre Relaciones Consulares” en su artículo quinto menciona dentro de las funciones de los cónsules: “j) comunicar decisiones judiciales y extrajudiciales y diligenciar comisiones rogatorias de conformidad con los acuerdos internacionales en vigor, y a falta de los mismos, de manera que sea compatible con las leyes y reglamentos del Estado receptor”.

lo relativo a la recepción u obtención de pruebas en el extranjero”⁵⁶.

El Convenio se limita a regular los aspectos procesales con motivo de la obtención o recepción de pruebas en el extranjero y no contiene pronunciamiento alguno sobre su admisibilidad o apreciación, ni tampoco determina a quien corresponde el *onus probandi*⁵⁷. En consecuencia, la similitud con las materias tratadas en la “Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias”, y el deseo de facilitar su futura ratificación por los Estados signatarios, explican la repetición de los preceptos en las materias siguientes: a) la terminología utilizada (artículo primero); b) los asuntos comprendidos dentro de su esfera de vigencia: de naturaleza civil o mercantil (artículo segundo), con una posible extensión a la materia criminal, laboral, contencioso-administrativa, juicios arbitrales u otras de jurisdicción especial (artículo décimo quinto); c) el trámite de las diligencias (artículos quinto, sexto y séptimo), con la particularidad de haber insistido en la competencia de la *lex fori* sobre los medios de apremio utilizables (último párrafo del artículo tercero); d) la declaratoria de que la asistencia judicial suministrada no representa compromiso alguno ni de reconocer la competencia del órgano jurisdiccional requirente ni de permitir la futura eficacia extraterritorial de la decisión definitiva (artículo octavo); y e) los requisitos formales de necesario cumplimiento (artículos décimo y décimo tercero), aun cuando nada previno acerca de un posible régimen especial para las regiones fronterizas.

Tampoco se contemplaron eventuales acuerdos entre países pertenecientes a sistemas de integración económica, pero fueron previstas formas más simples de asistencia a través de convenciones futuras o de las prácticas más favorables existentes sobre el particular en cada uno de los signatarios; y en particular se tuvo en cuenta la posibilidad de permitir la intervención de los funcionarios consulares en la recepción y obtención de pruebas (artículo décimo cuarto).

56. GONZALEZ LAPEYRE, Edison. — “Informe del Relator de la Comisión II, referente al Proyecto de Convención Interamericana sobre Recepción u Obtención de Pruebas en el extranjero”, en “Actas...”. Volumen I, págs. 314-316.

57. En tal sentido se había orientado el Proyecto del Comité Jurídico Interamericano (“Actas...”, Volumen I, págs. 569-571).

La forma de trasmisión de los exhortos o cartas rogatorias presenta algunas particularidades en la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el extranjero: por una parte, nada se previno sobre un posible régimen especial para las regiones fronterizas; y por la otra se excluyó la colaboración de las personas privadas: aun cuando fue sostenido que esta exclusión constituye “una garantía para la actuación homogénea y responsable del Tribunal”⁵⁸, representa una conducta injustificable si se persigue facilitar la asistencia judicial. Por lo demás, resulta sorprendente su defensa por el Profesor JOSEPH M. SWEENEY, habida cuenta de la práctica existente en los Estados Unidos de América⁵⁹.

La “Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero” regula en detalle los informes que deben suministrarse con el requerimiento de asistencia; y su artículo cuarto exige:

“1. Indicación clara y precisa acerca del objeto de la prueba solicitada; 2. Copia de los escritos y resoluciones que funden y motiven el exhorto o carta rogatoria, así como los interrogatorios y documentos que fueren necesarios para su cumplimiento; 3. Nombre y dirección, tanto de las partes como de los testigos, peritos y demás personas intervinientes y los datos indispensables para la recepción u obtención de la prueba; 4. Informe resumido del proceso y de los hechos materia del mismo, en cuanto fuere necesario para la recepción u obtención de la prueba⁶⁰; 5. Descripción clara y precisa de los requisitos o procedimientos especiales que el órgano jurisdiccional requirente solicitare en relación con la recepción u obtención de la prueba”.

Por otra parte, la Convención presenta también características propias respecto a las circunstancias eximentes del deber de prestar asistencia judicial; y dentro de ellas se encuentran algunas consagraciones específicas de funcionamiento del orden público, cuyo benéfico influjo aparece admitido en términos generales por el artículo décimo sexto.

58. MAEKELT, *op. cit.*, pág. 88.

59. OPERTTI, “*Convenciones...*”, *op. cit.*, págs. 316-318.

60. La utilidad de semejante requisito es valorada en forma distinta por los expositores: OPERTTI duda acerca de sus ventajas y señala que recarga “sensiblemente, además, la actividad burocrática” (“*Convenciones...*”, *art. cit.*, pág. 315); pero la doctora MAEKELT entiende que “lejos de entorpecerlo coadyuvan a una tramitación más motivada” (*op. cit.*, pág. 131).

En efecto, conforme al inciso primero del artículo segundo, la diligencia solicitada será cumplida, cuando “no fuere contraria a disposiciones legales en el Estado requerido que expresamente la prohiban”; y también podrá rehusarse el cumplimiento si el exhorto o carta rogatoria tiene “por objeto la recepción u obtención de pruebas previas al procedimiento judicial, o cuando se trate del procedimiento conocido en los países del “*common law*” bajo el nombre de “*pretrial discovery of documents*” (artículo noveno)⁶¹.

Se trata de preceptos tendientes a superar dificultades interpretativas en algunas hipótesis consideradas de especial importancia práctica; pero bajo ninguna forma pretenden “enjaular” el orden público, cuya intervención será siempre imprescindible para salvaguardar los principios básicos y fundamentales de la legislación del Estado requerido.

Por otra parte, la Convención presenta también características propias en otros aspectos: el inciso segundo del artículo segundo supedita el cumplimiento del exhorto o carta rogatoria a que el interesado ponga “a disposición del órgano jurisdiccional requerido los medios que fueren necesarios para el diligenciamiento de la prueba solicitada”; y el artículo duodécimo contempla la hipótesis de negativa de la persona llamada a declarar: de manera expresa reconoce la validez del impedimento, excepción o el deber de rehusar el testimonio, cuando sea conforme a la ley del Estado requerido, o a la ley del País requirente si consta del propio exhorto o carta rogatoria o cuando fuere confirmado por la autoridad requirente.

13.—La “*Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el extranjero*” trata de resolver problemas prácticos muy importantes en las diarias relaciones, aun cuando no pretende regular ni las relaciones entre mandante y mandatario ni la validez del negocio concluido por el apoderado con un tercero⁶²; y sólo regula los instrumentos de poder otorgados en alguno de los Países con-

61. Se trata de “actuaciones de carácter predominantemente privado” (MAEKELT, *op. cit.*, pág. 87).

62. Así lo destacó el Representante por Venezuela, doctor GONZALO PARRA-ARANGUREN, en la sesión del veinticuatro de enero de 1979 (“*Actas...*”, Volumen II, págs. 450-451).

tratantes, pero sin restringirse a los mandatos judiciales. Dentro de estos límites, la Convención presenta la característica de incluir tanto normas de conflicto de leyes como reglas uniformes de carácter sustantivo, con el propósito de garantizar la seriedad del mandato y proteger los intereses del poderdante y de los terceros frente a quienes se haga valer el instrumento⁶³.

En el estricto campo del Derecho internacional privado, la Convención atribuye competencia primaria a la *lex loci executionis*: la ley del Estado donde se ejerce el mandato determina los requisitos de publicidad (artículo cuarto), los efectos y ejercicio del poder (artículo quinto) y la necesidad de su legalización (artículo octavo) o de su traducción (artículo noveno)⁶⁴. De igual modo regula las formas y solemnidades extrínsecas, aun cuando es suficiente observar la *lex loci actus*; pero puede imponer solemnidades de obligatorio cumplimiento, y si son desconocidas por la ley del lugar donde se otorga el instrumento, deben satisfacerse no sólo las exigencias de ésta sino también los requisitos previstos por el artículo séptimo de la Convención.

Sin embargo, fue agregada una regla sustantiva pues se declaró innecesario "para la eficacia del poder que el apoderado manifieste en dicho acto su aceptación"; y "ésta resultará de su ejercicio", no obstante el mandato contrario de la *lex loci actus* o de la *lex loci executionis* (artículo undécimo).

La Convención regula también directamente el otorgamiento de poderes a través de normas sustantivas, cuyo objeto primario es señalar las certificaciones que debe hacer el funcionario ante quien se otorga el instrumento; y su artículo sexto exige dejar constancia expresa de los siguientes particulares:

- "a. La identidad del otorgante, así como la declaración del mismo acerca de su nacionalidad, edad, domicilio y estado civil; b. El derecho que el otorgante tuviere para conferir el poder en representación de otra persona física o natural; c. La existencia legal de la persona moral o jurídica en cuyo

nombre se otorgare el poder; d. La representación de la persona moral o jurídica, así como el derecho que tuviere el otorgante para conferir el poder".

Las certificaciones exigidas por el artículo sexto imponen decidir acerca de la capacidad del otorgante, de la existencia de la persona moral o jurídica en cuyo nombre actúa y de la representación que se atribuye en el instrumento. Sin embargo, la Convención no suministra directrices para resolver la interrogante y la única vía utilizable es la de acudir a las propias normas de Derecho internacional privado, con evidente perjuicio de la armonía de las soluciones.

La Convención también previó la posibilidad de que en el lugar del otorgamiento no existiere funcionario autorizado para efectuar las certificaciones anteriores: a este respecto se tuvo particularmente en cuenta el sistema de los Estados Unidos de América, que no conoce la escritura pública exigida por numerosos Países del Hemisferio a los poderes con objeto de realizar ciertas actividades⁶⁵; y en semejante hipótesis fue ordenado el cumplimiento de las formalidades previstas por el artículo séptimo:

- "a. El poder contendrá una declaración jurada o aseveración del otorgante de decir la verdad sobre lo dispuesto en la letra a) del artículo 6; b. Se agregarán al poder copias certificadas u otras pruebas con respecto a los puntos señalados en las letras b), c) y d) del mismo artículo; c. La firma del otorgante deberá ser autenticada; d. Los demás requisitos establecidos por la ley del otorgamiento".

El artículo séptimo constituye ejemplo característico de la utilización simultánea de la técnica indirecta y del método uniforme para resolver los problemas planteados por la extranjería del supuesto de hecho: sus tres primeros incisos establecen ciertas formalidades sustantivas, pero su observancia no basta para atribuir validez al instrumento, por cuando también deben cumplirse los requisitos establecidos por la *lex loci actus*.

Por último fue admitida la aplicación preferente de los acuerdos ya suscritos o que fueren convenidos en el futuro,

63. MAEKELT, op. cit. págs. 97-98.

64. El artículo noveno no declara expresamente que será aplicable la *lex loci executionis*, pero su competencia resulta evidente.

65. Así lo destacó el Representante del Uruguay, Doctor ABEL DIDIER OPERTTI BADAN ("*Convenciones...*", art. cit., pág. 323).

de manera bilateral o multilateral por los Estados partes, y se mantuvo la vigencia de las prácticas más favorables sobre la materia: en particular la Convención hizo señalamiento expreso del Protocolo sobre Uniformidad del Régimen Legal de los Poderes o Protocolo de Washington de 1940; y no obstante el reducido número de sus ratificaciones resulta imposible olvidar su importancia práctica, al menos por el hecho de haber sido ratificado por los Estados Unidos de América⁶⁶.

14.—Existen ciertas *cláusulas comunes en las seis Convenciones* suscritas en Panamá durante la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado: por una parte, la reserva del orden público; y, por la otra, el régimen establecido para la firma, ratificación, adhesión, vigencia, denuncia, depósito e informaciones.

15.—La cláusula de orden público dio origen a irritantes debates⁶⁷ y los excesos emotivos llegaron al extremo de declararla perturbadora para la buena marcha de la codificación internacional. Ahora bien, resulta ingenuo discutir acerca de la necesidad de una válvula de escape para superar los inconvenientes del método indirecto para resolver los problemas de conflicto de leyes: no es posible aceptar *a priori* la aplicación irrestricta de una ley cuyo contenido se desconoce y cualquier acuerdo en contrario representa un suicidio jurídico.

Desde esta perspectiva el orden público constituye no sólo un instrumento de defensa sino también un mecanismo indispensable para la coexistencia de sistemas contrapuestos: las controversias terminológicas sobre la fórmula más adecuada para su consagración son simples discusiones semánticas, y en el mejor de los casos sólo conducen a un texto discreto, con el propósito de evitar los abusos de los funcionarios nacionales en su permanente deseo de preferir la propia legislación para resolver los casos con elementos de extranjería.

66. El Representante de Venezuela, doctor GONZALO PARRA-ARANGUREN, sugirió promover la ratificación del Protocolo de Washington por los diversos países americanos, en lugar de discutir apresuradamente un nuevo Convenio sobre la materia. Sin embargo, la propuesta no tuvo éxito ("Actas...", Volumen II, págs. 450-452).

67. "Actas...", Volumen II, págs. 160-167; 411-426.

Asunto de naturaleza totalmente diversa es la conveniencia de incluir la cláusula de orden público en los tratados de Derecho uniforme: su respuesta debe ser negativa por cuanto en semejante hipótesis el régimen propuesto no presenta misterio alguno, no hay ningún "*Sprung ins Dunkeln*", y cada país puede establecer de antemano si las reglas en cuestión contrarían o no los principios básicos y fundamentales de su propio ordenamiento jurídico. Ahora bien, cuando el examen resulta favorable y el convenio es ratificado los Países contratantes deben cumplirlo a cabalidad (*pacta sunt servanda*); y la eventual defensa de sus intereses encuentra siempre abierta la vía de la denuncia, en los términos previstos por el tratado.

16.—Las llamadas "*cláusulas diplomáticas*" declaran las seis Convenciones abiertas a la firma de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, y disponen el inicio de su vigencia a partir del trigésimo día siguiente a la fecha de depósito del segundo instrumento de ratificación en la Secretaría General: lapso similar es aplicable a las ratificaciones posteriores de cualquier País Miembro y a la eventual adhesión por cualquier otro Estado. Por lo demás, su duración es indefinida, aun cuando es posible denunciarlas, con efectividad después de transcurrido un año contado a partir de la fecha de depósito de la declaratoria correspondiente.

A sugerencia del observador del Canadá y con apoyo en la "*Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*" (veintitrés de mayo de 1969), fue incluida la "*cláusula federal*": de esta manera los países con ordenamientos jurídicos complejos de base territorial pudieron restringir el ámbito de vigencia de las Convenciones a una o varias de las respectivas unidades, mediante la correspondiente declaratoria en el momento de la ratificación o adhesión, según el caso; y también les fue permitido modificar la declaratoria ya depositada⁶⁸.

El instrumento original de las Convenciones se encuentra redactado en cuatro idiomas (español, francés, inglés y portugués), todos del mismo valor; y debe depositarse en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, organismo encargado de transmitir las informaciones pertinentes: firmas, depósitos de instrumentos de ratificación, adhe-

sión y denuncia, así como las reservas que hubiere, y cualesquiera otra prevista en el texto de las propias convenciones⁶⁹.

El examen crítico de las "cláusulas diplomáticas" es favorable: permite establecer un manifiesto deseo de facilitar la entrada en vigor de las Convenciones y de ampliar al máximo el ámbito de su vigencia. Sin embargo, resulta sorprendente el silencio sobre la posibilidad y el régimen de las reservas, no obstante haberse admitido su procedencia de manera incidental⁷⁰; y también hubiera sido saludable algún pronunciamiento sobre la eficacia de los nuevos Tratados sobre los Convenios anteriores, en particular respecto de los suscritos en Montevideo y del Código Bustamante.

17.—Aun cuando no fueron objeto de examen todos los puntos del Temario original, resulta evidente la importancia de la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-I): tuvo el mérito indiscutible de permitir un directo intercambio de opiniones entre representantes técnicos de muy altas calificaciones científicas⁷¹; y, según posteriores enseñanzas de la experiencia, semejante contacto personal ha constituido vigoroso estímulo en el avance de la labor codificadora. Desde esta perspectiva fueron proféticas las palabras del Embajador de El Salvador, doctor FRANCISCO BERTRAND GALINDO, con motivo de la clausu-

68. Expresamente se insistió en la diferencia existente con la "cláusula colonial", a fin de evitar innecesarias susceptibilidades (ILLUECA, Jorge A. "Informe del Relator de la Comisión I referente al Proyecto de Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Letras de Cambio, Pagares y Facturas", "Actas...", Volumen I, págs. 280-281).

69. A título de ejemplo cabe recordar las siguientes informaciones, especialmente previstas: si de acuerdo con la legislación del Estado parte, la factura constituye documento negociable; la indicación de la Autoridad Central competente para recibir y distribuir exhortos o cartas rogatorias; los requisitos exigidos por las leyes de los Estados parte para la legalización y para la traducción de exhortos o cartas rogatorias.

70. MAEKELT, *op. cit.*, págs. 102-104. La posibilidad de reserva fue contemplada expresamente en el artículo relativo a los informes que debían ser suministrados por la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos; y también en la letra b) del artículo segundo de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias.

71. En Informe presentado en febrero de 1975 al Comité Jurídico Interamericano el doctor JOSE JOAQUIN CAICEDO CASTILLA se refirió a las Delegaciones en los términos siguientes: "Estuvieron integradas por personas de las más altas calidades: profesores de Derecho internacional privado, o de Derecho comercial, o procesal, tratadistas de la materia, magistrados de las Cortes Supremas de Justicia de varios Estados y altos funcionarios de las correspondientes Cancillerías" (CJI 21, pág. 43).

ra de la Asamblea, cuando dijo: "grande ha sido el logro y... es mucho y muy importante lo que aún falta por hacer. Lo primero debe llenar de legítimo orgullo a los participantes, lo segundo los compromete a no desmayar y a continuar la obra ya comenzada"⁷².

La evaluación de los resultados de la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-I) constituyó uno de los puntos del Temario del "Segundo Curso de Derecho Internacional", que tuvo lugar en julio-agosto de 1975, bajo los auspicios del Comité Jurídico Interamericano. Conferencistas de reconocido prestigio, los doctores JOSÉ JOAQUÍN CAICEDO CASTILLA, HAROLDO T. VALLADAO y DIDIER OPERTTI BADAN, llevaron a conocimiento de los estudiosos, reunidos en Río de Janeiro, los nuevos instrumentos aprobados con el sincero propósito de resolver ciertos problemas inherentes al tráfico de las personas más allá de las fronteras; y la ulterior publicación de tan importantes comentarios ha permitido una amplia difusión de los Convenios suscritos en Panamá.

18.—Semejante tarea vulgarizadora encontró eficaz respaldo en la Décimo Novena Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados reunida en Cartagena, Colombia; y su Resolución Segunda, del tres de octubre de 1975, instó formalmente a los miembros "a que promuevan en sus respectivos países los trámites que sean necesarios ante los Gobiernos, para que firmen o, en su caso, ratifiquen las seis convenciones": al mismo tiempo fue destacado "que la pronta ratificación de las referidas convenciones constituirá un importante paso hacia el progreso de las relaciones entre los pueblos americanos y que la adhesión por parte de otros Estados facilitará las relaciones entre Países americanos y no americanos"⁷³.

Nuevo pronunciamiento sobre el asunto se produjo con motivo del "Primer Congreso de Derecho Internacional Privado del Area Andina", que tuvo lugar en Quito en marzo de 1976; y, a los tres meses, la Asamblea General de la Organización de

72. "Actas...", Volumen II, págs. 247-249.

73. "Trabajos realizados por el Comité Jurídico Interamericano durante el período ordinario de sesiones celebrado del 12 de enero al 13 de febrero de 1976", CJI-27, Washington, 1976, págs. 11-12.

los Estados Americanos en su Sexto Período Ordinario de Sesiones aprobó la Resolución AG/RES. 236 (VI-0-76) con el exclusivo propósito de exhortar a los Gobiernos de los Estados Miembros para que, conforme a sus procedimientos constitucionales, firmen y, en su caso, ratifiquen, si no lo hubieren hecho, las seis convenciones aprobadas en la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (Panamá, 1975)⁷⁴.

Las anteriores sugerencias encontraron fructífera receptividad: hasta el *veintidós de marzo de 1979*, Costa Rica, Honduras, Panamá, Paraguay y Uruguay han ratificado las Seis Convenciones, que adquirieron vigencia a partir del *dieciséis de enero 1976*; y, excepto la relativa al Arbitraje Comercial Internacional, todas rigen también en Chile, Ecuador y Perú: por su parte, México sólo se abstuvo de ratificar la Convención sobre Conflictos de Leyes en Materia de Cheques, y la referente al Régimen de los Poderes para ser utilizados en el Extranjero. Además, la República Dominicana ratificó el Convenio sobre Letras de Cambio, Pagarés y Facturas, y también el relativo a los Poderes para ser Utilizados en el Extranjero; y en Colombia rige la Convención sobre Arbitraje Comercial Internacional.

En consecuencia, la obra realizada en Panamá en 1975 ha trascendido del simple plano teórico para convertirse en Derecho convencional vigente en amplios sectores del Hemisferio: y si logran éxito los esfuerzos de los Estados Unidos de América, tendientes a superar colectivamente algunas inconveniencias de las Convenciones referentes a Exhortos o Cartas Rogatorias y sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, ciertamente se habrá avanzado en forma vigorosa hacia la progresiva codificación del Derecho internacional privado americano⁷⁵.

74. "Tratados Realizados por el Comité Jurídico Interamericano durante el periodo ordinario de sesiones celebrado del 12 de julio al 13 de agosto de 1976", CJI-29, Washington, 1976, pág. 10.

75. La materia fue objeto de examen en el Tercer Congreso de Montevideo que tuvo lugar del *veintitrés de abril al ocho de mayo de 1979*, cuyos resultados han sido comentados por Gonzalo PARRA-ARANGUREN: "La Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-II)", Volumen XXXII, 1979, Nrs. 94-96.

ESTADO E IDEOLOGIA *

[Individualismo, Personalismo y Transpersonalismo]

Henrique Meier

Prof. de Instituciones Políticas,
Derecho Constitucional y Derecho
Administrativo.

S U M A R I O

INTRODUCCION: I. La Concepción Individualista. 1. El Liberalismo 2. Liberalismo y Libertad. 3. Liberalismo y Democracia. II. La Concepción Personalista. 1. Origen. 2. Personalismo e Individualismo. 3. Personalismo y Libertad. 4. Personalismo y Estado. 5. Personalismo y Socialismo. III. La Concepción Transpersonalista. Conclusión.

INTRODUCCION

1. Uno de los temas más apasionantes de la filosofía y de la ciencia política es el relativo al Estado, su origen, estructura, organización y fines.

El Estado como forma moderna de poder, constituye una entidad histórica, una síntesis de elementos y factores naturales, económicos, sociales y culturales; una creación humana, la organización que ha adquirido la lucha por el poder, en un determinado período de la vida de los pueblos que integran la humanidad.

Hoy la mayor parte de las naciones se organiza en el contexto geográfico, político, económico y social del Estado-Nacional.

* El presente estudio es parte de un Manual sobre Instituciones Políticas y Derecho Constitucional, que espero muy pronto concluir como colaboración para el estudio de esta apasionante disciplina en nuestras Universidades. Se publica en el presente número de esta Revista, en virtud de la crisis de las ideologías que caracteriza la realidad política contemporánea, y el progresivo aumento de los poderes del Estado, esa suerte de Leviatán que bajo el pretexto de la razón de Estado, tanto en regímenes capitalistas como socialistas, amenaza la suerte del hombre como persona única e irrepetible.

La realidad política inmediata del individuo al nacer es el Estado.

Ahora bien, esta forma de concebir y de practicar las relaciones de poder y de dominación, la organización de la vida de relación, el intercambio permanente de hombres y cosas, en fin, la vida social, ha tenido un origen y una evolución, y es posible visualizar su desarrollo histórico futuro.

El Estado como toda forma social tiene una historia, entendiendo por tal la categoría tempo-espacial en la que se desarrolla inevitablemente la vida humana. El hombre es el único organismo viviente capaz de existir con conciencia del tiempo y del espacio. Ser histórico significa tener conciencia de no agotarse o extinguirse en un sólo acto; sino por el contrario, constituir un ente cuya existencia misma está vinculada a la realización de múltiples actos, en una cadena ininterrumpida de ciclos que solo se detiene con la muerte, es decir, con la cesación de la vida orgánica.

Mas el hombre no se resigna incluso a perecer en el tiempo histórico de su brevísima vida terrenal, y de allí su sentimiento y vocación a la trascendencia.

La angustia de la muerte y del olvido, es una fuerza que empuja al hombre y a los pueblos a los actos heroicos, al arte, a la sabiduría, a las obras materiales, pretendiendo con ello "trascender" de la condición biológica que nos ata a un ciclo de vida y muerte.¹

1. ERIC FROMM en su obra "Psicoanálisis de la Sociedad Contemporánea". Fondo de Cultura Económica. México, 1976, asigna a la angustia de la dicotomía vida y muerte, finito e infinito, presente en la naturaleza íntima del hombre, una de las grandes fuerzas psíquicas que impulsa al hombre trascenderse en actos y obras, a través de la asociación comunitaria. En ese orden de ideas señala el filósofo que "la existencia animal es una existencia armónica entre el animal y la naturaleza. Por el contrario, el hombre no es vivido sino que vive, tiene conciencia de su vida y del mundo, trasciende de la naturaleza pero no puede escapar a sus leyes biológicas: sabe que va a morir. Es el animal más desvalido por la conciencia de su dicotomía, de su ruptura: la angustia de esa dicotomía y de la conciencia de su muerte es una de las grandes fuerzas psíquicas que lo impulsan a asociarse y a transformar la naturaleza para compensar su precaria condición de animal desvalido" (p. 26). Por supuesto que la persona humana se asocia también por el impulso del amor y de la solidaridad; el sentimiento de empatía que nos lleva hacia los otros, aunque el desarrollo de ese sentimiento depende de las condiciones materiales y espirituales de la sociedad; pues históricamente se ha comprobado cómo determinados regímenes sociales estimulan más bien actitu-

Ese sentido de la historia impregna todas las creaciones humanas: el arte, la ciencia, la política, el derecho.

El Estado en un fenómeno globalizante, pues constituye el marco o cuadro, en el que se desenvuelve la vida de relación, o vida social. Es una forma política, es decir, una manera de organizar las relaciones de producción, el intercambio incesante de los hombres, y su necesaria dependencia de una estructura de autoridad.²

des contrarias a la relación de empatía, como es el caso de la sociedad capitalista basada en la acumulación de riquezas, en el más tener, y la competencia estéril de los hombres entre sí en función del dinero, del prestigio y del poder.

2. CORDOVA, ARNALDO. "Sociedad y Estado en el Mundo Moderno". Grijalbo. México, 1976.

El Estado como forma histórica de poder es una entidad reciente: Su origen está vinculado a la sociedad moderna, en especial al auge y desarrollo del régimen capitalista de producción y de organización de la vida de relación. Al respecto el autor que citamos expresa que: "El Estado Moderno aparece como una entidad con existencia autónoma respecto de la sociedad y de los hombres. Sus elementos pueden ser perfectamente diferenciados de los elementos propios de otras instituciones sociales y no existe ninguna razón para verlo confundido con los demás elementos de la vida social. El es el órgano del poder social, poder que también se sitúa por encima de la vida social. Su autonomía respecto de las formaciones sociales de todo tipo constituye su nota característica y su toque distintivo como organización moderna.

No hay Estado, escribía MAURICE HAURIUO, en el sentido propio de la palabra, sino hasta que se ha instaurado en una Nación el régimen civil, es decir, cuando el poder político de dominación se ha separado de la propiedad privada, cuando ha llegado a revestir el aspecto de una potestad pública y de ese modo se ha operado una separación entre la vida pública y la vida privada.

En una sociedad en la que tal separación no existe, todas las esferas de la vida social se identifican: lo religioso equivale a lo político, lo político a lo social, lo social a lo ético, etc. Estado y Sociedad son entonces una misma cosa.

La misma palabra Estado, empleada para designar la organización política, es de origen moderno. Los antiguos usaron las palabras polis, civitas, Regnum, imperium. San Agustín dio igual significado a las palabras República, Civitas, Regnum, las mismas que se siguieron usando en el medioevo cristiano, con significaciones diferentes (civitas: el Estado ciudadano; Regnum: las monarquías territoriales y república, reservada en la mayoría de los casos para designar a la república Christiana, la reunión de todos los fieles en Cristo).

En ningún caso se usó la palabra Estado. Es de suponerse que todo ello no haya sido motivado solamente por la cortedad de las miras de los estudiosos de aquellas épocas.

En realidad, se trata de estructuras políticas y sociales diferentes.

...Para los griegos el "Estado (en realidad la polis) era la sociedad misma, la "Ciudad" en la que lo político y lo jurídico se identificaban como lo religioso y con lo moral y en la que siguiendo a HAURIUO, puede decirse que no existía distinción alguna entre lo público y lo privado, de ma-

Sin embargo, esta superficial e incompleta aproximación al fenómeno estatal, no responde a las preguntas: ¿Qué es el Estado? y ¿cuáles son sus elementos característicos?

Estas interrogantes han pretendido ser respondidas de distintas maneras, dando lugar a un complejo de doctrinas, con relación a la interpretación de este fenómeno.

Quizás en razón de lo problemático y complejo que resulta abordar el tema del origen y factores que determinan la realidad estatal, muchos autores prefieren utilizar el método descriptivo, es decir, analizar los elementos que en el transcurso

nera que la vida del hombre era vida en y para la comunidad y la vida de la comunidad se identificaba con la vida de cada momento de sus integrantes.

Por el contrario, para el hombre moderno, términos como Estado y comunidad encierran significados profundamente diferentes, aunque estén íntimamente relacionados...

...La comunidad, que para los griegos lo era todo, la polis; para el hombre moderno no es algo que se dé de inmediato en su vida real. Lo privado se contraponen a lo público, y la vida de la sociedad se ve bifurcada, desmembrada en dos esferas, de modo que lo político, lo público, lo "general", se da separada y autónoma de lo privado, lo particular, lo cotidiano, y no sólo no necesita de esto para realizarse y actuarse, sino que puede y debe hacer a menos de ello para tal propósito" (págs. 21-24).

La extensa cita que me he permitido transcribir apunta hacia la esencia del Estado, como forma política moderna, y sus diferencias con otras formas históricas de organización de la vida política y social, como por ejemplo la Ciudad-Estado en la antigüedad clásica de la civilización griega o el Principado en el Régimen Feudal.

El Estado en ese sentido vendría a ser una forma o manera de organizar las relaciones de poder, y las bases de la vida económica y social, a partir de una dislocación de lo público (lo político) y lo privado (lo social y económico). El régimen capitalista como base de sustentación de la sociedad y el Estado Moderno, requirió de tal separación pues uno de los principios y axiomas de la ideología liberal burguesa es el confinamiento del Estado a lo estrictamente político, dejando que los individuos como seres libres y autónomos estableciesen de acuerdo con sus voluntades particulares, el régimen de intercambio de bienes y cosas, es decir la propia organización de la vida económica.

En el desarrollo de este ensayo se analizará la quiebra de la praxis y la concepción liberal-burguesa; no obstante es interesante destacar la importancia que ha tenido para la consolidación del Estado, en cuanto realidad material, prácticas en torno al ejercicio del poder, y sistema de representación y acciones en torno al mismo, el advenimiento del régimen social capitalista.

Para una ampliación de este tema se recomienda: M. HAURIUO, Principes de Droit Public, París, 1916; ANDRE HAURIUO, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, París, 1975; M. DUVERGER, Introduction a la Politique, París, 1974; A. PASSERIN D'ESTRÉVES, La Dottrina dello Stato, Torino, 1962; S. COTTA, La Cita Politica di S. A. AGOSTINO, Milano, 1960; U. CERRONI, MARX y el Derecho Moderno, México, 1976; N. POULANTZAS, L'État, Le Pouvoir et le Socialisme, París, 1978.

del desarrollo histórico se presentan como datos constantes del fenómeno estatal.

En ese sentido se llega a decir que cinco son los elementos presentes en la existencia y desarrollo de esta forma histórica de poder; algunos señalados como existenciales (población, territorio y gobierno) y otros calificados como determinantes (el Estado como una concepción histórica y su institucionalización, a partir de la conexión de esos factores entre sí por la norma jurídica: El Estado de Derecho).

Esta posición, quizás un poco cómoda, que no exige análisis crítico y que obvia el problema central del Estado, de la dominación de una clase sobre el resto de la población, de los fines que persigue el aparato estatal, de la ideología como sistema de creencias y de representaciones en torno a la justificación o legitimación de esa forma de poder; de los nexos existentes entre poder político y realidad económica (modo de producción); y entre poder político y estructura social, no resiste un proceso de investigación sobre lo que en verdad es el poder y su organización en la sociedad moderna.

Sin embargo, no trataremos en este breve ensayo los aspectos referentes al Estado en cuanto a su origen y esencia. Queremos abordar el problema de la ideología, es decir, de las doctrinas que pretenden explicar y justificar un determinado tipo o forma de poder. Nos interesa responder a la interrogante. ¿Por qué existe el Estado? (problema de su justificación) y ¿para qué existe? (problema de su fin o fines).

Ambas preguntas plantean una de las inquietudes formuladas por la mayoría de los grandes maestros de la política, en los estudios que sobre el ser y el deber ser del Estado se vienen haciendo desde el Siglo XVI, a nuestros días (MAQUIAVELO, HOBBS, BODINO, ROUSSEAU, etc.).

En este sentido, y aquí radica la importancia del presente análisis, a cada etapa del desarrollo histórico del fenómeno estatal, desde su aparición (S. XVI), hasta nuestros días, ha correspondido siempre una peculiar concepción, una doctrina e ideología, sobre la justificación y los fines del poder estatal. (Aquí puede entenderse definitivamente al Estado como una peculiar concepción histórica del poder político).

Por esta razón observamos como históricamente al modelo o tipo de Estado desarrollado en Europa durante los siglos XVI y XVII, es decir, el "Estado-Monárquico o Estado-Policía", corresponde una determinada "concepción" sobre el origen los fines y las funciones del poder estatal, y sus relaciones con los elementos existenciales de la sociedad política (territorio-población); la cual en última instancia tiene por misión fundamental "justificar", "legitimizar" ese tipo o modelo de Estado (sus principios fundamentales, sus métodos de acción, sus fines).³

3. Véase al respecto NICOS POULANTZAS "L'Etat, Le Pouvoir et Le Socialisme. PUF. Politiques. París, 1978".

El joven filósofo de origen griego NICOS POULANTZAS, recientemente fallecido analiza en esta interesante obra, la función de la ideología, o más bien de los aparatos ideológicos en el Estado Moderno, señalando específicamente lo siguiente... "La ideología no consiste únicamente, o simplemente, en un sistema de ideas o de representaciones: ella comprende también una serie de prácticas materiales que abarcan las costumbres, los hábitos, el modo de vida de la gente, y se coloca de esta manera, como el fundamento o base de las prácticas sociales, políticas y económicas.

Las relaciones ideológicas son esenciales para la constitución de las relaciones de propiedad económica y de posesión, en la división social del trabajo en el seno mismo de las relaciones de producción.

El Estado no puede consagrar y reproducir la dominación política empleando de modo exclusivo, los medios represivos, la fuerza o la violencia "desnuda"; por ello utiliza la ideología que legitima la violencia y que contribuye a organizar un "consensus" de ciertas clases y fracciones dominadas, con respecto al poder político. La ideología no es cualquier cosa neutra en la sociedad: no existe sino ideología de clase. La ideología dominante consiste en un poder esencial de la clase dominante.

Así la ideología dominante se encarna en los aparatos del Estado, y tiene por función elaborar, inculcar y reproducir esta ideología, lo cual es importante para la constitución y la reproducción de la división social del trabajo, de las clases sociales y de la dominación de clase.

Esta es por —excelencia— la función de determinados aparatos que dependen de la esfera del Estado, y que han sido designados como los aparatos ideológicos del Estado..." (págs. 32-33).

Nótese la agudeza del autor al plantear lo que es la ideología, su función en la constitución de las relaciones de producción y de dominación, y cómo determinados instrumentos del Estado tienen por misión transmitir tal ideología.

En síntesis, el pensamiento de POULANTZAS puede resumirse así:

- a) La ideología no es un simple sistema de creencias y representaciones, pues se manifiesta o expresa también en prácticas de orden material: en actos, costumbres, hábitos de la población, en un modo de vida, en definitiva constituye la base sobre la que se edifica y construye el conjunto de prácticas sociales, políticas y económicas.
- b) La ideología no es algo neutro; por el contrario, es esencial su papel en la formación de las relaciones de producción, en la legitimación y justificación de la denominación política, económica y social de una clase, sobre el resto de la población.
La ideología es siempre una ideología de clase.
- c) El Estado no emplea sólo la fuerza para reprimir y controlar a la población. Los aparatos ideológicos del Estado, tanto formales como no

Un cierto conservatismo histórico-tradicional, se eleva por encima de la realidad concreta del Estado para justificar históricamente la concentración del poder político, en un solo destinatario: La corona, el Rey, "el señor de los Señores". MAQUIAVELO en Italia (El Príncipe); HOBBS en Inglaterra (El Leviatán) y BODINO en Francia (Los Seis Libros de la República) construyen cada uno a su manera, toda una doctrina en apoyo del absolutismo monárquico como forma del poder político.⁴

Este tipo o modelo de Estado, como toda creación humana luego de nacer, desarrollarse hasta cierta plenitud, de acuerdo a determinadas circunstancias históricas entró en crisis, dando origen a una nueva forma de ejercicio del poder estatal,

formales, juegan un rol esencial en la elaboración, en la inculcación y reproducción de la ideología de la clase dominante. Tal es el caso por ejemplo del aparato informativo, los medios de comunicación social, tanto públicos, como privados (prensa, radio, TV, cine); el aparato cultural (la escuela, la Universidad, etc.).

En las sociedades capitalistas dependientes, la TV y el cine juegan un papel primordial en la inculcación de la ideología capitalista, la ética del consumismo o ética burguesa: el gusto por el dinero, el sentido de la propiedad privada como algo inherente al ser, la superioridad de la raza blanca, el utilitarismo como fin de la vida, las bondades del sistema occidental con respecto a otros sistemas y otros valores inherentes a las relaciones de dominación. En este caso la ideología de la clase dominante de los países industrializados coincide o más bien se proyecta (a nuestro país, a través de las clases dominantes de nuestra sociedad).

4. NICOLAS MAQUIAVELO ("Maquiavelismo", "Maquiavélico"). "El Príncipe" (1513), Florencia.

Nunca una obra tan corta, ha podido penetrar en la ética política del mundo occidental y cristiano en la forma como lo ha hecho "El Príncipe" de MAQUIAVELO. Obra constituida por un conjunto de observaciones y consejos dirigidos a un cierto príncipe, con el fin de exponer el arte y la técnica de un gobierno cuya finalidad fundamental, es la estabilidad (mantenerse, perdurar) y la efectividad. Ética instrumental, la que MAQUIAVELO desarrolla a lo largo de su obra, analizando la naturaleza humana de los hombres de su siglo (XVI) y de Florencia, principalmente, llegando a la conclusión, de que tanto gobernantes como gobernados se caracterizan esencialmente por el egoísmo, la traición, la mutabilidad en las opiniones, el engaño, la envidia, etc. Frente a esta realidad humana, los hombres deben ser gobernados, según MAQUIAVELO por un príncipe que utilice de acuerdo a las necesidades del momento (la oportunidad política), tanto el terror y la amenaza, la crueldad y la opresión, como la dádiva y la recompensa. Todo ello, como instrumento para gobernar con éxito.

La profunda aspiración de MAQUIAVELO es la "unificación" de Italia en un solo Estado fuerte y unitario, tarea que le corresponde al "Príncipe" a quien va dirigida la obra, y para lo cual las máximas observaciones del autor, deben ser la guía y la orientación en el desarrollo de una obra de tal magnitud. En definitiva, "El Príncipe" es un conjunto de observaciones y principios referentes a la técnica y al arte de gobernar a los pueblos procurando mantener un poder estable frente a los peligros internos y a los externos (invasiones de pueblos extranjeros).

basada en una nueva clase social triunfante (la burguesía), en una manera diferente de producir (capitalismo) y en definitiva, en una filosofía diferente sobre el hombre y sus relaciones con la naturaleza, con la sociedad y con Dios.

Este nuevo tipo de Estado, que aparece a finales del Siglo XVIII, y se consolida en el Siglo XIX, y que ha sido denominado "Estado Liberal Burgués", es justificado a su vez, por una nueva postura filosófica aplicada al campo de la política. El Liberalismo representa la concepción ideológica, en la cual se apoya, se justifica y se legitima el nuevo poder triunfante: El poder burgués.

La nueva concepción histórica del poder político; se fundamenta en el pensamiento liberal, cuyos principales representantes son: JHON LOCKE (Ensayo sobre el Gobierno Civil, 1690); MONTESQUIEU (El Espíritu de las Leyes, 1748); J. J. ROUSSEAU (Del Contrato Social, 1762) y SIEYÉS (¿Qué es el Tercer Estado?, 1789).⁵

En el desarrollo histórico del Estado Liberal-Burgués surgen a consecuencia de una serie de factores socio-económicos (adquisición de "conciencia política por parte de la gran masa de trabajadores "proletariados" dentro de la sociedad capitalista) e ideológicos (La aparición de nuevas doctrinas sobre los fenómenos económicos y políticos, como por ejemplo el Socialismo), nuevas ideas, conceptos sobre la finalidad del poder político estatal. El Estado deja de ser un simple espectador de la vida económica, social y cultural de la sociedad, y guardián del orden público y social, para convertirse en un agente de cambio, de transformaciones fundamentales en el seno de la colectividad.

El Estado Liberal-Burgués de Derecho, se transforma en la mayoría de los países occidentales (Holanda, Suecia, Dina-

5. MONTESQUIEU: "Del espíritu de las Leyes, 1748".
"El fin de la Constitución Inglesa, es la libertad. El medio una monarquía mixta. Las prerrogativas del soberano, de los grandes y del pueblo, están de tal manera atemperadas las unas por las otras, que ellas se sostienen mutuamente. Al mismo tiempo cada una de esas tres potencias que forman parte del gobierno puede interponer obstáculos invencibles a las acciones que una de las otras dos, o dos de las mismas, quisieran llevar a cabo, para hacerse independiente" (Fundamento del moderno principio de la separación de poderes).

marca, Bélgica, Francia, Italia) en un Estado Social de Derecho, conservando evidentemente sus bases liberales burguesas. El proletariado (los trabajadores asalariados) pasan a formar parte de la "clase media", a través de la presión continua sobre el poder político, de sus organizaciones gremiales y políticas: los sindicatos, los partidos políticos socialistas, laboristas, radicales, etc.

Una nueva concepción del fin del Estado y de su justificación, se propaga en todos aquellos países cuya estructura estatal se fundaba en la concepción liberal-burguesa.

La ideología del dirigismo, de la intervención inspirada en las doctrinas y en los partidos social-demócratas y demócratas-cristianos, a partir de la Segunda Guerra Mundial (1945), es la base o fundamento del nuevo Estado, que se perfila en el futuro como un poder cuya finalidad radica en la producción, distribución y circulación y consumo de riquezas para el mayor número de individuos posible (Estado Tecnocrático). Asimismo, y a partir de 1945, los estados de Europa Oriental (Rumania, Checoslovaquia, Yugoslavia, Hungría, Alemania Oriental) son influidos por el radio de acción político-ideológico del Estado Bolchevique, dando origen en esos países, a una nueva concepción del poder político, inspirada en la obra ideológica doctrinaria de KARL MARX y en la praxis histórico-política de la Revolución de Octubre (1917) (LENIN). Se trata de la "Dictadura del Proletariado", fase primaria y necesaria de un nuevo Estado Socialista, cuyo objetivo final es la propia desaparición del aparato estatal, como órgano represivo, en una sociedad libre donde el hombre se reconciliará consigo mismo, y con su prójimo, desapareciendo "la explotación del hombre por el hombre", que ha sido la constante en la historia del mismo, para llegar a "La Sociedad Comunista".

Este nuevo tipo de Estado intervencionista, cuyo poder político planifica de manera imperativa las actividades fundamentales de la vida social, económica y cultural de la sociedad, se apoya desde el punto de vista conceptual-ideológico en las obras y autores siguientes: CARLOS MARX y FEDERICO ENGELS (1848) "El Manifiesto del Partido Comunista", LENIN

(1917), "El Estado y la Revolución"; "El Capital", (KARL MARX); "Reflexiones sobre la Violencia" (SOREL), 1918, etc.⁶

Ese nuevo modelo estatal, formado a partir de 1945, sobre las ruinas de la Democracia Liberal-Burguesa, y de algunas monarquías dinásticas (Imperio Austro-Húngaro), caracterizado por "su función económica" ha comenzado a ser el objeto de diversas críticas por parte de filósofos de la política y de pensadores en general, quienes recogen de esta manera la profunda inquietud existente en los pueblos de Occidente, en relación a la posibilidad que existe tanto por parte del Estado Social de Derecho, con bases liberales y democráticas, como por el Estado Socialista Burocrático, de inspiración marxista-leninista con todas sus variantes (Yugoeslavia, Rumania, China, etc.), de transformarse en un Estado TECNOCRÁTICO, especie de Gran Leviatán, donde el hombre-individuo, perderá definitivamente toda posibilidad de participar en las decisiones políticas, y aún más su propia libertad para decidir sobre su vida interior.

En este sentido, es interesante consultar las obras de pensadores como: ERIC FROMM (El Miedo a la Libertad, la Revolución de la Esperanza, Psico-análisis de la Sociedad Contemporánea, etc.); MAURICE DUVERGER (Janus Las Dos Caras de Occidente); HERBERT MARCUSE (Eros y Civilización; el Hombre Unidimensional), GEORGE BURDEAU (El Estado, la Democracia), etc. Estos y otros pensadores coinciden en el peligro que se cierne sobre los hombres del Siglo XX y del XXI, por cuanto tanto en las sociedades de economía socialista, como en aquellas que producen bajo la inspiración liberal y neo-liberal se está formando un pensamiento tecnocrático e impersonal, la llamada

6. "El Manifiesto del Partido Comunista".

"Una vez que, en el curso del desarrollo, las diferencias de clases hayan desaparecido y que toda la producción esté concentrada en manos de los individuos asociados, el poder público pierde su carácter político... Si el proletariado, en su lucha contra la burguesía llega necesariamente a unirse en clase; y se transforma por una revolución la clase dirigente, suprime por la violencia las condiciones tradicionales de producción y suprime igualmente las condiciones de existencia del antagonismo de clases en general, y de allí su propia supremacía de clase. La antigua sociedad burguesa, con sus clases y sus antagonismos de clase, es reemplazada por una Asociación, donde el libre desarrollo de cada uno es la condición del libre desarrollo de toda sociedad comunista".

"razón técnica"⁷ que tiende a sustituir la decisión humana y personal por la decisión automática inspirada en consideraciones únicas y exclusivamente técnicas.

Ahora bien, todas estas concepciones que hemos mencionado en las páginas anteriores, y que responden a la necesidad de justificar la existencia de ciertos y determinados tipos de Estado en el tiempo y en el espacio, inciden de manera categórica sobre el fin o los fines que el poder político-estatal dentro de cada uno de los modelos históricos del mismo, trata de institucionalizar en la praxis política, a través de todo su aparato burocrático y jurídico.

En otras palabras, es indudable la conexión estrecha que existe entre el Estado, como un modelo histórico determinado (absoluto, liberal-burgués, intervencionista, socialista), la concepción doctrinaria que lo "justifica" como aparato represivo de dominación y de imposición y mantenimiento de un determinado "orden social" y en definitiva los "fines" concretos hacia los cuales tiende el Estado en la dinámica política.

7. Se recomienda para entender la naturaleza y alcance de la actitud tecnocrática, la obra del filósofo venezolano ERNESTO MAYZ VALLENILLA "Crítica a la Razón Técnica", Edic. Equinoccio, USB, 1975.

En esta obra el brillante pensador venezolano analiza los profundos cambios culturales, en la manera de pensar, en los hábitos, costumbres y en la actitud del hombre y de la sociedad de nuestros tiempos, que se están produciendo como consecuencia de la incorporación de utensilios y aparatos técnicos en la vida individual y en las relaciones inter-personales.

La razón técnica conduce a un mundo en el que va desapareciendo la base histórico-natural originaria de la vida (La naturaleza en su sentido biológico), para dar paso a una supranaturaleza técnica, a un mundo artificial. El gran arsenal de mercancías de la crítica marxista al desarrollo de la sociedad capitalista.

El individuo aislado y encerrado en sí, se pierde entre objetos y utensilios que posee, con la falsa creencia de una felicidad basada en el placer de tener y manipular.

Se van perdiendo las fuerzas vitales. El hombre delega en utensilios sus funciones básicas. MARCUSE en el "Hombre Unidimensional" señala que el individuo en la sociedad de consumo encuentra su alma en el aparato de televisión o en el reproductor que lleva en su automóvil.

La progresiva "cosificación" de la persona humana y de sus relaciones, es una característica que ya se observa en las sociedades más desarrolladas" bajo el modelo consumista, y aún en nuestro país, que presenta el absurdo contraste de una mayoría de hombres y mujeres que no puede satisfacer adecuadamente sus necesidades vitales fundamentales: hambre, sed, educación, etc., mientras que una minoría que controla la distribución de las riquezas producidas por el Estado Petrolero, a través del sistema de la corrupción social, económica, política y administrativa, vive a la manera de la alta burguesía de las naciones capitalistas de Occidente, con un desprecio absoluto hacia los valores trascendentales del espíritu, y con poco sentido de la historia y del destino de nuestra Nación.

Es este orden de ideas, observamos como para el pensamiento liberal, fundamento y justificación del Estado liberal-burgués, el fin primordial del Estado será el de garantizar y proteger los derechos individuales del hombre, contra los abusos y la arbitrariedad que son tendencias naturales del poder político. La base jurídico-política del Estado liberal-burgués estará en la limitación o autolimitación, que por el derecho se "institucionaliza" de la organización y el ejercicio del poder político. Tres factores confluyen a la consolidación institucional de tal fin:

a) Históricamente, responde a la "necesidad" de limitar un poder (monárquico) que se caracteriza por su absolutismo y su arbitrariedad. En el Estado absoluto, el hombre como individuo se encontraba sin ningún tipo de protección frente a los abusos de la Corona, y de los Señores y Príncipes. Existe entonces una auténtica necesidad histórica en la consecución de este fin del Estado.

b) Filosóficamente, es decir doctrinariamente, es la consecuencia lógica del pensamiento liberal, fundado en la concepción racionalista e individualista del hombre, para quien la libertad individual (libertad-autonomía) es el supremo bien y la finalidad esencial de la sociedad. Garantizar y proteger esta concepción de la libertad, es el fin de toda la acción estatal y sólo en ella se justifica la existencia misma del Estado.

c) Socio-económicamente, no es más que la concreción, de la necesidad de seguridad jurídica (orden fundado en un derecho objetivo altamente racionalizado) que tenía la burguesía triunfante para desarrollar en el campo económico-social, el nuevo tipo de sociedad en la que dicha clase se constituye como "clase dominante" al servicio del cual actúa el poder político.

De esta específica concepción sobre el Estado y sus fines, surgen necesariamente los principios jurídico-políticos del Estado Liberal Burgués.

1. La legalidad: Autolimitación del poder por el Derecho.
2. La separación de poderes: El poder fraccionado se debilita.
3. El principio de que todo está permitido salvo aquello prohibido "Textualmente por Ley".

4. Esto conlleva a que se desarrolle un orden social que busca en el aparato estatal la consagración de los derechos del individuo a través de un ordenamiento jurídico escrito y riguroso (La Constitución como expresión suprema de este orden).

La dinámica misma del Estado liberal-burgués, apoyado en el pensamiento liberal, y en los principios-políticos consagrados por un ordenamiento jurídico objetivo, tenderá indefectiblemente a que se consideren "La Justicia", "El Bien Común" y "La Seguridad Jurídica", como los tres fines ideales de "toda sociedad políticamente organizada", aunque sea el último de los mencionados el que se transforme en el fin primario del poder político liberal-burgués.

En el cuadro de este modelo histórico que ha asumido de esta forma la idea del Estado, el poder se limita a mantener el orden político y un estado de seguridad jurídica, ambos necesarios para que la burguesía capitalista, disponga de las condiciones mínimas en su afán de desarrollar un determinado tipo de economía. Por esta razón el poder jurídicamente no asume obligaciones de carácter económico, ni de carácter social sobre la población del Estado.⁸ No existe la idea del Bien Común o del bienestar colectivo, la cual conlleva necesariamente la obligación de parte del poder, de satisfacer las necesidades colectivas, mediante acciones positivas.

"Laissez Faire et Laissez Passer" (Dejar hacer y dejar pasar traducen esa idea de no intervenir en la vida socio-económica, salvo para garantizar las condiciones mínimas de orden público y de seguridad jurídica).

Por otra parte, la justicia, como idea sólo tiene una dimensión individual y no social, se referirá sólo a la solución equitativa de los conflictos surgidos entre los particulares.

La separación entre lo político (público) y la económico (privado), no implica que el Estado se encuentre fuera, al ex-

8. Esta no intervención del Estado en la esfera de la organización económica, es más un postulado ideológico y una forma de articulación de lo político con lo económico en el régimen capitalista, que una auténtica realidad histórica.

terior de las relaciones de producción, es decir del espacio económico, ya que tal separación no es más que la forma como se presenta en el capitalismo, la presencia constitutiva de la política en la organización de las relaciones de producción.

Por lo demás, para entender o comprender esta separación, es necesario precisar que determinados elementos de realidad histórica ligados al nacimiento del Estado Capitalista moderno, se vinculan de manera indisoluble. Así, no podemos desligar esta separación entre Estado y sociedad, de la consolidación de la burguesía como clase social que detenta la propiedad y posesión sobre los medios de producción, la cristalización de la propiedad privada como un derecho abstracto y universal, medio para legitimar y justificar el despojo al productor directo de los medios y objetos de su trabajo, el desarrollo de la idea del individuo como entidad libre, autónoma y superior al Estado: la separación Estado-individuo y la sociedad concebida como simple agregado de individuos; lo económico como espacio privado y privativo de los individuos (la burguesía), en el cual políticamente no debe intervenir el Estado sino para garantizar el libre intercambio de mercancías, el auge del contrato como expresión jurídica del intercambio voluntario entre libres propietarios de mercancías; la idea del pueblo como entidad abstracta (Nación) y del Estado como resultado de un acuerdo o pacto social entre individuos esencialmente iguales, idénticos poseedores de una naturaleza racional abstracta ("Le Citoyen" de la Revolución Francesa).

Esta metodología para analizar la estructura, dinámica y fines de Estado liberal-burgués, es válida también para estudiar el modelo histórico del llamado Estado Intervencionista y para reflexionar sobre el modelo socialista. Para estas nuevas formas de ejercicio del poder político, el bien de la colectividad y la satisfacción de las necesidades de las masas, se transformarán en el fin primordial de la acción del Estado. El Estado asume obligaciones colectivas respecto de la sociedad: La salud pública, la educación, la protección del trabajo y del trabajador, el desarrollo social y económico, traducen esa nueva perspectiva.

5. En definitiva, todas estas "concepciones" elaboradas en la historia de las sociedades políticas para justificar ciertas formas históricas que ha asumido el poder "estatal" pueden ser clasificadas⁹ tomado como criterio central, la importancia que las mismas otorgan al hombre, dentro de los fines de la acción estatal, en tres grandes corrientes:

1. El Individualismo.
2. El Personalismo.
3. El Transpersonalismo.

Antes de desarrollar estas tres tendencias en relación a las diversas posiciones asumidas en torno a la problemática del fin o de los fines del Estado, es necesario que nosotros reafirmemos la importancia y el interés de tal problemática, por cuanto la misma no sólo coincide con el problema vinculado a la dirección ideal del Derecho, sino que se inserta en otra de superior volumen y más anchuroso alcance, cual es el dilema de la concepción sobre la valoración de la vida humana y la acción estatal que de por sí tiende en su dinámica natural a desvalijar la idea del hombre, de la persona humana y de su dignidad consustancial; y es precisamente en relación a esta cuestión que se dibujan las tres actitudes, mencionadas "supra", el individualismo, el personalismo y el transpersonalismo. Según las dos primeras, (individualismo y personalismo) la cultura y la colectividad deben converger hacia el hombre y tomarle como sustrato; deben convertirse en medios para elevar a éste hacia la región de los valores. En síntesis, el Estado sólo sería un medio o instrumento, la servicio del hombre, único fin y justificación de la existencia del Estado. La diferencia entre ambas posturas estribaría, en la específica idea o concepción que ambas propugnan o sustentan sobre el hombre: así mientras para el individualismo el hombre es considerado como un ser aislado del universo y capaz de autodesarrollarse como ser autónomo y libre (la libertad autonomía), a quien es posible asignarle un conjunto de características por su específica naturaleza o esencia de "ser racional"; para el personalismo el hombre no tiene sentido, sino en cuanto ser de relación, vinculado con toda su integri-

9. Sin perder de vista el hecho de que toda clasificación es subjetiva y por tanto sujeta a margen de duda y crítica.

dad con el universo que lo rodea, desde su intimidad familiar, pasando por los grupos intermedios de la sociedad, hasta llegar al Estado y a la Comunidad Internacional. El hombre sí bien tiene un centro autónomo de decisiones, jamás puede tomar una determinación sin influir y ser influido por el cúmulo de relaciones que le rodean. Estas dos ideas sobre el hombre darán origen a específicas concepciones sobre la libertad, la política, el Estado, la democracia, etc.; según la tercera concepción (la transpersonalista), "el hombre sería un mero instrumento para que se produjeran obras de cultura como substrato objetivo Ciencia-Arte-Técnica-Estado"¹⁰ de acuerdo a la acertada expresión de LUIS RECASENS SICHES.

I. LA CONCEPCION INDIVIDUALISTA (EL INDIVIDUALISMO)

1. La más expresiva de las concepciones individualistas del hombre en su relación con EL ARTE, LA CULTURA, EL DERECHO, EL ESTADO, etc., está constituida por el liberalismo.

— El liberalismo se caracteriza específicamente por ser una concepción individualista; es decir, una concepción para el cual el "individuo" y no los grupos constituyen la verdadera esencia; los valores individuales son superiores a los colectivos; y el individuo, en fin, desde su destino hace la historia.

— Siguiendo la expresión del Profesor MANUEL GARCÍA PELAYO, en su obra "Derecho Constitucional Comparado" (Manuales de la revista de occidente. Madrid, 1953), caben en el individualismo diversas tendencias que formalmente podrían ser reducidas a dos, a saber:

a) Un llamado o denominado "*Individualismo concreto o vital*", que parte de los individuos como seres singulares, y por consiguiente, de su heterogeneidad y desigualdad; no tiene en cuenta lo común, sino lo singular, y afirma el derecho del individuo a extender su esfera hasta donde lo permita su po-

10. Filosofía del Derecho por GIORGIO DEL VECCHIO y Extensas adiciones por LUIS RECASENS SICHES, Tomo II, Bosch Casa Edit. Barcelona, pág. 195.

der. Es, para poner unos ejemplos, el individualismo de los sofistas, de MAQUIAVELO, de STIRNER, de NIETSCHÉ¹¹.

b) Diferente sería la tendencia que ha sido denominada "*individualismo abstracto*". Este concibe a los individuos no en el aspecto singular sino genérico "como hijos de una misma sangre y de una misma carne"; de lo cual deduce igualdad y homogeneidad sustanciales, y consecuentemente, llega a la conclusión de que cada individuo tiene igual pretensión a desplegar sus potencialidades vitales, y por ende el deber de respetar esta pretensión en los demás. Esta homogeneidad originaria sirve de punto de partida para que cada cual desarrolle la singularidad de su existencia individual.

— Esta segunda concepción individualista (El individualismo abstracto) es la que ha servido y sirve de base filosófica al liberalismo político. El individuo para el liberalismo es un ser abstracto. — "Le Citoyen" (El ciudadano) para la doctrina de la Revolución Francesa de 1789 es una especie de hombre genérico caracterizado, no por la singularidad concreta y dinámica del "hombre en situación", sino por la singularidad como producto de pertenecer a una idea genérica, abstracta y universal del hombre. En otras palabras; el liberalismo admite un momento trascendente, puesto que con arreglo al supuesto de que parte, sólo es posible la afirmación del valor y dignidad de la persona humana, y el respeto debido a ella, sobre la base de una común participación de los individuos en ciertas verdades y valores trascendentales a todos ellos y que se hacen inmediatamente cognoscibles por la razón. Esta especie de lego secularizado, o de "*Santo Laico*" conduce a la idea de humanidad y a la tesis de que ningún hombre debe encontrar obstáculos para el desarrollo y despliegue de su personalidad en las diversas esferas vitales. Por consiguiente, gira en torno a una afirmación de libertad, y a la consideración del Estado como instrumento para hacer efectiva esa libertad.

2. *Liberalismo y Libertad* (concepción liberal de la libertad individual). El liberalismo, es decir, la teoría liberal afirma que el medio óptimo para lograr un valioso desarrollo de las personas y un entrelace armónico de sus actividades, es concederles la máxima libertad (*Laissez faire et laisser-*

11. GARCIA PELAYO, MANUEL. *Opus cit.*

passer - dejar hacer y dejar pasar). Los fundamentos y orígenes de esta idea de la libertad le vienen al liberalismo, del racionalismo exacerbado del siglo XVIII, que creía en la racionalidad de todo lo espontáneo; en una razón inminente de las cosas, que las rige con suprema sabiduría.

Es el tradicional concepto de la libertad autonomía o el libre albedrío: El hombre por su esencia ontológica es un ser naturalmente libre, capaz de optar frente a alternativas distintas, tomando la decisión individual y personal, que considera más conveniente, de acuerdo a su saber y entender. La racionalidad inherente al individuo, le permite la opción en su decisión, por tanto lo hace plenamente responsable de cada uno de sus actos. El Estado, no puede desconocer esta libertad consustancial al individuo, su deber como aparato político al servicio del hombre individual, es precisamente, garantizar esa libertad fundamental contra todo ataque proveniente de la sociedad y del propio poder. Según la tendencia liberal apoyada en el individualismo abstracto, la senda natural para llegar a la verdad es la libre discusión, la pugna entre las diversas opiniones, de la cual saldrá triunfante y fortalecida la verdadera. Libertad de pensamiento, de palabra, de discusión, de prensa y de reunión, son ingredientes esenciales del sistema liberal. Asimismo, y como hemos visto en el primer capítulo de esta obra, el liberalismo propugna la doctrina de la separación de poderes, porque en ésta ve el entrechoque de fuerzas opuestas, del cual ha de surgir por equilibrio, el triunfo de lo justo.

Este nuevo pensamiento es aplicado al campo de lo económico: el secreto de la armonía perfecta, consiste en la libre concurrencia de los particulares: libertad de comercio, de contratación, de trabajo, serán los cauces a través de los cuales surgirán la mayor riqueza y la armonía social de los diversos intereses.

El autor que con mayor precisión ha expuesto la esencia de la doctrina liberal es el francés J. J. ROUSSEAU.¹²

12. J. J. ROUSSEAU. Contrato Social. Ediciones Ereila Stgo. de Chile 1943, pág. 12.

Por todo ello, el orden jurídico, el Estado, ha de limitarse, de acuerdo al sistema liberal, a garantizar el ejercicio de la libertad, protegiendo todas sus manifestaciones y castigando los ataques contra ella.^{13, 14}

13. El Derecho debe producir la libertad individual, producirla en cuando es posible, es decir, no la libertad interna, sino la exterior, que es supuesto de la obra. Radbruch, Rechtsphilosophie, 1982, pág. 60.

14. MARCUSE, HERBERT. "Pour une theorie critique de la Société. Editions Denoel. Paris 1971.

Con relación a la noción burguesa de la libertad, MARCUSE analiza la influencia de la obra de LUTERO (Tratado de la Libertad Cristiana), en el desarrollo de las relaciones entre autoridad y libertad, en el régimen social capitalista, y al respecto expresa lo que sigue: "La libertad se reduce a la esfera "interior" de la persona, mientras que, al mismo tiempo, el "hombre exterior" es sometido a las autoridades seculares; ese sistema de autoridades terrestres es trascendido por la autonomía de la razón privada; la persona y las obras (la persona y la función) se separan; lo que introduce una doble moral; la ausencia de libertad y la desigualdad reales se justifican en tanto que consecuencias de la libertad y de la desigualdad de la esfera interior" (pág. 16).

Es evidente que esta concepción en su aplicación práctica, al mundo de las relaciones económicas y sociales, conduce a la "despersonalización" del hombre en su vida de relación, pues en una sociedad volcada hacia el cambio o intercambio de mercancías entre los individuos, esa función adquiere la principal y fundamental relevancia en la vida humana. El hombre deja de comprometerse en cuanto persona real con todos sus sentimientos, impulsos e ideas que constituye su ser en el mundo, para desdoblarse de manera permanente, dejando lo auténticamente humano y trascendente en un plano secundario.

La dimensión utilitaria e instrumentalista, y el ejercicio de una mera función social, sustituyen la vida como existencia integral comprometida en y para la comunidad, tal y como sucedía en las formas sociales pre-burguesas. ARNALDO CORDOVA en su obra Sociedad y Estado en el Mundo Moderno, nos dice con relación a este hecho lo que sigue: "El cambio deviene el hecho social por automasia. Toda otra relación entre los hombres no pasa de ser una relación simplemente privada, asocial y ajena al carácter general de la sociedad. En la nueva comunidad, los hombres no participan con su ser real, que resulta un ser asocial, o mejor aún presocial (privado), sino con su voluntad. La misma producción se transforma en un asunto específicamente privado y lo privado viene a constituir la forma en que se manifiesta lo social, paradójicamente, en su opuesto" (opus cit. pág. 32). En la sociedad burguesa, dentro del contexto político de su forma política, que es el Estado Liberal-Burgués, se inicia la separación entre lo público y lo privado, entre sociedad y Estado, individuo y comunidad. El hombre en sus prácticas económicas y sociales, y en sus ideas y representaciones, se disloca de manera absoluta, comienza un proceso de mutilación de la integridad de la persona, es decir, un proceso de alienación. La incapacidad del hombre moderno para comunicarse existencialmente, tiene su origen en la pérdida de su identidad personal. Asistimos hoy a un mundo en el que paradójicamente, las comunicaciones formales se han desarrollado extraordinariamente como resultado de nuevas tecnologías capaces de transmitir informaciones de una región a otra del planeta, y de trasladar en pocas horas a grupos humanos de un continente a otro, y sin embargo, en lo personal, el vacío, la soledad y la incomunicación han llevado a una crítica situación, pues la sociedad industrializada y de consumo conduce progresivamente a una vida volcada hacia las cosas, hacia el intercambio.

El liberalismo recogió sus fundamentos teóricos de la siguiente fuente: Las Teorías del Derecho Natural Clásicas, de un modo especial el pensamiento contractualista de LOCKE y ROUSSEAU, la corriente espiritual del Iluminismo y de la Enciclopedia cuyo sentido de exaltación de la libertad individual venía formándose desde los inicios del pensamiento filosófico moderno. Asimismo, la obra de MONTESQUIEU y la de VOLTAIRE: las doctrinas sociales y económicas de los fisiócratas QUESNAY, TURGOTTE y de ADAM SMITH; la filosofía de KANT, que contribuyó en forma decisiva, a dar base y sistematización a las ideas liberales inspiró su construcción más típica, la de HUMBOLDT; la tradición política inglesa, culminada en cierto aspecto en STURAT MILL, etc.

El liberalismo económico inspirado en la escuela clásica de ADAM SMITH, condujo en la práctica a las injusticias más atroces, con la institucionalización en la vida socio-económica del axioma francés del "Laisser Faire, Laisser Passer". El costo social, en pérdida de vidas humanas, accidentes, trabajo esclavizante de menores y mujeres en fábricas y minas, las pésimas condiciones de seguridad industrial, de salarios y la ausencia absoluta de una acción estatal y de una legislación proteccionista produjeron la crisis y la quiebra del sistema liberal y del Estado en el cual se desarrollaron esos principios: El Estado-Liberal-Burgués. "En cierto modo —como lo expresa RECASENS SICHEZ en su obra ya citada—, se verificó una especie de superación del liberalismo, en la cual se conserva la idea fundamental de libertad, aplicada sobre todo a la vida espiritual y a la esfera ciudadana, pero se procede a una dirección, o cuando menos a una intervención estatal en la economía.^{15, 16}

Los hombres de la burguesía refugiados en sus pobres y solitarias regiones de las mercancías adquiridas, dueños de una supuesta libertad, gracias a la propiedad creciente de objetos, temerosos de perder posición en un mundo convulsionado por las injusticias, los desajustes económicos, guerras sociales y políticas, no encuentran salida al impasse.

Sólo una revolución personalista que reintegre al hombre, le regrese su identidad personal con base en la solidaridad y el amor, podría cambiar la triste vida de las sociedades modernas.

15. FRANCISCO ALFONZO RAVARD. "La Cuestión Social". C. A. Artes Gráficas, Caracas 1942, págs. 197 y 198.

A ADAM SMITH se le ha llamado con justicia el Padre de la Economía Moderna. Su obra Investigaciones acerca de la Naturaleza y las Causas de la Riqueza de las Naciones (1776) ha servido de guía a todos los economistas posteriores.

El liberalismo hoy en día queda sólo como un recuerdo a la vez trágico y glorioso de la superación del pensamiento monárquico de los siglos XVI y XVII, por un pensamiento humanitario que lamentablemente originó un orden social insostenible por su injusticia. La concepción del hombre y de su libertad, por parte del pensamiento liberal, es una concepción como hemos visto anti-histórica por su carácter abstracto. El hombre no existe sino "en situación" y ha sido más un lobo para el hombre en la tesis de HOBBS, que un ser racional, libre y generoso que con su desarrollo personal e individual contribuiría al bienestar de la sociedad, en la expresión del padre del liberalismo económico ADAM SMITH.

Hoy en día, además de las corrientes intervencionistas y socialistas surgidas como una reacción contra los abusos y las injusticias del orden liberal-burgués, ha surgido una corriente neoliberal, que trata de poner remedio a las fallas del viejo liberalismo, sólo que conservando sus principios fundamentales.

Uno de los pensadores más destacados de esta corriente, es el norteamericano WALTER LIPPMANN¹⁷. De acuerdo a este autor, la tendencia colectivista conduce a la dictadura absolutista y a la abolición de todas las libertades, puesto que va hacia la superación definitiva de todos los fines e intereses humanos que contradigan la planeación trazada y la gente tiene que vivir forzosamente según ésta, sin que le fuere permitido disentir de ella, ni por tanto, vivir su propia existencia¹⁸.

16. CORDOVA, ARNALDO, *opus cit.*, págs. 50-51.

"La coincidencia entre la realidad social moderna y el pensamiento Kantiano resulta aquí extraordinario: en la realidad hombres disociados, absolutamente "privatizados", que efectúan la producción social como asunto puramente privado; hombres que se relacionan tan solo por mediación de la voluntad, en el acto de cambio y en las relaciones políticas. En KANT hombres reducidos a la mera voluntad y ésta a pura abstracción, a una simple forma que puede hacer a menos de intereses particulares. Lo social resulta ser lo voluntario y lo voluntario la capacidad de generalizar una relación (la de cambio de mercancías en la realidad concreta) en una simple relación racional; seres racionales, buena voluntad, legislador universal y derecho, vienen a ser, si no exactamente la misma cosa, por lo menos aspectos de una misma cosa".

17. WALTER LIPPMANN; "The Good Society, New York 1937.

18. La visión de LIPPMANN no está muy lejos de la realidad; dado que basta observar los últimos acontecimientos de la Unión Soviética en relación al escritor disidente (SOLSJENITSIN) en su obra "El Archipiélago de Gulag" para convencernos del tipo de existencia que vive el pueblo ruso sometido desde hace más de 50 años a un régimen absolutista.

LIPPMANN rechaza la tesis del Estado como sujeto activo de la vida económica, pues cree en un sentido típicamente liberal que ésta debe ser regulada libremente por el mercado, siguiendo en este sentido, la pura tradición de los principios liberales.

Ahora bien, reconociendo todas las injusticias sociales a que una mala interpretación del liberalismo ha dado lugar, propone, LIPPMANN una serie de medios que no contradicen los principios de libertad, que respetan en lo fundamental las leyes del mercado, y con los cuales según su opinión se puede suprimir las injusticias sociales. Desde esa perspectiva no hace falta ni es un buen remedio que el Estado se convierta en empresario, ni que dirija, ni que planee la economía, basta con que modifique las leyes jurídicas que rigen la vida económica entre los particulares.

Es un hecho la progresiva intervención del Estado Moderno, en el campo económico, en la mayoría de los países del hemisferio occidental, por no hablar de los regímenes de Europa del Este, sujetos a la planificación imperativa y totalizante del socialismo marxista. El Estado Moderno se ha transformado en un estado cuya misión fundamental es el desarrollo económico: La producción de riquezas, la explotación de industrias para elevar el nivel de vida de la población, etc.

La tesis de LIPPMANN no tiene vigencia y esto ha quedado demostrado por la dinámica política de la misma, pues asistimos hoy día, a la progresiva extensión de los tentáculos del aparato estatal sobre la vida económica, social y cultural de las sociedades modernas. Tendremos oportunidad de desarrollar estas ideas, en el capítulo referente a la Tecnocracia.

3. *Liberalismo y Democracia*

a) La democracia en las sociedades contemporáneas más que una forma de gobierno, es en el fondo, una filosofía, una manera de vivir, inclusive hasta una religión política. Del Estado más absoluto y dictatorial al Estado más liberal, la palabra democracia, es utilizada para calificar el régimen político y el carácter de las instituciones políticas, allí imperantes. Por esta razón, nosotros observamos como los regímenes occidentales son denominados "Democracias Liberales" o de-

mocracias representativas, y algunas repúblicas socialistas de Europa del Este se autocalifican como "Democracias Populares".

No existe un estado sobre la tierra que se autocalifique como "Imperio" o "Dictadura", como bien lo expresa nuestro autor patrio AMBROSIO OROPEZA¹⁹. "Todos los gobiernos, por absolutos que sean, aspiran a justificarse. Con mayor razón quienes se han asignado sin asentimiento de nadie y contra la íntima protesta de sus opositores tan extraordinarias facultades. La dictadura pretende ser también un gobierno de derecho con iguales títulos que las magistraturas de origen legal y popular, el dictador dirá que se apoyan en la ley sus medidas, sus órdenes, sus trapecerías y burlas de la opinión".

La democracia puede decirse que es una conquista de la época moderna pues a pesar de que nace en Grecia (Democracia Directa); como praxis política es en nuestro siglo donde se impone a la conciencia universal de los hombres, como el régimen político y el sistema de vida más cónsono con los deseos de la humanidad, de conciliar la necesidad del poder y de la organización social, con el respeto de la libertad en todas sus manifestaciones.

b) Pero la democracia es además una forma de gobierno, y en este sentido se dice que es la comunidad toda quien debe ejercer activamente el poder político. Solo ella puede y debe ser dueña activa de su destino. Entendida de esta forma la Democracia aparece como algo totalmente independiente del liberalismo. Esta es una contestación a la pregunta ¿Hasta dónde debe llegar el poder? La democracia nos dice sólo que el poder debe ser ejercido por el pueblo.

La democracia no solo puede significar en cuanto idea algo totalmente independiente del liberalismo, sino que incluso puede llegarle a ser hostil. La democracia induce al anhelo de un gobierno que sea ejercido por el pueblo (directamente: democracia directa, indirectamente a través de la representación, democracia indirecta), y para el propio pueblo, buscando la mayor perfección en la acción sin aceptar como principio primordial, que se le señalen límites a las posibilidades

19. AMBROSIO PLAZA. "La Nueva Constitución de 1961. Caracas 1971. Pág. 28.

del ejercicio del poder por parte de la propia base poblacional del Estado. En la democracia está presente al igual que en el liberalismo la idea de la libertad, pero tienen un significado distinto para ambos sistemas, y en tal sentido libertad para la primera será la mayor participación activa en las tareas del Estado por parte del pueblo, a cambio de lo cual se hace entrega de la libertad individual al grupo social para que éste le fije su ámbito y límites: este es el hondo significado de la libertad-participación, que en la democracia social moderna se puede traducir por una libertad-liberación. En cambio, para el liberalismo, la libertad significa ser libre frente al Estado, o sea, libre de sus intromisiones; lo que en otros términos ha sido denominada la libertad-autonomía o el sacrificio de toda acción estatal favorable al grupo social en su conjunto, con la finalidad de garantizar y proteger una pretendida libertad-individual que podría verse comprometida mediante una acción controladora e interventora del poder público en las diversas esferas de la actividad de los particulares.

c) De las consideraciones anteriores, surge otra serie de diferencias entre la idea liberal y la idea democrática. El pensamiento estrictamente liberal, tal y como lo hemos apuntado en capítulos anteriores, preocupado fundamentalmente de limitar al extremo la acción del Estado, propugna la doctrina de la división de los poderes y proclama los derechos del hombre. La idea democrática, por el contrario, llevada a sus extremos no simpatiza con la división de los poderes; antes bien, tiende necesariamente a su concentración en la mayoría, que debe funcionar como señor absoluto del Estado. Este fenómeno, es visible en algunas experiencias de regímenes políticos, que han sido denominados "Gobiernos de Asamblea". Asimismo y mientras que para el liberalismo lo fundamental es limitar la acción del Estado, para garantizar la libertad de los ciudadanos con el fin de que puedan actuar en libre competencia; para la democracia lo primordial es el principio de la igualdad.

En última instancia se tiende a identificar al liberalismo como el ideario de la burguesía culta y adinerada, y a la democracia como la aspiración de los pretéridos y proletarios.

d) Sin embargo, a pesar de estas aparentes diferencias radicales entre el ideario liberal y el democrático, es necesari-

rio constatar que la democracia se ha mostrado históricamente como instrumento de realización y de garantía del ideario liberal primero y de una justicia social después. Es decir, la democracia como modo de vida y como forma de gobierno, se ha teñido de diferentes colores con el paso de la historia y en su aplicación concreta en los diferentes países del mundo que han tratado de adoptarla, a través de la consagración de sus principios en las instituciones políticas. Desde la antigua, culta, aristócrata Grecia, hasta la democracia social del Siglo XX en Suecia, o en Noruega, pasando por la democracia liberal de comienzos del siglo en Inglaterra, diferentes interpretaciones y aplicaciones concretas del ideario democrático se han sucedido las unas a las otras.

En el Siglo XVIII y a principios del XIX, saturados los espíritus del ambiente liberal, la democracia se sumerge en él y aparece como un medio puesto al servicio del liberalismo, como el instrumento para su realización.

La democracia en aquella época es el instrumento a través del cual, el liberalismo ensaya transformar las viejas estructuras del régimen monárquico, por un sistema en el cual la libertad, se considera como el bien social superior entre los fines del Estado y del Derecho. Por esta razón, históricamente hemos recibido un tipo de democracia inspirada e impregnada de todos esos valores liberales. En cambio, a mediados del Siglo XIX empiezan a teñirse buen número de sectores democráticos en la ideología socialista y entonces surge el programa del "*Socialismo a través de la democracia*". Históricamente, así como la democracia social, actualmente propugna la emancipación del proletariado, la democracia liberal ha sido el vehículo para la consolidación de la burguesía en el poder económico y político.

En definitiva, hoy en día, con los desafíos del desarrollo económico, es imposible implementar una conciliación entre el progreso de la mayoría y el respeto a la libertad, dentro de los esquemas de la vieja democracia liberal; se impone necesariamente una democracia social y económica de naturaleza participativa.

II. LA CONCEPCION PERSONALISTA (EL PERSONALISMO COMUNITARIO)

1. ENMANUEL MOUNIER (1905-1950) es el inspirador y figura principal de esta renovadora corriente del cristianismo, que ha sido denominada por él mismo "personalismo".

De inspiración cristiana y católica, el personalismo se ve a sí mismo comprometido en la situación política y social que trata de indagar. Pero no es una mera actitud, sino un pensamiento que exige orden y estructuras como instrumentos de descubrimiento y realización. Tampoco es un sistema filosófico cerrado porque al afirmar la existencia de personas libres y creadoras introduce en el corazón de esas estructuras un principio de imprevisibilidad que disloca toda forma de sistematización definitiva.

Según MOUNIER el personalismo no es una novedad, ya que el universo de la persona es el universo del hombre. De ahí que entronque con una larga tradición que va de la filosofía griega, hasta la renovación "existencialista" pasando por pensadores como BERGSON, MARITAIN, BLONDELL, MARCEL, etc.

— La palabra personalismo es de reciente empleo, de acuerdo al pensamiento de MOUNIER. Fue utilizada en 1903 por RENOUVIER para calificar su filosofía y luego cayó en desuso. Sin embargo, algunos norteamericanos la han empleado después de WALT WHITMAN en su *Democratic Vistas* (1867).

Aparece en Francia hacia 1903 para designar en un medio completamente distinto las primeras indagaciones de la revista *Esprit* (cuyo fundador y creador fue precisamente el propio ENMANUEL MOUNIER) y de algunos grupos próximos (*Ordre Nouveau*) acerca de la crisis política y espiritual que estallaba entonces en Europa.

No es posible hablar del personalismo, sino de los personalismos para respetar las modalidades diversas de esta tendencia filosófica y humana, que tiende a considerar a la "persona humana" situada y temporalizada en dinámica relación con su medio, como el centro y el corazón de las estructuras sociales, políticas y económicas, entre ellas el Estado fundamentalmente, así como el Derecho, el Arte y la Cultura. Existe por lo tanto, un personalismo de tendencia cristiana, re-

presentada principalmente por MOUNIER en todas sus obras²⁰ y un personalismo de carácter agnóstico que aunque difieren en sus estructuras íntimas se recortan no obstante, sobre ciertas esferas de pensamiento, sobre ciertas afirmaciones fundamentales y sobre ciertas conductas prácticas, del orden individual o del orden colectivo. Esta basta para dar su razón de ser a un nombre colectivo (el personalismo).

2. *Personalismo e individualismo* (Personalismo contra individualismo).

El movimiento personalista parte tanto de una crítica serena del individualismo subyacente en la concepción liberal de la vida política, social y económica, como de una posición crítica también, respecto del socialismo marxista totalizante en su aplicación histórica, porque ambos niegan la posibilidad de una vida personal, fecunda, creadora y de una libertad comprometida en una búsqueda común entre los hombres, a través de la comunicación y del compromiso existencial permanente.

"El individualismo es un sistema de costumbres, de sentimientos, de ideas, y de instituciones que organiza el individuo sobre esas actitudes de aislamiento y de defensa. Fue la ideología y la estructura dominante de la sociedad burguesa occidental entre los siglos XVIII y XIX. Un hombre abstracto, sin ataduras ni comunidades naturales, dios soberano en el corazón de una libertad sin dirección ni medidas que desde el primer momento vuelve hacia los otros la desconfianza, el cálculo y la reivindicación; instituciones reducidas a asegurar la no usurpación de estos egoísmos, a su mejor rendimiento por la asociación reducida al provecho. Tal es el régimen de civilización que agoniza ante nuestros ojos, uno de los más pobres que haya conocido la historia. Es la antítesis misma del personalismo y su adversario más próximo".²¹

El individualismo es la negación del personalismo, porque no sólo concibe al hombre desde un punto de vista falso: abs-

20. *Revolution Personnaliste et Communautaire; Manifeste au Service du Personnalisme L'Éveil Communautaire; Traité du Caractère, La Petite Peur de XX Siècle.*

21. E. MOUNIER. "El Personalismo". Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1962. Pág. 20.

tracto, desvinculado de su existencia concreta de relación con la sociedad, a través de los múltiples grupos que la constituyen; sino porque también tiende a crear un movimiento de concentración del hombre en sí mismo, en sus propios intereses, a desvincularlo de la relación creadora con los demás: mediante la comunicación vital. El individualismo ha originado una sociedad constituida por hombres que no sienten un solidaridad entre sí: es una simple suma de agregados, por ello, en los países de mayor tradición liberal la vida en las grandes urbes se hace cada vez más hostil y dificultosa y los nexos entre los individuos han ido desapareciendo progresivamente hasta tal punto, que prácticamente de las tradicionales relaciones de vecindad de la sociedad rural, se ha pasado a un estado de guerra permanente en la sociedad urbana (Mi vecino es mi enemigo potencial, se establece una lucha sórdida por el espacio físico, por ocupar los cargos mejor remunerados, por llegar primero en las filas de automóviles, en los "peajes" de las autopistas, etc., y la desconfianza, el terror y la inseguridad son los elementos que caracterizan la relación entre los hombres en las grandes ciudades del Occidente).

Para el personalismo no es posible distinguir "persona e individuo"; porque se correría el riesgo de separar a la persona de sus *vinculaciones concretas*. La tendencia y el movimiento de recogimiento "en sí mismo" que constituye la esencia de la individual ayuda a asegurar nuestra norma, a centrar nuestra personalidad. Sin embargo, la persona sólo se desarrolla purificándose incesantemente del individuo que hay en ella. No lo logra a fuerza de volcar la atención sobre sí, sino por lo contrario, tornándose disponible²², es decir, abriéndose hacia los demás, volcándose en la comunicación. En suma, se trata de una relación dialéctica entre la necesidad de "recogerse" en una actitud de reflexión sobre sí mismo, en un mejor conocerse, y el imperativo de "perfeccionar" ese mejor conocimiento de sí mismo en el dar, en la relación empática con el otro, por cuanto el narcisismo espiritual, es decir, la contemplación de sí mismo, en un estadio patológico que niega toda posibilidad de verdadera creación y desarrollo de la personalidad individual. Así pues el primer cuidado del indi-

22. MOUNIER, *opus cit.*, pág. 20.

vidualismo es centrar al individuo sobre sí (El ser para sí, de JEAN PAÚL SARTRE); en cambio, para el personalismo su primera y fundamental preocupación es descentrarlo para establecerlo en las perspectivas abiertas de la persona.

"Así como el filósofo que se encierra primero en el pensamiento; jamás hallará una puerta hacia el ser, así también aquel que se encierra primero en el yo no halla jamás el camino hacia los otros"... cuando la comunicación se rebaja o se corrompe, yo mismo me pierdo profundamente: Todas las locuras manifiestan un fracaso de la relación con el otro; alter se vuelve alienus, yo me vuelvo a mi vez, extraño a mí mismo, alienado. "Casi se podría decir que existo en la medida en que existo para otros, y en última instancia ser para otro".²³

3. *Personalismo y libertad (La concepción personalista de la libertad; la libertad condicionada y la libertad-liberación).*

"La libertad tiene innumerables enemigos. Los liberales se presentan como sus campeones titulares. Pero los Marxistas, a quienes aquellos se la disputan; pretenden preparar contra ella el verdadero reino de la libertad, detrás de su ilusión.

Existencialistas y cristianos la colocan también en el corazón de sus ideales, que no son los mismos en ambos, ni las mismas que en los otros dos. ¿Por qué tanta confusión? ¿Por qué cada vez que se aísla la estructura total de la persona se deporta la libertad hacia alguna aberración²⁴?"

En este párrafo de la ya tan citada obra del principal inspirador del personalismo cristiano, E. MOUNIER, notamos la idea o concepto que sobre la libertad tiene esta tendencia humanista.

Para el personalismo la libertad no es algo que nace con el hombre, sino que por el contrario, es el hombre como persona quien teniendo un "llamado", una vocación hacia la "libertad", debe tratar de conquistarla, como la única manera de desarrollar una personalidad "auténticamente humana". La libertad por tanto, está condicionada por nuestras propias limitaciones, como seres individuales; y condicionada también, por

23. MOUNIER, *opus cit.*, pág. 20.

24. E. MOUNIER, *opus cit.*, pág. 35.

las influencias avasallantes del medio ambiente humano y natural, en que nacemos y existimos.

De estas consideraciones se deduce que para el personalismo, la libertad no es una cosa, es decir, no puede ser tocada como una cosa, o probarla como a un teorema (establecer que hay libertad en el mundo). Todo esto es en vano, porque la libertad es afirmación de la persona, se vive, no se ve, ni se toca.

Ahora bien, estamos "acostumbrados" a vivir y a pensar en función de un mundo objetivo, tangible, cosificable, y por ello solo "captamos" o comprendemos aquella parte de la realidad reductible a objetos concretos, a números y cifras, a datos experimentables; por lo tanto como no "podemos" identificar la libertad dentro de este mundo de las cosas, tratamos de buscarla en forma de negación: es entonces la simple ausencia de causa, una laguna en el determinismo (libertad sería, lo que no obedece al determinismo).

De este modo, llegamos a describir únicamente, dos formas apenas existentes de libertad: Una es la libertad de indiferencia. Libertad de no ser nada (*liberté dans un sens, negatif*), de no desear nada y de no hacer nada, es decir, no sólo indeterminismo, sino indeterminación total. Esta idea de la libertad es fácil de encontrar entre ciertos liberales y espíritus anarquizantes que la representan como el modelo de la libertad de pensamiento o de acción (la idea de una cierta "naturalidad" o independencia total respecto de los acontecimientos del mundo).

Pero el hombre no conoce jamás este falso equilibrio, o bien no es más que una cortina de humo para esconder las verdaderas opciones reales, o bien es la expresión de un gusto mortal por la indiferencia, lo que conlleva a un estado de "inercia" de características patológicas.

El otro tipo de libertad sería aquella que en la expresión de MOUNIER "mendigamos al indeterminismo físico". Se ha dado mucha importancia a esta nueva perspectiva de la física moderna, se ha querido forzarla a probar la libertad. Esto sería cometer un contrasentido con respecto a ella.

La libertad no puede ser un "resto" de la adición universal. El indeterminismo de las físicas modernas desarma las

pretensiones positivistas, nada más. La libertad no se gana contra determinismos naturales, se conquista sobre ellos, pero con ellos. La libertad para la tendencia personalista no es tampoco un puro surgimiento. Para algunos, como está ligada substancialmente al ser humano, no es una cosa, niegan que se objetivice en modo alguno; por consiguiente, la libertad sería cualidad incesantemente cambiante, surgimiento original, invención perpetua de sí por sí, en otras palabras, *Subjetividad Absoluta* (la idea de SARTRE). La libertad en esta idea, es afirmación absoluta y nada podría limitarla; es total y sin límites, por el solo hecho de que es, no expresa ninguna naturaleza anterior a ella, no responde a ningún llamado: dejaría entonces de ser libertad. Se hace y me hace haciéndose, en ella y por ella me invento e invento conmigo mis motivos los valores y el mundo, sin apoyo ni ayuda. Esta libertad absoluta es un mito. Ahora bien, es indudable que yo no sólo soy lo que hago y el mundo no es sólo lo que quiera, me soy dado a mí mismo y el mundo me es previo; y siendo tal mi condición, hay en mi libertad misma un peso múltiple; el que viene de mí mismo, de mi ser particular que la limita, y el que le llega del mundo, de las necesidades que constriñen y de los valores que la urgen. Por todo ello, para la tendencia personalista, la libertad es la libertad de una persona en situación, pero es también la libertad de una persona valorizada. No soy libre por el mero hecho de ejercitar mi espontaneidad, me hago libre si inclino esta espontaneidad en el sentido de una liberación; es decir, de una personalización del mundo de mí mismo. Aquí aparece pues, una nueva sustancia en el surgimiento de la existencia y la libertad; la que separa la persona implícita, en el límite del impulso vital, de la persona que madura por sus actos en su densidad creciente de existencia individual y colectiva. De modo que no dispongo arbitrariamente de mi libertad, aunque el punto en que la hago mía esté hundido en mi propio corazón.

Hay que reconocer el sentido de la historia, para comprometerse en ella: la libertad es el compromiso permanente, diario y dinámico que nos impulsa a personificar la existencia, a romper las ataduras de las cosas, a la búsqueda del otro, en la relación empática y la búsqueda de nosotros mismos, mediante la vinculación abierta y generosa con el mundo, los hombres y la naturaleza. La libertad no es un estadio del es-

píritu dado y acabado, no se es libre, se está buscando la libertad como vocación consustancial de la persona o por el contrario, se es esclavo, alienado o enajenado, de una idea, mito o prejuicio, o de una cosa material o en definitiva de otro ser humano. El hombre que busca su libertad, busca también la de los otros (es un compromiso). El hombre "libre" es el hombre a quien el mundo interroga y que responde: es el hombre responsable. Libertad en este punto no aísla: une, no funda la anarquía; es, en el sentido original de estas palabras, religión, devoción.²⁵

4. *Personalismo y Estado* (Esbozo de una teoría personalista del poder y la democracia).

En la concepción personalista dentro de la tendencia cristiana y, en general, la mayor parte de los movimientos personalistas de carácter humanitario y socialista (como es el planteamiento del pensador ERIC FROMM, el Estado no se identifica ni se confunde con la Nación, "ni siquiera una condición necesaria para que la Nación alcance su ser auténtico".

Solo los fascistas proclaman su identidad en provecho del Estado (En este sentido, toda forma de fascismo es una manifestación de una actitud transpersonalista, por cuanto se sacrifica la dignidad y la libertad de la persona humana, en nombre del aparato político estatal elevado a la categoría de mito, de religión).

De acuerdo al personalismo expresado en la obra de E. MOUNIER, "El Estado es la objetivización fuerte y concentrada del

25. ERIC FROMM, "La Revolución de la Esperanza", Fondo de Cultura Económica. México Título Original "The revolution of hopee 1968. 1970 págs. 23 y ss. "La Esperanza es un estado, una forma de ser. Es una disposición interna, un intenso estar listo para actuar (activeness). El concepto de "actividad" descansa en una de las más difundidas ilusiones del hombre dentro de la moderna sociedad industrial. Toda nuestra cultura está impregnada de actividad en el sentido de estar ocupado, de tener ocupaciones (la ocupación que requieren los negocios). En efecto la mayoría de la gente se halla tan "activa" que no soporta estar sin hacer nada, llegando incluso a convertirse en el llamado "tiempo libre" en otra forma de actividad. Cuando no estamos activos "haciendo" dinero, estamos paseándonos, jugando al golf o charlando precisamente acerca de nada. A lo que tememos es al momento en que realmente no tenemos nada que hacer (pág. 23)... "El hombre, a quien su conciencia de sí y su capacidad para sentirse solo han colocado aparte, sería una desvalida partícula de polvo empujada por los vientos si no hallara lazos emocionales que satisficieran la necesidad de relacionarse y unirse con el mundo trascendiendo su propia persona (pág. 72).

Derecho, que nace espontáneamente de la vida de los grupos organizados" (GURVITH).²⁶

El Derecho vendría a ser el garante institucional de la persona. EL ESTADO ES PARA EL HOMBRE, no el hombre para el Estado. He aquí, resumida la concepción personalista del Estado. El Estado como la expresión objetivizada de los principios y valores de los grupos que conforman la sociedad (Estado Pluralista) y el Estado como un instrumento de acción guiado por el Derecho (garante institucional de la persona) al servicio del hombre en su dimensión personal y comunitaria.

Para el personalismo el problema fundamental, se centra en la consideración de la legitimidad del poder ejercido por el hombre sobre el hombre, que parece contradictorio con la relación interpersonal. Esto último es justamente el pensamiento básico de los anarquistas. Para ellos bastaría, la afirmación sin coacción del individuo, para hacer surgir en forma espontánea un orden colectivo. Ahora bien, desde que el hombre existe aparece sobre nuestro planeta en grupos, en sociedad; por consiguiente, este hecho impone la necesidad de una organización social, de un orden social por más rudimentario que sea y el sacrificio de una espontaneidad impulsiva, por una conducta enmarcada dentro de las reglas necesarias para lograr una convivencia pacífica.

Asimismo, en las tesis anarquistas el poder es faltalmente corruptor y opresivo, cualesquiera que sea su estructura. La tesis liberal no difiere mucho en su esencia con las actitudes anarquistas.

Al otro extremo de las actitudes anarquistas se encuentran los teóricos del poder absoluto, para quienes el hombre naturalmente egoísta (HOBBS), no puede elevarse por sí mismo hasta la ley colectiva y, por tanto, debe ser sometido a la fuerza.

"Así por un lado, optimismo de la persona, pesimismo del poder, enfrente, pesimismo de la persona, optimista del poder".²⁷

En este orden de ideas podemos concluir, señalando que tanto el anarquismo y el liberalismo, como las tesis absolutis-

26. E. MOUNIER, *opus cit.*, pág. 62.

27. E. MOUNIER, *opus cit.*, pág. 62.

tas, idealizan un término o elemento (poder o el hombre) y el otro es aplastado, avasallado, en la relación de la persona con la colectividad.

El liberalismo y las tesis absolutistas, desconocen las profundas raíces de la condición humana, pues el hombre si bien, como primer dato de su existencia dispone de una dimensión individual personal y única de naturaleza intrasferible, esa misma existencia individual está enraizada en la naturaleza, en la sociedad, en el tiempo, que es su tiempo, como ser situado y temporalizado. El poder por tanto, no puede ser fundado sino en la consideración del destino final de la persona, a la que debe respetar y promover.

Ahora bien, ¿se trata de la consideración del hombre abstracto, ser individual, etéreo, inexistente, como fuerza vital, característico de la concepción individualista en la tesis liberal? La respuesta a esta interrogante la hemos dado en el transcurso de la exposición y sólo bastaría insistir una vez más en la idea personalista del hombre, para quien la persona humana, centro de gravedad de todas las instituciones políticas, sociales y económicas se hace realidad a través de cada uno de nosotros y en cada uno de nosotros. El hombre no existe "in abstracto"; no podemos hablar del hombre sino de "los hombres" y "lo humano" cobra sentido en cada una de las concreciones vitales y únicas de nuestras individualidades. Visión realista de la naturaleza compleja y paradójica del ser humano. Difícil de aceptar por su crudeza y su verdad, por cuanto, habiendo sido llamados a esa vocación de la libertad creadora en la relación amorosa y comprometida con los demás "los hombres en su anhelo de seguridad aman su propia dependencia, especialmente si la relativa comodidad de la vida material y las ideologías que llaman "educación" al lavado de cerebros y "libertad" a la sumisión les facilitan el acceso a ellas".²⁸

Esta específica concepción del personalismo sobre el Estado conlleva a una serie de consecuencias, en el plano de los principios ético-políticos, que deben servir de fundamento o justificación del aparato estatal.

28. E. FROMM, *opus cit.*, pág. 70.

a) En primer lugar, la persona debe ser protegida contra el abuso del poder, pues todo poder no regulado tiende al abuso. Esta protección exige, por supuesto, un estatuto público de la persona y una limitación constitucional de los poderes del Estado. En este sentido la descentralización política y administrativa, aparece al personalismo, como una técnica viable para contrapesar el poder central mediante la existencia de auténticos poderes locales, además de que la participación de las personas en las decisiones que afectan la vida política, social y económica de la colectividad, es mucho más factible en un auténtico sistema de descentralización de poderes.

Asimismo la organización del recurso de los ciudadanos contra el Estado, a través de las instituciones del Amparo y del Habeas Corpus, es uno de los elementos indispensables para el logro de una protección eficaz de la libertad personal, contra los abusos de poder. La limitación de los poderes policiales y la independencia del poder judicial, serían otros de los principios que deben ser institucionalizados para garantizar la efectiva protección de los derechos de la persona humana. La diferencia entre el principio de protección a la libertad humana propuesto por el personalismo, con la protección acordada a los derechos individuales en el sistema liberal, estriba en la idea o concepto que subyace en ambos movimientos en relación al hombre y su libertad. Mientras que para el personalismo, la visión existencial y concreta del hombre, supone necesariamente el hecho de que su libertad, su dignidad y sus derechos, además de ser reconocidos sean garantizados de manera efectiva, mediante instrumentos e instituciones jurídicas y políticas; para el liberalismo por su idea abstracta y esencialista del hombre y de sus derechos, bastará la simple enunciación o declaración programática de los mismos, pues ésta simple declaración de por sí haría efectivos esos derechos, dado que siendo todos los hombres iguales, libres y dignos por naturaleza, el Poder no tiene porque intervenir para regular y controlar el campo de la actividad de los particulares, cuando el libre juego de la vida social, espontáneamente produce la armonía y el equilibrio entre los componentes del orden social. Por otra parte, el abuso del poder está garantizado en la visión liberal, por el principio institucional de la división de poderes.

Igualmente, el movimiento personalista conduce no sólo a la protección de los derechos inherentes a la persona humana en su ángulo individual (libertad de pensamiento y expresión de culto; de tránsito, de la vida misma, etc.), sino que dado su visión del hombre como ser de relación inmerso en la sociedad, tiende necesariamente a la consagración y protección de los derechos de la persona en los aspectos sociales, económicos y culturales, es decir, como ser que no puede desarrollar su existencia personal en forma aislada y autónoma, sino en permanente nexo con la comunidad en la cual vive, piensa y siente. De allí que, en las constituciones modernas, como la vigente en Venezuela a partir de 1961, además de los derechos individuales tradicionales, se reconozcan y garanticen los derechos sociales y económicos de la persona humana (la protección de la familia y del matrimonio, el derecho a la educación, a la salud, al trabajo, etc.).

“Si bien la persona puede ser subordinada, le conviene no serlo sino conservando su soberanía de sujeto, reducida al máximo la inevitable alienación que le impone su condición de gobernado. Es este el problema de la democracia”.²⁹

b) En segundo lugar, el personalismo tiende a la estructuración de un nuevo sentido y orientación de la democracia.

Hemos visto, en relación al liberalismo, que la democracia es un término sumamente ambiguo. Designa a veces una forma de gobierno, otras un régimen de espontaneidad de masas. Para el personalismo la democracia vendría a ser “una forma de gobierno que se articula sobre la espontaneidad de las masas, a fin de asegurar la participación de los sujetos en el orden objetivo del poder”.³⁰

Según el personalismo, la democracia permanente de unos (de una minoría), y el gobierno permanente del Estado totalitario son dos formas distintas de confusión tiránica.

La soberanía popular, de acuerdo a esta tendencia no puede fundarse en la autoridad del número, pues la mayoría abstracta, es tan arbitraria como la real gana de uno solo. Pero tampoco es posible rebajarla, como bien lo anotaba ROUSSEAU,

29. E. MOUNIER, *opus cit.*, pág. 62

30. E. MOUNIER, *opus cit.*, pág. 63.

a una soberanía anárquica de libertades individuales. La soberanía en la concepción personalista de E. MOUNIER “Es la autoridad de una sociedad de personas racionalmente organizada en un orden jurídico, es la soberanía del derecho; que es el mediador entre las libertades y la organización y persigue mediante trastueques la puesta en juego colectivo de las libertades y la personalización continua de los poderes”.³¹

c) En tercer lugar, esta óptica de la democracia personalista y participativa, precisa de una nueva orientación en la institucionalización del principio de la representación política, en la vida concreta del Estado. Es necesario al respecto que la representación sea lo más sincera, integral y eficaz posible de las voluntades de los ciudadanos.

Esto nos conduce a un cuidado preponderante de su educación política. Hasta ahora, en nuestras democracias liberales de occidente, la función educativa en el plano político, ha estado a cargo de los partidos políticos, quienes generalmente han sido instrumentos para despersonalizar al militante y al elector por la carga administrativa, el conformismo interior, y la esclerosis ideológica, negándose a sí mismos como los instrumentos de acción participativa de los ciudadanos en la conformación de la voluntad política de la comunidad.

La democracia requiere para renovarse de una transformación radical en la concepción y el rol de los partidos políticos dentro de la vida política del Estado. Fijados en la etapa liberal de la democracia, mal afirmados entre la ideología la táctica y las clases sociales, que de grado o por fuerza calcan, los partidos políticos sufren de una crisis en sus ideologías, sus métodos y sus militantes, que es necesario superar, para beneficio del régimen democrático representativo. Al respecto, es necesario suscitar **NO UN PARTIDO UNICO Y TOTALITARIO**, que endurezca sus defectos comunes y lleve al Estado-Policia **SINO ESTRUCTURAS NUEVAS DE ACCION POLITICA CORRESPONDIENTES AL NUEVO ESTADO SOCIAL**, de una democracia pluralista.

La sinceridad de la representación supone también en la visión personalista, que el poder no falsee su expresión; que

31. E. MOUNIER, *opus cit.*, pág. 63.

funcione una vida política espontánea y participativa, que la mayoría gobierne para todos y para la educación, no para el exterminio de la minoría.

“Cuando la representación traiciona su misión, la soberanía popular se ejerce por presiones directas sobre los poderes: manifestaciones, convulsiones, agrupaciones espontáneas, clubes, huelgas, boicoteo y en último extremo insurrección nacional. El Estado nacido de la fuerza y olvidadizo de sus orígenes, considera como ilegales estas presiones. Cuando oculta la injusticia y la opresión, éstas sin embargo constituyen su legalidad profunda (...podríamos decir su legitimidad. Hay que reconocer que en los últimos ciento cincuenta años (piénsese en el nacimiento del Derecho Laboral) crearon más derecho que la iniciativa de los juristas y la buena voluntad de los poderosos. Quizás encuentren un nuevo campo de acción en la elaboración del Derecho Internacional. Constituyen un derecho difícil de ejercer, que fácilmente cae en el abuso; pero un derecho inalienable del ciudadano”.³²

Junto a estos problemas permanentes del poder y del Estado, hay que subrayar la estrecha solidaridad entre las formas políticas y el contenido sociológico que reciben. La crítica marxista de la democracia formal es en su conjunto decisiva. Los derechos que el Estado liberal concede a los ciudadanos están para un gran número de ellos alienados en su existencia económica y social. El Estado Parlamentario es apenas algo más que una supervivencia. Sus engranajes giran en el vacío, sus discursos siembran vientos y recogen tempestades. La democracia política debe ser enteramente reorganizada en una democracia económica efectiva, adaptada a las estructuras modernas de la producción. Sólo sobre esta base orgánica se puede restaurar la autoridad legítima del Estado. Hablar de esta restauración sin decir en verdad de qué y con quién se haría, equivale tan sólo a reivindicar para la justicia establecida un poder ejecutivo más fuerte. ¿Deberá desaparecer el Estado? ¿El gobierno de los hombres será destruido algún día por la administración de las cosas? Se puede dudar de ello, teniendo en cuenta la estrecha ligazón entre hombres y cosas, y la creciente imposibilidad de dejar que estas últi-

32. E. MOUNIER, *opus cit.*, págs. 63 y ss.

mas vayan a la deriva. ¿Le es posible al Estado renunciar aún a su Unidad? La exigencia personalista ha creído a veces que debía expresarse en favor de la reivindicación de un Estado Pluralista”.

4. *Personalismo y Socialismo*

a) Hablar de socialismo supone, al igual que al hablar de la democracia, de la justicia, del Estado, etc., un problema extremadamente complejo, en razón de lo equívoco y polémico de dicho vocablo. En primer lugar, es preciso tener a la vista las necesarias distinciones entre los múltiples tipos de doctrinas y de movimientos políticos que se han producido bajo ese nombre. En segundo lugar, el socialismo ha sido llevado bajo formas y métodos diferentes a determinadas instituciones políticas, sociales y económicas, es decir, existe un socialismo objetivizado históricamente en determinadas sociedades políticas contemporáneas. De allí que hoy en día, se habla de un socialismo soviético, o de un socialismo a lo sueco; de un socialismo con rostro humano o socialismo democrático (Suecia, Dinamarca, Holanda) y de un socialismo totalitario (Unión Soviética, Hungría, China) de un socialismo centralizado o burocrático (Unión Soviética) y de un socialismo de autogestión o descentralizado (Yugoeslavia).

b) Ahora bien, es nuestro interés concretarnos únicamente en la exposición y análisis de la relación que existe entre el socialismo y la oposición fundamental Personalismo-Transpersonalismo. En este sentido, nos interesa distinguir entre el socialismo que pretende fundarse estricta, rigurosa y exclusivamente en la concepción materialista o económica de la historia de un lado, y de la otra, todas las demás formas de socialismo que representan un programa político propuesto como ideal que ha de realizarse merced al libre esfuerzo de los hombres.

c) *Personalismo y Socialismo Marxista*

En relación al socialismo marxista, fundado y desarrollado sobre bases de la radical y ortodoxa concepción materialista de la historia o dialéctica económica, resulta evidente que no podemos ubicarlo pura y simplemente en el grupo de los idearios personalistas.

El Marxismo por fundarse en una concepción materialista pura y simple de la historia y limitado a representar exclusivamente una explicación causal de los fenómenos sociales, se halla situado más allá de la oposición planteada entre personalismo y transpersonalismo.

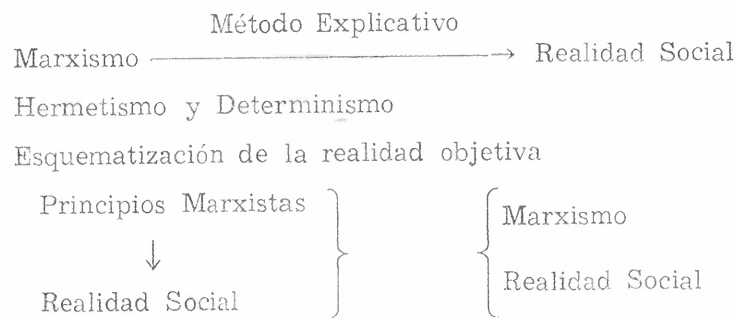
El personalismo, al igual que el transpersonalismo pretenden ser, doctrinas normativas y no explicativas; ambas proponen criterios deontológicos, ideales a realizar, programas de acción, que puede o no ser cumplidos. En cambio, el marxismo en su concepción pura y originaria, no propone una norma o *DEBER SER* en relación al hombre y a la sociedad, sino que se limita al intento de dar una explicación a la testura y dinámicas sociales de la historia. Por eso es que se ha dicho del mismo, que más que una doctrina o filosofía sobre el hombre; es un método para explicar el desenvolvimiento de las sociedades humanas a través de la historia. Para ello afirma como punto esencial del mismo, que lo sustantivo y decisivo es la sustancia económica (Base de los fenómenos de producción y cambio), que determina en forma indefectible (desde este punto de vista el Marxismo es una posición determinista y fatal, por cuanto, esquematiza el desenvolvimiento histórico) las demás manifestaciones históricas o culturales, las cuales desde este punto de vista no serían más que superestructuras, reverberaciones o epifenómenos de la sustancia económica (Las específicas relaciones de producción); el arte, el derecho, el Estado y la cultura en general no serían más que reflejos de la estructura económica imperante en un momento determinado de la historia.

El Marxismo anuncia como previsión descubierta por las leyes de su dialéctica social, que el capitalismo se arruinará por sí mismo, dando paso a una nueva forma de producción y de cambio colectivista, que originará el desmembramiento del sistema jurídico burgués e individualista y la formación de un sistema jurídico congruente, es decir, colectivista.

Ahora bien, es imprescindible que nosotros tengamos claro que este régimen socialista que se profetiza como algo que vendrá indefectiblemente, no es presentado como un ideal, es decir, como un modelo que debe ser, como un programa normativo de justicia; es pura y simplemente anunciado como un suceso que por la fuerza de la dialéctica histórica TENDRA

QUE PRODUCIRSE, como una superación DIALECTICA del régimen capitalista, es decir, como una fase posterior a éste.

El Marxismo, por ser entonces un método explicativo de la historia, caracterizado por su determinismo y su hermetismo, conducen a una visión fatalista de la historia, y por tanto dogmática. De allí que en países como la Unión Soviética, la economía y la vida social en general sufran de graves atrasos y crisis, en virtud de las concepciones herméticas y dogmáticas de sus dirigentes. Por otra parte, el Marxismo conduce a una "esquemmatización" de la vida socio-económica y política, por lo cual en la mayoría de los países occidentales donde existen partidos políticos de carácter marxista, sus dirigentes y militancia en general, son incapaces de visualizar con realidad y objetividad los verdaderos conflictos de la sociedad y los anhelos más profundos de la misma (De un método que trató de explicar la realidad histórica en forma objetiva, se pasó a una concepción dogmática de la realidad social, que trata de reducir la misma a sus postulados y no a la inversa).



Ahora bien, si el marxismo como un método o instrumento para explicar en forma causal el desenvolvimiento histórico de la sociedad, no cae ni bajo la idea personalista, ni tampoco bajo la traspersonalista, como niega todo ideal por el hecho de no ser una doctrina normativa, sino simplemente una concepción causalista del devenir histórico de carácter materialista, supedita al hombre fatal y necesariamente al juego dialéctico de las fuerzas económicas entrañando consecuencias semejantes a las del traspersonalismo.

Estas serían las consecuencias en el plano político del marxismo, si tomamos al pie de la letra, la concepción materia-

lista y mecánica de la historia; pero no hay que olvidar, que el marxismo no es una doctrina unívoca y heterogénea, sino por el contrario, existen múltiples interpretaciones en torno al pensamiento original de su creador, CARLOS MARX, por tanto hoy día vemos como el Socialismo Marxista, se presenta en forma conflictiva y paradójica, dando origen a diversas corrientes o escuelas en relación al mismo. El marxismo de por sí es un pensamiento complejo, integrado por elementos heterogéneos y así junto a la doctrina puramente causal, mecánica y fría del materialismo histórico, hallamos en la obra de MARX la angustiada preocupación por la justicia hacia las clases obreras, es decir, un afán redentorista y humanitario.

d) *El Personalismo y Socialismo Humanitario* (Socialismo-Personalista).

Hemos dicho, que el socialismo como corriente o doctrina que apunta hacia una determinada concepción, en torno al Estado y a sus relaciones con el hombre y la sociedad, tiene dos vertientes fundamentales: por un lado, el socialismo o marxismo y por el otro el socialismo de carácter humanitario o personalista.

Desde esta última visión, el socialismo en cuanto programa político (es decir, en cuanto concepción de los medios que el Estado debe poner para servir a los valores de la persona humana), constituye en parte el reverso del liberalismo, en lo que esta doctrina afecta a la vida económica de la sociedad.

En este sentido, la idea fundamental del socialismo radica en la necesidad del control por parte del Estado, de la vida socio-económica de la sociedad. No creyendo como sustenta la tesis liberal que el equilibrio y la armonía en la vida social se produzcan, por el libre juego de la concurrencia de los diferentes factores de la producción mediante el mecanismo de la ley de la oferta y la demanda, el socialismo propugna la planificación de la vida económica, por parte del aparato estatal, como única vía o instrumento para lograr un auténtico equilibrio entre las diversas fuerzas concurrentes en el juego económico y por tanto el mecanismo más idóneo en la búsqueda de una justicia social.

El socialismo tiende hacia la consolidación del intervencionismo y del dirigismo, como las características fundamentales

de la acción estatal. Ahora bien, este control, esta intervención y esta planificación de la vida económica, no supone para el socialismo humanitario, el sacrificio de la auténtica libertad del ser humano. Al contrario, se perfila la planificación, como una planificación de carácter democrático, donde lo fundamental es que la sociedad pueda intervenir en el proceso de planificación, para que los objetivos de la misma sean obra de los auténticos intereses de una sociedad que busca conciliar la libertad con el progreso organizado y equilibrado de la mayoría de los integrantes.

“Pero a pesar de las diferencias que separan antagónicamente al socialismo del liberalismo señala RECASENS SICHES, en cuanto a la regulación de la vida económica, tienen ambos un común fondo personalista: el socialismo humanista como programa político, como pretensión de justicia, coincide con el liberalismo en su valoración suprema de la personalidad espiritual del hombre. Tanto es así que esas doctrinas socialistas rechazan el liberalismo porque creen que éste fracasa en la consecución de su finalidad que lejos de salvaguardar la dignidad humana de la persona deja que ésta sea apartada por obra de la anarquía económica”.³³

El carácter personalista de este tipo de socialismo, se destaca en la obra de FICHTE para quien el Estado es siempre un instrumento para la formación de lo humano, es decir, para fundar una sociedad perfecta.

Igualmente el Socialismo de FERNANDO LASALLE, contiene todas estas ideas en relación al Estado, como un medio al servicio de la persona humana. Podríamos continuar citando los pensadores adscritos a esta corriente, pero nos limitaremos a señalar sólo algunos nombres: SAINT SIMON (Toda mi vida se resuelve en un sólo pensamiento: asegurar a los hombres el más libre desenvolvimiento de sus facultades); ROBERTO OWEN (la felicidad del individuo sólo puede ser incrementada en tanto crezca la felicidad social), RODOLFO EUCKEN (Sólo la sociedad puede desarrollar lo propiamente humanitario en el hombre); TUGAN BARANOSWKI (El moderno socialismo no es más que un humanismo alegre, animoso. Esta es la prenda y la garantía de la invencible fuerza del ideal socialista, la causa

33. RECASENS SICHES, *op. cit.*, pág. 250.

del entusiasmo que le caracteriza), FERNANDO DE LOS RÍOS, MARCUSE, etc.

III. LA CONCEPCION TRANSPERSONALISTA

1. Hasta aquí hemos discurrido sobre las tendencias individualistas (el liberalismo) y las corrientes personalistas (personalismo cristiano, el socialismo humanitario o personalista), las cuales se identifican en cuanto a la primacía otorgada al hombre sobre el Estado, el arte, el Derecho y la cultura, pero diferenciando esencialmente en relación a la idea o concepto que ambas tendencias sustentan sobre la persona humana.

Veamos ahora las notas más sobresalientes de la posición transpersonalista. En tal sentido, es recomendable examinar los caracteres que de ordinario son comunes a todo programa transpersonalista cualquiera que sea la forma que él mismo adopte: tradicionalismo, ultraconservadurismo, militarismo u otras semejantes; como por ejemplo, el nacionalismo exaltado.

En principio, las corrientes transpersonalistas tienden a representarse al Estado como un verdadero organismo, cuyas partes carecen de individualidad y representan sólo ingredientes puestos al servicio del todo, del cual reciben cuanto sentido posean.

Esta idea de todo orgánica, fomentada y desarrollada principalmente por el pensamiento de la Restauración (DE MAISTRE, de BONALD) y por la filosofía de SCHELLING y de HEGEL. Ahora bien, su máxima expresión la adquiere en el pensamiento Hegeliano. Según HEGEL, el hombre como ser individual, como existencia única e irreplicable, no tiene ningún significado, ni ningún sentido, como un ser para sí, con autoconciencia individual, sino en la medida en que participa en el "espíritu objetivo" del pueblo, y está condicionado por el "todo", entendiéndose por "todo" no la sociedad, sino el Estado. El individuo adquiere valor y dignidad, en la medida en que se desindividualiza y se sumerge en lo general. La sustancia individual viene dada por la sustancia colectiva, el todo conforma el "pensamiento" y la personalidad del individuo. En este sentido, el individuo es mero portador de una razón "transpersonal" que encarna en la unidad nacional; es llevado de modo

ciego por una corriente transpersonal, inserto en la historia nacional. El Estado es la realidad del "espíritu objetivo", que constituye en hombres a los individuos. Se tiene personalidad no en la medida en que se autorreflexione sobre sí mismo, reconociéndose como algo separado y vinculado al "todo", es decir, a la sociedad en forma simultánea, pero con la conciencia clara en cuanto a la irrepetibilidad de cada existencia individual, en su libertad y dignidad; sino en tanto que se sabe que en su conciencia actúa y vive el espíritu o razón del todo estatal.

El transpersonalismo al colocar en su segundo plano los ideales éticos de la personalidad individual, ve en la existencia real del Estado, la encarnación de lo más egregio y tiende a divinizarla, a transformar al Estado en un mito.

Desustanciado el hombre en su existencia individual, pierde lo más valioso de "sí" y del mundo, transformándose en una pieza vacía, a la que el Estado como expresión del espíritu objetivo, da sentido y relevancia, de acuerdo a los supremos intereses del bien estatal.

Por esta razón el transpersonalismo, es generalmente ULTRA CONSERVADOR, porque no puede sino fundarse en la realidad del Estado tal y como es, tal y como lo ha recibido de la historia. HEGEL, afirma que la historia se halla regida por una razón inmanente: La tradición aparece, entonces, como la línea de desarrollo de esta "RATIO" divina. El Estado en esta concepción deja de ser una entidad histórica, una forma histórica de poder, cuyas estructuras, fines y medios cambia en la medida en que se modifican las condiciones históricas de la sociedad. Por el contrario se le concibe como una sociedad que comprende tanto sus miembros presentes, como a las pasadas y futuras generaciones.

El Estado es un vínculo sagrado entre varias épocas por lo cual el pretérito es tomado en consideración para las decisiones, surgiendo de este modo el carácter tradicionalista que generalmente adopta el transpersonalismo.

De acuerdo con esta concepción, la historia no se perfeccionaría en el sentido de una progresiva universalidad de los hombres y de las naciones, sino hacia una permanente y mejor diferenciación. La razón transpersonal se crea así misma su existencia en las naciones, las cuales en el curso de la evo-

lución van acentuando su individualidad colectiva. En este orden de ideas, el transpersonalismo además de propender hacia una concepción absolutista y ultraconservadora del poder, tiende hacia un nacionalismo exagerado y exaltado, por cuanto afirma el progresivo desarrollo indiferente y aislado de cada una de las colectividades nacionales, negando el hecho cierto, o el fenómeno característico de nuestra época, cual es la tendencia que existe hacia la formación de grandes bloques transnacionales, como lo es la formación y desarrollo de la Comunidad Europea, a través de una integración que en su primera fase se presenta de naturaleza económica (Mercado Común Europeo); pero que en fases ulteriores pudiese originar una integración política, social y cultural; claro está, sin que las diferencias originadas por la cultura, el idioma, y el pasado histórico de cada nación, desaparezcan completamente, ya que la base de la integración supone, el aporte a la misma de toda esa amplia gama de riquezas nacionales, económicas, culturales, humanas, etc.

Todas las concepciones transpersonalistas sostienen como ideal supremo, la mayor acumulación de poder en el Estado, como un fin en sí mismo. Se trata del poder por el poder mismo, y no por razones superiores (la necesidad de tutelar el Derecho, la protección frente al exterior, la necesidad del orden interno, etc.).

Es indiscutible que esta concepción engendra el militarismo. La guerra es concebida como una necesidad moral de autoafirmación de los Estados y Naciones; como un elemento de la ordenación divina del mundo, como algo contenido en la idea misma del Estado. La manifestación histórica que más ha patentizado la corriente transpersonalista, está constituida sin lugar a dudas, por el Nacional-Socialismo o Nazismo Alemán (1937-1945), cuya figura principal ADOLF HITLER, ha dejado como testimonio su obra de destrucción durante los años de la Segunda Guerra Mundial. Asimismo el Fascismo Italiano, representado en el movimiento político encabezado por MOUSSOLINI en los años 30 en Italia, constituye otra de las manifestaciones políticas de las transpersonalistas.³⁴

34. ADOLF HITLER, "Mein Kampf" (Mi Lucha), 1925-1927. "Todo aquí abajo puede mejorar. Toda batalla perdida puede ser madre de una victoria futura. Toda guerra perdida puede ser la causa de una rebelión interior,

2. El Estado en la concepción nacional socialista (transpersonalista) y tal como se desprende del pensamiento de HITLER, en su obra *Mein Kampf* (Mi Lucha), no es evidentemente el Estado Liberal, el cual vacío de contenido moral según esta concepción, desprovisto de todo imperativo, dejado al apetito de los múltiples partidos, no puede realizar la gran obra al destino de la raza alemana. El Estado Nacional-Socialista es un Estado que tiene una misión: un Estado ético, que busca la realización de un valor absoluto: La raza. Es un Estado anti-liberal, antiparlamentario, antipartido. Un Estado fundado sobre el principio y la mística del jefe, del conductor, cuyo apoyo es un partido único. Es al mismo tiempo, un Estado anti-marxista, anti-igualitario, jerárquico y corporativo, afirmado en una política nacionalista a ultranza, pero no un nacionalismo fundado en la necesidad de recuperar o de administrar sus propios recursos económicos, o un nacionalismo como medio de auto conservar un cierto tipo de cultura, es un nacionalismo racista apoyado en la idea de la superioridad de la raza aria, cuyo deber entonces era el de afirmar dicha superioridad, a través de la conquista y de expansión de las fronteras del Estado Alemán.

El transpersonalismo, en general, tiende a buscar un criterio místico y sobrenatural para legitimar a los titulares del poder político. La autoridad no puede derivarse de las personas individuales que forman el Estado, porque éstas no encarnan ningún valor; la autoridad emerge de raíces históricas que no son sino la emanación de una Providencia Inmanente. De aquí que el transpersonalismo se manifieste muchas veces a través de la tesis legitimista de una monarquía por derecho divino. Tal es el pensamiento que prevalece en el conservadurismo alemán luterano.

En definitiva, el transpersonalismo a través de todas sus manifestaciones tiende hacia una desvalorización del hombre como persona individual y a una sobre estimación de la sociedad

toda opresión puede suscitar las fuerzas que producen un renacimiento moral, mientras la sangre haya sido conservada pura. Pero la pérdida de la pureza de la sangre, destruye para siempre la felicidad interior, ensombrece al hombre para siempre y sus consecuencias corporales y morales son imborrables. Es en la sangre donde reside la fuerza o debilidad del hombre. Los pueblos que no reconocen y no aprecian la importancia de sus fundamentos racistas renuncian a la unidad de sus almas".

como un todo, representada en el poder del Estado. Creemos al respecto, que el transpersonalismo históricamente no ha sido más que una farsa intelectual, un ropaje ideológico para justificar regímenes de fuerza y de opresión. Por ello es condenable a los ojos de quienes creemos con seguridad en el valor de la dignidad del hombre, como ser individual que requiere y necesita de una sana integración armoniosa y creadora en su medio social.

CONCLUSION

Después de haber escrito las páginas que anteceden y ante la crisis de civilización, que sufre el mundo contemporáneo, quisiera terminar con una breve reflexión nacida de lo más hondo de mi condición como hombre angustiado por la suerte del mundo y de mi país.

Las doctrinas inspiradas en el individualismo y el transpersonalismo, es decir esas tendencias que ensayan proporcionar al ser humano un conjunto de ideas y de valores capaz de orientarlo en su existencia cotidiana, se han mostrado insuficientes para responder a las necesidades vitales del espíritu humano.

Los llamados sistemas, es decir las aplicaciones en la realidad histórica de esos conceptos abstractos sobre el hombre, la economía, la política, el derecho y la cultura, no han podido tampoco estructurar un modo de vida que satisfaga las ansias, los deseos y las esperanzas humanas. Hemos creado sistemas para justificar matanzas: capitalismo, neo capitalismo, comunismo, fascismo, neo fascismo.

¿Y la libertad, y el hombre, y el amor?

Estamos al borde del mismo absurdo histórico conocido por nuestros antepasados en cada una de las épocas de la historia. Hoy poseemos un conjunto de objetos que nos maravillaron en un principio, pero que con el transcurso del tiempo hemos comprendido su inutilidad fundamental. Esos objetos no nos ayudan a ser más felices, es decir a estar en paz con nosotros mismos, con nuestros semejantes, con la naturaleza. Me refiero sin lugar a dudas a la técnica, a ese conjunto de instrumen-

tos que rodean la existencia del hombre actual y que ocupan la mayor parte de su tiempo y de su espacio vital. Los automóviles lujosos, menos lujosos, grandes, pequeños, acondicionados, la radio, potente, menos potente, la televisión a colores o no, los grandes y supersónicos aviones que cruzan en pocas horas los continentes, las maravillosas computadoras, en fin todo ese mundo de aparatos electrónicos que constituyen nuestro universo próximo y personal, al cual hemos delegado muchas de nuestras funciones vitales fundamentales, a saber: el pensar en forma reflexiva (la televisión, el cine, la radio, etc.); el caminar sin trabas para desarrollar la bella fantasía del caminante sin rumbo (los automóviles), y en definitiva, el disponer de un espacio físico —condición para la imaginación y la libertad— que nos permita girar con nuestros cuerpos, girar y girar los brazos, los pies, reír y llorar mirando libremente el infinito y sentir el lento caer de las hojas cuando los árboles comienzan a morir.

Si alguien preguntara que idea o valor está ausente de esta "sociedad de masas", "industrializada" o en vías de industrialización, o "sociedad de consumo", país petrolero, la envidia del resto del continente, como dirían algunos sabios políticos; sin pensarlo dos veces respondería de inmediato: la poesía, amigo, la belleza, amiga, la sencillez, el amor a los seres más simples de la naturaleza (porque esta naturaleza la estamos martirizando cada día más), la admiración ante un gesto único e irrepetible en la picardía de un niño, los pasos de una anciana que va y viene en una antigua casa, con tantos recuerdos, con un rosario en la mano y mirando como los muebles se llenan de telarañas, la mano del amigo que se tiende generosamente, el abrazo de una amante, y la angustiada vigilia en la espera de una tierna esposa. Esa copa alzada para estallar en una canción compartida, y esa comida conversada en la intimidad de una casa abierta y generosa. La compasión, sí, esa compasión que conmueve el alma frente al dolor ajeno, frente a la desgracia, ese sentirnos como si la herida ajena hubiese cicatrizado en nosotros mismos.

No se habla hoy en todos los lugares de la tierra sino en términos abstractos, en cifras, en números, estadísticas, coeficientes, datos, opiniones. El hombre ha pasado a ser un re-

curso, un medio. Se habla de recursos humanos. La cultura como un objeto inerte pesa sobre el individuo, como masa aplastante sin dejarlo oxigenarse en su propia sangre espiritual.

Hoy más que nunca el mensaje del personalismo comunitario, basado en el amor y en la solidaridad de los hombres entre sí, es la esperanza que nos mueve a luchar por un mundo diferente, en el cual el hombre sea más, aunque tenga menos, un mundo basado en la tolerancia, en la colaboración y no en la competencia estéril e infructuosa, una sociedad con estructuras que permitan la creatividad y el reino de la imaginación.

Esta revolución personalista que implica cambios sustanciales en las estructuras económicas, sociales y políticas de la sociedad actual, requiere ante todo de una transformación en el corazón del hombre.

Comencemos por dejar que nuestro ser personal rompa las ataduras del individualismo egocéntrico que arruina la vida de relación.

CRITERIOS Y PERSPECTIVAS DE LA CODIFICACION PENAL

Por *Manuel López-Rey y Arrojo, Ll. D.*

Antiguo Catedrático de Derecho penal, España y Bolivia; Jefe de la Sección de Defensa Social de las Naciones Unidas, 1946-1965; desde 1966 *Visiting Fellow*, Instituto de Criminología, Cambridge; Miembro del Comité de Prevención y Control del Crimen y de Justicia penal de las Naciones Unidas.

Al ser preguntado THALES DE MILETO, qué era lo que podía ser gozado universalmente, respondió: la esperanza, pues es lo único que tienen los que no tienen nada.

Fragments, Epictetus, LXXXIV.

PROPOSITO

Como indica la cita, si bien encubiertamente, el ensayo se preocupa por la justicia penal y por ello se ocupa de la codificación penal. Al hacerlo lo hago también de la ciencia y derecho penales al presente bastantes maltrechos en la mayoría de los países sean capitalistas o no. Con excepciones, la codificación sigue siendo patrimonio de los hombres de leyes que generalmente tienden, con retoques, a mantener las cosas como están y no como deberían ser. En los países de habla española y portuguesa a quien va especialmente dirigido este ensayo, la justicia penal en el recto sentido del término es más la excepción que la regla general. No en vano se sigue hablando en la mayor parte de ellos de Administración de Justicia. El derrotero democrático de la España actual y de otros países iberoamericanos permite esperar que la esperanza de una justicia social penal sea realidad. A ello va enderezado el presente ensayo, que no es con mucho mi primero, al que hay que agregar los de otros colegas en España e Iberoamérica.

El ensayo es crítico y espero que objetivo. Toda observación será bienvenida si bien fundada. Exigencias de tiempo y

espacio me han obligado a ser extremadamente conciso y reducir las citas a un mínimo.

I. ANTECEDENTES Y SITUACION ACTUAL

La codificación penal ha sido y es estimada como una responsabilidad gubernamental particularmente en los países de lengua española y portuguesa. Las razones fundamentales son:

a) La afirmación constante de que la función penal corresponde al Estado y la frecuente identificación que se hace entre éste y el gobierno demasiado a menudo dictatorial. Ello explica que los delitos contra el Estado sigan ocupando lugar preferente seguido por los dirigidos contra las formas de gobierno y que las disposiciones penales especiales protegiendo éstas y aquel proliferen por lo común en forma de decretos. En ocasiones, las dictaduras duran décadas. El franquismo y el salazarismo lo acreditan y al presente otras latinoamericanas marchan por parecido camino. La historia política de dichos países muestra un frecuente paralelismo entre dictaduras y afanes codificadores penales.

b) Disponer fácilmente de la mayor parte de los jueces, magistrados, miembros del ministerio público, bastantes profesores y muchos más burócratas ministeriales para llevar a cabo la codificación. La contribución de algunos psicólogos, psiquiatras, sociólogos y otros profesionales apenas si afecta el monopolio ejercido en la codificación por las gentes de leyes. Al contrario, el enlistar algunos de ellos sirve para encubrir en parte el monopolio citado.

c) Operacionalmente los métodos para llevar a cabo la codificación penal son tres:

- i) el sistema de encargo que consiste en que uno o más profesionales del derecho penal preparen un anteproyecto;
- ii) servirse de una comisión codificadora cuyos miembros son a veces seleccionados como afectos al gobierno o régimen. En la práctica es poco más que una pantalla ya que por dejadez y otras razones, la codificación

se lleva a cabo por un grupo y no por la totalidad o mayoría de los miembros de la Comisión;

- iii) una combinación de los sistemas encargocomisión que no cambia substancialmente los procedimientos descritos.

En España los tres métodos han sido utilizados. En Venezuela se da, como veremos, análoga variedad y lo mismo ha acontecido en otros países que serán aquí considerados.

d) Por lo común la publicidad no es la característica procedimental más acusada en la codificación penal, particularmente en los países de habla española y portuguesa en los que los regímenes dictatoriales suelen abundar. Añádase que, como consecuencia de una deformación profesional, los encargados de llevarla a cabo resienten a menudo el que otros profesionales se enteren de lo que van produciendo y dado que su hacer es estimado como uno altamente técnico la opinión pública es dejada de lado la mayor parte de las veces.

Los ejemplos de secretividad en la tarea codificadora son numerosos pero quizá España está batiendo todo *record* con el sigilo que rodeó la preparación del anteproyecto terminado en Noviembre de 1978. La excepción más acusada a la tradicional secretividad codificadora española la ofrece la preparación del código penal español de 1822 que apenas llegó a regir. Las reformas penales de 1848 y 1850 tienen lugar bajo el ambiente político de NARVÁEZ que se opone a toda influencia que pueda provenir de las ideas puestas en marcha por las revoluciones europeas de 1848. El prestigio del derecho francés se acentúa y con él la influencia de su eclecticismo penal cuyo más significativo representante fue J. F. PACHECO que fue fiscal del Tribunal Supremo y notado reaccionario. Aunque como demostré en 1935 su intervención codificadora fue escasa, dada su tardía y esporádica asistencia a las sesiones de trabajo, su influencia penal en España fue manifiesta. Sus lecciones y su *Código penal concordado y comentado* reflejan una endeble ciencia penal. Su éxito se debe más al bajo nivel jurídico penal provocado en gran parte por el reaccionarismo político existente en España. Con escasos relámpagos liberales, el mismo se afirma ya en 1844 y continúa hasta la revolución de 1854. La correlación entre lo sociopolítico y el derecho pe-

nal es a menudo aminorada por los penalistas españoles. En Iberoamérica suele acontecer lo mismo.

La publicidad codificadora se manifiesta un tanto en 1869, pero las prisas gubernamentales del gobierno hacen que el código penal de 1870 sea precipitadamente adoptado si bien provisionalmente lo que dadas las vicisitudes políticas españolas le ha permitido subsistir hasta el presente. La publicidad de la codificación es prácticamente inexistente en la confección del código de 1928. Es relativamente amplia en la reforma de 1932 y se reduce al mínimo en las que siguen bajo el franquismo a base de decretos, textos refundidos o revisados. En el erudito y marcadamente teórico preámbulo del *Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal*, Cuadernos Informativos, Gabinete de Estudios del Ministerio de Justicia, 1972, se dice que ya en su origen el texto refundido de 1944 estaba integrado por los preceptos de 1848, 1870, 1932, los de seguridad del Estado y otros, y que desde 1946 hasta 1972 ha sido objeto de reformas por 19 leyes algunas de alcance extenso y profundo. El anteproyecto antecitado de 1978 oficialmente elaborado por una comisión codificadora lo ha sido en forma que ha dado lugar a comentarios y críticas dentro y fuera de la comisión nada favorables a la labor de ésta que difícilmente puede decirse coresponde a las exigencias penales de una España que trata de afirmarse democráticamente.

Las fuentes tradicionales de conocimiento de la codificación penal en los países de habla española y portuguesa son fundamentalmente tres: la ciencia penal, la jurisprudencia y el derecho penal comparado. Todos tres son necesarios a condición de que la primera no sea meramente una de sillón, la segunda expresión de una judicatura políticamente sumisa o malamente preparada o ambas cosas a la vez y el tercero, reducido a referencias de códigos extranjeros sin averiguar antes cuál han sido los resultados de la aplicación de los textos que se citan.

Respecto a la ciencia penal sin negar la existencia de excepciones personales, la ciencia penal en general y la de los países que nos ocupan en particular se ha caracterizado y caracteriza por una construcción jurídicoformal del derecho penal que ha ido demasiado lejos. El resultado ha sido que el delito como ente jurídico ha sido y es su objeto básico de co-

nocimiento y no la criminalidad de la que aquel es parte. La separación viene de muy lejos y no puedo examinarla aquí. El delincuente ha sido en gran parte dejado al cuidado de una criminología por lo común umbilicalmente unida a las facultades de derecho. En las de tierras iberoamericanas las cátedras de criminología existen, pero no en España. Como he dicho en mi *Criminología*, I y II, 1975 y 1978, la víctima es raramente tenida en cuenta en la real acepción de dicho término pese a la llamada victimología puesta en circulación. Todavía menos la criminalidad como fenómeno sociopolítico. La impresión en los países de habla española y portuguesa es que pese a intentos de emancipación la ciencia penal cultivada sigue oprimiendo al derecho penal y por ende, su codificación y la criminología¹.

En España, la trayectoria penal iniciada por algunos teólogos que se opusieron al regalismo, hoy sería llamado gubernamentalismo o partidismo político, y se pronunciaron por una justicia penal cuyas características sociales son manifiestas, es arrumbada por la importación del anémico eclecticismo francés, seguido después en parte por la importación y parafraseo de la llamada nueva escuela de la que se hace eco confuso y difuso ARAMBURU y algún otro. A finales de la década del 20 las tesis alemanas son descubiertas y BELING que apenas si había sido mencionado es citado y recitado y a comienzos de los años 30 se ofrece una construcción jurídico formal del derecho penal que se bautiza como teoría jurídica del delito o técnico jurídica. La pretensión era "reconstruir el derecho penal español". En realidad, pese a su victimización por la importación de tesis foráneas, aquel había subsistido. SILVELA representa un auténtico valor jurídico penal y con propios cimientos nacionales nos habla de antijuricidad, de injusto y de la conexión entre delito y criminalidad, pero salvo unos pocos, SILVELA es citado pero raramente leído². La trayectoria es-

1. El impulso en favor de una renovación es manifiesto en las Facultades de Derecho de las Universidades Complutense, Valencia, San Sebastián, Santiago, Granada y alguna otra.
2. En sus excelentes notas a la traducción del *Tratado de Derecho Penal* de E. MEZGER, es significativo señalar que los dos únicos penalistas españoles citados por él son PACHECO y SILVELA. Las referencias al segundo tienen mayor importancia que las hechas respecto al primero. Podrá argüirse que su inclusión única se justifica por haberse ocupado PACHECO de concordancias y comentarios y SILVELA de principios. El argumento es

pañola se mantiene con CUELLO CALÓN y ANTÓN ONECA y por RODRÍGUEZ MUÑOZ quien con su gran dominio de la ciencia penal alemana, nunca pierde de vista la enjundia jurídico penal española y considera la tecnificación del derecho penal "como una atomización del hecho delictivo". Hoy día, dicha enjundia se halla desparramada. Con todo su nacionalismo, el franquismo contribuyó a ello en forma evidente.

Los más eminentes representantes del tecnicismo jurídico penal a ultranza son JIMÉNEZ ASÚA en España y S. SOLER en Argentina. Señalaré que la difusión de las tesis alemanas fuera de Alemania coincide con la marcada decadencia de las mismas en ésta, decadencia que culmina en el famoso Tratado de MEZGER y que en más de una ocasión discutí con él³.

En manos de la dogmática jurídica el delito se transforma a efectos penales en una unidad articulada —*gegliederte Einheit*— es decir, en algo marcadamente formal que se relaciona con una norma que a menudo no existe y cuando lo es tiene una naturaleza marcadamente sociopolítica. Es el conservadurismo de finales del siglo XIX alemán, nutrido por una filosofía no menos conservadora, la que da lugar a una dogmática jurídica que en realidad no se sabe en qué consiste. Según JIMÉNEZ ASÚA es "la reconstrucción del derecho vigente en base científica" —*Tratado de Derecho Penal*, I, 1950— lo que realmente no es mucho decir. Tampoco llega a gran cosa afirmar "que el derecho penal debe reintegrarse a la dogmática". Para evitar erróneas interpretaciones diré que la teoría jurídica del delito tiene valor pero limitado. Basta analizar las polémicas de los autores alemanes sobre la norma, la causalidad, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, finalismo y otras creaciones conceptuales para darse cuenta de dicha limitación. Tales enfoques concuerdan con el trasfondo filosófico, sociopolítico y económico de Alemania y conducen en general a un derecho penal conservador que curiosamente es en ocasiones

endeble y no resiste a las conclusiones que pueden obtenerse de la evolución de la ciencia penal española en los últimos cincuenta años. En todo caso, se olvidó en la importación el papel que el lenguaje juega en la formación de la ciencia y derecho penales que RODRIGUEZ MUÑOZ y RODRIGUEZ DEVESA han señalado.

3. Algunos de mis puntos de vista sobre las tesis alemanas son expuestos en mi ensayo *El valor procesal de la llamada tipicidad*, Madrid, 1934, escrito en mis últimos meses en Alemania.

prohijado, a través de la reverencia por la dogmática jurídica, en España por profesionales izquierdistas. Sería interesante poder establecer una correlación entre la persistencia de una ciencia penal conservadora y la del código penal correspondiente. Con desviaciones evidentes aquella se da en forma marcada entre la persistencia del código penal alemán y el español.

La ciencia y derecho penal así creados parten de un distinguido de las ciencias hoy superado. El derecho penal abandona la investigación sobre su razón de ser y su efectividad y se transforma en buen número de países en un estudio altamente erudito en algunos casos y modesto en los demás. Con ello se aleja no sólo del delito que dice estudiar, sino aún más de la criminalidad como objeto de conocimiento. No toda ley presupone una norma ni tampoco protege bienes jurídicos. La ley penal trata de responsabilizar en forma especial a los que por su conducta han transgredido los fundamentos esenciales de una sociedad dada y la exigencia de un mínimo de ordenada coexistencia todo ello dentro de un proceso de desarrollo socioeconómico y político en el que la preservación de los derechos humanos individual y colectivamente considerados es esencial. Ello exige del penalista contemporáneo adentrarse en mucho más que en los elementos del delito.

La jurisprudencia es necesaria, pero dentro de ciertas condiciones a menudo ignoradas o deliberadamente pasadas por alto. En la codificación juega aún un papel excesivo si bien frecuentemente encubierto. Su admisibilidad suscita varias cuestiones. Entre ellas, ¿cuál es el grado de coincidencia que justifica que un hecho del pasado pueda reforzar o fundamentar una decisión judicial respecto a un caso del presente? La condición de precedente jurídicopenal no basta, especialmente cuando aquel es capsulizado en resúmenes y asequible cada vez más mediante la computarización. ¿Cuáles son las relaciones de dependencia y validez entre cambio social y jurisprudencia hasta ahora casi inexploradas por los penalistas, jueces, magistrados, miembros del ministerio público, abogados, criminólogos y otros distinguidos profesionales? ¿Qué valor codificador puede atribuirse a una jurisprudencia que ha sido elaborada bajo regímenes dictatoriales de larga duración frente a los cuales la judicatura y el ministerio público no se han

distinguido por su protesta e independencia? Contrariamente a lo que se hace creer al hablar del poder judicial la historia del mismo en los países de habla española y portuguesa muestra más claudicaciones y sumisiones que enfrentamientos individuales o colectivos con la dictadura imperante. El caso de Chile es uno de los más evidentes hoy día y la lectura de los informes de la Comisión de Encuesta de las Naciones Unidas sobre la violación de los derechos humanos en dicho país lo confirma plenamente. La historia del poder judicial en España aún no se ha hecho y con ella la de su jurisprudencia penal. En *Los jueces contra la dictadura (Justicia y política en el franquismo)*, 1978, por Justicia Democrática, se halla abundante material para elaborar esa historia en los últimos cuarenta años, pero no se olvide que la misma exige considerar el comportamiento de los titulares de dicho poder como jueces y magistrados.

Si bien la jurisprudencia no es estimada fuente del derecho penal sí lo es más o menos encubiertamente de no pocos preceptos de los códigos penales. Aquí también mi indagación en países iberoamericanos lo ha confirmado particularmente respecto a la Argentina, Costa Rica y Guatemala.

El valor codificante de la jurisprudencia depende en no poco de la preparación de los jueces, fiscales y demás miembros del aparato judicial que producen dicha jurisprudencia y participan en la codificación. Como juez que fui por oposición sé que ésta no garantiza más que una preparación limitada. Tampoco mejora la situación las llamadas Escuelas Judiciales. Mi detenida visita a la de Madrid en 1978 me confirmó la marcadamente inadecuada formación de los titulares de la justicia penal en España. El problema es hondo y afecta seriamente al valor de la jurisprudencia y la participación de quienes la producen en la codificación. Consiste simplemente en que la judicatura y el ministerio público no pueden seguir concibiéndose como aún lo son. Lamentablemente en tal respecto la Constitución española ha retrocedido en vez de avanzar⁴.

4. De estos y demás problemas relacionados con la codificación me he ocupado detalladamente en *Criminal Justice and the Training of Judges, Prosecutors and Lawyers*, Review of Criminal Science, N° 2, 1963, El Cairo; *Social Change and Criminal Justice* en el volumen *Social Change and Criminal*

La utilización del derecho penal comparado entendiendo por tal la mera referencia a preceptos de anteproyectos o códigos de otros países a menudo totalmente diferentes en cada respecto y aun la inserción de ellos, es una de las características más acusadas de la ciencia penal aquí criticada y de la codificación basada en ella. Uno de los mayores contribuidores a dicha tendencia ha sido sin duda, a partir de comienzos de siglo, la *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, cuyos quince volúmenes son, según MEZGER, orgullo de la ciencia penal alemana. Sin duda, los textos deben compararse pero ello no basta. La comparación debe ir acompañada de la indagación sobre los resultados de su aplicación. En todo caso, el orgullo a que alude MEZGER corresponde al suscitado por una ciencia penal alemana marcadamente abstracta. RODRÍGUEZ DEvesa tiene razón cuando en su prólogo a *La doctrina de la acción finalista*, de J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, dice que los conceptos jurídicos son recursos técnicos. Me permitiría ir más allá y agregar que por serlo tienen un valor extremadamente limitado y que el delito definido por la ley aun formalmente un concepto jurídico implica mucho más que algo meramente conceptual⁵.

Los ejemplos del uso de un derecho penal comparado de gabinete en la codificación de los países de habla española y portuguesa son numerosos. Citaré los siguientes:

1. Anteproyecto de código penal de El Salvador, 1970, en que citan como fuentes consultadas los proyectos de Venezuela, 1949-50; México 1958; los argentinos de PECO y COOL-GÓMEZ y el de Bolivia, 1943, de LÓPEZ-REY.

Policy, San Juan, 1969; *The Planning of the Criminal Justice System with Special reference to the Judiciary en A Policy Approach to Social Defence Planning*, 1972, New York, United Nations y *Criminología*, II, 1978, Madrid, cap. XII, 2.

5. El discurso de RODRIGUEZ MUÑOZ es de gran valor por el análisis crítico que hace de la tesis de *Welzel*, en realidad de toda la ciencia penal alemana desde comienzos de siglo. Sin duda, el delito es conceptualmente una acción típica, antijurídica y culpable, pero es mucho más que esto. Lamentablemente, los alemanes identifican gradualmente el concepto con el objeto de conocimiento y surge así una ciencia del derecho penal que es un gran andamiaje que oculta lo que el delito y la criminalidad son como auténticos objetos de conocimiento de aquella. Lo que se construye es un conceptualismo penal. Basta adentrarse en los textos alemanes para ver que la indagación es sola una de opiniones, citas y sutilidades. El concepto es el elemento último del pensamiento, pero nunca debe pretender reemplazar al objeto.

2. Venezuela es probablemente uno de los países en el que la actividad codificadora es más manifiesta y a menudo relacionada con su vaivenes políticos en los que la democracia no ha sido siempre su mayor característica. Por lo común, los proyectos han sido realizados por encargo. Los más conocidos son los de 1938; 1940; 1947; 1948; 1955; 1961; 1967 y al presente los trabajos de un grupo de profesores que trabajan para la Comisión de Política interior del Senado y que ha publicado una serie de cuadernos sobre la reforma penal.

El proyecto de 1961 enumera en su exposición no menos de ocho legislaciones penales europeas y latinoamericanas dando al parecer preferencia al italiano de 1930. El texto consta de 610 artículos de los cuales el 25% son destinados a la Parte General que al igual que en otros muchos textos es simplemente un tratado de derecho penal en miniatura. A la culpabilidad se la dedican 14 artículos. El anteproyecto de 1967 va precedido de una erudita exposición que no contiene referencia alguna a la realidad venezolana. Es más una revisión del anteproyecto de 1961. Contiene 604 artículos, de ellos el 25,5% en la Parte General, que es igualmente un tratadito de derecho penal. La jurisprudencia fue en ocasiones ampliamente utilizada como fuente de información. Los cuadernos publicados por la mencionada Comisión a partir de 1974 son de una erudición comparativa difícilmente aconsejable. Todo lo que se ha podido citar en materia de textos lo ha sido, pero no existe una sola referencia a la realidad venezolana y menos aún a su criminalidad. Lo que parece importar es una exhibición jurídico penal del delito. La cuestión de la imputabilidad del indio es objeto de una serie de largas disquisiciones en las que la ignorancia de la realidad nacional es igualmente obvia. ¿Cuál es el medio jurídico nacional al que se alude para justificar o no la inimputabilidad?

Mis indagaciones en diversas regiones venezolanas algunas remotas en el Oriente del país y mi experiencia en los grandes centros urbanos y otros, me ha mostrado la ficción de un medio jurídico nacional y así lo expuse más de una vez en Maracaibo, Caracas y otros lugares.

3. En Brasil el anteproyecto de 1963 contiene 391 artículos pero tal cifra se debe a que siguiendo una mala costum-

bre, hija de contingencias políticas, los delitos incluidos son solo los que en términos generales llamaríamos los cometidos contra los particulares. Los dirigidos contra el Estado, el Gobierno, las fuerzas armadas, etc., y la administración, el orden público y otros aspectos de la estructura del país son objeto de leyes especiales. El proyecto de 1969, que se promulgó como código para dejarlo prontamente sin efecto, seguía el mismo criterio. En el articulado se hacen referencias comparativas a los anteproyectos alemanes, yugoeslavo, griego, argentino, dinamarqués y otros, pero la apreciación de la realidad brasileña y de su conexión con la criminalidad y la justicia penal no aparece por ninguna parte.

4. El código penal de Costa Rica, 1970, se basa en el anteproyecto de 1969 y en su exposición de motivos se hace frecuente referencia al derecho penal comparado aquí criticado y el Código penal tipo del que me ocupé en pasada ocasión estimándolo como una pieza jurídico penal alejada de la realidad de las tierras americanas a que se refiere. Los fundamentos son en parte doctrinarios y más limitadamente jurisprudenciales. La realidad sociopolítica y criminológica es ignorada. Consta de 413 artículos de los que algo más del 29% están en la Parte General que he de repetirlo es un tratadito de derecho penal.

5. Guatemala tiene una historia de codificación penal altamente insatisfactoria. En 1960 el anteproyecto de código penal preparado por S. SOLER para la Argentina es presentado por él y dos profesionales guatemaltecos como anteproyecto para dicho país. En la exposición de motivos elaborado por el trío se dice que el código penal vigente basado casi íntegramente en el español no corresponde a las características del país y que es preciso reemplazarlo. El reemplazo se hace adoptando como anteproyecto el de un país totalmente diferente a Guatemala. En la susodicha exposición se dice que contrariamente a tendencias románticas los conceptos fundamentales de la legislación penal son comunes y que las mejores fórmulas definidoras deben ir generalizándose como resultado de los modernos métodos de legislación y derecho comparado. Sin duda, existen conceptos que pueden tener una cierta generalidad, pero el análisis de las características del país y sus

exigencias penales no permite el trasplante sugerido. Cuando suscite la cuestión en Guatemala se me dijo que en fin de cuentas la codificación era una operación de técnica jurídica.

El código penal de 1973 menciona como fuentes al de Argentina, Costa Rica, Cuba, México, Uruguay, España y otros y al Código penal tipo. De especial consideración fueron los códigos penales de Honduras y El Salvador. El análisis de la realidad guatemalteca brilla por su ausencia. Consta de 497 artículos y el 25% se hallan en la Parte General que es una especie de manualito de derecho penal.

El proyecto argentino de 1960, debido a S. SOLER, se basa en la jurisprudencia, en la tradición jurídica existente, en la experiencia de la ley y en la construcción jurídica de la doctrina. De la realidad argentina no se dice nada y menos aún de su marcada transformación socioeconómica, política y cultural. A la criminalidad no se hace referencia alguna ni tampoco a una evaluación del sistema penal. Tanto la exposición de motivos, como el informe de la Comisión que examinó el proyecto y la respuesta de SOLER prueban cumplidamente la índole teórica del proyecto.

El código penal de Bolivia, 1972, tiene solo 365 artículos, las faltas han sido excluidas, y el 28% de aquellos forman la Parte General. Sus antecedentes son el proyecto de 1943, de quien escribe, y el de 1964, preparado por un grupo de profesionales. Al recibir el encargo indiqué deberían dárseme facilidades para recorrer el país, visitar instituciones, dialogar con autoridades de toda suerte y recoger tantos datos como posible. El gobierno cumplió la promesa y como resultado de mi investigación comenzada en Junio de 1940 en octubre, sometí a la Comisión Codificadora Nacional un informe que fue discutido por ésta. De ello resultaron las bases del anteproyecto que redactado fue examinado por la Comisión. Tras nuevas discusiones redacté el proyecto final que igualmente fue objeto de modificaciones por aquella. A finales de 1943 el Senado comenzó la discusión del proyecto pero acontecimientos políticos suspendieron la misma. Consta de 538 artículos y la Parte General era el 22%. En ella se incluyeron una regulación detallada de la multa, el juez de vigilancia, la organización de una caja de compensaciones para las víctimas del delito y del error judicial. La Parte Especial se basaba esen-

cialmente en la estructura de la organización de la comunidad boliviana de la que era una de las expresiones el Estado⁶.

La preparación de 1964 fue precedida de varias encuestas y una recogida de datos. Consta de 365 artículos. Las faltas son excluidas del texto penal.

En Colombia el *Anteproyecto de Código Penal colombiano 1974*, Actas, Exposición de Motivos y Articulados, Ministerio de Justicia, Bogotá, 1975, es producto de una Comisión Redactora integrada por ilustres penalistas. En las actas y exposición se hacen referencia a más de veinte textos penales de diferentes países entre ellos Islandia, Polonia, Bulgaria y el inevitable Código penal tipo. Las actas muestran una erudición, pero no una estimación siquiera modesta de la realidad colombiana. Aunque en las Actas, p. 109, se dice que el derecho penal no es una armazón teórica, lo cierto es que el anteproyecto apenas si es más que una. Tiene 453 artículos y casi el 30% pertenecen a la Parte General en la que se incluyen una serie de cuestiones que fácilmente pueden hallarse en un manual de derecho penal.

El proyecto para Portugal, 1963, se ocupa solo de la Parte General con 136 artículos. La exposición es erudita haciéndose referencias especialmente a las teorías alemanas, pero ninguna a la realidad portuguesa.

En Francia, el *Avant-Project de Code*, 1978, se refiere a lo que se llaman Disposiciones Generales o Parte General y tiene 211 artículos. Se mantiene la clasificación tripartita y la enorme extensión de dichas Disposiciones se explica pero no se justifica por incluir una serie de preceptos penitenciarios y otros que no corresponden a un código penal.

En España, el anteproyecto de 1978 se debe a una Comisión de Codificación, pero en realidad a la labor de grupo de miembros de aquella. La forma en que han sido conducidas

6. Para detalles consúltese *Proyecto oficial de Código Penal*, Publicaciones de la Comisión Codificadora Nacional, La Paz, 1943. Igualmente redacté el Proyecto de Código Procesal Penal que con dicho título fue publicado por la Universidad de Córdoba, Argentina, 1946. Mi anteproyecto de *Código de Menores* ha sido objeto solo de publicaciones parciales. Dicho código y el procesal penal no fueron tenidos en cuenta más que limitadamente por la Comisión debido al cambio político que tuvo lugar en el país.

las discusiones ha dado lugar a una serie de protestas por otros miembros incluso por escrito. La Memoria explicativa que ha llegado a mis manos habla de la garantía ejecutiva, de la culpabilidad, de los intereses relevantes del Estado, de la difícil distinción entre causalidad y finalismo, de que según SAVIGNY la familia es el yo ampliado, del orden económico, de IHERING, del estado social del derecho, del precio de la pena, de la proporcionalidad punitiva y de otras muchas cosas, pero no se hace alusión alguna a una consideración de la realidad española, de su criminalidad, de la conveniencia de basar la codificación en una evaluación del sistema penal tras casi cuarenta años de franquismo y de la transformación de la sociedad española y de su encaminamiento por una trayectoria democrática cuyos principios, al menos en parte, han sido enunciados en la Constitución. Si como se afirma en ésta la justicia emana del Pueblo cabría preguntarse si ello no implicaba que en la codificación participara aquel de manera directamente efectiva.

El texto contiene 679 artículos de los que el 22% son de la Parte General. El número de figuras delictivas creadas excede de 2.000, cifra enorme debida en parte a un casuismo jurisprudencial. Difícilmente puede mantenerse que se trata del texto que precisa la España actual y del futuro inmediato.

La exposición hecha muestra que si bien la ciencia penal es necesaria el derecho penal por ella producido sigue siendo en la mayor parte de los casos uno que vive de espaldas a la estructura socioeconómica, cultural y política. En muchos de los proyectos y códigos pesa aún demasiado una jurisprudencia estrecha. En la mayor parte de los casos, la clientela de tales códigos son "los de abajo" y esta justicia no se remediará en tanto en cuanto los códigos sigan confeccionándose solo por profesionales. Se impone una investigación jurídico penal fuertemente combinada con una criminológica y sobre todo, una evaluación de los sistemas penales vigentes antes de seguir lanzándose a la preparación de códigos penales como piezas de legislación en las que la llamada técnica jurídica juega papel predominante. En los países de habla española y portuguesa existen profesionales que se dan perfecta cuenta de la urgencia de una renovación de dicha ciencia y de que los códigos penales no pueden seguir siendo instrumentos de grupos sociales dominantes. En los países marxistas la domina-

ción es ideológica y a través de un partido monolítico. En España, la apresurada codificación penal debe ser reemplazada por una basada en una evaluación del sistema penal. En Venezuela y Colombia se dan también afanes de renovación, pero a menudo dominados "desde arriba". En México donde debería haberse dado análogo afán apenas si existe. Afortunadamente, algunos jóvenes profesionales parece reaccionan en favor de una renovación más auténtica que la usualmente ofrecida por un grupo distinguido de profesionales.

La tarea de renovación no es fácil y las mayores dificultades provienen de la naturaleza raramente democrática de los regímenes existentes, de la condición en que se hallan la mayoría de las Facultades de Derecho y Colegios de Abogados y la índole poco satisfactoria del llamado poder judicial.

II. LAS PERSPECTIVAS

Por tal se entienden aquí las de carácter operacional que sucintamente expuestas son:

1. Necesidad de ir directamente a la planificación de la política criminal ya recomendada en las conclusiones del Congreso de las Naciones Unidas, 1960, y desarrollada por la Organización en una diversidad de trabajos. Entre otras cosas significa que las comisiones de codificación deben ser reemplazadas por comisiones de política criminal en la que participen activa y mayoritariamente otros elementos que los jurídicos⁷.

2. La política criminal y el sistema penal son dos cosas distintas, el segundo parte de aquella que a su vez lo es de la política general de desarrollo que no ha de entenderse solo económicamente. Uno de los aspectos esenciales del mismo es la preservación de los derechos humanos individual y colectivamente entendidos. La violación se comete no sólo mediante violencia, sino también por corrupción hoy frecuente en altos

7. Para detalles véase lo que he dicho en *La Construcción sociológica del derecho y de la justicia*, Revista Interamericana de Sociología, II, N° 5, 1967, México; *La Planificación de la política criminal*, 1975, volumen editado por el Ministerio de Justicia de Venezuela y mi *Criminología*, II, 1978, cap. XII.

y medios niveles políticos, judiciales, administrativos, industriales y otros.

3. El sistema no debe concebirse lineal, sino globalmente, como un todo, cuyas partes son interdependientes. La hegemonía de una de ellas sobre las demás, como acontece hoy con el sector judicial o del ministerio público, debe evitarse. La concepción global significa que el llamado poder judicial tiene que ser configurado distintamente a como lo es hoy día en la mayoría de los países latinoamericanos. Como señalé antes si conforme a la Constitución española la justicia emana del Pueblo, éste debe ser elemento importante en la estructura y control del poder judicial. Desafortunadamente, la Constitución olvida al Pueblo al organizar el poder judicial conforme a líneas marcadamente tradicionales. Los jueces y magistrados están en mayoría⁸.

4. Ninguna codificación debe llevarse a cabo sin relacionarla con las demás; sin llevar a efecto previamente una evaluación del sistema penal y sin tener presente los planes de desarrollo del país. Mas concretamente, la codificación penal exige previamente:

a) Analizar las características socioeconómicas, culturales, políticas y demás de la población en general y la de la clientela del sistema penal en particular y determinar cuál es la correlación criminológica y jurídico penal que se da entre ellas, tanto respecto a la criminalidad como a los diferentes tipos de delitos, todo lo cual debe ejercer una influencia en la política criminal y el sistema penal y por ende, en la codificación penal.

b) Establecer el costo del sistema penal, los resultados obtenidos en su aplicación así como el que debiera ser conforme a la planificación de dicho sistema y de la política criminal que lo determina.

8. Señalaré que en la edición oficial que poseo de la Constitución mientras el Rey, los Jueces, los Magistrados, el Poder Judicial y el Ministerio Público aparecen con mayúscula, el pueblo de donde se dice emanar la justicia que todos ellos deben servir aparece con minúscula. Convendría devolverle la mayúscula que se le ha birlado y con ella hacer efectivo el poder que en el judicial le corresponde.

c) Determinar el costo de la criminalidad, que no debe ser identificado con el anterior, relacionarlo con las cifras de producción y consumo y ver cuál es la cifra que puede estimarse soportable sin perturbar seriamente el desarrollo del país. En otras palabras, ninguna codificación penal debe llevarse a cabo sin tener una idea aproximada de cuál es la "cantidad" de criminalidad que un país dado puede soportar en un futuro inmediato sin ser seriamente perturbado.

d) La extensión, modalidades y aplicación de las sanciones penales no deben continuar siendo apodícticamente determinadas por límites mínimos o máximos y conforme a un sistema de grados empíricamente establecidos y a menudo derivados de una jurisprudencia anticuada. En buen número de códigos que se dicen modernos fijan aún la pena indicando que la misma se aumentará o disminuirá en un doble, tercio, etc. El anteproyecto español se aferra aún a este criterio y fija límites mínimos y máximos y habla de imponer la pena en su mitad superior, en el grado inmediatamente inferior, etc. Tales enfoques a más de ser sociopolítica y criminológicamente anacrónicos, no establecen garantías de ninguna clase y reflejan una evidente falta de preparación en la magistratura y ministerio público correspondientes para llevar realmente a cabo la individualización de la pena que se promete; y

e) Reducir la criminalización de conductas al mínimo requerido por las consideraciones anteriores y la necesidad de preservar los derechos humanos tanto de la persona, como de los grupos y la sociedad a nivel nacional e internacional. Ello significaría la simplificación de los tipos penales, la exclusión de las faltas o contravenciones del sistema penal, terminar con la construcción teórica de la Parte General de los códigos penales, la unificación de las sanciones y que las leyes penales especiales fueran realmente excepcionales y sometidas siempre a los principios fundamentales de la Parte General del código penal común.

Lo expuesto hace resaltar dos cosas, una determinar cuál debe ser la finalidad de la justicia penal y por ende, del sistema. Tal determinación tiene repercusiones claras en la organización del sistema y previamente en la formulación de la política criminal que aquel refleja. Sin entrar aquí en detalles es obvio que la readaptación del delincuente no debe ser la fi-

nalidad del sistema penal. A este y a la justicia que encarna hay que devolverles su propia esencia y finalidad que es la justicia social. Nótese que la readaptación, reeducación, resocialización y demás ha sido y es utilizada por los regímenes capitalistas y marxistas para encubrir la índole instrumental de clase, ideología o partido del sistema penal. Como hace años dije en el Congreso de Defensa Social de París, la sanción penal es admisible, pero también el derecho a no ser readaptado, reeducado, etc., por ella.

La segunda cuestión es que evaluar es fácil de decir, pero difícil de hacer. Con todo es indispensable si se quiere hacer auténtica política criminal y no meramente una serie de reformas penales que generalmente sirven para poco y suelen mantener una injusticia penal manifiesta. Lamentablemente, la mayoría de los gobiernos y profesionales siguen aún aferrados a la codificación aquí criticada.

Brevemente diré que toda evaluación demanda previamente determinar claramente cuál será la finalidad de la política criminal, ponerse de acuerdo sobre ciertos conceptos fundamentales; establecer un programa gradual de acción; reunir tantos datos como sea posible en relación a lo que desea evaluar; elaborar una especie de modelo; analizar los resultados obtenidos con la aplicación del sistema en vigor así como su costo; proceder a las proyecciones necesarias teniendo en cuenta las posibles variaciones y finalmente, pero no menos importante, disponer del personal y medios adecuados para llevar a cabo la evaluación. Esta puede ser total o parcial.

Podrá argüirse que la codificación tradicional es más barata y en cuanto a personal lo que se precisa es una serie de profesionales. El error es manifiesto si se tiene en cuenta que dicha codificación ha significado y significa un costo humano a base de una injusticia penal casi permanente. De esto no suelen darse cuenta los gobiernos, los políticos y un gran número de profesionales que raramente se preguntan si el código penal elaborado en torno a una mesa y discutido más o menos elocuentemente en un hemicycleo es realmente el que la comunidad precisa.

HABITUALIDAD Y REINCIDENCIA *

Alfonso Serrano Gómez

Profesor de Derecho Penal de la U.N.E.D.
(Madrid).

SUMARIO: I. DERECHO POSITIVO: Consideraciones Generales. Receptación. Habitualidad en el aborto. Exacciones ilegales. Habitualidad en la usura. II. CONSIDERACIONES CRIMINOLOGICAS: 1. Derecho positivo. 2. Jurisprudencia. 3. Doctrina. 4. Criminología. 5. Situación real: a) Delinquentes habituales; b) Profesionales; c) Peligrosos; d) Reincidentes, y e) El delincuente español. POLITICA CRIMINAL: Habitualidad y culpabilidad. Consideraciones de *lege ferenda*: 1. En materia de habitualidad criminal. 2. En materia de reincidencia.

I

DERECHO POSITIVO

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Nos vamos a ocupar en el presente trabajo de la *habitualidad* en el Código penal español, en cuanto supone una agra-

* Este trabajo, con el título *La habitualidad como agravante*, fue la comunicación presentada al Coloquio Regional de la Asociación Internaciones de Derecho Penal, celebrado en Madrid-Plasencia, octubre, 1977. Parte del mismo se publicó en la *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1978. Sin embargo, teniendo en cuenta las modificaciones del Derecho penal, en materia de reincidencia en el Derecho español, así como las investigaciones criminológicas sobre el tema, nos ha llevado a redactar un nuevo trabajo.

Con el presente estudio pretendemos completar otro: *La reincidencia en el Código penal*, en *Anuario de Derecho Penal*, 1976, fasc. I. Se ha preferido su separación, por no encajar plenamente en ninguno de ellos la temática recogida en los dos. Sobre el tema de la habitualidad, véase MIR y PUIG, S.: *La habitualidad criminal del art. 4º de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, abril-junio, 1974, págs. 103 y ss.

vacación de la pena, así como su compatibilidad con la agravante de reincidencia. Sin embargo, teniendo en cuenta que el habitual coincide en muchas ocasiones con el reincidente, y que hay temas comunes a ambos, se dedica también especial atención a la recaída en el delito, sobre todo desde el punto de vista criminológico.

Aunque la habitualidad se recoge en los artículos 9-2^o, 17-3^o y 502, el tema se centra en los supuestos de *exacciones ilegales* (art. 402, p. segundo), *aborto* (art. 415, p. segundo), *usura* (art. 542) y encubrimiento con ánimo de lucro y *receptación* (art. 546 bis), que es donde se da la agravación por habitualidad.

No se define en el Código Penal la *habitualidad*, por lo que su apreciación salvo en los supuestos del artículo 546 bis b)¹, queda al arbitrio del Tribunal en cada caso². No es preciso la existencia de condenas anteriores³, aunque en algún caso se tengan en cuenta⁴. La jurisprudencia tampoco exige profesionalidad, por ejemplo, la Sentencia de 13 de Mayo de 1970 dispone que la habitualidad "no precisa antecedentes penales, ni supone profesionalidad o dedicación exclusiva a actividades abortivas, sino su práctica reiterada por una persona"⁵.

La doctrina también considera que no es preciso que haya condenas anteriores, como sucede para la reincidencia⁶. Tam-

1. La apreciación de la habitualidad en estos supuestos plantea no pocas dificultades en muchos casos, véase CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *La presunción de habitualidad en la receptación de la Ley de 9 de mayo 1950*, en Anuario de Derecho Penal, 1953, fasc. II, págs. 285 y ss., y *Encubrimiento y receptación*, Barcelona, 1955, pág. 161 y ss. de 11-12-1954, 14-10-1957, 20-10-1958 y 26-12-1964.
2. Ss. 13-5-1970 y 3-4-1973 (aborto); 3-6-1957 (exacciones ilegales).
3. Ss. 18-6-1942 y 9-2-1965 (usura); 25-11-1957, 12-6-1964 y 15-5-1970. (aborto). Véase BETTIOL, G.: *Diritto Penale*, Padova, 1976, pág. 645.
4. Ss. 25-11-1957 y 26-12-1968 (aborto); 27-2-1965 (usura); 7-10-1968 (receptación).
5. En el mismo sentido la Sentencia de 18-6-1942 (usura).
6. ANTON ONECA, J.: *Derecho Penal*, Parte General, Madrid, 1949, pág. 390; CONDE PUMPIDO, op. cit., págs. 277-278; QUINTANO RIPOLLES, A.: *Tratado de la Parte especial del Derecho Penal*, III, Madrid, 1965, pág. 293; RODRIGUEZ DEVESA, J. M^o: *Derecho Penal español*, Parte especial, Madrid, 1975, págs. 84 y 1051; RODRIGUEZ MOURULLO, G.: En CORDOBA RODA-RODRIGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, I, Barcelona, 1972, págs. 728-729; ROSAL FERNANDEZ-COBO DEL ROSAL-RODRIGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal Español*, Madrid, 1962, pág. 462.

poco equivale habitualidad o profesionalidad, ya que aquél concepto es más amplio^{7, 8}. Sin embargo, en la Sentencia de 7-2-1961, se dice que en el artículo 546 bis b), se tipifica más bien una figura de profesionalidad.

Lo fundamental para el Tribunal Supremo en la estimación de la habitualidad es la repetición de conductas, así: A) En la *usura*, la Sentencia de 26 de septiembre de 1963, dispone que la "habitualidad es pluralidad de hechos de la misma índole y con igual finalidad delictiva"; la de 8 de noviembre de 1965 recoge, "el primer procesado hizo más de siete mil operaciones de esta clase, el segundo doscientas once y el tercero trescientas once"; la de 9 de febrero de 1965 establece que eran "cinco los préstamos que en el corto espacio de cinco o seis meses" se habían realizado⁹. B) En el *aborto*, la Sentencia de 3 de abril de 1973 establece que se "practicó el aborto, en el período comprendido entre el mes de agosto de 1968 y el de julio de 1970, con nueve mujeres distintas, delatan hasta la saciedad la propugnada habitualidad"; en la de 12 de junio de 1964 se hace referencia a la "costumbre o hábito de hacer una cosa"; C) Respecto a la *receptación*, la casi totalidad de sentencias donde se aprecia habitualidad es por el artículo 546 bis b), precisamente donde no es necesario la repetición de conducta, sino que un solo acto determina la habitualidad; sin embargo, cabe citar la Sentencia de 7 de febrero de 1961 donde se hace referencia a la repetición de conductas para determinar la habitualidad, pues se condenó al autor por setenta y siete delitos del artículo 546 bis a) y veintiuno del 546 bis c). En la Sentencia de 21 de febrero de 1963, se establece que tres condenas anteriores por receptación determinan la habitualidad.

Se desprende de la jurisprudencia anterior, que para el Tribunal Supremo la habitualidad se estima, especialmente, en base a la repetición de las mismas infracciones de usura,

7. ANTON ONECA, ob. cit., pág. 390; CONDE-PUMPIDO, ob. cit., pág. 139; QUINTANO RIPOLLES, *Tratado*, cit., III, pág. 292; RODRIGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, cit., I, pág. 728.
8. MUÑOZ CONDE, estima que en el párrafo segundo del artículo 415 se ha tenido en cuenta las "condiciones de profesionalidad y habitualidad para agravar la pena", en *Derecho Penal*, Parte especial, Sevilla, 1976, pág. 65.
9. En sentido análogo las Ss. de 16-2-1935, 7-7-1936, 27-2-1942, 13-6-1951, 17-4-1962, 14-4-1967 y 18-5-1970.

aborto, etc. Sin embargo, no se determina de forma concreta el número de delitos necesarios para que se dé la habitualidad, lo que se deja al arbitrio del tribunal. Sin embargo, se fija el número de tres, tanto por la jurisprudencia¹⁰ como por la doctrina^{11, 12}.

La sentencia de 5 de Octubre de 1973 establece que ni "uno ni dos préstamos revelan costumbre de contratar de esa forma", por lo que no son suficientes para determinar la habitualidad en la usura, ha de manifestarse al menos en tres contratos usurarios, dentro del mismo proceso penal.

No es suficiente con la repetición de actos, sino que además se precisa una continuidad, es decir que no haya un espa-

10. Especialmente en la usura son diversas las sentencias que consideran que con tres préstamos se da la habitualidad, así se pronuncian las Ss. 20-3-1957, 2-1-1958, 12-11-1963 y 22-5-1971; pueden hacerse a la misma o distinta persona (S. 15-6-1971).

11. Véase MUÑOZ CONDE, ob. cit., págs. 65, 292, 297 y 698; QUINTANO RIPOLLES, *Tratado* I, cit., pág. 569; RODRIGUEZ DEVESA, ob. cit., págs. 502, 510 y 1.051.

12. En el Código de 1848, se imponía la pena superior en grado para el autor habitual de hurto, entendiéndose por tal el que comete tres o más con intervalo, por lo menos de veinticuatro horas entre cada uno de ellos (art. 428, 2º) y lo mismo para determinadas defraudaciones (art. 443). En el Código de 1928 el condenado por dos o más delitos graves, o cinco o más por delitos menos graves comprendidos en el mismo título, podría ser declarado delincuente habitual (art. 70). En la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1899, en relación con las exacciones ilegales, consideraba habitual a quien "había sido declarado culpable varias veces del mismo y penado por sentencia ejecutoria". En el Código de Justicia Militar se reocege como circunstancia agravante la de "ser el delincuente habitual", y se considera como tal "al que de modo continuo y reiterado haya cometido actos delictivos y hubiere sido por ellos condenado" (art. 190, 2º). En la Ley de Contrabando de 3-9-1904 se establecía "que existe habitualidad cuando los reos hayan sido castigados tres veces como autores, cómplices o encubridores por delitos o faltas de contrabando, o defraudación, aun cuando entre los hechos que hayan motivado dichas condenas no exista perfecta identidad" (art. 15, p. 2º), suponía una agravación, pues la habitualidad en las faltas, transformaba esta conducta en delito (art. 15, p. 1º) y tanto para éstas como para la habitualidad en delitos llevaba consigo, además de la pena de multa, prisión correccional (art. 15, p. 3º en relación con el 428). En la actual Ley de Contrabando, conforme al Decreto de 16-7-1964 por la que adapta a la Ley General Tributaria, la habitualidad es una agravante, y se da cuando "dentro de los diez años anteriores a la fecha de la infracción de que se trate, hubiera sido condenado por resolución firme, tres veces en concepto de autor. Esta circunstancia se estimará como muy calificada y no será compensable con ninguna otra" (art. 18, 10); este concepto es más amplio que el de reincidencia de la Ley, donde se considera que se da ésta "cuando, dentro de los cinco años anteriores a la fecha de la infracción de que se trate, hubiese sido condenado por resolución firme por otra de la misma naturaleza" (art. 18, 9).

cio de tiempo muy dilatado entre ellos¹³. La Sentencia de 9 de febrero de 1965 estima la habitualidad al ser "cinco los préstamos en el corto espacio de cinco o seis meses"; también la admite la de 18 de mayo de 1970 por siete préstamos de cuatro años, así como tres préstamos en cuatro años, en la Sentencia de 22 de febrero de 1971, espacio de tiempo que parece excesivo. Se niega la habitualidad en la Sentencia de 18 de mayo de 1970, por siete préstamos durante cuatro años. Por su parte, la Sentencia de 12 de mayo de 1965 establece que la "habitualidad que exige el precepto penal consiste en la repetición de actos de la misma índole y con igual finalidad ilícita, aunque estén más o menos espaciados en el tiempo, por no ser necesaria la continuidad sin intermitencias entre los mismos". También se desestimó la habitualidad por tres adquisiciones de joyas, que procedían de la comisión de los delitos contra la propiedad, por haberse realizado tales compras en un período de diez años.

En cuanto a la compatibilidad entre habitualidad y reincidencia cabe citar la Sentencia de 25 de noviembre de 1957, que con carácter general establece: "Aunque los conceptos de habitualidad legal establecidos para ciertos delitos en el Código son compatibles con la agravante de reincidencia que solo exige una ejecutoria anterior por delito comprendido en el mismo Título, y que por tanto lo mismo puede aplicarse a los reos habituales como a los que no lo sean".

II. RECEPCION

Pasamos a ocuparnos de la compatibilidad entre recepción habitual y reincidencia¹⁴.

1. *Reiteración.* — En cuanto a la compatibilidad entre recepción habitual y reincidencia no hay problemas, siempre

13. Véase RODRIGUEZ DEVESA, ob. cit., págs. 84, 502 y 511. Ya se apuntó en nota anterior, como en la actual Ley de Contrabando, la habitualidad se da cuando en los diez años anteriores se hubiera condenado por tres sentencias firmes (art. 18, 10).

14. Por Ley de 5-5-1950, se introduce en el Código Penal el Cap. VII del Tít. XIII del Libro II, bajo la rúbrica *Del encubrimiento con ánimo de lucro y de la recepción*, hay que considerarlos como sinónimos, por lo que utilizaremos preferentemente al de recepción, por su mayor aceptación en la literatura penal y criminológica. Véase RODRIGUEZ DEVESA, ob. cit., pág. 507.

que el autor de uno de estos delitos hubiera sido previamente castigado por otro a que la ley señale igual o mayor pena o por dos o más delitos a que la ley señale pena menor.

2. *Reincidencia (o multirreincidencia)*. — Hay que distinguir dos supuestos, ya que para su apreciación siempre será necesario que el autor haya sido ejecutoriamente condenado con anterioridad por algún delito de los comprendidos en el mismo Título del Código Penal.

A. *Condenas anteriores por receptación*. — Caben las siguientes situaciones:

a) Que la habitualidad absorba la reincidencia, por lo que se aplicaría el párrafo tercero del artículo 546 bis a), prescindiendo del número de condenas anteriores por receptación, por lo que no se podría apreciar la agravante de reincidencia o doble reincidencia. Para QUINTANO, estimar esta agravante supondría violar el principio *non bis in idem* del artículo 59, ya que la reincidencia en la receptación determina la habitualidad¹⁵. FERRER SAMA dice que si la reincidencia es un "síntoma de hábito de delinquir, no puede tomarse en consideración, de un lado, la habitualidad misma, como circunstancia típica, y de otro, su manifestación externa como agravante genérica¹⁶. CONDE-PUMPIDO considera que hay una fusión entre habitualidad y reincidencia, debiendo considerarse el sujeto como habitual y no como reincidente, por lo que procede aplicar la pena del párrafo tercero del citado artículo 546 bis a)¹⁷. En esta línea la Sentencia de 13 de febrero de 1962, considera que no debe apreciarse la agravante de reincidencia por condena de delitos de la misma especie (receptación).

Admitiendo el criterio anterior, resulta que no hay ninguna agravación para el receptor habitual por las condenas precedentes por estos delitos.

b) Que la reincidencia o multirreincidencia absorba la habitualidad, no apreciándose ésta¹⁸. Con este criterio resultará

15. QUINTANO RIPOLLES, *Tratado*, cit., III, pág. 385.

16. FERRER SAMA, A.: *Comentarios al Código Penal*, I, Murcia, 1946, pág. 419.

17. CONDE-PUMPIDO, ob. cit., pág. 149.

18. Véase MIR PUIG, S.: *La reincidencia en el Código Penal*, Barcelona, 1974, págs. 356-357.

que en muchos casos la pena será menor para el reincidente que para el habitual sin antecedentes. Veamos los casos más graves, es decir, donde se aprecie multirreincidencia: Para el receptor habitual, conforme al párrafo último del artículo 546 bis a), presidio mayor y multa de 50.000 a 1.000.000 de pesetas; para el receptor de un delito contra la propiedad de objetos procedentes de robo cuyo valor no exceda de 15.000 pesetas, o 150.000 por hurto, estafa o apropiación indebida, la pena sería de arresto mayor, conforme al párrafo segundo del artículo 546 bis a), en relación al con los artículos 505, 1º, 515 3º y 535; al aplicar la regla 6ª del artículo 61 la pena se elevará en un grado, siendo ahora de presidio menor, pudiendo elevarse a presidio mayor. Todo esto sin tener en cuenta la multa que establece el párrafo último del artículo 546 bis a), así como lo dispuesto en el artículo 546 bis d). Así las cosas, los efectos podrían ser criminógenos, ya que quien siga en la receptación habitual, tras diversas condenas, le conviene comprar objetos que no rebasen las cuantías indicadas en relación con el tipo de delito indicado.

c) Compatibilidad entre habitualidad por receptación y la agravante número 15 del artículo 10 (reincidencia o multirreincidencia), como consecuencia de las condenas anteriores por delito de receptación. Mantiene esta postura RODRÍGUEZ MOURULLO, quien considera que dado el carácter formalista de la reincidencia si el autor anteriormente condenado continúa con posterioridad dedicándose habitualmente a la comisión de los mismos hechos, no hay apoyo letal para rechazar la agravante, que no se basa en la habitualidad, sino en la mera existencia de una condena por delito comprendido en el mismo título del Código¹⁹.

Examinadas las posturas anteriores, cabe hacer las siguientes observaciones:

1. Debe estimarse habitualidad y no reincidencia cuando existiendo condena anterior por receptación no se hubiera apreciado habitualidad, siendo objeto de tal apreciación los hechos que ahora se enjuician. Estos no deben dar lugar a la

19. RODRIGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, cit., I, pág. 747; véase también MARTINEZ ZAMORA, A.: *La reincidencia*, Murcia, 1971, pág. 103.

estimación de la agravación por habitualidad y reincidencia, ya que supondría la violación del principio *non bis in idem*²⁰. El estimar habitualidad y no reincidencia hay que fundamentarlo en que aquella agravante es específica. Para las condenas posteriores se apreciaría reincidencia o doble reincidencia.

2. Si en condena anterior se estimó la habitualidad, en las sucesivas se apreciará reincidencia o multirreincidencia, ya que el sujeto se mantiene en esa situación de habitualidad creada con anterioridad.

Es compatible la agravación por habitualidad con la reincidencia o multirreincidencia.

3. En todo caso será compatible la habitualidad de los supuestos del artículo 546 bis b) con la reincidencia o multirreincidencia.

B. *Concurrencia de habitualidad por receptación y otras condenas por delitos comprendidos en el mismo Título del Código Penal.* — Caben dos supuestos:

a) Que las condenas o condenas anteriores sean por otros delitos del mismo título. No hay dificultad alguna en que se aprecie la reincidencia o multirreincidencia conjuntamente con la habitualidad, ya que ambas circunstancias son independientes, pese a que al aplicar la regla 6ª del artículo 61 se pudiera llegar a situaciones realmente injustas desde el punto de vista del derecho material ya que al elevar la pena en uno o dos grados podría llegarse, incluso, a la reclusión mayor. Se apreció la reincidencia en la receptación habitual con antece-

20. Establece la Sentencia de 25-11-1957 que "cuando esas condenas anteriores son las determinantes de la habitualidad, la estimación de la agravante genérica del artículo 10 no es posible porque sería derivar de unos mismos hechos dos motivos de agravación"; y la de 28-6-1973 establece "Que como a pesar de estas diferencias conceptuales, la habitualidad y la reincidencia, poseen en lo material, cierto paralelismo o equiparación, es preciso distinguir, en orden a su compatibilidad o incompatibilidad dos supuestos diferentes: aquel, en que se dé la reincidencia por delito de receptación, anterior, que, conste en los antecedentes penales, y que a su vez, se tomare a efecto de cualificar la habitualidad del párrafo tercero del art. 546 bis a) del C. P. pues entonces no se puede duplicar un mismo hecho para la estimación de la reincidencia y de la habitualidad sin lesionar el principio *non bis in idem*, que se acoge, no expresa, pero sí claramente en el art. 59 del C. P."

dentes por delito de robo, en las Sentencias de 19-10-1962 y 14-2-1963 y de hurto en la de 28-6-1973.

b) Si los antecedentes son por receptación habitual, es posible apreciar la reincidencia o multirreincidencia cuando los delitos posteriores están comprendidos en el mismo Título del Código.

3. *Interpretación del artículo 546 bis e) del Código Penal.* — Dispone este artículo que "los Tribunales graduarán las penas señaladas en los artículos anteriores atendiendo a la personalidad del delincuente y circunstancias del hecho, y entre éstas, a la naturaleza y valor de los efectos del delito". Si el Tribunal tiene facultad para graduar las penas, sin tener en cuenta las reglas del artículo 61, habrán quedado resueltos los problemas que se vienen discutiendo.

Las opiniones están divididas, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, en relación a la operabilidad de las reglas del artículo 61. Se pronuncian a favor de observar las reglas de este artículo las sentencias de 16-1-1954, 21-4-1954, 29-5-1954 y 7-2-1962. En esta última se dice que no hay que interpretar como derogados los principios generales que en relación con la estimativa de las responsabilidades criminales se recogen en el libro primero y de modo concreto en el artículo 61. Por otra parte, la corriente más moderna se inclina por considerar que hay una total desvinculación del Tribunal a las reglas del artículo 61, así la sentencia de 9-4-1964, considera que la situación es igual que la del párrafo tercero del artículo 565 para los delitos de imprudencia; otras sentencias en favor de la desvinculación son las de 18-5-1963, 4-11-1963, 9-6-1964, 23-6-1965 y 23-11-1965. En esta última se dice que la regla específica debe prevalecer sobre la general y que de no interpretarse así no tendría razón de ser el artículo 546 bis e), y que en cualquier interpretación, ante la duda, hay que inclinarse por la solución más favorable al reo. La sentencia de 15-2-1963 pone en duda la posibilidad de inclinarse por una de las dos soluciones apuntadas, debiendo buscarse en cada caso la más favorable para el reo.

RODRÍGUEZ DEVESA²¹ y QUINTANO RIPOLLÉS²² son partidarios de la desvinculación para el Tribunal de las reglas del artículo 61. En contra CONDE-PUMPIDO²³. Sobre esto volveremos después, al tratar de la limitación impuesta en el párrafo segundo del artículo 546 bis a).

La solución es controvertida, por las razones siguientes:

1. La Ley de 9 de mayo de 1950 pretende agravar la pena para los delitos de receptación, en especial para los delincuentes habituales, como se desprende también de la sentencia citada de 2-4-1970. De no poder aplicarse pena superior a la establecida en el párrafo último del artículo 546 bis a), resulta que en algunos casos estos delitos se encontrarían privilegiados.

2. Podría interpretarse el artículo 564 bis e), según apunta CONDE-PUMPIDO, como una repetición de la regla 4ª del artículo 61²⁴, lo que resulta absurdo, como estima la sentencia de 23-6-1975, ya que para ser tenida en cuenta por el Tribunal no hubiera sido necesario introducir este artículo en el Código. Sin embargo, la sentencia de 2-4-1970, considera que el artículo 546 bis e) no representa más que una especificación singularmente modificada de la regla 4ª del artículo 61, dejando a salvo el juego de las reglas genéricas de este artículo.

3. Cuando el legislador ha querido que el Tribunal quede desvinculado de las reglas establecidas en el artículo 61, lo hace constar de forma expresa, como sucede en el párrafo último del artículo 340 bis a), en el párrafo tercero del 565, a incluso en los artículos 516-3º y 530. La situación no es tan clara en el 546 bis e).

III. HABITUALIDAD EN EL ABORTO

Establece el párrafo segundo del artículo 415 del Código penal: "La misma agravación y multa de 20.000 a 200.000 pe-

21. RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho Penal*, Parte especial, cit., pág. 513.

22. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado*, cit., II, págs. 392-393.

23. CONDE-PUMPIDO, ob. cit., págs. 313-314.

24. CONDE-PUMPIDO, ob. cit., pág. 313.

setas se impondrá a los que, sin hallarse en posesión de título sanitario, se dedicaren *habitualmente* a esta actividad". Consiste la agravación en el grado máximo de las penas señaladas en los artículos anteriores.

En cuanto a la posibilidad de estimar los agravantes de reiteración, reincidencia o multirreincidencia, cabe señalar:

1. No hay dificultad alguna en apreciar la agravante número 14 del artículo 10, por antecedentes de otro u otros delitos comprendidos en distinto Título del Código, así como que el aborto habitual sirva como antecedente.

2. Hay que estimar reincidencia o multirreincidencia, cuando hubo condena anterior en que se apreciara la habitualidad. Ambas circunstancias son compatibles, pues no se viola el principio *non bis in idem*, siempre que el nuevo delito se haya cometido en una fecha cercana que permita considerarlo como una continuación de la habitualidad. No hay violación de aquel principio, ya que la habitualidad existía. Por el contrario, igual que se decía en la receptación, no debe estimarse la reincidencia y si la habitualidad —por ser agravante específica— cuando el delito que se juzga sea el que determinó la habitualidad²⁵.

3. Si el nuevo delito de aborto se ha cometido en un período de tiempo muy distante del anterior, por lo que no se persiste en la habitualidad, entrará en juego la reincidencia, sin más, no apreciándose habitualidad, por cualquiera de los artículos anteriores del artículo 415 y no por el párrafo segundo de éste.

4. No hay problemas cuando los antecedentes son por otros delitos de los comprendidos en el mismo Título, ya que en estos casos habitualidad y reincidencia o multirreinciden-

25. En este sentido la Sentencia de 25-11-1957, en la que se estima que no procede aplicar la agravante de reincidencia, que se considera embebida en el párrafo segundo del artículo 415, y aunque la habitualidad legal establecida para determinados artículos del Código Penal son compatibles con la agravante de reincidencia, no lo son cuando esas conductas anteriores son las determinantes de la habitualidad, pues, de lo contrario, sería derivar de unos mismos hechos o dos motivos de agravación.

cia, actúan con autonomía e independencia. Lo mismo hay que decir cuando los antecedentes sean por aborto habitual y el delito que se juzga sea otro de los comprendidos en el mismo Título del Código, aunque en estos casos no tiene más importancia que el aborto fuera habitual o no, podía tenerlo en algún caso a efectos de reiteración, por la pena impuesta.

QUINTANO se muestra contrario a la compatibilidad entre ambas agravaciones —habitualidad y reincidencia—. Estima que solamente debe aplicarse la reincidencia, pues de lo contrario se violaría el principio *non bis in idem*, y pese a que puede aducirse que mientras la agravante genérica es una noción penal y formal, la específica es de naturaleza criminológica y fáctica²⁶.

Se inclina por la compatibilidad para los supuestos de habitualidad y reincidencia MIR PUIG²⁷.

RODRÍGUEZ DEVESA escribe: "La habitualidad no requiere que el sujeto haya sido anteriormente condenado por hechos de esta clase... Si además concurre la doble *reincidencia*, habrá que estar a lo dispuesto en la regla 6ª del artículo 61, ya que lo contrario supondría un beneficio que no permiten, a mi juicio, reconocer ni la letra ni el espíritu de la ley, puesto que no se trata de un delito de los llamados de hábito"²⁸.

En la Sentencia ya citada de 25 de noviembre de 1957 se establece la posibilidad de que sean compatibles la habitualidad en el aborto y la agravante 15 del artículo 10 del Código Penal, por antecedentes también por el delito de aborto, pero siempre que esos antecedentes no sean los determinantes de la habitualidad, en cuyo caso se estimará la agravación por habitualidad, pero no la reincidencia.

IV. EXACCIONES ILEGALES

Dispone el párrafo segundo del artículo 402 del Código Penal que "el culpable habitual de este delito incurrirá, además, en la pena de inhabilitación especial".

26. QUINTANO RIPOLLES, *Tratado*, cit., I, pág. 570.

27. MIR PUIG, *op. cit.*, pág. 379, nota.

28. RODRIGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 84.

En relación con la compatibilidad o incompatibilidad de la agravación por habitualidad de este delito, con reiteración, reincidencia o multitreincidencia, cabe aplicar lo dicho para la recepción y el aborto.

V. HABITUALIDAD EN LA USURA

Dispone el artículo 542 del Código Penal que "será castigado con las penas de presidio menor y multa de 20.000 a 1.000.000 pesetas el que *habitualmente* se dedicare a préstamos usurarios".

A diferencia de los casos anteriores, nos encontramos ante una figura en la que el acto aislado no constituye delito²⁹, sino que se precisa la repetición de diversos actos, que den lugar a la habitualidad. Esta, en principio, no constituye una agravación, ya que es necesaria para que se de la figura delictiva. Sin embargo, en atención a que la habitualidad tipifica el delito, podemos considerarla como agravante.

En cuanto el juego de las agravantes que se vienen estudiando hay que señalar:

1. No hay problema alguno en apreciar la reiteración.

2. Tampoco hay dificultad en la apreciación de reincidencia o multitreincidencia, por condenas anteriores de usura habitual. Sin embargo, pueden surgir algunas dificultades. La usura es punible, conforme al artículo 542 en base a la habitualidad, por lo que la reincidencia podrá apreciarse siempre que haya sentencia firme anterior por este delito y un delito posterior también por usura habitual; hay que estimar que cualquier acto aislado de usura, con antecedentes cercanos por usura habitual, hay que considerarlo como habitual y punible, por su relación con los anteriores, pero ¿qué sucederá cuando entre la condena o condenas anteriores y acto posterior haya mediado un espacio de tiempo tan dilatado que prácticamente se haya roto la conexión? No parece que aquí deba estimarse habitualidad. Habría que pensar en la impunidad de

29. Véase LANDROVE DIAZ, G.: *El delito de usura*, Barcelona, 1968.

este nuevo caso aislado, salvo que se trate de usura encubierta. RODRÍGUEZ DEVESA considera que uno de los elementos que el juzgador debe tener en cuenta para determinar la habitualidad en la usura es la "reiteración" en un lapso breve de tiempo"³⁰.

3. No existe dificultad alguna en apreciar reincidencia por antecedentes de otros delitos comprendidos en el mismo título del Código.

La Sentencia de 27 de febrero de 1965, recoge "que la habitualidad, exigida como elemento típico de ciertos delitos, y la reincidencia, prevista como circunstancia agravante en el número 15 del artículo 10 del Código Penal, son perfectamente compatibles cuando la condena anterior, base de la reincidencia, no es, en el caso concreto, factor integrante de la habitualidad: doctrina que se aplica al ahora estudiado" de usura habitual.

II

CONSIDERACIONES CRIMINOLOGICAS

No coincide la concepción de habitualidad en el derecho positivo, doctrina, jurisprudencia y criminología, aunque en algunos casos exista una notable aproximación, sobre todo en la doctrina de los penalistas y la concepción criminológica. El fundamento de la habitualidad es eminentemente objetivo en el derecho positivo y jurisprudencia, y subjetivo para la criminología, mientras que la doctrina se inclina por una u otra de esas direcciones. Pasamos a hacer una breve exposición de cada una de las posiciones, y el considerar aquí conjuntamente todas ellas, es para ver las conexiones y diferencias, prescindiendo de que algunos puntos de los que aquí se tratan pertenezcan más al Derecho Penal que a la Criminología.

30. RODRIGUEZ DEVESA, ob. cit., pág. 502.

1. *Derecho Positivo*³¹. — Ya se apuntó cómo en el Código Penal la habitualidad se basa en la repetición de una serie de conductas de la misma naturaleza como la receptación, aborto, etc., por lo que aquélla tiene un fundamento objetivo³².

En el Código Penal de 1848, se consideraba habitual en el delito de hurto quien cometía tres o más en un espacio de tiempo de por lo menos veinticuatro horas entre cada uno de ellos (art. 428, 2º)³³. También aquí se sigue el criterio objetivo de repetición de actos.

En el Código de 1928 hay una concepción subjetiva de la habitualidad. La sección cuarta del capítulo tercero del Título II del Libro I se ocupaba de la "Delincuencia habitual y predisposición para delinquir", donde dispone el artículo 70: "Cuando el culpable hubiere sido condenado anteriormente dos o más veces por delitos graves, o cinco o más por delitos menos graves comprendidos en el mismo Título, el Tribunal podrá apreciar la circunstancia extraordinaria de multirreincidencia. En estos casos, el autor será declarado delincuente habitual, si la naturaleza y modalidad de los delitos cometidos, o los motivos determinantes, o las condiciones personales o el género de vida llevado anteriormente, demuestren en él una *tendencia persistente al delito* a Juicio del Tribunal".

Por su parte, el artículo 71 disponía que "El Estado especial de predisposición de una persona, del cual resulte la probabilidad de *delinquir, constituye* peligro social criminal".

En el Código de 1928, a diferencia del actual, no se establece solamente para una serie de supuestos concretos, sino que se hace con carácter general, exigiéndose la repetición de conductas y condenas por delitos comprendidos en el mismo Título del Código.

Hay una notable relación entre el Código de 1928 y la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, que en su artículo 4º establece: "También podrán ser sometidos a los preceptos de

31. Véase CONDE-POMPIDO, ob. cit., págs. 141 y ss.

32. Véase MIR PUIG, op. cit., págs. 108 y ss.

33. Conforme al Decreto de 22-9-1848, el concepto de habitualidad establecido para el hurto es cálido para otros supuestos del Código en que fuera preciso apreciarla.

esta Ley los condenados por delitos en quienes, por las demás circunstancias que concurren en ellos, sea presumible la *habitualidad criminal*, previa expresa declaración de su peligrosidad social". Este artículo ha sido redactado como se expone tras la reforma de la LPRS por Ley 43/1974, de 28 de noviembre³⁴. Es necesario la comisión, por lo menos, de dos delitos. Si tenemos en cuenta que todo habitual es peligroso, no tienen razón de que se recoja en este artículo la necesidad de la "expresa declaración" de su peligrosidad, pues la propia declaración de habitualidad criminal lo lleva consigo.

Por otra parte, se puede ser peligroso por la comisión de un solo delito, no precisándose que se cometan dos. Además, la habitualidad criminal puede darse en un sujeto por la comisión de un delito compuesto de varios actos^{35, 36}.

La LPRS emplea en su artículo 2º los términos "habituales" (núms. 1, 6 y 7), "habitualmente" (núms. 4, 13 y 15) y "habitual" (núm. 12). Si nos atenemos al sentido gramatical, parece que a "habitual" y "habitualmente" hay que darles el valor de repetición de conductas, mientras que a "habituales" lo mismo que a "habitualidad criminal", del artículo 4º, hacen referencia condiciones subjetivas de personalidad. Sin embargo, si tenemos en cuenta el contenido criminológico de esta Ley, ha de estimarse que la personalidad es algo muy importante a tener en cuenta en el momento de aplicar las medidas de seguridad, pues en ella se recoge: "Exigir y facilitar, dentro de los procedimientos regidos por esta Ley, la adquisición de

34. Su redacción anterior era: "También podrán ser sometidos a los preceptos de esta Ley los condenados por tres o más delitos, en quienes sea presumible la habitualidad criminal, previa expresa declaración de peligrosidad social". Se prescinde en el texto actual de la extensión a "tres o más", pudiendo aplicarse a partir del segundo delito. Por otra parte, se añade ahora: "por las demás circunstancias que concurren en ellos".

35. Véanse nuestros trabajos: *Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social*, en Anuario de Derecho Penal, 1974, fasc. II, págs. 221 y ss.; *Reforma de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social*, en Revista de Estudios Penitenciarios, 1974, págs. 163 y ss.

36. En la *exposición y estudio para un anteproyecto de bases del libro I y del Código Penal*, Ministerio de Justicia, diciembre 1972, se recoge en la base tercera, 7, segundo: "Por hábito delictivo, que se apreciará en quien, habiendo sido condenado dos o más veces por delitos intencionales, cometiese otro también de esta naturaleza". Obsérvese que se hace referencia a hábito delictivo y no a habitualidad criminal. El criterio es sumamente objetivo, ya que se basa en la repetición de conductas, establece un límite mínimo de tres infracciones, que vimos era el criterio de algunos autores y también de algunas sentencias del Tribunal Supremo.

un conocimiento de lo más perfecto posible de la personalidad biosicopatológica del presunto peligroso y su probabilidad de delinquir, asegurando a tal efecto que sus condiciones antropológicas, psíquicas y prisopatológicas, sean estudiadas por los técnicos³⁷; acordará, así mismo, el juez la investigación antropológica, psíquica y patológica del sujeto³⁸; "evolución de la personalidad adecuando métodos psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales"³⁹; "un criminólogo, un psicólogo, un pedagogo, un psiquiatra"⁴⁰; "investigar la personalidad de cada sujeto"⁴¹; la investigación antropológica, psíquica y patológica del sujeto⁴²; "examen psíquico, complementándolo, a ser posible con la aplicación de métodos psicométricos... se estudiará su personalidad psicopática... procesos patológicos... perturbaciones en la biología del sujeto... se intentará comprobar la existencia de anomalías cromosómicas en cuanto aparezcan presunciones clínicas... grado de deterioro psíquico y somático... efectos psíquicos y somáticos"⁴³; "la investigación patológica... la psíquica"⁴⁴.

Como sucedía en el Código Penal de 1928, y acabamos de ver en relación con la LPRS, a los delincuentes habituales se les puede imponer una medida de seguridad, lo mismo ocurre en el Derecho alemán⁴⁵ y en el italiano⁴⁶. En el Código Penal Tipo para Latinoamérica se prevé la posibilidad de aplicar una medida de seguridad en lugar de agravar la pena, para los habituales o profesionales⁴⁷.

2. *Jurisprudencia.* — Ya se apuntó el carácter objetivo que tiene la habitualidad para la jurisprudencia, en cuanto se configura por la repetición de actos. Sin embargo, en alguna sentencia se apunta hacia el carácter subjetivo, como sucede

37. Preámbulo de la Ley, núm. 2º.

38. Art. 16 de la Ley.

39. Art. 36-1º y 2º del Reglamento.

40. *id.*, *id.*, art. 45.

41. *Id.*, *id.*, art. 47, 1º y 2º.

42. *Id.*, *id.*, art. 83.

43. *Id.*, *id.*, art. 85.

44. *Id.*, *id.*, art. 86.

45. Véase JESCHECK, H.: *La reforma del Derecho penal alemán. Fundamentos, métodos, resultados*, trad. RODRIGUEZ DEVESA, en Anuario de Derecho Penal, 1972, fasc. III, pág. 641.

46. Véase *Código Penal italiano*, art. 109.

47. Código Penal tipo para Latinoamérica, *cit.*, art. 72.

con la de 6 de febrero de 1957 en la que se hace referencia a la "criminalidad crónica" del habitual; en otras ocasiones se inclina por una concepción criminológica, así, en la de 7 de febrero de 1961 se considera que la habitualidad es una condición de "naturaleza criminológica más que jurídica y, por ende, más de hecho que de estricto derecho".

Por su parte, la Fiscalía del Tribunal Supremo recoge que "la personalidad del agnete se revela particularmente perversa y peligrosa, sobre todo cuando llega a ser un delincuente habitual"⁴⁸.

3. *La doctrina.* — Ya se indicó que no hay un criterio uniforme en la doctrina, en relación al fundamento objetivo o subjetivo de la habitualidad. Para ANTÓN ONECA "el hábito criminal es costumbre adquirida por la repetición de actos delictivos, de los que resulta facilidad para realizarlos... es preciso que esa insistencia constituya costumbre y se incorpore al carácter del sujeto"⁴⁹.

RODRÍGUEZ MOURULLO entiende que "la habitualidad criminal tiene su origen en aquella ley biológica en virtud de la cual un acto, a medida que se repite exige menos esfuerzo para ser realizado. Por ello, no basta una multiplicidad de actos delictivos. Es preciso que la repetición se haya incorporado al carácter del sujeto surtiendo el efecto propio de todo hábito... la habitualidad criminal significa facilidad de cometer delitos adquirida en buena parte por haberlas cometido repetidamente. La habitualidad depende de un *quid* que no es originario, sino adquirido"⁵⁰.

Mientras MIR PUIG se ocupa de las situaciones objetivas y subjetivas de la habitualidad en nuestro Derecho⁵¹, QUINTANO RIPOLLÉS considera que lo decisivo no son los antecedentes penales, sino la tendencia persistente del sujeto a la repetición de delitos⁵².

48. *Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo*, 1973, pág. 222.

49. ANTON ONECA, ob. cit., pág. 390.

50. RODRIGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, cit., I, pág. 728.

51. MIR PUIG, op. cit.

52. QUINTANO RIPOLLES, *Curso*, cit., II, pág. 461.

CÓRDOBA RODA escribe que "en nuestro Derecho se habla, por lo regular simplemente de delito habitual, como delito formado por una serie de acciones que implican la costumbre de su realización por el sujeto"⁵³.

Para CONDE-PUMPIDO hay una estrecha relación entre multirreincidencia y habitualidad, siendo aquélla "la habitualidad unida a las sentencias ejecutorias por los hechos creadores del hábito... la multirreincidencia se refiere al tipo más peligroso de habitualidad: la habitualidad en delitos de análoga naturaleza"⁵⁴.

Para MAURACH, en "la habitualidad no es decisiva la tendencia sino la *inclinación* al respectivo hecho punible adquirida por reiterada comisión del acto"⁵⁵. En otra parte considera que también ha de tenerse en cuenta la personalidad y disposición del habitual⁵⁶. Por último, cabe recoger lo siguiente: "Se considera delincuente habitual a la personalidad que, como consecuencia de una *tendencia interna*, basada en una disposición caracterológica o adquirida por la práctica, comete repetidamente infracciones y se inclina a su reiteración"⁵⁷. Se observa la importancia que tiene para MAURACH la personalidad en razón a determinar la situación de habitualidad en los delinquentes.

BETTIOL estima que no debe entenderse la habitualidad como síntoma de una anomalía orgánica o psicológica del individuo, como lo entendía la escuela clásica⁵⁸.

Para MEZGER *delincuente habitual* es el que obedece a una tendencia criminal interna⁵⁹.

Para ANTOLISEI, la habitualidad tiene su fundamento en la Ley biológica que determina la facilidad de repetir un determinado acto en base a haberlo cometido varias veces con anterioridad. Dice que no es suficiente para que se dé la habitualidad la repetición de actos, sino que hay una psique en

53. CORDOBA RODA, *Notas a Maurach*, II, pág. 473.

54. CONDE-PUMPIDO, ob. cit., págs. 141-143.

55. MAURACH, *Derecho Penal*, cit. II, pág. 473.

56. MAURACH, ob. cit., II, págs. 562 y ss.

57. MAURACH, ob. cit., II, pág. 564.

58. BETTIOL, ob. cit., pág. 644.

59. MEZGER, E.: *Tratado de Derecho Penal*, trad. RODRIGUEZ MUÑOZ, Madrid, 1935, II, pág. 385.

el autor que le hace más fácil la comisión de nuevos delitos. La personalidad del habitual no es originaria, sino adquirida⁶⁰.

4. *Criminología*. — Aunque existan algunos antecedentes sobre habitualidad criminal⁶¹, lo cierto es que será el positivismo criminológico quien lo consolide, en especial FERRI, quien presenta una concepción más acorde que la realidad de la criminología actual. Considera FERRI que entre los delincuentes habituales hay algunos que están afectados por una forma evidente y clínica de enajenación mental, de donde proviene entre los mismos la actividad criminal⁶². En otra parte dice que los delincuentes *habituales o por hábito adquirido* “no presentan o presentan de una manera menos clara, los caracteres antropológicos del criminal nato; pero una vez cometido el primer delito, con alguna frecuencia en una edad muy temprana, y casi exclusivamente contra la propiedad, no tanto por sus tendencias innatas como por una relajación moral que les es propia y a la cual se une el empuje de las circunstancias y de un medio corrompido... persisten después en el delito, adquieren el hábito crónico y hacen de aquél una verdadera profesión”⁶³.

Vemos cómo la postura de FERRI se encuentra entre las concepciones objetivas y subjetivas, en cuanto admite para la habitualidad la repetición de conductas, mientras que en determinados supuestos de habitualidad el fundamento hay que buscarlo en problemas de personalidad.

Los delincuentes habituales aparecen en las clasificaciones de diversos autores, algunas incluso anteriores a la de FERRI. MAXWELL subdivide a los habituales en delincuentes por “naturaleza congénita y por hábito adquirido”; OXAMENDI distingue entre habituales corregibles e incorregibles; también incluyen a los habituales en sus clasificaciones HAVELOCK, ALTAVILLA, INGENIEROS, etc.⁶⁴

Para la Criminología, la *habitualidad criminal* viene determinada por la personalidad del sujeto y no por la simple repetición de actos delictivos. Tampoco importa, como ocurre en nuestro Código Penal —no en la LPRS—, que los delitos sean de la misma naturaleza, es indiferente que el autor repite el mismo delito o otros diferentes, aunque también esto lleva consigo una serie de consideraciones en orden al estudio de la personalidad.

Lo importante para la Criminología es lo subjetivo, no lo objetivo. Sin embargo, no se desprecia lo objetivo, ya que la conducta criminal consistente en la repetición de actos, concurrente además con la habitualidad, son datos a tener en cuenta para el estudio del sujeto y su posterior tratamiento.

Para DI TULLIO, los delincuentes habituales presentan generalmente deficiencias psíquicas graves⁶⁵, mientras que los habituales y profesionales suelen tener una personalidad “anómala y psicopática”⁶⁶.

PINATEL, al ocuparse de las diferencias entre los delincuentes profesionales y habituales, escribe en relación a los “últimos que ‘presentan trastornos graves de inteligencia y el carácter, etiquetados por la psiquiatría criminal’”⁶⁷.

Ya vimos que en nuestro Derecho la repetición de conductas que determinan la habitualidad han de ser de la misma naturaleza. Para la Criminología, sin embargo, no importa que las infracciones sean de la misma o de distinta naturaleza.

Habitualidad, peligrosidad, profesionalidad y reincidencia

Estos cuatro conceptos, aunque tengan algo en común, y, a veces, puedan coincidir dos o más en un mismo sujeto, tienen rasgos propios.

Por *reincidencia* ha de entenderse la repetición de delitos siempre que existan condenas previas. Hay que atenerse a lo

60. ANTOLISEI, F.: *Manuale di Diritto Penale*, Milano, 1960, pág. 484-485.

61. Véase para Inglaterra la *Habitual Criminals Act*, 1869.

62. FERRI, E.: *Sociología Criminal*, trad. SOTO HERNANDEZ, Madrid, 1907, I, pág. 163.

63. FERRI, ob. cit., I, pág. 172, II, pág. 321.

64. Véase NICEFORO, A.: *Criminología*, trad. BERNALDO DE QUIROS, México, 1956, VI, págs. 62 y ss.

65. DI TULLIO, B.: *Tratado de Antropología Criminal*, Buenos Aires, 1950, pág. 614.

66. DI TULLIO, B.: *Principios de Criminología Clínica*, trad. TERUEL CARRALERO, Madrid, 1966, pág. 64.

67. PINATEL, J.: en BOUZAT-PINATEL, *Tratado de Derecho Penal y Criminología*, trad. RODRIGUEZ CANESTRI, Caracas, 1974, III, pág. 451.

dispuesto en el Código Penal (art. 10, 14 y 15), sin perjuicio del valor criminológico.

Profesional es el que vive en todo o en parte del delito, sin perjuicio de que se trate de un delincuente profesional activo o pasivo⁶⁸.

Peligroso es el sujeto en quien se presume la probabilidad de caer o recaer en el delito. Esta puede ser predeictual o postdeictual.

La *habitualidad* es una tendencia al delito, en base a unos condicionamientos de personalidad.

Todas estas situaciones se pueden combinar, no siendo incompatibles, así:

1. Al habitual hay que considerarlo peligroso⁶⁹, en base a ese problema de personalidad a que se hacía referencia, por lo que parece necesario aplicarle una medida de seguridad. Puede ser reincidente —lo que es necesario—, así como concurrir también la profesionalidad. Esto nos demuestra que en un mismo sujeto se pueden dar las cuatro situaciones.

La doctrina considera que el habitual es un sujeto peligroso. En este sentido ALLEGRA⁷⁰, BETTIOL⁷¹, ANTOLISEI⁷², MEZGER⁷³ y otros. En el Derecho alemán se ha venido distinguiendo entre los habituales los peligrosos de aquellos que no lo son⁷⁴. En el Derecho italiano la habitualidad también es presupuesto de la peligrosidad, ya que se tiene en cuenta para la imposición de una medida de seguridad⁷⁵. Del mismo modo en el Código Penal Tipo para Latinoamérica se considera al habitual como peligroso, en cuanto prevé la posibilidad de aplicar-

68. Véase nuestro trabajo *Tipología del delincuente español*, en Anuario de Derecho Penal, 1970, págs. 59 y ss. Son profesionales activos quienes organizan y ejecutan de forma decidida los delitos; son profesionales pasivos, aquellos que necesitan un estímulo exterior —generalmente otro u otros sujetos que les animen—, pues no suelen actuar solos, salvo en el delito ocasional.

69. Véase, CAVAN, R. S.: *Criminology*, New York, 1966, págs. 161 y ss.

70. ALLEGRA, ob. cit., págs. 227 y ss.

71. BETTIOL, ob. cit., pág. 644.

72. ANTOLISEI, ob. cit., pág. 485.

73. MEZGER, ob. cit., II, págs. 385-386.

74. MAURACH, ob. cit., II, págs. 564 y ss.

75. Véanse arts. 102, 103, 104, 216, 1º.

le una medida de seguridad de internamiento o vigilancia, a cumplir después de la pena, en lugar de agravar ésta⁷⁶.

En nuestro sistema también la habitualidad presupone peligrosidad, dando lugar a una medida de seguridad (art. 4º y 6º, 13 de LPRS), aunque no en todos los casos, pues conforme al artículo 4º de la LPRS para que pueda declararse el estado peligroso de un presunto delincuente habitual, es preciso que haya sido condenado por dos o más delitos⁷⁷.

Pese al divorcio que hay entre la mayoría de los penalistas y criminólogos, en cuanto que los primeros consideran que la habitualidad viene dada por la repetición de delitos, que ésta supone una peligrosidad y por ello debe ser el sujeto sometido a una medida de seguridad, hay que decir, frente a ese criterio objetivo: para imponer una medida de seguridad a los habituales, son los presupuestos subjetivos los que se han de tener en cuenta⁷⁸. En el mismo sentido, hay que entender el contenido del artículo 4º de la LPRS, donde junto con criterios objetivos de reincidencia, se encuentran los subjetivos de presunción de habitualidad^{79, 80}.

2. El profesional necesariamente ha de cometer diversos delitos. Sin embargo, ello no siempre supone peligrosidad, así como tampoco reincidencia —desde el punto de vista legal— pues cabe la posibilidad, cosa que se da con bastante frecuencia, de que no existan condenas previas. Lo normal es que el profesional termine siendo reincidente.

3. El peligroso no tiene por qué ser profesional, habitual o reincidente, aunque puede compatibilizar con todas o cualquiera de las otras situaciones.

4. Por último, el reincidente, aunque cabe sea habitual, peligroso y profesional, puede no concurrir con ninguno de esos supuestos.

76. *Código Penal Tipo*, cit. art. 72.

77. Véanse nuestros trabajos, *Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social y Reforma a la LPRS*, cit.

78. Véase, ANTOLISEI, ob. cit., pág. 485 y MIR PUIG, op. cit., pág. 139.

79. Véase, JORGE BARREIRO, A.: *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, Madrid, 1976, pág. 244.

80. Véase, supra, págs. 2-3.

No se da una distinción clara entre delincuente habitual y profesional en muchos casos, especialmente entre los penalistas, para ANTON ONECA, "el profesional es especie del delincuente habitual. En esta categoría la costumbre va unida al lucro y constituye un oficio del que se vive"⁸¹. Para QUINTANILLO RIPOLLÉS, "la profesionalidad es una forma de hábito caracterizada por un elemento más bien sociológico y aún económico"⁸². En general, hay una tendencia a incluir a los profesionales dentro de la categoría de los habituales, en este sentido ALLEGRA⁸³, BATTAGLIANI⁸⁴, BETTIOL⁸⁵, ANTOLISEI⁸⁶, MAURACH⁸⁷, etc.

En la Criminología se tiene otra concepción del habitual, sobre todo en la Criminología clínica. La concepción del delincuente profesional es bastante moderna. FERRI no los incluye en su clasificación y aunque se refiere a ellos, no los distingue con claridad de los habituales. Cuando se ocupa de los delincuentes habituales no alienados, escribe: "la cual se distingue de otra clase de individuos que viven también en el delito y del delito, aunque por la influencia predominante del medio social que les ha visto nacer y desarrollarse, influencia siempre unida a una constitución orgánica y psíquica desgraciada, y cuyos individuos, sin embargo, una vez que llegan al estado de delito crónico, son incorregibles y degenerados como los demás delincuentes habituales"⁸⁸.

El delincuente profesional se caracteriza, como ya se recogiera en el III Congreso Internacional de Criminología, celebrado en Londres en 1955, por una inadaptación social y organización metódica⁸⁹.

Por otra parte, PINATEL distingue entre el delincuente profesional y el caracterial. Llega a la conclusión de que éste puede llegar a ser habitual, pero no profesional, ya que es "incapaz de organizarse delictivamente". La diferencia entre

profesional y débil mental la fundamenta en que "el profesional es un normal equivalente al débil en su adaptación al devenir"⁹⁰. En las asociaciones para delinquir se aprecia de los grupos o bandas —que generalmente son los más inteligentes— y el resto de los componentes que se ven arrastrados por los cabecillas⁹¹.

5. *Situación real.* — Aunque es posible distinguir entre profesional, habitual, reincidente y peligroso, lo cierto es que en el plano real se hace en muy pocas ocasiones. Lo tradicional ha sido tener en cuenta la reincidencia, sobre la que ha venido a recaer una gravación de la pena⁹². Estas distinciones, por otra parte, corresponde a la criminología y no a los jueces. Sin embargo, aunque criminológicamente parece posible hacer tales diagnósticos —aunque no en todos los casos—, son muy pocos los criminólogos que existen en el mundo capaces de poder hacerlo. En suma, y salvo casos aislados, lo que cuenta para los tribunales y la propia administración penitenciaria es la recaída en el delito, las condenas anteriores y los reiterados ingresos en los centros penitenciarios. Lo cierto es que al grupo de los denominados *reincidentes* vienen a terminar la mayoría de los delincuentes profesionales, habituales y peligrosos, en los que suelen concurrir más de una de estas situaciones. El esquema del mundo del delito no es tan simple como algunos puedan pensar, pues incluso existen serias dificultades en el momento de la adecuación entre culpabilidad y pena, que resultan insalvables en muchos casos⁹³.

Pasamos a recoger algunos aspectos generales de las distintas situaciones en que se pueden encontrar los delincuentes:

a) *Habituales.* — No disponemos de datos al respecto. Los que ofrece la Memoria de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias no resuelven nada, ya que viene a con-

81. ANTON ONECA, ob. cit., pág. 390.

82. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso*, cit. II, pág. 462.

83. ALLEGRA, ob. cit., pág. 163.

84. BATTAGLIANI, ob. cit., pág. 508.

85. BETTIOL, ob. cit., pág. 647.

86. ANTOLISEI, ob. cit., pág. 487.

87. MAURACH, ob. cit., II, pág. 564.

88. FERRI, ob. cit., I, pág. 163.

89. Véase, PINATEL, ob. cit., pág. 451.

90. PINATEL, ob. cit., págs. 451 y ss.

91. Véase nuestro trabajo, *Criminología de las asociaciones ilícitas*, en Anuario de Derecho Penal, 1971, Fasc. I.

92. Véase, CARRARA, F.: *Estado de la doctrina sobre la reincidencia*, en La Escuela del Derecho, VI, 1864, págs. 126 y ss.

93. Véase, CORDOBA RODA, J.: *Culpabilidad y pena*, Barcelona, 1977; *Evolución jurídica y ciencia penal*, en Anuario de Derecho Penal, 1978, fasc. I; SERRANO GOMEZ, A.: *Culpabilidad y Pena*, en Boletín Información del Ministerio de Justicia, Junio, 1977.

fundirlos con la reincidencia⁹⁴ sin establecerse el criterio seguido para tal clasificación.

b) *Profesionales*. — Nos encontramos aquí con delincuentes que viven en todo o en parte del delito, por lo que son sujetos que están organizados.

Entre los profesionales cabe distinguir los activos, que tienen capacidad criminal propia, es decir, deciden por sí el delito; son profesionales pasivos los que necesitan un estímulo exterior —el de otro sujeto que les induce—, pues raramente actúan solos⁹⁵. En los grupos y bandas delincuentes⁹⁶ los cabecillas o jefes son profesionales activos, mientras que buena parte de los demás miembros de la asociación son delincuentes profesionales pasivos. En todo caso, la profesionalidad lo da el vivir en todo o en parte del delito, no el ser cabecilla o jefe de un grupo o banda.

La criminalidad española, en especial los reincidentes, viene a dar una profesionalidad del 35 por 100. De éstos, son activos el 12,5 y profesionales pasivos el 22,5 por 100⁹⁷.

c) *Peligrosos*. — De la problemática para poder determinar la peligrosidad, sobre todo por los jueces, así como de las nefastas consecuencias de nuestro sistema nos hemos ocupado en otro lugar, al que nos remitimos⁹⁸. El número de sujetos a quienes se les aplican medidas predelictuales resulta muy significativo⁹⁹, siendo las más frecuentes por inclinación delictiva, toxicomanías, prostitución, bandas delincuentes, tráfico y

94. En la Memoria de 1976 se dedica el apartado 4.5.1. a la *habitualidad criminal*, donde a 1.690 primarios figuran 1.390 reincidentes (27 son mujeres) y 1.037 multirreincidentes (dos son mujeres). La cifra de reincidentes y multirreincidentes (2.398 varones y 29 mujeres), la misma que se da en los apartados 4.5.2. y 4.5.3. que se ocupa de los penados reincidentes. Todas las cifras están referidas al 31-12-76. Lo mismo sucede en la Memoria de 1975, págs. 25-26.

95. Véase, SEELIG, *Tratado de Criminología*, trad. RODRIGUEZ DEVESA, Madrid, 1958, págs. 65 y ss.

96. Véase, SERRANO GOMEZ, *Criminología de las asociaciones ilícitas*, en Anuario de Derecho Penal, 1971, fasc. I.

97. Véase, SERRANO GOMEZ, *Tipología del delincuente español*, cit. I.

98. Véase, nuestros trabajos, *Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, y Modificaciones a la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social*, cits.

99. El número de sujetos sometidos a medidas de seguridad en régimen de internamiento el 31-12-1976 era de 698, mientras que en la misma fecha del año 1975 la cifra se elevaba a 778. Vid. Memoria de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, 1976, pág. 20.

consumo de estupefacientes, habitualidad criminal y homosexualidad¹⁰⁰.

Nos mostramos contrarios a las medidas de seguridad predelictuales. A lo sumo cabe mantener las postdelictuales, en el Código Penal y no en Ley especial.

Recogemos a continuación una serie de presupuestos que justifican la derogación de la Ley de Peligrosidad Social: 1) No se define lo que ha de entenderse por peligrosidad; 2) La investigación criminológica en España no permite hacer un diagnóstico sobre peligrosidad que ofrezca ciertas garantías; 3) Las medidas de seguridad solamente deben aplicarse a quien ha cometido un delito, no a los que no han delinquido, por lo que las medidas predelictuales no tienen razón de ser, las postdelictuales deben recogerse en el Código Penal; 4) Se pone en peligro el principio de legalidad y la seguridad jurídica; 5) Hay estados peligrosos que coinciden con figuras del Código Penal, como sucede en materia de pornografía, estupefacientes, delitos relativos a la prostitución, etc.; 6) El propio Código Penal no condena a quien, resuelto a delinquir, comienza la ejecución de los hechos y decide no continuar, siempre que los ya ejecutados no sean punibles; 7) Los sometidos a medidas de seguridad han venido siendo objeto del mismo tratamiento que los delincuentes, en establecimientos y por personal penitenciario. No parece que haya habido cambios muy importantes. Si no son delincuentes no deben estar sometidos a ese sistema, sino a otros ajenos, con locales y personal no dependiente de prisiones; 8) En algunos casos la Ley puede resultar criminógena, ya que al sujeto le conviene más que serle condenado por un delito que ser sometido a una medida de seguridad; 9) Las medidas son más graves que las penas, pues el sujeto no puede beneficiarse de la redención de penas por el trabajo, libertad condicional ni indultos; 10) La situación para los menores de dieciséis años es más severa que para los adultos, si se tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 9º 1, c, de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores; 11) La Ley se hizo un poco precipitadamente, lo que se demuestra por su largo período de *vacatio legis*, ya que tar-

100. Véase, MORENILLA RODRIGUEZ, J. Mº: *Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social*, en Anuario de Derecho Penal, 1977, págs. 78 y ss.

dó diez meses en entrar en vigor, situación que fue motivada principalmente por no estar elaborado su Reglamento de aplicación; 12) Tanto la Ley como el Reglamento tienen un contenido criminológico imposible de poder llevar a la práctica en nuestro país, donde la Criminología es algo prácticamente ignorado, y 13) La reforma de que es objeto en el año 1974 supone un injustificado endurecimiento, pues se completa el catálogo de estados peligrosos, mientras que por otra parte, y contradiciendo el propio Preámbulo de la Ley —establecía que unos de los fines de la Ley era “reducir la duración del internamiento en establecimientos de custodia”—, se eleva de tres a cinco años el internamiento de los establecimientos de custodia o trabajo, así como en los de reeducación, también los arrestos de fines de semana.

De los puntos anteriores se deduce la conveniencia y necesidad de derogar la Ley de Peligrosidad Social. Esto es posible incluso sin crear ningún problema, ya que el personal de los Juzgados de Peligrosidad seguirían su cometido en los Juzgados correspondientes, como lo venían haciendo antes de pasar a peligrosidad, y lo mismo ocurriría con los funcionarios de Instituciones Penitenciarias.

La Ley ha sido modificada, así como su reglamento, por Ley de 26 de diciembre de 1978, lo que hubiera sido una buena oportunidad para derogarla, máxime cuando en el Anteproyecto de Código Penal, se dedica el Título VI del Libro I a las medidas de seguridad. De las modificaciones, que son muy pocas, cabe destacar: Derogación de los números 2º y 3º del artículo 2º de la Ley en la que se recogía la posibilidad de poder declarar en estado peligroso, aplicándoseles la correspondiente medida de seguridad y rehabilitación social a los “rufianes y proxenetas” y “los que realicen actos de homosexualidad”. Son conductas que no figuran tipificadas en el Código Penal como delitos, por lo que resulta absurdo aplicar una medida de seguridad.

Los estados peligrosos, así como las medidas a imponer, que deben recogerse en el Código Penal, para los que cometieron algún delito, podrían dar lugar a una ligera modificación de este texto legal. Sin embargo, esto no es obstáculo para que la Ley de Peligrosidad sea derogada inmediatamente, sin esperar a la reforma pues se podría seguir el proce-

dimiento exactamente igual, como se deduce de lo que se expone seguidamente:

El fin de la pena y la medida de seguridad es el mismo, la recuperación social del sujeto, aunque no sea cosa fácil de conseguir¹⁰¹. Lo importante es el tratamiento a seguir con el individuo, no que hablemos de pena o medida. La solución podría ser, y siempre para sujetos que han cometido algún delito:

- a) Si el delincuente es peligroso: pena sin reducción.
- b) Si no es peligroso: pena (reducida por libertad condicional y redención de penas por el trabajo).

En principio se impondrá la pena que corresponde en razón a la culpabilidad.

Si el sujeto es peligroso, se someterá a un tratamiento especial. No entrarán en juego los beneficios de reducción de penas por el trabajo ni libertad condicional (recordemos que con estos beneficios la privación de libertad se reduce a la mitad), así como tampoco a los indultos generales. De esta forma se dispone de mayor tiempo con el peligroso para conseguir su recuperación social. En el momento en que desapareciera esta situación, se le aplicarían con carácter retroactivo los beneficios anteriores, por lo que puede quedar en libertad al mismo tiempo que si no se le hubiera apreciado peligrosidad. Este sistema es válido tanto para los primarios como para los que han recaído en el delito.

Nos encontraríamos en una especie de división del proceso en dos fases, una primera para la determinación de la culpabilidad y fijación de la pena y una segunda para establecer el tratamiento. Se trata, en definitiva, de la individualización de la pena¹⁰².

d) *Reincidentes*. — Este es el final de casi todas las situaciones anteriores. En la reincidencia, sobre todo en la crimino-

101. SERRANO GOMEZ, *La reforma del Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias*, en Boletín de Información de la Facultad de Derecho de la Universidad a Distancia, N° 2, 1978.

102. En la *Exposición y estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal*, Comisión de Codificación, Cuaderno informativo núm. 11, diciembre, 1972, se prevé la posibilidad de sustituir pena por medida (Base 7ª, 10).

lógica, es donde encontramos a los habituales, profesionales y peligrosos, por lo que hay que dedicar especial atención a este grupo.

El tema de la reincidencia, planteado seriamente por el Positivismo criminológico, con LOMBROSO¹⁰⁴, FERRI¹⁰⁵ y GAROFALO¹⁰⁶ sigue en pie; ni la severidad de las penas o las prisiones han terminado con ella, es más, ni tan siquiera han conseguido disminuirla. El problema no sólo es una realidad, sino que constantemente se agrava.

Si tenemos en cuenta que la corrección del delincuente, y sobre todo la del reincidente —por lo menos en los sistemas cerrados—, viene a ser una utopía, que incluso reconocen las propias Naciones Unidas¹⁰⁷, el fracaso de los sistemas cerrados es una realidad¹⁰⁸. El aumento de la pena a los reincidentes no parece que tenga ninguna justificación, ya que no sirve para corregirlos, sino más bien todo lo contrario, sobre todo si tenemos en cuenta el efecto criminógeno de las prisiones, aunque no sea tan grande como se suele pensar. En ocasiones se consigue algo positivo, pero se pierde a la salida en casi todos los casos, por el rechazo que se le hace por parte de la sociedad a todo el que estuvo en una prisión. A éstas no se desea volver, no por lo que en ellas se aprendió, sino por las privaciones que lleva consigo la pérdida de libertad.

La reincidencia en España representa en los últimos años un porcentaje superior al 50 por 100 de la población penada interna en las instituciones penitenciarias. Los tantos por ciento son: 1965 (64,78), 1966 (62,20), 1967 (59,60), 1968 (60,68), 1969 (58,64), 1970 (57,99), 1971 (59,27), 1972 (57,66), 1973 (57,83), 1974 (55,52), 1975 (56,75) y 1976 (58,95)¹⁰⁹.

Hay sujetos a quienes la pena o el ingreso en una institución no les hace cambiar de conducta. La verdad es que en muchas ocasiones por no encontrar trabajo, no estar capaci-

104. LOMBROSO, C.: *L'Uomo delinquente*, segunda ed. Turín, 1878, pág. 14.

105. FERRI, E.: *Sociología criminal*, trad. SOTO HERNANDEZ, Madrid, 1907, II, pág. 189.

106. GAROFALO, R.: *La criminología*, trad. DORADO MONTERO, págs. 319 y ss.

107. A/ CONF. 56/6, 45-46.

108. A/ CONF. 56/6, 57-90.

109. Memoria de la D.G.I. penitenciarias 1976, cit. pág. 34.

tados para alguno, ni tener quien les proteja, han de vivir del delito, sabiendo que han de alternar períodos de prisión con otros de libertad. Con una asistencia benéfica medianamente organizada se podría evitar que muchas reincidieran, y el costo no sería apenas mayor de lo que supone la estancia de los mismos en las prisiones.

El pequeño efecto de la prisión para algunos sujetos es patente. Del estudio de cien multirreincidentes encontramos que la media de ingresos fue de 5,13 por sujeto. Habían ingresado en más de diez ocasiones seis, mientras que con cinco o más el número se eleva a treinta y siete.

De un estudio en colaboración realizado sobre 2.049 delincuentes, eran reincidentes 1.233, lo que representa el 60,17 por 100 de la muestra; 111 habían sido condenados en más de diez ocasiones con anterioridad a la que les llevó al último ingreso en prisión¹¹⁰.

Queremos hacer constar que, como establecen las propias Naciones Unidas: "Parece que en muchos lugares del mundo las leyes están más bien arbitrariamente escritas y se aplican arbitrariamente; por consiguiente, muchas personas no se sienten en absoluto protegidas, y los miembros de los grupos desfavorecidos están excesivamente representados en los consumidores del sistema penal, mientras lo están insuficientemente los funcionarios del sistema"¹¹¹. No cabe duda que si en la elaboración de las leyes participaran las clases más humildes habría variaciones en los sistemas penales, aunque no en todos por igual. Un ejemplo de la protección de los poderosos en nuestro país lo tenemos en la reciente reforma del artículo 319 del Código Penal sobre el *delito fiscal*, donde se ve claramente cómo se sacan del Código los fraudes hasta dos millones de pesetas y no precisamente para proteger a las clases más hu-

110. Habían sido condenados con anterioridad por un solo delito, el 23,03 por 100; por dos, el 20,76; por tres, el 11,51; por cuatro el 9,97; por cinco, 6,73; entre seis y diez, el 18,19; entre once y quince, el 5,03; entre dieciséis y veinte, el 2,44; entre veintiuno y treinta, el 0,97, y por más de treinta delitos, el 0,56 por 100. No obstante hay que tener presente que la muestra comprende sujetos de todas las edades, por lo que muchos seguirán acumulando condenas. SERRANO GOMEZ, A. y FERNANDEZ DOPICO, J. L.: *El delincuente español. Factores concurrentes (influyentes)*, Madrid, 1978.

111. A/ CONF. 56/4, 39.

mildes, que por sus pequeños ingresos en muchas ocasiones no pueden cometer fraude fiscal¹¹².

Lo cierto es que en la población penal, y en especial en los reincidentes, es difícil encontrar personas que pertenezcan a las clases alta o media. Salvo raras excepciones, siempre se tropieza con sujetos con problemas económicos, familiares, falta de trabajo o de formación profesional, necesidad de movimientos migratorios para mejorar su condición de vida o incluso poder subsistir, etc. Ante esta situación cabe preguntarse si la prisión es otro tributo más que han de pagar los humildes frente a los poderosos, y que las prisiones están para internarlos allí cuando no pueden competir en el esquema de sociedad que han organizado. La verdad es que no siempre es así, aunque lo sea en muchos casos. Las clases más humildes no pueden mantener el ritmo de desarrollo y estructura social creado por quienes tienen el poder político y económico, lo que en no pocas ocasiones les empuja al delito.

En los momentos actuales, la Criminología crítica —por lo menos en su dirección más radical—, viene a pedir la sustitución del Derecho Penal por un sistema distinto y más justo. Se fundamenta esta postura en que no protege por igual todos los intereses y clases sociales, estando en situación de privilegio los poderosos en el campo económico o político, mientras que las clases más humildes son las más desatendidas. Sin embargo, frente a esta postura hay que mantener que no todos los ordenamientos punitivos son iguales. Es cierto que el sistema penal de cualquier país resulta a veces más o menos arbitrario, aunque los problemas de justicia penal radican más en su aplicación que en el propio contenido de las normas penales^{113, 114}.

112. Véase, nuestra obra, *Fraude tributario. Delito fiscal*, Madrid, 1977, págs. 214 y ss.

113. MONAHAN, F.: *Women in crime*, Nueva York, 1941, págs. 101 y ss., describe los métodos utilizados para eludir la justicia cuando delinquen muchachas de familias adineradas, y cómo se llama a la policía cuando son pobres; por su parte, E. LAWES, que fue director de la prisión de Sing-Sing, escribía que la pena de muerte es un castigo que se aplica de forma desigual a pobres y ricos, el acusado rico o poderoso no sigue jamás el camino de la silla eléctrica o del patíbulo, recogido por ESHELMAN, B.: *Death row chaplin*, Englewood, 1962, pág. 244.

114. Reproducimos aquí unos versos escritos en los calabozos de la prisión de Valencia, hace un siglo, y que los toma CARPENA (*Antropología...*

Hay diferencias notables entre las tipologías penales y criminológicas en materia de reincidencia. Mientras que para la criminología reincidente es todo aquél que vuelve a caer en el delito, sin preocuparle que sea en la misma o distinta figura penal —aunque también haga sus valoraciones—, sin embargo, para el derecho penal, como después veremos, hacen falta una serie de presupuestos legales, entre ellos una o más condenas anteriores, por lo que un sujeto puede haber cometido varios delitos y no ser reincidente, simplemente porque nunca se le detuvo o porque no fue condenado un número suficiente de veces. La tipología del reincidente es más reducida en derecho penal que en criminología; no coinciden en muchos casos, ya que un sujeto puede ser criminológicamente reincidente y no penalmente.

En materia de reincidencia penal ha existido una gran inseguridad en los últimos años, lo que se demuestra por las reformas de que ha sido objeto el Código Penal en los números 14 y 15 del artículo 10¹¹⁵. Tampoco la jurisprudencia ha segui-

115. Tras la reforma del Código Penal, por Ley de 28-11-74, la doble reincidencia se recoge en el número 15 del artículo 10, que antes rezaba así: "Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado por otro u otros delitos comprendidos en el mismo título de este código". Como a la hora de aplicar la regla 6ª del artículo 61 —también reformada— la jurisprudencia no estaba de acuerdo, habiendo disparidad de criterios en relación a la multirreincidencia, el legislador decidió reformar el número 15 del artículo 10. Pasamos a hacer un resumen de la doctrina y jurisprudencia con anterioridad a la reforma.

La doctrina era prácticamente unánime en estimar que para que se pudiera apreciar la reincidencia era necesario dos sentencias distintas —con una o más condenas en cada una o más condenas en cada una de ellas—; para la segunda reincidencia sería necesario por lo menos tres sentencias, la segunda determina la reincidencia —como hemos visto— y la tercera sentencia la segunda reincidencia. No es suficiente con que haya varias condenas en una misma sentencia, sino que se precisa sentencias distintas y, además, que entre ellas hubiera existido un período de tiempo necesario para que el sujeto pudiera volver a delinquir, pues se precisa sentencia firme antes de cometer el nuevo delito que determine la reincidencia o multirreincidencia. Además, para que se dé la reincidencia es preciso que se haya declarado tal situación: no es correcto aplicar la multirreincidencia, a partir de la tercera sentencia, sin haber declarado previamente la reincidencia.

A partir de la Sentencia de 25 de enero de 1972 (también las de 22 de febrero y 13 de abril) —aunque ya había antecedentes, como las Sentencias de 12-12-1959, 29-10-1970 y 28-6-1971— la jurisprudencia va a cambiar de criterio casi de forma unánime, inclinándose por la orientación de la doctrina.

No se tardó mucho tiempo en que hubiera una reacción en contra de esta nueva corriente jurisprudencial. La Fiscalía del Tribunal Supremo, en la Memoria de 1973, se ocupa del "tratamiento jurisprudencial de la

do un criterio uniforme en materia de reincidencia y multirreincidencia, situación que ya se daba antes de la reforma de 28-11-1974, en donde se introduce en el Código Penal la doble reincidencia¹¹⁶, que desaparece con la reforma del Código de 26-12-1978. Después de esta reforma queda claro que son necesarias, por lo menos tres sentencias para que pueda apreciarse la multirreincidencia¹¹⁷: La primera, sin trascendencia en sí; una segunda en la que se aprecie la reincidencia, y una tercera en la que pueda entrar en juego, la agravación prevista en la regla 6ª del artículo 61 del Código Penal. Con esta nueva redacción del número 15 del artículo 10 se aclara toda la polémica existente sobre tales aspectos.

Tiene interés al párrafo que se adiciona a los números 14 y 15 del artículo 10 en cuanto se fija unos plazos fuera de los cuales no pueden considerarse los antecedentes a efectos de

multirreincidencia" (Memoria de la F.T.S. 1978, págs. 215 y ss.). Se dice en la misma que de siempre la jurisprudencia del Tribunal Supremo había interpretado los conceptos del Código Penal correspondiente "en el sentido de que era indiferente que las condenas anteriores se hubieran acordado en varias o en única sentencia, para considerar multirreincidencia al que vuelve a incidir nuevamente en delito comprendido en el mismo Título del Código" (Memoria F.T.S... cit., pág. 216). Considera, por otra parte, que uno de los temas de mayor importancia planteados durante el año 1972 a los Tribunales de lo penal, en las Fiscalías y en la Sala segundo del Tribunal Supremo, ha sido el cambio radical en cuanto a la interpretación del concepto jurídico de multirreincidencia. Aquella interpretación venía siendo la mantenida por la jurisprudencia desde hace un siglo, para lo que se citan sentencias tan antiguas como las de 26-5-1879 y 26-4-1888, pasando por otras posteriores, hasta diversas actuales como la de 16-10-1971, todas en esa dirección tradicional.

116. El Tribunal Supremo venía aplicando la agravante de multirreincidencia de forma indiscriminada: a) Tanto en cuanto las sentencias se habían pronunciado en distinta fecha, como si lo fueron en el mismo día, ya que a veces se han tenido en cuenta las dictadas en la misma fecha para computarlas a efectos de multirreincidencia (Ss. 3-6-1954, 28-10-1968 y 24-9-1970); b) en otros supuestos, se estima necesario para poder apreciar la reincidencia conocer la fecha de las sentencias anteriores, y cuando se cometa el nuevo delito, el anterior, que se ha de tomar en cuenta para la reincidencia, tiene que estar ejecutoriamente condenado (S. 26-9-1963); c) otras veces se consideraba suficiente con que las condenas anteriores estuvieran impuestas en la misma sentencia (Ss. 23-10-1953, 3-6-1954, 12-11-1959, 15-6-1966, 29-10-1970, 25-1-1972 y 5-5-1972); d) lo importante es la pluralidad de condenas, no de sentencias (Ss. 22-1-1880, 25-11-1949, 8-7-1952, 29-1-1962, 25-6-1970, 24-9-1970 y 29-10-1970).
117. El número 15 del artículo 10 queda así: "Ser reincidente. Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado por otro u otros delitos comprendidos en el mismo título de ese Código. Hay multirreincidencia cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado por dos o más delitos de los mencionados en el párrafo anterior en varias sentencias, siempre que en alguna de ellas se hubiere apreciado ya la circunstancia de reincidencia".

apreciar esta agravante. Sin embargo, consideramos que ese plazo debía ser el establecido en el artículo 118 del Código Penal¹¹⁸.

También es plausible la reforma que sufre la regla 6ª del artículo 61, ya que desde ahora no es obligado elevar la pena en uno o dos grados, ni siquiera en uno, ya que la elevación en grado —que en ningún caso puede ser superior— es potestativo del tribunal. No obstante, somos partidarios de que también debía haberse suprimido la posibilidad de elevar la pena en grado, debiendo ser tratada la multirreincidencia como el resto de las agravantes.

Aunque en alguna ocasión he defendido que la agravante de reincidencia había que fundamentarla en una mayor culpabilidad y peligrosidad del sujeto, proponiendo la unificación de reiteración y reincidencia en una sola agravante (hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiera sido condenado, en sentencia firme, por delitos comprendidos en este Código), para lo que sólo sería posible aplicar la pena en su grado máximo, como para el resto de las agravantes (art. 61, 6ª. La reincidencia, cit.); sin embargo, ahora me muestro inclinado a una posible derogación tanto de la reiteración como de la reincidencia, en base a los argumentos siguientes:

—Lo importante a considerar para justificar un trato desfavorable a determinados sujetos es la peligrosidad, por lo que no debe afectar a quienes, aún siendo reincidentes, no ofrecen peligrosidad, ya que el mero hecho de la reincidencia no supone en todo caso una mayor peligrosidad. Aunque así se apreciara, la regla 4ª del artículo 61 del Código Penal nos da la solución al establecer: "Cuando no concurrieren circunstancias atenuantes o agravantes, los Tribunales, teniendo en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente, impondrán la pena en el grado que estimen conveniente".

118. Se adiciona a los números 14 y 15 del artículo 10 del Código: "En los casos en que se hubiere producido cancelación de la inscripción de los antecedentes en el Registro Central de Penados y Rebeldes, no serán considerados los mismos a los efectos de la apreciación de esta agravante cuando al tiempo de la comisión del delito enjuiciado hubiera transcurrido un tiempo doble del previsto, para cada caso, por el art. 118, párrafo 3, de este Código, computado desde la fecha señalada en el mismo y, como máximo, el plazo de 10 años".

—De lo anterior se desprende que el Tribunal puede, cuando las circunstancias lo requieran, aplicar la pena en su grado máximo a los reincidentes. Por otra parte, también cabe la posibilidad de aplicar una medida de seguridad o sustituir pena por medida, que sería lo más aconsejable. De todas formas, la citada regla presenta muchas dificultades en su aplicación, pues el delincuente no cuenta mucho en el proceso, por lo que su personalidad se valora en muy pocas ocasiones. El notable número de delitos y de autores detenidos impide poder hacer un estudio minucioso de cada sujeto, que por otra parte resulta prácticamente imposible teniendo en cuenta el abandono en que se encuentra la criminología en nuestro país, así como la falta de formación criminológica de los propios jueces.

—En todo caso, la citada circunstancia 4ª del artículo 61 permitiría una mayor flexibilidad en cuanto a las diferencias que existen entre la reincidencia legal y la criminológica. Este tipo de reincidencia se da por el mero hecho de la repetición de delitos, sean de la misma o distinta naturaleza, sin necesidad de que exista detención y condenas previas. De este modo es posible apreciar la pena en su grado máximo a sujetos realmente peligrosos y con problemas de personalidad que son detenidos por primera vez, pero por la comisión de diversos delitos —o incluso de uno sólo.

Hay otras razones que ponen en tela de juicio la agravación de la pena para los reincidentes:

—Declaran las Naciones Unidas: “Parece que en muchos lugares en el mundo las leyes penales están más bien arbitrariamente escritas y se aplican arbitrariamente; por consiguiente, muchas personas no se sienten en absoluto protegidas, y los miembros de los grupos desfavorecidos están excesivamente representados en los consumidores del sistema de justicia penal, mientras que lo están insuficientemente los funcionarios del sistema”¹¹⁹.

—En nuestro sistema los más humildes son también los mayores consumidores del sistema penal. La Comisión Parlamentaria encargada de investigar la situación de los establecimientos penitenciarios en España dictaminó que “el 95 por 100 de

la población reclusa pertenece al proletariado o subproletariado”¹²⁰.

—No es mejor la situación socioeconómica de los reincidentes¹²¹. Esto nos hace pensar que hay una serie de dificultades sociales que llevan a la reincidencia, y que en no pocas ocasiones pueden considerarse ajenas al propio delincuente (paro obrero, mundo circundante, movimientos migratorios, falta de formación profesional, escasez de viviendas, etc.). Hay que tener en cuenta que el índice de reincidencia entre los penados en las prisiones españolas era 1965 (64,87 por 100); 1966 (62,20); 1967 (59,60); 1968 (60,68); 1969 (58,64); 1970 (57,99); 1971 (59,27); 1972 (57,66); 1973 (57,83); 1974 (55,52); 1975 (56,75); 1976 (58,95); 1977 (60,70).

La agravación de la pena a los reincidentes, mediante el concepto legal, no sirve más que para mantener injusticias. Normalmente suele ser detenido el delincuente de menor inteligencia o capacidad criminal; los mejor dotados y aquellos que saben organizarse son detenidos en menor número de ocasiones, ya que dejan pocas pruebas que les pueden comprometer; las prisiones están llenas de torpes delincuentes o de gentes necesitadas que no tienen tiempo de preparar sus delitos. A veces tenemos sujetos que han cometido más de cien delitos y no son reincidentes, sólo se les condenó en una ocasión, en otras, la reincidencia viene con la tercera infracción del Código Penal. La existencia del proceso, con ingreso o no en prisión, son argumentos insuficientes como para justificar la agravación de la pena.

Los argumentos anteriores son suficientes como para pensar en la posible derogación de los números 14 y 15 del artículo 10 del Código Penal, lo que llevaría consigo también la modificación de la regla 6ª del artículo 61 del Código Penal.

La situación vuelve a cambiar en el Anteproyecto de Código Penal, en donde se recoge la reincidencia genérica¹²² y

120. SERRANO GOMEZ y FERNANDEZ DOPICO, ob. cit.

121. B. O. CORTES, N° 164, de 18-10-78, pág. 3.599.

122. Art. 27, 11º, p. primero del Anteproyecto de Código Penal: “Hay reincidencia genérica cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado por delito a que la Ley señale igual o mayor pena, o por dos o más delitos a que aquella señale pena menor, salvo que se hubieren cancelado sus antecedentes penales”.

119. A/ CONF. 56/4, 39.

la específica, estableciendo sobre ésta el artículo 27, 11ª, que "Hay reincidencia específica cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado por el mismo o semejante especie de delito, salvo que se hubieren cancelado sus antecedentes penales". También cambia la agravación con respecto de la aplicación de la pena¹²³.

*Fundamento de la agravación de la pena en la reincidencia*¹³⁴.

Se han buscado diversos fundamentos a tal agravación, basados en la alarma social; insuficiencia de la pena anterior.

Apuntábamos antes la mayor participación de las clases más humildes en las prisiones. Nos referimos a los huérfanos económica y políticamente. La reincidencia se basa casi exclusivamente en los delitos contra la propiedad¹²⁵, en especial el robo con fuerza en las cosas¹²⁶ y el hurto¹²⁷. Estos son los delitos que con más frecuencia cometen las clases más humildes, precisamente por su situación de desventaja económica frente a las clases sociales más favorecidas. Resulta absurdo, por ejemplo, desde el punto de vista de la justicia material, que

123. Art. 76, 6ª del Anteproyecto: "Cualquiera que sea el número y entidad de las circunstancias agravantes, los Tribunales no podrán imponer pena mayor que la señalada por la Ley en su límite máximo, sin perjuicio de las medidas de seguridad previstas en este Código para los delincuentes habituales o profesionales".

124. Véase, MIR PUIG, S.: *La reincidencia en el Código Penal*, Barcelona, 1974; MARTINEZ ZAMORA, A.: *La reincidencia*, Murcia, 1971; RODRIGUEZ MOURULLO, G.: en CORDOBA RODA-RODRIGUEZ MOURULLO-*Comentarios al Código Penal*, Barcelona, 1972, págs. 724 y ss.; SERRANO GOMEZ, A.: *La reincidencia en el Código Penal*, en Anuario de Derecho Penal, 1976, fasc. I; *Sociología criminal*, Madrid, 1909, pág. 135) del Dr. ESCUDER:

En esta mansión maldita,
donde reina la tristeza,
no se castiga el delito,
se castiga la pobreza.

125. Para los de 16 a 18 años, el 84,7 por 100; para los de 19 a 21, el 85,77; en los de 22 a 30, el 78,59; en los de 31 a 40, el 79,49; en los de 41 a 50, el 73,43; en los de 51 a 60, el 73,70 y en los mayores de 60 años, el 21,34 por 100.

126. Para los de 16 a 18 años, el 51,66 por 100; en los de 19 a 21, el 50,09; en los de 22 a 30, el 39,15; en los de 31 a 40, el 31,13 en los de 41 a 50, el 33,77; en los de 51 a 60, el 22,52; y en los mayores de 60 años, el 21,34 por 100.

127. Para los de 16 a 18 años, con el 8,33 por 100; en los de 19 a 21 el 18,59; en los de 22 a 30, el 26,03; en los de 31 a 40, el 24,59; en los de 41 a 50, el 27,53; en los de 51 a 60, el 23,18; y en los mayores de 60 años, el 47,19 por 100.

tenga la misma pena privativa de libertad quien defrauda 16.000 pesetas —delito que pueden cometer los más humildes—, que quien defrauda a la Hacienda cantidades superiores a dos millones de pesetas —que sólo pueden cometer los ricos—¹²⁸.

Ya hemos apuntado cuál es la condición social de los reincidentes españoles, y de la población penitenciaria en general. Para conocer esta realidad no es necesario realizar ninguna investigación criminológica, es suficiente con darse una vuelta por la puerta de cualquier prisión española y observar el aspecto de las personas que van a visitar a sus familiares allí internados.

El robo y hurto es un delito que solamente suelen cometer los más humildes. Es una forma de criminalidad que apenas necesita técnica, salvo algunas excepciones, y que con frecuencia se hace sin preparativos ante la necesidad económica, aunque quepa excluir la mayor parte de los supuestos de delincuencia juvenil. Sin embargo, qué difícil resulta encontrar en una prisión a una persona poderosa comprometida en delitos de las grandes compañías nacionales o multinacionales, inmobiliarias, financieras, etc.¹²⁹. Los delitos cometidos por éstos, por otra parte, son de gran envergadura y con graves consecuencias a veces políticas y económicas, que provocan movimientos migratorios, paro obrero, etc., con repercusión inmediata en las clases más humildes, quienes a veces han de recurrir al delito para poder subsistir, precisamente por una situación que no han creado.

Lo anterior nos lleva a reflexionar si debe mantenerse la agravación de la pena como consecuencia de apreciarse la agravante de reincidencia o multirreincidencia del número 15 del artículo 10 del Código Penal, de lo que nos ocuparemos en el epígrafe de política criminal.

128. Véase nuestra obra, *Fraude tributario*, cit., pág. 202.

129. GROOS, M. L.: *The doctors*, Nueva York, 1966, denuncia la incompetencia de muchos médicos americanos, quienes se preocupan más por el dinero que de la Medicina. Señala que esta incompetencia es motivo de cien mil muertes anuales y de lesiones permanentes en más de cinco millones de personas.

POLITICA CRIMINAL

Consideramos que la Política criminal no puede prescindir de la Criminología en el momento de hacer proposiciones de *lege ferenda*, aunque a veces las aportaciones de esta disciplina sean mínimas. No se entiende así en España por la poca atención que se le presta a la misma, y siendo prácticamente olvidada por el legislador, lo que le lleva a veces a elaborar disposiciones, o hacer reformas penales, que resultan crimi-nógenas¹³⁰.

Una concepción distinta a la nuestra, y por supuesto correcta, es la mantenida por los alemanes, a través de la investigación llevada a cabo por el Max-Planck-Institut. JESCHECK y KAISER sí consideran que la Criminología tiene valor para el Derecho Penal, y, en suma, para la política criminal¹³¹.

Este es el motivo por el que en nuestros trabajos de Derecho Penal no olvidemos la Criminología. Tampoco es éste.

Las conclusiones que se pueden sacar de la Criminología, en cuanto a su aportación a la Política Criminal, en materia de habitualidad, son:

—El legislador no tiene ideas claras con respecto de la habitualidad, pues a veces parece confundirla con la profesionalidad, teniendo en cuenta ambas para agravar la pena¹³².

—Profesionalidad y habitualidad son conceptos distintos, aunque puedan concurrir en un mismo sujeto.

—Existiendo una agravante de reincidencia, no tiene razón de ser la habitualidad en el Código Penal.

130. SERRANO GOMEZ, *Utilización ilegítima de vehículos de motor ajenos*, en Anuario de Derecho Penal, 1975, fasc. I.

131. JESCHECK, H. F. - KAISER, G.: *L'Institut Max Planck de droit pénal étranger et International à Fribourg-en-Brigau, Freiburg, 1976*.

Sin embargo, entre nosotros, la Criminología solo parece tener enemigos, lo que parece justificarse por la postura de los Ministerios de Justicia y Educación y Ciencia. El primero retira la subvención asignada para la prevención del delito —tan solo era de unos cinco millones de pesetas— que se concedió a la Comisión Nacional de Prevención del Delito, creada por Decreto 730/1973, de 15 de marzo, con lo que ha quedado inoperante. Por su parte el Ministerio de Educación y Ciencia no introduce la enseñanza de la Criminología en las Universidades, en contra de la corriente internacional.

132. Véase MUÑOZ CONDE, ob. cit., pág. 65.

—Si el legislador buscó una agravación, a través de la habitualidad, para delitos que consideraba de especial gravedad, hoy habría que extenderlos a otros, como los de terrorismo, las formas de mayor gravedad de robos con violencia o intimidación en las personas (atracos a mano armada, en criminología), etc.

—Los problemas que presentan los delincuentes habituales se dan en la comisión de cualquier delito.

—La repetición de conductas puede darse tanto en sujetos normales, como en aquellos que presentan problemas de personalidad.

—Los problemas de personalidad en el habitual se manifiestan en le primer delito; con la repetición no hace más que profesionalizarse en algunas ocasiones y en todo caso adquiere un mejor técnica criminal, que puede llevarle a cambiar de tipo de delitos. Esto nos demuestra que el habitual no siempre repite el mismo delito, aunque lo normal es que así sea. Sin embargo, esa repetición también es muy frecuente en los profesionales.

—Por la importancia que puede tener los defectos de inteligencia en los delincuentes habituales, hay que tener en cuenta:

Habitualidad y culpabilidad

Para la doctrina no hay anomalía alguna que modifique la culpabilidad del delincuente habitual, pues ya se vio que, para la mayoría de los penalistas, el fundamento de dicho estado se basa en una mayor facilidad para cometer delitos, en base a la repetición anterior de los mismos. BETTIOL considera que el delincuente habitual tiene capacidad de entender y de querer, es decir que es culpable¹³³, por lo que es responsable de sus actos. Por su parte, ALLEGRA, para quien los habituales son peligrosos, considera que la peligrosidad no excluye la imputabilidad¹³⁴.

Sin embargo, la Criminología entiende que hay problemas de personalidad, así como trastornos en la inteligencia¹³⁵ que

133. BETTIOL, ob. cit., pág. 645.

134. ALLEGRA, ob. cit., pág. 165.

135. PINATEL, ob. cit., pág. 451.

cuando son graves pueden afectar a la culpabilidad. Precisamente en la valoración de estas anomalías entra en juego la Criminología.

—La habitualidad es más un tema de Criminología que de derecho penal, por su intervención en dos fases:

a) Informe previo para determinar las circunstancias personales que pueden llevar a una modificación de la responsabilidad penal, en base a una menor culpabilidad.

b) El habitual debe ser objeto de un tratamiento especial, en cuanto al cumplimiento de la condena.

Sin embargo, como estos sujetos suelen caer una y otra vez en el delito, resulta que terminaríamos encontrándoles en el grupo de los reincidentes, lo que no es obstáculo para que esas anomalías se detecten en la comisión del primer delito. Claro, si se les detiene. No obstante, ha de tenerse en cuenta que, en atención a que algunos de ellos tienen una notable deficiencia en cuanto a su inteligencia, es más fácil detenerlos, pues preparan peor sus delitos, toman menos precauciones y se defienden peor ante la Policía y los jueces.

La Criminología recomienda la derogación del Código Penal de la habitualidad, ya que esos sujetos suelen terminar incluidos en el grupo de los reincidentes, sean profesionales o no. El tratamiento, en general, será el que ya propusimos para los peligrosos (II. 5, c).

1. En vista de todo lo anterior, y teniendo en cuenta otra serie de problemas, entre los que cabe destacar las dificultades que existen para comprobar la habitualidad, se establecen las siguientes propuestas desde el punto de vista de *lege ferenda*:

—Que desaparezca la pena en razón de la habitualidad del reo en todos los supuestos, rigiéndose tales delitos por las normas generales.

—Se deben penar los delitos independientemente, siempre que sea posible. Es necesario que se pruebe su comisión, por lo que debe desecharse toda presunción para graduar la pena. Las presunciones deben tenerse en cuenta, a lo sumo, para la aplicación de las medidas.

—Cuando no sea posible la individualización se acudirá a la figura del delito continuado.

Por todo lo anterior, deben derogarse el párrafo último de los artículos 402 y 546 bis a) y el párrafo segundo del artículo 415, así como eliminar la habitualidad del artículo 542. Sin embargo, hay que hacer las siguientes observaciones:

a) En relación con las exacciones ilegales, la inhabilitación especial que se recoge en el artículo 402, para el culpable habitual, debe imponerse en todo caso, por lo que pasaría el párrafo primero, o ser facultativa del Tribunal, según las circunstancias del hecho o del culpable.

b) La usura debe castigarse en todo caso, sin esperar a la repetición de conductas. Por ello, debía rebajarse la pena del artículo 542 a la de arresto mayor o multa de 10.000 a 500.000 pesetas. De esta forma, el tribunal tiene más libertad para imponer pena privativa de libertad o multa, en razón del hecho y del culpable. Esto sin perjuicio de que se elevara la pena del artículo 543, que no parece necesario, y de donde debe desaparecer también la referencia a la habitualidad. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de un reajuste de la penalidad del artículo 544.

c) Al derogarse el párrafo segundo del artículo 415, los que sin poseer título sanitario cometieron diversos delitos de aborto, seguirán rigiéndose por lo dispuesto en los artículos anterior del Código Penal, con la agravación que corresponda en cada caso, en base al número de delitos cometidos y condenas anteriores.

d) Debe derogarse el párrafo segundo del artículo 546 bis a), en atención a que la pena de arresto mayor resulta más grave que la de multa en todas las escalas graduales del Código Penal.

Por otra parte, el establecer este párrafo segundo que “en ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda a la señalada al delito encubierto”, no se tiene en cuenta que se puede llegar a situaciones manifiestamente injustas. El receptor lo que busca es el lucro, no importándole el delito del que procedan los bienes, que normalmente no conoce, pues ni el autor del mismo se lo dice, ni el receptor

pregunta. De ello resulta que si el objeto que se compra de procedencia ilícita tiene un valor, pongamos por caso, de 45.000 pesetas, la pena puede variar según proceda de robo, hurto, estafa, etc. Si es por hurto, estafa o apropiación indebida, la pena no puede ser superior a la de arresto mayor, ya que esa es la establecida para tales delitos, conforme a lo dispuesto en los artículos 515-3º, 528-3º y 535, en relación con el párrafo segundo del artículo 546 bis a). Si la procedencia fuera de robo, la pena sería de presidio menor, conforme al citado párrafo primero del artículo 546 bis a). Todo esto planteará serias dificultades que habrán de resolverse teniendo en cuenta el principio *in dubio pro reo*¹³⁶. En el inciso primero del párrafo segundo del artículo 546 bis a), se establece una limitación que plantea problemas de interpretación. No hay dificultad en la estimación de las agravantes de reiteración o reincidencia simple, ya que no elevan la pena en grado; las dificultades se encuentran en la doble reincidencia, al elevarse la pena en uno o dos grados, con lo que se sobrepasaría el límite indicado. En este sentido de poder aplicarse la pena en su grado máximo, sin sobrepasarse, se pronuncian las Ss. de 20-3-1957, 3-2-1969, 2-2-1970, 5-3-1970 y 2-4-1970¹³⁷.

Pese a que nos encontramos ante supuestos de encubrimiento con ánimo de lucro y receptación simple, donde no entra en juego la habitualidad, nos vamos a ocupar del tema.

Es opinión dominante que en la receptación no habitual no se puede estimar la doble reincidencia, en atención a lo dispuesto en el inciso primero del párrafo segundo del artículo 546 bis a)¹³⁸. Esta postura podría fortalecerse si se conecta con lo dispuesto en el artículo 546 bis a), aún en la interpretación restrictiva del mismo, en cuanto facultad al Tribunal para graduar las penas en las figuras del capítulo.

136. En este sentido la Sentencia de 5-11-1976. Ante la duda de si los objetos receptados procedían de hurto o de robo, en atención al beneficio del reo, se condenó como si los objetos procedieran de hurto.

137. En la sentencia de 27-10-1970, se estima que si el delito principal o encubierto se halla sancionado con pena de presidio menor, no se viola el tope máximo establecido en el párrafo segundo del art. 546 bis a), si se impone el receptor esa pena en su grado máximo, por ser el sujeto reiterante y reincidente.

138. En este sentido CONDE-PUMPIDO, ob. cit., pág. 309 y QUINTANO RIPPOLLES, *Tratado cit.* III, pág. 390.

La jurisprudencia, aunque dispar, es mayoritaria en la postura de no admitir la elevación de la pena, en relación a la señalada para el delito encubierto, aun cuando pudiera concurrir la doble reincidencia. Se muestra a favor de la elevación de la pena, por estimarse la aplicación de la regla 6ª del artículo 61, la sentencia de 16-4-1958; sin embargo, son muchos más frecuentes las que se pronuncia en contra (Ss. 10-11-1952, 13-1-1955, 26-5-1954, 15-3-1955, 21-2-1960, 13-2-1962, 21-1-1964, 2-4-1970 y 5-11-1976).

Pese a todo, no parece correcto mantener este privilegio de no poder estimar la doble reincidencia. La situación, de todas formas, es dudosa, pues el inciso primero del párrafo segundo del artículo 546 bis a) no parece excluir las circunstancias personales o de otro tipo que puedan concurrir en el receptor. Por otra parte, llevaría a situaciones injustas de poder imponerse la misma pena a quien comete un primer delito de receptación, que el delincuente con diversas condenas por robo, hurto, etc.

Este es otro motivo más, que justifica la derogación de este párrafo segundo del artículo 546 bis a), pues no hay razón para que esas conductas resulten privilegiadas.

Ante toda esta serie de dificultades convendría hacer un reajuste en las penas, en atención a que lo importante para el receptor es el lucro que persigue y no la procedencia ilícita, ya que suele desconocer la gravedad del delito. Sin entrar en la apremiante necesidad de que existe en nuestro Código determinar de una vez para siempre con el valor que tienen las cosas que son objeto del delito, y buscar otros criterios —especialmente basados en la culpabilidad— para determinar la pena, podrían seguirse los criterios siguientes: Graduar las penas de forma similar a como se hace en los artículos 515 y 528. Como el receptor no se le puede imponer pena superior a la señalada para el delito encubierto¹³⁹ podían man-

139. Las circunstancias que puedan haber influido en el autor del delito —que tendrán su reflejo en la pena—, no cuentan para nada en relación con la responsabilidad del receptor. Lo que valora es la pena, en abstracto del delito encubierto. Lo mismo sucede con las circunstancias que puedan concurrir en el receptor, pues se puede imponer la pena en su grado máximo, por aplicación de las circunstancias agravantes de reiteración o reincidencia, o de ambas. En este sentido, y para los dos su-

tenerse este criterio de las cuantías de aquellos artículos, en atención a la cosa objeto de la receptación. Estas cuantías podrían recogerse en un artículo específico o hacer referencia al 515.

Otra solución podría ser, teniendo en cuenta el criterio anterior, rebajar la pena en un grado para el receptor, en relación a la que le correspondería por la cuantía del delito encubierto. Podría mantenerse este criterio en razón a que el receptor no comete directamente tal delito, y por su parentesco con la figura del encubridor. Sin embargo, no somos partidarios de rebajar la pena, en base a la notable influencia que tiene la figura del receptor en el mundo del delito, ya que, algunos delincuentes no delinquirían al no tener a quien vender los objetos del delito, mientras que otros solamente se llevarían parte del botín —generalmente dinero—, dejando las cosas que han de venderse a un tercero¹⁴⁰.

También conviene derogar la receptación habitual por faltas, recogida en el artículo 546 bis c). Debe castigarse esta infracción en todo caso, sin perjuicio de buscar una agravación a partir de la segunda condena, como sucede con las faltas de hurto, estafa y apropiación indebida. Todo ello en espera de la reforma del Código Penal, en la que se resuelva la situación de las figuras del libro III^{141, 142}.

Para que se castigue la receptación como falta, y como delito a partir de la segunda condena, será necesario introducir la figura en los artículos 587 y 515, para lo que resultaría suficiente con añadir la palabra *receptación* al final del número

puestos, se pronuncia la Jurisprudencia (Ss. 21-12-1960, 24-12-1962, 10-1-1952, 21-1-1954, 13-1-1955, 24-9-1958, 9-4-1960, 21-5-1960, 11-3-1963 y 23-5-1964).

140. El receptor no sólo es un estímulo para muchos delincuentes, sino que no arriesga nada en cuanto al peligro que pueda suponer el ser sorprendido por el dueño, vigilantes, etc. También el riesgo es menor ante la justicia, pues buena parte de los delincuentes no les denuncian. El autor carga con la responsabilidad, no comprometiéndolo al receptor, para lo que utiliza diversos procedimientos, vendió el objeto a un desconocido, lo perdió, etc. Por otra parte, suele ser el más beneficiado, ya que, normalmente, se compra a precio muy bajo, aunque todo depende de la experiencia criminal del autor, a los primarios suele dárseles menos cantidad; puede llegarse a pagar la quinta parte del valor, e incluso menos.

141. Véase, CEREZO MIR, op. cit.

142. Véase, CONDE-PUMPIDO, ob. cit., pág. 161 y ss.; QUINTANO RIPOLES, *Tratado III*, cit., págs. 386 y ss.

ro 1º del artículo 587, y del número 4º del 515, que quedarían así: "...apropiación indebida y *receptación*".

También debe derogarse el artículo 546 bis b), entre otras razones porque, conforme al artículo 546 bis d), para los dueños, gerentes o encargados, cabe imponerles la inhabilitación para el ejercicio de su profesión u oficio, así como el cierre temporal o definitivo del establecimiento. Esto ya supone una agravación, pese a que el cierre de establecimiento es una medida, pues no se encuentra entre las penas del artículo 27 del Código Penal.

La mejor solución en materia de receptación sería que el Capítulo VII del Título XIII del Libro II del Código Penal, que se ocupa del encubrimiento "con ánimo de lucro y de la receptación" quedara reducido a un sólo artículo derogándose el resto. Ese artículo podría contener el actual párrafo primero del 546 bis a), con una pena más flexible, de un mes a seis años, o multa, pudiendo aplicarse ambas penas cuando las circunstancias del hecho y del culpable así lo aconsejaren. Sin embargo, como hoy no es posible esa extensión de la pena, habría que recurrir al sistema ya indicado del artículo 515. También se mantendrían las reformas que se propusieron para los artículos número 1º del artículo 587 y 4º del 515.

LA REINCIDENCIA EN EL DELINCUENTE ESPANOL

Prescindiendo de las marcas de que eran objeto los reincidentes en épocas pasadas, así como de otra serie de medidas que de forma esporádica se tomaron contra ellos, hay que esperar a la codificación para tratar el tema desde el punto de vista jurídico, mientras que los positivistas acusaban a los clásicos del fracaso del derecho penal debido al aumento de la criminalidad y la reincidencia. Sin embargo, estos fenómenos obedecieron especialmente al cambio sociopolítico que se produjo en aquella época. Lo cierto es que de la reincidencia se ocupó el positivismo criminológico¹⁴³, que tampoco fue capaz

143. LOMBROSO. *L'Uomo delinquente*, cit., pág. 143; FERRI, *Sociologia*, I, cit., págs. 158 y ss. II, 189; GAROFALO, *Criminologia*, cit., págs. 318 y ss.; vid. supra págs. 40 y ss.

de erradicar el problema, que sigue manteniéndose. Ni la prevención general de la amenaza de la pena, ni la prevención especial, con su ejecución, son suficientes. Ni la imposición de la pena, ni el tratamiento penitenciario han tenido ningún efecto sobre el sujeto.

En el reincidente se ha apreciado un índice de inteligencia inferior a la media de la población¹⁴⁴ —aunque haya algunos que la superen—, la mayoría están por debajo. Hay otros que presentan trastornos graves de inteligencia y carácter, como sucede con los habituales¹⁴⁵; también parece que entre los reincidentes se dan con más frecuencia las cromosomopatías, así como ciertas peculiaridades de tipo psicológico, con frecuentes crisis depresivas¹⁴⁶.

Los factores que desencadenan la recaída en el delito resultan quizá más problemáticos que los de la iniciación —para los juveniles—, pues se muestran más persistentes. Los GLUECK ya señalaban factores de tipo ambiental, familiar, económico, incompatibilidad con los padres, trabajo de la madre fuera del hogar, etc.¹⁴⁷

Como ya del tema de la reincidencia nos hemos ocupado en otro lugar, al tratar de las tipologías, vamos ahora a considerar de modo especial al reincidente español, por la trascendencia del tema. Presentamos los resultados de un estudio realizado por nosotros, utilizando material de la Central de Observación Penitenciaria. Se consideran cien reincidentes que por presentar dificultades pasaron por dicha Central¹⁴⁸, por lo que

144. EXNER, ob. cit., págs. 308-309; FERRACUTI, *L'aspetto psicologico del recidivismo*, cit., pág. 271.

145. PINATEL, *Criminología*, cit., pág. 451.

146. FERRACUTI, op. cit., pág. 271.

147. GLUECK, S. y E.: *Criminal Carrers in Retrospect*, Nueva York, 1943, págs. 127 y ss.

148. La Central de Observación Penitenciaria se creó por Orden de 22-9-1967, cuya misión era la de completar la labor de los equipos en materia de observación, clasificación y tratamiento, así como resolver dudas y consultas de carácter técnico que aquéllos le formularan. Tras la reforma del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 25-11-68, en el párrafo segundo del artículo 52, se recoge el cometido de la Central, a la que se le encomiendan las funciones ya señaladas, estableciéndose además que "por dicha Central pasarán los internos cuya observación y clasificación resulte difícil o dudosa para los equipos de los Establecimientos". Por último, el artículo 70 de la Ley General Penitenciaria (26-9-79), dispone: "Uno. Para el debido asesoramiento en materia de observación, clasificación y tratamiento de los internos, existirá una Central Peniten-

los resultados que se obtienen son los más extremos que pueden presentar los reincidentes españoles. Son todos varones. Se valorarán consideraciones de tipo jurídico-criminológico, biológico, psicológico, psiquiátrico, pedagógico, sociológico y moral. Aunque este no es el orden que se establece en la obra que recoge el sistema de trabajo de la Central¹⁴⁹, sin embargo, seguiremos el orden indicado que es el que figura en los protocolos finales. Los trabajos comienzan por iniciativa del jurista criminólogo, quien tras examinar el expediente del interno da cuenta a los demás especialistas de la información que puede serles de utilidad, para que comiencen sus trabajos. Una vez que el interno ha sido observado por todos los especialistas, y su estudio queda completo, cada uno entrega al jurista-criminólogo un resumen de su informe, a través de los cuales se redacta el informe final, que se remite a la sección de tratamiento.

1. INFORME JURIDICO-CRIMINOLOGICO

De los cien casos de reincidentes estudiados, cabe destacar:

—Los autores se iniciaron en el delito a edad temprana, ya que 63 de ellos cometen el primer delito entre los 16 y 20 años, ambos inclusive, siendo las edades más frecuentes la de 16 años (con 33 casos) y 17 (con 10); entre los 21 y 25 años se inician 20; entre los 26 y 30, son 9, y después de esa edad, cometieron su primer delito solamente 8. Como se puede apreciar, el reincidente se inicia en el delito normalmente en edad juvenil, ya que 43 tenían 16 ó 17 años al cometer el primer delito, y 20 tenían 18 ó 19.

ciaria de Observación, donde actuará un equipo técnico de especialistas con los fines siguientes: a) Completar la labor de los Equipos de Observación y Tratamiento en sus tareas específicas; b) Resolver las dudas y consultas de carácter técnico que se formulen por el Centro directivo; c) Realizar una labor de investigación criminológica; d) Participar en las tareas docentes de la "Escuela de Estudios Penitenciarios". Dos. Por dicha Central pasarán los internos cuya clasificación resulte difícil o dudosa para los equipos de los establecimientos o los grupos o tipos de aquellos cuyas peculiaridades convenga investigar a juicio del Centro directivo".

149. Véase ALARCON BRAVO, CASTILLON MORA y otros, *Un sistema de trabajo en el estudio de la personalidad criminal*, cit., págs. 28 y ss.

—En el último delito habían actuado asociados con otro u otros autores 53 de ellos, mientras que cometieron solos el delito, 47¹⁵⁰. La tendencia a la unión, es un fenómeno de delincuencia juvenil, que también se refleja en los casos estudiados¹⁵¹.

—Respecto a la evolución de la criminalidad, cabe destacar que los autores se inician con el delito de hurto en 46 casos, y 33 por robo, mientras que en el último delito la situación se agrava, pues son 16 hurtos, frente a 54 robos. Por otra parte, aumenta el número de tipos penales violados, destacando 4 homicidios, 3 violaciones y 2 parricidios.

—Hay 39 autores que repiten su delito en todas las ocasiones, aunque generalmente es robo o hurto; 61, por el contrario, cambian de tipo de delito, aunque lo normal es pasar del hurto al robo. Teniendo en cuenta el cambio entre hurto y robo, que son 31 casos, resulta que delito distinto sólo se da en 30 de los autores.

—Excluyendo el número de ingresos por arrestos gubernativos, en total dan 513 ingresos en prisión, lo que representa una media de 5,13 por sujeto. Este número de entradas en prisión nos demuestra el pequeño efecto intimidativo que la misma tiene en algunos delincuentes.

—La tercera parte —33— observan buena conducta en prisión, no habiendo sido sancionados por la comisión de faltas. El resto —67— cometieron durante los distintos ingresos en prisión 126 faltas graves y 124 muy graves, que da una media de 3,7 faltas por recluso. Sin embargo, 16 sólo cometieron una falta; con más de 5, hay 10; cometiendo el resto entre 2 y 5.

2. CONSIDERACIONES BIOLÓGICAS¹⁵²

Con relación a la salud física, en principio es correcta en todos los casos, salvo un supuesto de envejecimiento prema-

150. La composición de los grupos fue: 23 de dos sujetos; 3, de 19; 8 de 4, y 3 de 5. Estos datos indican el número de sujetos que formaron parte de los grupos indicados.

151. Los 4 reincidentes de 16 y 17 años, actúan siempre en grupo; de los 18 a 20, 19 en grupo y 14 solos; los de 21 a 25, 15 y 9 respectivamente; los de 26 a 30, 6 y 5; los de 31 a 35, 6 y 4; los de 26 a 40, 2 y 10, y los mayores de 40 años, actúa uno asociado, frente a 5 que lo hacen solos.

152. Sobre este aspecto y el resto de los que afectan a la criminología clínica, sobre la muestra de cien reincidentes españoles, vamos a recoger unas

turo, otro de salud muy precaria con bajo índice intelectual, uno con cojera muy acentuada y uno casi ciego. Sin embargo, son diversas las situaciones que pueden haber influido en la conducta criminal, y son:

Tres psicópatas sexuales, uno de ellos con agresividad angustiosa; tres con neurosis sexual represiva; cuatro oligofrénicos, uno con defecto oral y otro con lesión cortical epileptoide; dos alcohólicos con deterioro mental; nueve psicópatas; tres con neurosis y homosexualidad; tres neuróticos; cuatro epilépticos; un sociópata, y un esquizofrénico. En estos 35 casos parece que hay relación directa entre la situación física del sujeto y su conducta criminal¹⁵³.

Tiene interés la silla turca, pues en 8 casos aparece muy cerrada; hay calificación en 5; en 7 casos existe una silla turca muy grande, en los límites de la normalidad, mientras que en un caso la silla turca era plana.

Siete de ellos tuvieron meningitis siendo pequeños; hay dos casos de craneopatía metabólica; aparece un caso con el careotipo 47 XXY; uno con testículos atrofiados; uno con cráneo codordistrofia de tipo Paget, y dos sujetos con una miopía muy avanzada.

3. CONSIDERACIONES PSICOLÓGICAS

Dentro de la situación psicológica de los cien reincidentes que se vienen estudiando, destacamos lo siguiente:

Las condiciones de aprendizaje son normales en 54 casos; inferiores a las normales, en 22; buenas, en 11 casos; son desfavorables en 6 de los internos, y favorables en 7.

Respecto de la emotividad, es decir, el estado anímico inferior frente a estímulos exteriores, aparece alta en 20 casos; media, en 23; baja, en 27; son emotivos 22, y lo son poco, 8.

consideraciones muy generales, a fin de evitar extendernos demasiado sobre el tema.

153. Con relación a la constitución endocrina: 33 normocrinos; 37, hipertiroideos; 10, suprarrenaloideos; 11, hipertiroideo-suprarrenaloide; 5, hipersexuales; 2, hipertiroideos e hipertituitarios; 1, de constitución equilibrada, y 1, hipertiroideo, suprarrenaloide e hipersexual.

La actividad, es decir, la tendencia innata del sujeto a su impulso de actuar en el mundo exterior, es alta en 5 casos; media, en 38; baja, en 40; media baja, en 3; son activos, 11, y poco activos, 3.

La resonancia, reacción que se produce con posterioridad a cualquier sensación, es primaria —el sujeto reacciona inmediatamente y con frecuencia de forma violenta—, en 56 casos; secundaria —la reacción es más lenta y meditada—, en 30; media, en 7 casos; intermedia, en 6, y alta, sólo en uno.

El campo de conciencia, que es el conocimiento que la persona tiene de sus actos, es amplio en 22 casos; estrecho en 18; medio en 9, y medio alto en 2. No estando determinado en el resto de los casos.

Respecto de la avidez, rasgo secundario en virtud del cual el individuo tiene una tendencia a adquirir o conservar bienes, en 42 casos es alta; media, en 26; baja, en 19; media alta, 10, y media baja, en 3 casos.

En cuanto al sistema de actitudes, que son las reacciones del individuo a favor o en contra de un objeto, son desfavorables en 18 casos; desfavorables y arraigadas, en 15; poco favorables, en 11; no desfavorables, 14; inmadurez, 12; desfavorables por desviación de la esfera sexual, 10; bastante negativas por amoralidad, 5; bajas, 2; favorables, 6, y negativas, se dan en 7 de los sujetos de la muestra.

Con relación al consejo de orientación profesional, es decir, lo que se le recomienda al interno, en 27 casos, tareas simples y repetitivas; amplia gama de tareas, 24; tareas prácticas y repetitivas, 17; sin cualificación ni interés laboral, 7; sencilla, que no exijan agilidad mental, 7; detallista, 6; trabajos físicos, 3; trabajos administrativos, 3, y estudiantes, 3¹⁵⁴.

4. CONSIDERACIONES PSIQUIATRICAS

Dentro de las anomalías de este tipo observadas, destacamos sólo las más significativas:

154. Dentro de la pasión intelectual, que se refiere a la curiosidad por conocer y la tendencia a plantearse problemas culturales, destaca que solamente en 5 casos hay verdadera pasión intelectual.

—En uno de los reincidentes se aprecia epilepsia y debilidad mental. Fracasa en cuanto al gobierno de su personalidad y es sugestionable a la menor promesa de un beneficio inmediato.

—Otro padece síndromes crónicos postraumáticos, que le ocasionan: amnesia de fijación; disminución global de la capacidad de juicio, raciocinio y capacidad crítica, no distinguiendo entre lo esencial y lo accesorio. Deterioro en su afectividad; existencia de focos epileptógenos, que afectan a trastornos de conducta.

—Aparecen tres psicópatas desalmados.

—En uno se aprecia epilepsia temporo-occipital pasiva, que clínicamente se manifiesta con ligeras amnesias; temperamento y carácter colérico; desarrollo de su personalidad fanática, con ideas prevalentes y abandono de los demás.

—Hay un sujeto con personalidad anormal, en la que destaca: ansia de notoriedad; voluble e inestable, convirtiéndose en delincuente por su reflexión e imprudencia; su inseguridad e inferioridad las compensa con el alcohol; se trata de un psicópata insensible e inseguro.

—Desviado sexual (con hermana); neurótico sexual; inestabilidad, inadaptabilidad e intolerancia al trabajo; padece sociopatía de personalidad.

—Psicópata abúlico, que se deja influir por individuos y situaciones desviadas; debilidad cerebral postraumática; es intolerante a cualquier disciplina.

—Hay un sujeto con personalidad primitiva y limitación de inteligencia, que se refleja en una lesión cortical cerebral difusa.

—En uno se aprecia estado demencial esquizofrénico. Carece de gobierno de su voluntad, de querer y de obrar. En lo jurídico se les domina enajenados mentales.

—Personalidad con rasgos de abulia, fácilmente influenciada y socialmente inestable; carece de formación moral y cultural¹⁵⁵.

155. Son frecuentes en otros internos de la muestra las psicopatías, así como la falta de madurez.

5. CONSIDERACIONES PEDAGOGICAS

En casi todos hay una deficiencia cultural, ya que sólo seis de ellos tienen estudios medios, y uno universitarios; 58, tienen formación elemental; 15, elemental baja; 14, preliminar, y 6 son analfabetos.

La escolaridad media varía entre los diez y catorce años, con seis que carecen de ella.

En cuanto a su manifestación del mundo exterior, 33 son extravertidos, 45 introvertidos y 22 ambivertidos.

Pasaron por un reformatorio de menores 31 de ellos, habiéndose fugado 9; 12 pasaron también por algún centro benéfico.

6. CONSIDERACIONES SOCIOLOGICAS

—Carecen de calificación laboral 54; 7, son refractarios al trabajo; 5, no tienen cualificación alguna; hay 6 con varias profesiones¹⁵⁶.

—78, residen en zona urbana; 14, en rural, y no tienen residencia fija 8. En 59 casos hubo movimientos migratorios, 4 en el extranjero.

—El nivel socioeconómico era: 48, bajo; 13, muy bajo; 32, bajo medio; 6, medio, y 1 alto.

—La integración en el grupo familiar era: 19, buena; 44, deficiente; 18, mala; 17, nula, y 3 carecen de familia.

—Dentro de las anomalías familiares, cabe destacar: 53, sin anomalías; 16, muerte prematura del padre, en 4, la madre, y en 7, ambos; 7, separación padres; 3, padres desconocidos, y 10, hijos de soltera.

—Respecto al proceso de marginación, además de los problemas indicados de familia, trabajo, cultura, etc., cabe destacar: 25, se encuentran integrados en grupos delincuentes; 7, tienen relación con delincuentes; 9, vagabundos; 10, se han

156. La profesión del resto era: 12 peones; 4 pintores (no artistas); 2 camareros, y con 1: encofrador, encuadernador, tratante de ganado, industrial, vendedor cupón ciegos, servicio limpieza, molinero, empleado circo, cocinero y dependiente comercio.

fugado en alguna ocasión de su casa; 8, emancipación temprana; 3, mentalizados con la vida penitenciaria; 1, delinque por el pequeño riesgo de ser detenido, y uno, siente placer con el delito¹⁵⁷.

7. CONSIDERACIONES MORALES

Hay dieciocho de los reincidentes que son amorales. Algunos consideran que no tienen posibilidad de poder escapar del mundo del delito, ya que no encuentran trabajo para reintegrarse a la sociedad. En general, existe en todos ellos una falta de formación moral.

Por último, hacemos una breve referencia al diagnóstico de estado peligroso:

—La capacidad criminal es muy alta en cinco casos; alta, en 45; media, en 7; media alta, 31; en 1 caso es media baja, y en otro baja.

—Representan peligrosidad muy alta dos sujetos; alta, 29; media, 14, y 2, baja¹⁵⁸.

157. 85 son solteros (4 con hijos naturales) y 15 casados. 4, están separados; 3, están en malas relaciones; 2, se casaron en prisión, y hay uno separado por homosexual.

158. En cuanto a la daptabilidad social, es baja en 25 casos; media baja, en 43, y media alta en 7 casos.

NOTAS SOBRE LA SUBORDINACION DEL CREDITO*

*James Otis Rodner***

SUMARIO:

I. INTRODUCCION. II. DEFINICION DE SUBORDINACION; CLASES: a) Subordinación general y subordinación específica; b) Subordinación completa y subordinación incompleta. III. MECANICA FINANCIERA DE LA SUBORDINACION; VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA SUBORDINACION. 1. Para los acreedores ordinarios; 2. Para los acreedores primarios; 3. Para los acreedores subordinados; 4. Para la sociedad deudora. IV. DESARROLLO Y USOS DE LA SUBORDINACION DE CREDITOS: a) Emisión de obligaciones subordinadas; b) Subordinación de créditos internos. V. LA SUBORDINACION DEL CREDITO EN EL DERECHO NORTEAMERICANO: Teorías sobre la naturaleza de la subordinación; La subordinación en la nueva Ley de Quiebras. VI. LA SUBORDINACION EN EL DERECHO PRIVADO VENEZOLANO: a) Naturaleza jurídica compleja; b) Caracteres del convenio de subordinación: 1. Convenio jurídico; 2. Accesorio; 3. Subsidiario; 4. Unilateral; 5. Título gratuito o título oneroso. VII. LA SUBORDINACION Y FIGURAS AFINES: a) La fianza y la subordinación; b) La subordinación y la estipulación a favor de terceros; c) La subordinación y la acción preferida; d) La subordinación y los privilegios; e) El convenio de subordinación y la prenda del crédito. VIII. ELEMENTOS ESENCIALES EN LA ESTIPULACION DE SUBORDINACION: a) Sujetos y capacidades especiales; b) Consentimiento: 1. Consentimiento del acreedor subordinado; 2. Consentimiento del deudor común y del acreedor primario; 3. Vicios del consentimiento. 4. Documento escrito; c) Objeto de la subordinación: 1. Créditos determinados e indeterminados; 2. Créditos presentes y futuros; 3. Contraprestación del deudor común; d) Causa: 1. La subordinación abstracta; 2. La subordinación causada.

* Abreviaturas usadas: C.C. Código Civil; C. Com. Código de Comercio; L.B.C. Ley de Banco Central de Venezuela (1974); L.G.B. Ley General de Bancos y otras Instituciones de Crédito (1975); L.M.C. Ley de Mercado de Capitales (1975); L.C.P. Ley de Crédito Público.

** Profesor Derecho Civil III, Obligaciones (U.C.A.B.); Finanzas Internacionales y Derecho Financiero (I.E.S.A.); Abogado U.C.A.B.; Juris Doctor; Master en Administración, Universidad de Harvard.

I. INTRODUCCION

Desde hace más de quince años se ha venido observando en Venezuela la práctica de incluir en contratos de créditos y préstamos de dinero a plazo, cláusulas dirigidas a sujetar la cancelación de ciertos créditos de un deudor a la cancelación de otros créditos del mismo deudor. Estos convenios son denominados convenios de subordinación de créditos.

En la subordinación de créditos se trata de crear una especie de preferencia o mejor derecho, para un grupo de acreedores de una sociedad, en detrimento de otro grupo de acreedores de la misma sociedad. Así, la subordinación concede un derecho especial a un grupo de acreedores (conocidos como acreedores primarios), en detrimento de otro grupo de acreedores del mismo deudor (acreedores subordinados), los cuales convienen en que el pago de sus créditos están "sujetos" al pago en primer lugar de los créditos del acreedor primario.

La preferencia otorgada al acreedor primario opera en caso de liquidación o quiebra, y la misma sólo es una preferencia frente al acreedor subordinado. En efecto, el acreedor subordinado, mientras la sociedad no se encuentre en estado de atraso, o no se haya decretado la quiebra o acordado la liquidación de la misma, tendrá frente a todos los demás créditos quirografarios los mismos derechos, podrá cobrar los intereses causados y amortizaciones de capital, y su pago será bueno aún frente al acreedor primario. A su vez, la subordinación sólo es una preferencia del acreedor primario frente al acreedor subordinado; subordinación no constituye un privilegio del acreedor primario, sino sólo un derecho contractual que éste tiene de aprovechar para su propio beneficio de los fondos que corresponden al acreedor subordinado en la masa de la sociedad deudora.

La finalidad de la subordinación de un crédito generalmente es el de crear a favor de ciertos grupos de acreedores una garantía para su crédito. No pudiendo el deudor ofrecer a su acreedor una garantía real, como sería una hipoteca o una prenda sobre determinados bienes, ofrece en compensación el convenio por parte de ciertos acreedores de subordinar su crédito. A su vez, el acreedor subordinado normalmente

recibe en compensación de su convenio de subordinar un beneficio del deudor, como intereses más elevados que los intereses de mercado, una opción para convertir su crédito en acciones y otros.

La subordinación tiene su origen en Norte América con las emisiones de bonos (obligaciones) subordinados durante la segunda mitad de la década de los años 30; aun cuando se conocen convenios de subordinación desde comienzos de este siglo.

La subordinación de crédito en su origen, es una figura financiera desarrollada durante cincuenta años en la jurisprudencia y doctrina Norteamericana.

Reconociendo que en Venezuela desde hace algún tiempo la subordinación de crédito se viene practicando en el otorgamiento de muchos créditos y, estando pendientes de aprobación en la Comisión Nacional de Valores dos solicitudes de emisión de obligaciones convertibles subordinadas, el momento es propicio para estudiar la subordinación y su alcance dentro de nuestro derecho positivo.

La subordinación de crédito es más que todo una figura financiera, por lo cual, sus elementos básicos vendrán definidos por los objetivos económicos han querido las partes.

En estas notas estamos buscando encuadrar una figura de tipo financiero (económico) dentro del cuadro de la Ley positiva, reconociendo que ninguna norma del derecho positivo venezolano expresamente regula la subordinación de créditos¹.

Reconocemos que es discutible si el derecho positivo debe estar influenciado por las figuras económicas o sólo limitarse a interpretarlas. Es evidente que estas notas primero descubren la figura financiera (subordinación de crédito), y luego buscan como encuadrarlas dentro de nuestro texto legal. Esto

1. El profesor JOAQUIN GARRIGUES, al referirse a la crisis del derecho mercantil, habla de la penetración del Derecho de la Economía en el Derecho Mercantil, siendo la subordinación un ejemplo típico de ello. JOAQUIN GARRIGUES, *Hacia un nuevo Derecho Mercantil*, Madrid 1971, página 221. Al estudiar la Subordinación de Créditos analizamos específicamente la penetración de una figura financiera dentro del derecho.

es lo que se ha denominado la construcción progresiva del derecho, con lo cual nosotros estamos de acuerdo.

Para estudiar la subordinación y su extensión en Venezuela, después de dar una definición de subordinación y sus clases (Sección II) pasamos a estudiar la mecánica financiera de las cláusulas de subordinación (Sección III); en la Sección IV, vemos los usos típicos que se dan a las cláusulas de subordinación. La sección V se dedica al Estudio de la Subordinación de Crédito en el Derecho Norteamericano.

En la Sección VI identifican la naturaleza jurídica de la subordinación en el derecho Venezolano. Después de identificar la naturaleza de la subordinación, comparamos esta con algunas figuras jurídicas afines, similares, entre ellas la prenda, el privilegio y la acción preferida (Sección VII). En la Sección VIII se estudian los elementos esenciales de la subordinación dentro del esquema tradicional de los elementos del contrato (sujetos, consentimiento, objetivo y causa), identificando las características propias que éstos desarrollan en un convenio de subordinación.

II. DEFINICION DE SUBORDINACION; CLASES

La Subordinación se puede definir como el convenio mediante el cual un acreedor (o grupo de acreedores), denominado "Acreedor Subordinado", sujeta la cancelación de su crédito en caso de liquidación o quiebra de su deudor, al pago de los créditos de otro grupo de acreedores del mismo deudor denominados "acreedores primarios".

Subordinar significa clasificar cosas en un orden inferior a otras², lo cual ocurre en una subordinación de crédito donde

2. *Diccionario Manual de la Lengua Española*, Madrid, 1975. Como sinónimo de subordinar se usa la palabra sujetar. La palabra subordinar (subordinar) se le da un sentido igual en el idioma inglés. Subordinar es colocar en una clase, orden, o rango, inferior, ver *Black's Law Dictionary*. Quinta Edición. Los Norteamericanos usan el término subordinar en un sentido más amplio que el que proponemos nosotros, extendiéndolo no solamente a los casos de subordinación de créditos entre sí, sino igualmente para referirse a la gradación de gravámenes. Así, una hipoteca subordinada será una hipoteca de un rango inferior a la hipoteca de primer grado, en el sentido de que estará siempre subordinada (sujeta) a otra hipoteca de rango superior.

el acreedor subordinado coloca su crédito en un orden inferior al crédito del acreedor primario, al permitir que éste se cobre con preferencia sobre los activos del deudor.

La Jurisprudencia Norteamericana define la subordinación simplemente como un contrato según el cual un acreedor conviene que los créditos de ciertos acreedores preferidos deben ser pagados por completo, antes de que él pueda realizar cualquier pago a su favor³.

En el convenio de subordinación, identificamos el acreedor subordinado, el acreedor primario (o preferido) y un deudor común a ambos. Igualmente, identificamos el convenio de subordinar, o sujetar, el crédito del acreedor subordinado a la cancelación del crédito del acreedor primario.

La Subordinación, dependiendo de su alcance en cuanto a los sujetos activos beneficiarios de la subordinación, se puede clasificar en subordinación específica y subordinación general. En cuanto a la extensión de la obligación de subordinar, esta puede ser completa e incompleta.

A) SUBORDINACIÓN GENERAL Y SUBORDINACIÓN ESPECÍFICA

Cuando un acreedor conviene en subordinar su crédito a la cancelación de todos los demás créditos (presentes y futuros) de su deudor, la subordinación es general. Rara vez encontramos en la práctica una subordinación general.

La Subordinación puede ser específica en el sentido que se sujeta al crédito de un acreedor determinado del deudor; o, específica en el sentido que el crédito del acreedor subordinado se subordina a la cancelación de los créditos de determinada clase de acreedores, así a los créditos debidos a bancos comerciales, a los créditos de proveedores, a los créditos externos, etc.

3. *Caso, New York Stock Exchange contra Pickard & Co., Inc.* (Tribunal de Delaware), "Reportes del Atlántico", Segunda Sección, Volumen 296, página 143 (296 A 2d, 143).

B) SUBORDINACIÓN COMPLETA E INCOMPLETA

En la subordinación incompleta, el acreedor subordinado conviene en que, en caso de liquidación o quiebra de su deudor, la cancelación de su crédito estará subordinado a la cancelación de los créditos de los acreedores primarios. En la subordinación incompleta, si no ha ocurrido la liquidación o quiebra del deudor, el acreedor subordinado puede cobrar su crédito, de lo cual la subordinación aparece condicionada al estado de liquidación o quiebra.

En la subordinación completa, por el contrario, el acreedor subordinado conviene en que no podrá cobrar su crédito, hasta tanto se haya cancelado el crédito del acreedor primario. La subordinación es completa por cuanto el crédito del acreedor subordinado está siempre sujeto a la previa cancelación del crédito del acreedor primario⁴.

En los casos de subordinación específica referida a un acreedor determinado, la subordinación generalmente se estructura como una subordinación completa; ejemplo, el acreedor "A" conviene que hasta tanto no se haya cancelado totalmente la obligación del acreedor "B" él no cobrará su crédito. Cuando la subordinación es general, o cuando es específica, pero referida a una clase determinada, ella se estructurará como una subordinación incompleta. Ejemplo, el acreedor "A" conviene que en caso de liquidación o quiebra de su deudor, la cancelación de su crédito estará sujeto a la cancelación de los créditos de su deudor con bancos comerciales.

Sección III — MECANICA FINANCIERA DE LA SUBORDINACION

En la subordinación el acreedor subordinado conviene en sujetar el pago de su crédito contra su deudor al pago de los créditos de los acreedores primarios. Ordinariamente, la subordinación es específica en el sentido de que el acreedor subordinado sujeta la cancelación de su crédito a la cancelación

4. Clasificación tomada de Dee Martin Calligar, "Subordination Agreements", *The Yale Law Journal*, Volumen 70 (1961) página 377.

de otros créditos determinados o determinables del deudor común⁵.

En la subordinación específica el acreedor subordinado, dispone los fondos que le corresponderían en la liquidación de la sociedad deudora, al pago o cancelación de los créditos de los acreedores primarios.

La literatura financiera señala, que el efecto de la subordinación es el de convertir los créditos subordinados en parte de la estructura del capital social, ya que el acreedor subordinado no podrá recibir la parte que le corresponde en la liquidación de la sociedad hasta tanto no se haya cancelado la totalidad de los créditos de los acreedores primarios⁶; lo cual sucede igualmente a los accionistas quienes no podrán recibir suma alguna sobre sus acciones mientras no estén pagados los acreedores de la sociedad⁷. Ampliando la base patrimonial del deudor, éste técnicamente amplía su capacidad de endeudamiento.

En realidad la subordinación de crédito produce para los acreedores primarios un efecto más amplio y con mejor recuperación que la suscripción de acciones: en el convenio de subordinación el acreedor subordinado compromete los fondos que le corresponderían a él como acreedor social, a la cancelación de los acreedores primarios, por lo cual éstos (los

5. La Subordinación específica, se diferencia de la subordinación general, en la cual el acreedor subordinado sujeta su crédito a la cancelación de todos los demás créditos sociales, ver supra sección II.

6. Las obligaciones convertibles subordinadas, por encontrarse subordinadas y tener el derecho de conversión en acciones comunes, son vistas por las sociedades emisoras de las mismas como parte del futuro capital social, DAVID M. DARST, *The Complete Bond Book*, Nueva York, 1975, pág. 49. Igualmente, se afirma que el propósito fundamental de los créditos subordinados es el de ampliar la base capital (patrimonial) del deudor, para permitirle mayor endeudamiento social en forma de créditos preferenciales (o primarios). Ver REUBEN COLIN, "Debt Subordination as a Working Tool", en *New York Law Forum*, vol. 7, pp. 370 y siguientes. En un sentido igual, se habla del crédito subordinado como un pasivo que sirve de capital, ver ROBERT W. JOHNSON, "Subordinated Debentures: Debt that serves as Equity" en *The Journal of Finance*, vol. X, pp. 2 y sig. (1955).

7. La sujeción de las cuentas de los accionistas está prevista en el Código de Comercio cuando establece que: el liquidador de una sociedad estará obligado a liquidar y cancelar las cuentas de la sociedad con los terceros y con cada uno de los socios; pero, no podrá pagar a estos ninguna suma sobre las cuotas que pueden corresponderles mientras no estén pagados los acreedores de la sociedad (Código de Comercio art. 350, N° 4).

acreedores primarios) gozarán, en caso de liquidación, de los fondos que le corresponderían a los acreedores subordinados. Si en lugar de subordinar sus créditos, los acreedores subordinados hubieran suscrito acciones de la sociedad, los acreedores primarios recibirían una participación en la liquidación social inferior, ya que no se aprovecharía de manera preferente de los fondos.

Evidentemente, que la aplicación de la subordinación como medio para mejorar la recuperación de los créditos de los acreedores primarios sólo tienen vigencia en aquellos casos donde el producto de la liquidación de los activos sociales no sea suficiente para cancelar los pasivos sociales. Si el producto de la liquidación de los activos excede el monto de los pasivos, todos los créditos serán cobrados al cien por ciento (100%) de su valor no existiendo ningún efecto positivo derivado de la preferencia de los acreedores primarios.

Por el contrario, cuando el producto líquido de los activos sociales no es suficiente para cancelar los pasivos, los acreedores (excepto por supuesto los acreedores con garantía especial) recuperarán la prorata de lo que su crédito representa dentro del total de los pasivos sociales (C. de Com. art. 1040); si el activo sólo representa el cincuenta por ciento (50%) del valor de los pasivos cada acreedor social recibirá sólo el cincuenta por ciento (50%) del valor de su crédito. Por ejemplo, si una sociedad en liquidación genera activos con valor de Bs. 4.000.000 y tiene pasivos por Bs. 5.000.000, cada acreedor social recibirá 4/5 partes de su crédito (el 80%). Así, si existen 5 acreedores con un crédito de Bs. 1.000.000 cada uno, cada acreedor recibirá Bs. 800.000.

Cuando un acreedor subordina su crédito sujeta lo que le corresponde en la liquidación al pago de la obligación del acreedor primario. En el ejemplo anterior, a cada acreedor le corresponden Bs. 800.000 ($4/5 \times 1.000.000$) en la liquidación. Si uno de los acreedores subordinara su crédito a favor de otro acreedor primario, el acreedor subordinado tendrá que aportar al acreedor primario Bs. 200.000, para completar la diferencia de lo que este recibe de la liquidación.

Liquidación sin subordinación. Si no existe convenio de subordinación, simplemente dividimos el Monto de los activos

(Bs. 4.000.000) entre monto de los créditos (Bs. 5.000.000), correspondiendo a cada acreedor el 80% de su crédito. Así, por cada millón de bolívares de crédito, el acreedor recibe Bs. 800.000.

EJEMPLO "A"

Activos Bs. 4.000.000

	Valor Nominal	Recuperación	Porcentaje del crédito original
CREDITOS	5.000.000	4.000.000	80%
CAPITAL	1.000.000	—0—	—0—

Liquidación con subordinación

En el mismo ejemplo, si un crédito por Bs. 1.000.000 está subordinado a la cancelación de otro crédito (primario) por Bs. 1.000.000, existiendo igualmente Bs. 4.000.000 en activos⁸, la distribución se hará así:

Total de Activos Bs. 4.000.000

EJEMPLO "B"

	Valor Nominal	Recuperación	Porcentaje
Créditos Ordinarios	3.000.000	2.400.000	80%
Crédito Subordinado	1.000.000	600.000 (800—200)	60%
Crédito Primario	1.000.000	1.000.000 (800+200)	100%
Capital Social	1.000.000	—0—	—0—

Con un crédito subordinado por Bs. 1.000.000, si los activos para la liquidación sólo alcanzan Bs. 2.500.000, o sea el 50% del valor de los créditos, la liquidación sería:

Total de Activos Bs. 2.500.000.

8. Cuadros desarrollados en parte de ROBERT JOHNSON, "Subordinated Debentures", página 2 y siguientes.

EJEMPLO "C"

	Valor Nominal	Recuperación	Porcentaje
Créditos Ordinarios	3.000.000	1.500.000	50%
Crédito Subordinado	1.000.000	—0—	—0—
Crédito Primario	1.000.000	1.000.000	100%
		(500+500)	
Capital Social	1.000.000	—0—	—0—

Observamos que la mayor o menor recuperación del acreedor primario está en proporción directa a la relación del crédito subordinado con el crédito primario: a mayor crédito subordinado mayor recuperación del acreedor primario. Lo inverso ocurre en la recuperación del acreedor subordinado, la cual tiene una relación inversa con el monto de los créditos primarios, a menor crédito primario mayor es la recuperación del acreedor subordinado.

Si los activos únicamente suman Bs. 4.000.000 con Bs. 5.000.000 de pasivos, de los cuales Bs. 1.000.000 comprende créditos subordinados, y Bs. 1.000.000 créditos primarios, el acreedor subordinado sólo recupera Bs. 600.000 Si el crédito primario, fuera sólo de Bs. 800.000, el acreedor subordinado hubiera superado Bs. 640.000, así:

Total Activos Bs. 4.000.000 (Comparar con ejemplo "B").

EJEMPLO "D"

	Valor Nominal	Recuperación	Porcentaje
Créditos Ordinarios	3.200.000	2.560.000	80%
Crédito Subordinado	1.200.000	640.000	64%
		(800—160 aporte a los acreedores primarios)	
Crédito Primario	800.000	800.000	100%
		(640.000+160.000)	

Si en lugar de haber subordinado su crédito al acreedor subordinado hubiera aportado Bs. 1.000.000 al capital social,

la recuperación del acreedor primario hubiera sido menor, ya que la disponibilidad de los fondos correspondientes al aporte de capital se hubiera distribuido entre todos los acreedores y no con preferencia para el acreedor primario como sucede en la subordinación.

Así (Comparar con el ejemplo "C"), el capital social sería de Bs. 2.000.000, en lugar de Bs. 1.000.000, con activos por Bs. 2.500.000 y créditos por Bs. 4.000.000, la recuperación sería:

Total Activos Bs. 2.500.000

EJEMPLO "E"

	Valor Nominal	Recuperación	Porcentaje
Créditos ordinarios (incluyen crédito primario el cual ya no tiene preferencia)	4.000.000	2.500.000	62,50%
Capital	2.000.000	—0—	—0—

VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA SUBORDINACION DE CREDITO

A) VENTAJAS PARA LOS ACREEDORES ORDINARIOS

Para los acreedores ordinarios de una sociedad, la subordinación de un crédito social a favor de otro acreedor social no representa técnicamente ninguna ventaja o desventaja ya que para ellos la recuperación de sus créditos quedará inafectada.

Sin embargo, los acreedores ordinarios pueden sufrir, si mediante el uso de la subordinación se incrementa el pasivo social, en lugar de generar fondos mediante la emisión de acciones.

Con mucha frecuencia la subordinación de créditos se usa para generar fondos que ordinariamente se hubieren generado mediante la emisión de acciones (aportes capital); pero, todos

los créditos, aún los créditos subordinados, constituyen cargas fijas sociales y los mismos van siempre a afectar la capacidad de generar fondos para el pago de los créditos ordinarios, y por ende afectan la capacidad crediticia de la sociedad.

B) PARA LOS ACREEDORES PRIMARIOS

Evidentemente, la subordinación de créditos constituye una ventaja específica para los acreedores primarios, los cuales como vimos, van a estar en una posición más favorable que los acreedores ordinarios, con una recuperación de crédito superior a la que hubieran obtenido si en lugar de subordinarse el crédito, el acreedor subordinado hubiera suscrito acciones comunes (Ver supra, ejemplos C y E).

Sin embargo, la ventaja del acreedor primario está sujeta a varias consideraciones: (a) la ventaja del acreedor primario ocurre únicamente en los casos de liquidación o quiebra de la sociedad deudora. Si la liquidación o quiebra no ocurre, el establecimiento de créditos subordinados siempre constituye una carga financiera social fija, la cual en muchos casos puede afectar la capacidad la sociedad deudora de pagar puntualmente sus obligaciones; (b) la ventaja de los acreedores primarios únicamente se materializa en relación a los créditos subordinados que existen para la fecha de la liquidación o quiebra social, lo cual asume una similitud de estructura en los vencimientos de ambos créditos lo cual ordinariamente no ocurre. Si para la fecha de la liquidación o quiebra los créditos subordinados ya han sido cancelados no tiene el acreedor primario ventaja alguna. Esto ha llevado en muchos casos a los acreedores primarios a exigir que los acreedores subordinados convengan expresamente en la no cancelación del valor capital de sus créditos hasta tanto se hayan pagado los créditos primarios; (c) Como señalamos, la ventaja de los acreedores primarios está en proporción directa al monto del crédito subordinado: a mayor crédito subordinado mayor recuperación tendrá el acreedor primario.

C) ACREEDORES SUBORDINADOS

Ciertamente los acreedores subordinados se someten a una restricción en la recuperación de sus créditos que se pueden considerar como grave, ya que, de suceder algún problema de liquidez en la sociedad deudora la probabilidad de recuperación de los créditos subordinados es mucho más baja que la de los créditos ordinarios (Ver supra, ejemplo "C"). Este riesgo se explica fundamentalmente porque el crédito subordinado constituye una fórmula alternativa a la suscripción de capital social; además, el acreedor subordinado recibe generalmente en compensación de la subordinación una serie de ventajas que no recibe el acreedor ordinario⁹. Observamos adicionalmente que el acreedor subordinado siempre tendrá una recuperación mayor que la del accionista: el tenedor de acciones sólo recupera su inversión en caso de liquidación o quiebra después de la recuperación de los acreedores subordinados, poniendo a éstos en una posición más favorable que la del tenedor de participaciones en el capital social.

La literatura financiera observa que invertir en papel donde existe un riesgo elevado de no recuperación de la inversión, no debe ser considerado nunca por el posible inversionista independientemente, de todas las ventajas que ofrezca el mismo. La viabilidad de un crédito se determina analizando las condiciones financieras de la sociedad en situaciones económicas desfavorables¹⁰, si bajo condiciones desfavorables la

9. Normalmente al acreedor subordinado se le otorga un derecho de conversión (opción) para convertir su crédito en acciones sociales; y en algunos casos se le acuerda mayor rendimiento por concepto de intereses.
10. DAVID DARST, *The Complete Bond Book*, p. 224. Esto no es más que una extensión al punto de vista del inversionista, de las tesis de que toda sociedad debe limitar y medir su capacidad de endeudamiento, tomando en cuenta la variación neta más desfavorable posible, en los flujos netos de efectivo (límite de adversidad máximo): Ver, GORDON DONALDSON, *Corporate Debt Capacity*, Boston (1962), pp. 168 y sig. Observamos que un análisis de capacidad de endeudamiento bajo condiciones adversas (recesión), en muchos casos indicaría que la probabilidad de recuperación de los créditos subordinados es demasiado baja para ser aceptada. Esto ocurre porque generalmente los créditos subordinados nacen como una forma de endeudamiento social más allá de los límites ordinarios (promedios y no bajo condiciones de adversidad) de endeudamiento medidos en base a proyecciones de caja bajo condiciones normales. De no encontrarse la sociedad en sus límites ordinarios de endeudamiento, no se vería obligada a pedir que ciertos acreedores subordinaran su crédito.

probabilidad de recuperación de la inversión (crédito) es muy baya no se debe considerar la inversión. Esta conclusión haría casi siempre imposible la contratación de un crédito subordinado ya que éste generalmente nace como un endeudamiento más allá de la capacidad de endeudamiento ordinario de la sociedad¹¹.

Agregamos a este riesgo, el riesgo propio del crédito subordinado, el cual como vimos (supra, ejemplos B, C y D) no tendrá una recuperación igual a la de los créditos ordinarios.

D) SOCIEDAD DEUDORA

La subordinación no constituye una forma de endeudamiento social, sino una característica que se puede utilizar o agregar a cualquier tipo de pasivo social. La subordinación para la sociedad deudora se presenta en el caso de emisión de bonos, así como en casos de créditos de accionistas o directores que queriendo conservar la capacidad de endeudamiento social, acuerdan subordinar sus créditos contra la sociedad.

Frente a la sociedad deudora se debe mantener presente que el crédito aún subordinado constituye un crédito contra la sociedad que representará una carga obligatoria a la cual tendrá que hacer frente aún en casos de falta de liquidez. El crédito subordinado se distingue así de las acciones preferidas en que en las acciones preferidas, si se presenta una situación de dificultad financiera, la sociedad podrá posponer sus obligaciones de pago de dividendos, y aun su obligación de rescatar o redimir la acción, pero no podrá suspender su obligación del pago de capital o intereses a los acreedores sociales.

Para la Sociedad deudora, el uso de un crédito subordinado si representa como ventaja, sobre la acción preferida, que los pagos por concepto de intereses al acreedor subordinado son gastos fiscales, en contraste con los dividendos a los accionistas preferidos, los cuales se deben generar de ganancias netas después de impuesto.

11. Idem, supra.

IV. DESARROLLO Y USOS DE LA SUBORDINACION DE CREDITOS

La subordinación de un crédito puede servir para una multiplicidad indefinida de situaciones financieras, pero, básicamente, se presenta en dos tipos de circunstancias: A) Emisión de obligaciones subordinadas, donde una sociedad emite obligaciones (bonos) subordinadas a otras obligaciones de la misma sociedad. Ordinariamente, las obligaciones subordinadas son igualmente obligaciones convertibles en acciones de la sociedad. B) La subordinación se presenta en casos de créditos de personas afines a la sociedad deudora, donde éstas convienen en permitir que la sociedad subordine sus créditos a favor de prestamistas institucionales que están otorgando créditos nuevos indispensables para la sociedad¹².

A) EMISIÓN DE OBLIGACIONES SUBORDINADAS

La emisión de obligaciones (bonos) subordinadas se ha desarrollado en el mercado Norteamericano conjuntamente con la emisión de obligaciones convertibles¹³. En la emisión de obligaciones convertibles subordinadas, se otorga al tenedor de la obligación el derecho de conversión de su obligación en

12. COOGAN, nos trae como ejemplo de la subordinación de personas afines el caso *Pioneer-Cafeteria Feeds, Ltd contra Mack*, en Reportes Federales Segundo, Volumen 340, página 719, 1965 (340 F. 2d., 719). Coogan, Kripke y Weiss, *The Outer Fringes of article 9, Subordination Agreements, security interests in money and deposits, negative pledgeclauses, and participation agreements*, *Harvard Law Review*, Vol. 79, páginas 229 y siguientes. En el caso *Pioneer-Cafeteria Feeds, Ltd.*, un criador de pavos, y principal accionista de Northland (deudor común), igualmente criador de pavos convino en posponer todos los pagos de obligaciones a el debidas por Northland al pago de las obligaciones de Pioneer, suplidor de alimentos de pavo de Northland. COOGAN, idem. El propósito evidentemente era el de permitir que Pioneer extendiera créditos a Northland para suplir alimento de pavo a crédito.

13. Sobre la naturaleza de las obligaciones convertibles, ver JAMES OTIS RODNER, *Notas sobre las Obligaciones Convertibles*, Revista de la Bolsa de Valores de Caracas, Nos. 349 y 356, (1976 y 1977). La obligación convertible es una modalidad del crédito convertible, donde el deudor da a su acreedor la facultad de convertir todo o parte de su crédito en un derecho de participación, reuniendo en un solo instrumento atributos de acción común y de bono ordinario, idem.

acciones sociales, lo cual refleja un valor especial¹⁴, que es en parte compensado por la subordinación de la obligación a otros créditos sociales, inclusive a otras obligaciones ordinarias (no convertibles).

La obligación subordinada aparece generalmente como una subordinación específica e incompleta: la obligación no se subordina a todos los demás acreedores sociales, sino a un grupo de acreedores específicos, generalmente a otro grupo de tenedores de obligaciones primarias no subordinadas¹⁵. A su vez, la subordinación sólo opera en caso de liquidación o quiebra de la sociedad emisora de las obligaciones¹⁶. Mientras no ocurra la liquidación de la sociedad, ésta puede perfectamente pagar el capital y los intereses debidos a los tenedores de obligaciones subordinadas¹⁷.

La subordinación como cláusula en la emisión de obligaciones apareció en el mercado Norteamericano en 1936 con la emisión de General Finance Corporation¹⁸. En los Estados Unidos entre 1930 y 1940 las obligaciones subordinadas se utilizaban sólo para sociedades financieras, las cuales, para no

14. La obligación convertible vive entre dos valores el valor de la obligación como bono ordinario, denominado "valor técnico" del bono convertible, y el "valor de conversión", o sea el valor de mercado de las acciones en las cuales es convertible el bono. Este "valor de conversión" crea para las obligaciones convertibles unas primas sobre el valor del bono ordinario conocidas como primas de conversión y primas de opción, las cuales reflejan un sobrevalor que el mercado está dispuesto a pagar por la obligación convertible. Ver, JAMES OTIS RODNER, Obligaciones convertibles, sección II (b) (Bolsa de Caracas, N° 349, página 5).
15. Ordinariamente el prospecto de emisión de la obligación subordinada define expresamente la clase de acreedores primarios. Así en la emisión de obligaciones convertibles subordinadas de *Eastern Airlines, Inc.*, US \$ 50.000.000, de fecha Abril, 1977, se define como crédito primario todo el pasivo a largo plazo de la Compañía excepto otros pasivos subordinados, incluyendo otras emisiones de obligaciones convertibles subordinadas. Prospecto, página 48.
16. El prospecto de *Eastern Airlines*, Obligaciones convertibles subordinadas U.S. \$ 50.000.000, Abril 1977, establece que en caso de mora en el pago de las obligaciones primarias, o en caso de insolvencia, quiebra, liquidación, reorganización o disolución de la deudora, no se podrá pagar las obligaciones convertibles hasta la total cancelación de las obligaciones primarias. El efecto de esta disposición es el de permitir el pago de capital e intereses sobre las mismas mientras no ocurran las condiciones prescritas.
17. Idem, supra.
18. ROBERT JOHNSON, *Subordinated debentures*, página 4. Cita Johnson como la primera emisión pública de bonos convertibles parece ser la emisión de General Finance Corporation por US \$ 750.000, con cupones de 5% y un plazo de diez años.

afectar su capacidad de endeudamiento bancario, usaban la subordinación como característica de sus emisiones de obligaciones ordinarias.

En 1952, las grandes corporaciones industriales comenzaron a usar la subordinación en las emisiones de obligaciones convertibles¹⁹. La razón que justificaba la cláusula de subordinación en este tipo de emisiones de obligaciones convertibles era que el deudor de la sociedad emisora estaba obteniendo por parte de sus acreedores subordinados un beneficio o mejora, en su estructura financiera, a cambio de la entrega del derecho de opción para convertir las obligaciones en acciones de la sociedad. La práctica de otorgar convertibilidad a las emisiones subordinadas de empresas industriales en Estados Unidos se ha generalizado hasta el punto en que hoy la mayoría de las obligaciones convertibles en Norteamérica son igualmente obligaciones subordinadas.

En Venezuela, la emisión de obligaciones convertibles ha sido sumamente limitada, no existiendo emisiones de obligaciones subordinadas registradas en la Bolsa de Valores de Caracas²⁰.

B) LA SUBORDINACIÓN DE CRÉDITOS INTERNOS

La segunda forma de subordinación es la subordinación interna la cual incluye aquellos casos donde el acreedor subordinado es a su vez socio o director del deudor. El caso prototipo es la subordinación que se presenta en los contratos de créditos a largo plazo otorgados por sociedades finan-

19. JOHNSON, *Subordinated debentures*, página 6 y 7. Señala Johnson que la emisión de bonos subordinados en el público tuvo su auge por las grandes emisiones de Empresas Químicas y Petroleras, mencionando entre las primeras la emisión por US \$ 100.000.000, de Dow Chemical Co. de Julio 1952, y la emisión de US \$ 101.758.900, de Sinclair Oil Corporation.
20. Para esta fecha está pendiente por ante la Comisión Nacional de Valores dos emisiones de obligaciones convertibles subordinadas: Emisión de Cervecería Nacional Saica y emisión de Inversiones Cremerca S.A.-I.C.A. Los montos y condiciones de las emisiones aún no son del conocimiento público. Estas emisiones representarán varios primeros: serán la primera emisión pública de obligaciones subordinadas realizadas en Venezuela; y serán la primera emisión pública de obligaciones convertibles aparecidas en Venezuela después de la aprobación de la Ley de Mercado de Capitales en 1973.

cieras, donde los créditos de los directores y accionistas principales de la sociedad deudora se subordinan al crédito de la financiera. En estos casos, normalmente, un acreedor, para otorgar un nuevo crédito a largo plazo, exige que la cancelación del crédito de los directores y accionistas principales de la sociedad se subordine a la cancelación de los créditos de los acreedores nuevos. También los accionistas y directores sujetan sus créditos a los créditos de nuevos proveedores sociales que le otorgan líneas de créditos para la ampliación de sus actividades.

Normalmente, la subordinación interna responde a una impresión de que el crédito subordinado (de los accionistas o directores) ha debido formar parte del capital social de la sociedad deudora. La subordinación abarca todo tipo de crédito de los directores y accionistas, inclusive créditos provenientes de dividendos.

En Venezuela, se ha generalizado la práctica de convenios de subordinación de créditos internos como parte de la negociación de créditos a largo plazo. En los convenios de subordinación interna participan no solamente el deudor (sociedad deudora) y el acreedor subordinado (accionista o director), sino igualmente, el acreedor primario; siendo éste el que exige como una condición para el otorgamiento de la nueva línea de crédito que la sociedad deudora convenga, junto con los acreedores originales (directores y accionistas), en subordinar sus créditos de estos a la de los créditos nuevos.

La subordinación interna se estructura como una subordinación específica (determinado crédito, se subordina a la cancelación de otro crédito), y en una subordinación completa, o sea, que el acreedor subordinado conviene en que no se cancelará su crédito antes de la cancelación del crédito primario. A diferencia de la subordinación en la emisión de obligaciones convertibles y subordinadas, donde se permite el pago de capital e intereses del crédito subordinado, siempre que la deudora no esté en estado de liquidación o quiebra²¹.

21. Ver supra cita N° 16, condiciones de subordinación de la emisión Eastern Airlines.

V. LA SUBORDINACION DE CREDITO EN EL DERECHO NORTEAMERICANO

A) DESARROLLO DE LA SUBORDINACIÓN; FUNDAMENTO DEL DERECHO ACREEDOR PRIMARIO

Siendo la subordinación de crédito, en su origen, una figura financiera, los tribunales norteamericanos conocieron de ella con ocasión de procedimientos de quiebra. Originalmente, la Ley de Quiebra Norteamericana²² (Modificada en 1978), establecía en su sección 65-A que "pagos de un porcentaje igual serán declarados y pagados a todos los créditos admitidos (a la quiebra), excepto para aquellos que gozan de privilegio o garantía especial"²³. La norma de la sección 65-A de la derogada Ley de Quiebras (Sección 726-b, de la Ley vigente) es una repetición del principio general de distribución a prorata entre los acreedores quirografarios que encontramos en el Derecho Civil²⁴. Cuando se presentaba en el procedimiento de quiebra un crédito subordinado, se pedía al Tribunal que no aplicara el principio general de distribución a "porcentaje igual" (distribución a prorata), para los acreedores subordinados ni para los acreedores primarios, aplicando a estos una distribución de acuerdo con el convenio de subordinación. La tendencia casi universal de la Jurisprudencia Norteamericana fue la de respetar los convenios de subordinación, a pesar de que estos se presentaban como una excepción a la norma contenida en la sección 65-A, de la Ley de Quiebras, norma que se consideraba de orden Público. Los Tribunales aceptaron aplicar los convenios de subordinación, aún con la norma contenida en la sección 65-A de la Ley de Quiebras, siempre que dichos convenios no violaran el orden público o las prioridades (inclusive los privilegios) consagrados en la propia Ley²⁵.

22. Federal Bankruptcy Act, La Ley de Quiebras data de 1898, reformada en 1938. La Ley de Quiebras fue modificada por la Ley de Noviembre de 1978.

23. Sección 65, A - Ley de Quiebras de 1938, hoy derogada. La Sección 65-A de la derogada Ley de Quiebras, fue reproducida en la Sección 71-726 (b) de la nueva Ley de 1978.

24. Norma ya citada del Código de Comercio, Art. 1040, la cual establece la distribución a prorata entre los acreedores quirografarios.

25. EDWARD EVERETT, Subordinated Debt - Nature and Enforcement, *The Business Lawyer*, 1965, página 953 y siguientes.

Para convalidar la aplicación de los convenios de subordinación la Jurisprudencia Norteamericana elaboró básicamente, cuatro fundamentos diferentes: 1. La teoría contractual; 2. La teoría de la prenda sobre el crédito subordinado; 3. La teoría del fideicomiso de hecho; y 4. La aplicación del convenio de subordinación en el proceso de quiebra en base a la equidad²⁶.

1. La teoría contractual

Según la teoría contractual la subordinación es un convenio de distribución entre los acreedores quirografarios, el cual por no violar normas de orden público, el Tribunal en la quiebra lo debe reconocer. Los convenios de subordinación no constituyen ningún privilegio o garantía específica a favor de los acreedores primarios. Por lo cual, las limitaciones de la regla de distribución porcentual contenida en la sección 65-A, (hoy, sección 726-b) de la Ley de Quiebra no está afectada en aquellos casos donde un grupo de acreedores convienen en subordinar su crédito a otro grupo de acreedores. Así se afirma que, cuando un Tribunal que conoce de un procedimiento de quiebra, distribuye los activos sociales de acuerdo con un convenio de subordinación entre los acreedores, no viola la norma porcentual de la Ley de Quiebras, sino simplemente implementa convenios con respecto a la distribución de activos entre acreedores quirografarios²⁷.

Se cita como ilustración del principio contractual el caso *Bank of America National Trust & Savings Association Contra Erickson*²⁸, donde el Tribunal de la Quiebra sostuvo "que podría administrar el orden de distribución del patrimonio de conformidad con los derechos de los acreedores definidos en

26. Esquema tomado de Dee Martin Calligar, *Subordination Agreements*, página 385. Debemos recordar que el concepto de fideicomiso en el derecho Anglosajón es mucho más amplio que en nuestro derecho. Se parece crear involuntariamente una relación de fideicomiso, cuando una persona destina un bien en beneficio de un tercero, aun cuando no medie un convenio o declaración de fideicomiso.

27. EDWARD EVERETT, *Subordinated debt*, página 962.

28. *Bank of America N.T. & S.A. contra Erickson*, en Reportes Federales 2a. Sección, Tomo 117, página 789 y siguientes (1941). Cita tomada de Dee Martin Calligar, *Subordination Agreements*, página 388.

los convenios de estos entre sí, siempre que los mismos fuesen válidos²⁹.

2. Teoría de la prenda sobre el crédito subordinado

De acuerdo con la teoría de la prenda los acreedores primarios en un convenio de subordinación, tienen una prenda o garantía especial sobre los créditos subordinados (Ver, Supra Sección VII, E). En efecto, cuando el acreedor subordinado sujeta la cancelación de su crédito a la cancelación del crédito del acreedor primario, está constituyendo sobre su crédito subordinado un derecho de garantía a favor del acreedor primario.

La teoría de la garantía especial a pesar de su aparente lógica presentó muchos problemas en la práctica debido a que en los convenios de subordinación ordinariamente no se seguían los pasos requeridos para el perfeccionamiento de una garantía especial³⁰.

Bajo las normas del Código de Comercio Uniforme,³¹ para perfeccionar una garantía entre otros, se requiere que se registre el convenio de garantía de acuerdo con la Ley estatal, y, en algunos casos, la entrega física del documento donde consta el crédito dado en garantía³².

29. Idem. Observamos que el tribunal expresa que los convenios deben ser válidos ("Lawful"). La expresión "Lawful" tiene un contenido más amplio que su traducción literal al español, la cual significa conforme a derecho o legales.

30. Sobre el problema que surge si se considera que un crédito subordinado establece una prenda a favor del acreedor primario, ver P. COOGAN, H. KRIPKE y F. WEISS, *Subordination Agreement*, página 229 y siguientes.

31. Uniform Commercial Code (Código de Comercio Uniforme) U.C.C. El Código Uniforme (U.C.C.) ha sido adoptado por 49 de los 50 estados de la unión Norteamericana, así como por el Distrito de Columbia. No constituye una Ley Federal sino Estatal y, regula con normas uniformes, una serie de transacciones comerciales, entre ellas consagra una sección a garantías sobre bienes muebles (Artículo 9).

32. Código Uniforme (U.C.C.), Artículo 9-302. Según el Artículo 9-302 del Código (U.C.C.) no se requiere registro de una garantía entre otros cuando el acreedor primario toma posesión física de la cosa dada en garantía de conformidad con el Artículo 9-305 del mismo código. El Artículo 9-305 extiende el concepto de posesión física a la tenencia a un tercero en nombre del acreedor ("Bailee"). En los casos donde no ha habido entrega física de la cosa, o instrumento, dado en garantía, el Artículo 9-302 exige que la garantía se registre. Los requisitos de registro están regulados bajo la Sección 4 del Artículo 9, y pueden variar de estado a estado.

3. *La Teoría del fideicomiso de hecho*

Según esta teoría el acreedor subordinado recibe y destina los montos que le corresponden a su crédito en la liquidación de los activos, en el carácter de fiduciario de hecho a beneficio del acreedor primario³³. Esta teoría fue elaborada en el caso de *Dodge-Freeman Poultry Co.*³⁴. En el caso *Dodge-Freeman*, el principal accionista de la Sociedad convino con un nuevo acreedor social en subordinar su crédito contra la sociedad a favor del nuevo acreedor social. Luego, para no permitir que el acreedor primario recibiera los montos correspondientes al crédito subordinado en la liquidación, el acreedor subordinado (accionista principal) remitió su crédito contra la sociedad³⁵. La Corte sostuvo que el acreedor subordinado destinaba su crédito en un fideicomiso de hecho a favor del acreedor primario, y por lo cual no podía remitir el mismo en perjuicio de este beneficiario del fideicomiso³⁶.

4. *La Subordinación es una cesión en equidad del crédito subordinado a favor del acreedor primario*

Cuando un acreedor subordina su crédito en definitiva está cediendo su crédito al acreedor primario, cesión que se perfecciona en el momento de la quiebra del deudor común. Se comporta en efecto, como una cesión condicionada a la quiebra del deudor, lo cual explica porque antes de la quiebra del deudor, el acreedor subordinado puede administrar y disponer libremente de su crédito. En el caso re. *Handy-Andy Community Stores*³⁷, los dos accionistas principales de la sociedad convinieron con un banco en que sus créditos estarían

33. DEE MARTIN CALLIGAR, *Subordination Agreements*, página 386.

34. *Dodge-Freeman Poultry*, en Reportes Federales Suplemento Volumen 148, página 647 y seguidas, 1956 (148 F. Supp., 647), decisión confirmada en *Dodge-Freeman contra Delaware Mills, Inc.* en Reportes Federales, Segunda Sección, Volumen 244, páginas 314 y siguientes, 1957 (244, F. 2d. 314). Cita tomada de DEE MARTIN CALLIGAR, *Subordination Agreements*, página 386.

35. Hechos del caso tomados de EDWARD EVERETT, *Subordinated Debt*, página 976.

36. *Idem*, *Supra*.

37. In re, *Handy-Andy Community Stores*, Reportes Federales Suplemento, Volumen 2, página 97 y siguientes, 1932 (2 F. Supp. 97), cita tomada E. EVERETT, *Subordinated Debt*, página 976.

subordinados a los créditos del Banco. La Corte sostuvo que en efecto existía una cesión en equidad de los créditos subordinados³⁸.

La Nueva Ley de Quiebra

En 1978 la Ley de Quiebras fue revisada incorporando expresamente una norma dirigida al Tribunal de la Quiebra por la cual los convenios de subordinación deben ser ejecutadas por el Tribunal siempre que los mismos sean válidos. Además, la nueva Ley de Quiebras constituyó la subordinación legal, expresamente obligando la subordinación de ciertos créditos sociales, al pago de otros créditos. Igualmente, La Nueva Ley, reconoció una facultad al Tribunal de la quiebra para que pueda subordinar determinados créditos bajo principios de equidad. De la reforma de la Ley la subordinación en Norteamérica pasó a ser una excepción al principio de distribución a prorata, aplicable como: (a) Subordinación convencional; (b) Subordinación legal; (c) Subordinación en equidad.

Dispone expresamente la nueva Ley de Quiebra que todos los convenios de subordinación podrán ser ejecutados bajo la Ley de Quiebras, en tanto y hasta el límite, en que dicho convenio se pueda ejecutar bajo el derecho general (principios diferentes del derecho de quiebra³⁹). Con la reforma, no se deja la duda, que ya habría resuelto la jurisprudencia, respecto a la validez del convenio de subordinación, y especialmente la facultad del Tribunal que conoce el procedimiento de quiebra de proceder a la distribución de los activos sociales de conformidad con el convenio de subordinación y no de acuerdo a la norma de distribución de prorata.

38. Se habla de cesión en transferencia de una cosa en equidad cuando la cesión no cumple los extremos legales para su perfeccionamiento. Evidentemente, el acreedor subordinado no ha hecho entrega física del título o documento donde consta su crédito subordinado, por lo cual no ha completado una cesión en derecho.

39. Norma de La Nueva Ley de Quiebras (Federal Bankruptcy Act), 1978, Sección 510-9.

Sección VI — LA SUBORDINACION EN EL DERECHO VENEZOLANO

A) NATURALEZA JURÍDICA DEL CONVENIO DE SUBORDINACIÓN

El convenio por el cual una persona subordina o sujeta la cancelación de su crédito a la cancelación del crédito de otro acreedor común, no constituye una figura contractual tipo⁴⁰ en el derecho civil, y específicamente no constituye un contrato tipo en Venezuela. La subordinación sin embargo, se puede considerar dentro de nuestro ordenamiento jurídico reconociéndole una naturaleza jurídica compleja. En primer lugar, en el convenio de subordinación identificamos una relación jurídica triangular: el acreedor subordinado (promitente) promete a su deudor (estipulante) que en caso de liquidación o quiebra de su deudor, el acreedor subordinado sujetará la cancelación de su crédito al pago del crédito de un tercero, acreedor primario (Beneficiario). Con esta relación identificamos tres personas diferentes: el deudor común de todos los acreedores (subordinados y primarios): el acreedor subordinado y el acreedor primario, o beneficiarios, así:

Acreedor Subordinado

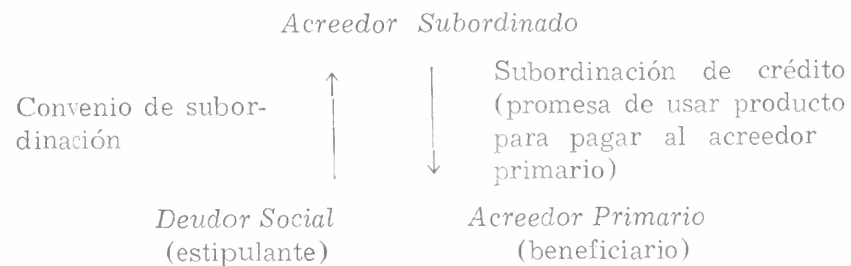
deudor común acreedor primario
(sociedad)

Esta relación triangular asemeja la subordinación de créditos a la estipulación a favor de terceros (C.C. art. 1164). En la estipulación a favor de tercero una persona denominada estipulante conviene con otra denominada promitente, en que éste (el promitente) efectuará una prestación en beneficio de un tercero (beneficiario)⁴¹. Transfiriendo la figura jurídica de

40. Por contratos tipos se entienden aquéllos que están expresamente regulados en la Ley, y donde está fija su contenido y efectos, ver, J. L. AGUILAR, Contratos y Garantías, Caracas, 1977, Capítulo IX. Así por ejemplo, la venta, la permuta, el préstamo y la misma fianza.

41. Definición tomada de ALBERTO SPOTA, Contratos, Buenos Aires 1975, Volumen III, página 365.

la estipulación a favor de tercero a la subordinación de crédito, encontramos que la sociedad deudora (estipulante), conviene con el acreedor subordinado (promitente), que esté sujeta la cancelación de su crédito (beneficio a favor del tercero, o prestación del promitente) a la cancelación del crédito de un tercero acreedor del mismo deudor (Beneficiario). Así en la subordinación tenemos:



En segundo lugar, en la subordinación el acreedor subordinado conviene, frente al acreedor primario, en garantizar, hasta el límite de lo que le corresponda en la masa del deudor, la cancelación del crédito del acreedor primario. En este sentido, la subordinación se asemeja a la fianza. La fianza se ha definido como el contrato por el cual una persona se compromete frente a otra a garantizar la ejecución de una obligación si el deudor no la satisface⁴². En la subordinación el acreedor subordinado se compromete u obliga, frente al acreedor primario a cumplir la obligación del deudor social, en caso de que éste no la cumpla, limitando esta responsabilidad al monto de lo que le corresponderá al acreedor subordinado en la masa. En este sentido la subordinación opera como una garantía personal del acreedor subordinado a la cancelación del crédito del acreedor primario.

De la doble base de la subordinación esta encuadra dentro de los denominados contratos de doble tipo⁴³, tomando su

42. HENRY DEPAGE, *Traité Élémentaire, de Droit Civil Belge*, Tomo VI, Sección 833. Definición adoptada universalmente, ver Ann Meinertzhagen-Limpens, *Cautionnement en Droit Belge*, Bruselas 1978, página 16.

43. AGUILAR, *Contratos*, página 162. En un sentido igual la doctrina Alemana habla de que los contratos atípicos han de ser juzgados por analogía con figuras afines, ver L. ENNECERUS, *Derecho de Obligaciones*, 15a. Edición revisada por H. Lehman. Traducción al Castellano, B. Pérez G. y José Alguer, Barcelona, 1966, V. 2.1.

naturaleza en parte de la estipulación a favor de tercero, pero constituyendo a su vez una garantía personal a favor del acreedor primario. Así la subordinación constituye una estipulación en garantía a favor de tercero (independencia de la estipulación). Apoyados en esta naturaleza compleja de la subordinación nosotros aplicamos, en cuanto sea compatible a la subordinación, las condiciones y efectos de la estipulación a favor de terceros, y la fianza. Así la subordinación de créditos da lugar al nacimiento de un verdadero derecho a favor de un tercero (acreedor primario), ajeno a la relación contractual. A su vez, la subordinación crea en cabeza del acreedor subordinado una obligación accesoria y subsidiaria al igual que la fianza.

La subordinación como relación bilateral

Ocasionalmente se observarán convenios de subordinación celebrados directamente entre el acreedor subordinado y el acreedor primario, en los cuales no interviene el deudor común de ambos. En estos casos es evidente que la subordinación no nace de una estipulación a favor de tercero, sino constituye simplemente una forma *suigeneris* de garantía personal del acreedor subordinado a favor del acreedor primario, donde el monto y extensión de la misma, va a estar determinada por el valor del crédito subordinado. En estos casos la semejanza entre la fianza y la subordinación es tan grande que las partes (acreedor subordinado y acreedor primario) deben tomar la precaución de limitar expresamente algunos de los efectos de la fianza, los cuales ordinariamente no desean las partes en la subordinación, entre ellos el carácter ilimitado de la fianza, y el carácter solitario y principal de la fianza mercantil (Ver *infra*, sección VII).

La Subordinación y las obligaciones "Propter Rem"

La subordinación es una modalidad que afecta al crédito del acreedor subordinado independientemente de la persona de su titular, y si bien la misma constituye una obligación personal para el titular del crédito, es una obligación que nace en cabeza de este precisamente por su carácter de titu-

lar del crédito. Esta relación de la obligación personal derivada de la subordinación, con el propio crédito subordinado explica por qué la subordinación sigue al crédito: Cada vez que el acreedor subordinado cede o transmite el crédito subordinado a un tercero, el tercero, nuevo titular del crédito, está sujeto a la obligación de subordinar. Esta transferencia de la subordinación paralela con la cesión del crédito, lleva en muchos casos a los acreedores primarios, a exigir expresamente que el acreedor subordinado convenga en no ceder su crédito, de manera de asegurarse el acreedor primario que la obligación de subordinadas corresponda siempre a la persona del primer acreedor subordinado.

Adicionalmente, la obligación del acreedor subordinado está siempre limitada al monto de su crédito contra el deudor común, por lo cual el alcance de la obligación personal del acreedor subordinado está siempre limitado a la cosa (crédito) y se extingue con la extinción de ésta. Esta relación íntima de la obligación personal derivados del convenio de subordinación, con el propio crédito subordinado, crea posiblemente en la subordinación obligaciones de las conocidas en la doctrina como obligaciones "Propter Rem" o "Rei Nomine". En Venezuela las obligaciones "Propter Rem" están reconocidas expresamente por nuestra doctrina⁴⁴.

Según la doctrina, en la obligación "Propter Rem" la obligación del deudor constituye un deber que incumbe al titular de un derecho real sobre una cosa, y el cual se transfiere de pleno derecho con la transmisión de la cosa⁴⁵. Así mismo, en la obligación "Propter Rem" la obligación del

44. Ver ELOY MADURO LUYANDO, Cursos de Obligaciones (Derecho Civil III), Caracas 1979, Sección 135. GERT KUMMEROW, Bienes y derechos reales (Derecho Civil II), Caracas 1969, páginas 119 al 123. MANUEL SIMON EGAÑA, Bienes y Derechos Reales, Caracas, 1964. El profesor Kummerow, identifica las obligaciones *Propter Rem*, como las "relaciones jurídicas obligatorias, cuyo sujeto pasivo es cualquier persona que se encuentre en cierta posición jurídica respecto a una cosa, y las cuales se transmiten o extinguen con la transmisión o extinción del derecho real individualizador, pudiendo el deudor liberarse del deber mediante la renuncia o el abandono del derecho sobre la cosa".

45. BRUGI, BIAGIO; Instituciones de Derecho Civil; Traducción Jaime Simo Bofarull, México, 1946, página 273, 274, Unión Tipográfica Editorial Hispano-America.

deudor está limitada a la cosa a la cual está unida⁴⁶: efectos que evidentemente son aplicables a la obligación del acreedor subordinado frente al acreedor primario derivados de un convenio de subordinación.

B) CARACTERES DEL CONVENIO DE SUBORDINACIÓN

1. *Accesorio*

Al igual que la fianza el convenio de subordinación constituye una obligación accesoria a la obligación principal del deudor de cumplir su obligación. Así, en la subordinación (como en la fianza), la obligación del acreedor subordinado frente al deudor común, depende y está sujeta a una relación "de afectación necesaria" de la obligación del acreedor subordinado a la existencia o vigencia de la obligación del acreedor principal⁴⁷. De la accesoriidad deriva que el convenio de subordinación va a estar siempre sujeto a la existencia de una obligación del deudor común frente al acreedor primario: si la obligación del acreedor primario se ha extinguido por cualquier medio, la obligación del acreedor subordinado derivada de la subordinación igualmente se extingue⁴⁸.

La accesoriidad supone que una relación jurídica depende u obtiene su razón de ser, de otra relación⁴⁹. La fianza obtiene su razón de ser de la existencia de la obligación principal del deudor frente al acreedor. La accesoriidad aplicada a la subordinación del crédito, a diferencia de la fianza, es doble; derivada de la relación triangular que genera el convenio de subordinación (Ver *Supra*, VI, A). La obligación del acreedor subordinado es accesoria tanto al crédito del acreedor primario, como al propio crédito del acreedor subordinado. De aquí

46. MAZEAUD, HENRI; LEON y JEAN - Lecciones de Derecho Civil, Parte Segunda, Vol. I; Traducción Luis Alcalá - Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1960, página 23, 24. Ediciones Jurídicas Europa-América. La obligación real (o "propter rem") no compromete más allá de la cosa a la cual está unida, *idem*.

47. Ver, AGUILAR Contratos, página 29.

48. Extendemos así la norma del artículo 1830 del Código Civil por el cual la obligación del fiador se extingue por la extinción de la obligación principal.

49. DEPAGE, Droit Civil, Tomo II, 458.

que la subordinación se extingue tanto por la extinción de la obligación del acreedor subordinado, como por la extinción de la obligación del acreedor primario.

Los efectos fundamentales que derivan la doble accesoriidad en la subordinación, incluyen:

- a) la nulidad de la obligación del acreedor subordinado, o la nulidad de la obligación del acreedor primario, acarrea la nulidad de la obligación derivada del convenio de subordinación;
- b) la extinción de la obligación del acreedor subordinado, o la extinción de la obligación del acreedor primario, provoca la extinción de la obligación de subordinación.
- c) la obligación del acreedor subordinado derivada de la subordinación nunca podrá ser superior al valor de su propio crédito contra el deudor (accesoriidad referida al crédito subordinado), ni tampoco podrá ser mayor que el valor del crédito del acreedor primario⁵⁰.

2. *Subsidiario*

De nuevo tomando de la fianza, la subordinación de créditos es una obligación subsidiaria en el sentido de que el acreedor subordinado sólo estará obligado a sujetar, o subordinar, su crédito en aquellos casos en que el deudor no cumpla su obligación frente al acreedor primario⁵¹. En este sentido la subordinación no constituye una obligación principal ya que el acreedor subordinado no se está obligando frente al acreedor primario como un deudor principal.

3. *Unilateral*

Ordinariamente la fianza se presenta como un contrato unilateral ya que en la misma únicamente se obliga al fiador

50. Ver LIMPENS, Cautionnement, Sección 17; AGUILAR, Contratos, página 28.

51. LIMPENS, Cautionnement, sección 18.

frente al acreedor (C.C. Art. 1134), sin embargo, la unilateralidad no es de la esencia misma de la fianza⁵².

Nuestra doctrina y jurisprudencia reconocen la posibilidad de que el acreedor (beneficiario de la fianza) prometa al fiador una remuneración, en cuyo caso el contrato es bilateral, con los efectos típicos de los contratos bilaterales inclusive la posibilidad de que el fiador oponga al acreedor la excepción del incumplimiento⁵³. En el convenio de subordinación el carácter unilateral o bilateral, es más complejo que en la fianza, por la naturaleza triangular de la relación jurídica, de la cual el acreedor subordinado se compromete frente al acreedor primario a subordinar su crédito en base o con fundamento, en un convenio con su deudor común.

De la relación triangular el carácter unilateral o bilateral del contrato de subordinación se debe identificar tomando en cuenta la relación entre el acreedor subordinado (prominente) y el deudor común (estipulante). Si el deudor común ha prometido alguna forma de contraprestación al acreedor subordinado por el convenio de éste en subordinar su crédito a favor del acreedor primario (beneficiario), la relación sería una relación bilateral y no unilateral. Esto explica por qué el acreedor subordinado puede oponer al acreedor primario (beneficiario) el incumplimiento por parte del deudor (estipulante) de lo que él haya prometido al acreedor subordinado⁵⁴.

Es típico, y se presenta en casi la totalidad de los créditos subordinados, que el deudor promete al acreedor subordinado alguna forma de contraprestación por la promesa o compromiso de subordinación por parte del acreedor subordinado. Por ejemplo en el caso de emisión de obligaciones convertibles subordinados, el deudor (estipulante) promete al acreedor subordinado una opción o derecho de conversión de su crédito en acciones (Ver Supra, Sección III). Así, igualmente, se prometen a los acreedores subordinados una serie de beneficios especiales en contraprestación de su convenio de subordinar su crédito, incluyendo intereses especiales, participación en las ganancias sociales, etc.

52. Idem.

53. MADURO, Obligaciones, Sección 1058 y siguientes.

54. A diferencia de la fianza donde no existe una relación directa con el deudor. Ver AGUILAR, página 29.

VII. LA SUBORDINACION Y FIGURAS AFINES

Como vimos (Supra Sección VI) la subordinación es una figura de naturaleza compleja que toma sus elementos principalmente de la estipulación a favor de terceros y de la fianza. Por lo cual, es de evidente interés identificar las semejanzas y diferencias de la subordinación con estas dos figuras. Además de la fianza y la estipulación a favor de terceros, la subordinación de créditos se asemeja a la acción Preferida, el Privilegio y la Prenda sobre créditos, por lo menos en tanto que estas figuras, al igual que la subordinación de crédito, tienen como efecto mejorar la recuperación de los titulares o beneficiarios de las mismas, en caso de liquidación o quiebra del deudor social. Sin embargo, la acción preferida, el privilegio y la prenda son figuras de naturaleza jurídica diferentes entre sí y en relación con la subordinación.

A) LA FIANZA Y LA SUBORDINACIÓN

La subordinación toma parte de su naturaleza de la fianza. De aquí identificamos como características comunes a la subordinación de crédito y la fianza, que ambas son obligaciones accesorias y subsidiarias a una obligación principal (Supra Sección VI, B), por lo cual si se extingue la obligación principal, igualmente se extingue la fianza. Igualmente, procede, tanto en la fianza como en la subordinación, la excusión previa de los bienes del deudor, por lo cual no puede compelerse al fiador ni al acreedor subordinado a pagar al acreedor sin previa excusión de los bienes del deudor (C.C. Art. 1812⁵⁵). Sin embargo, en la fianza, la excusión puede renunciarse expresamente (C.C. Art. 1813) y no procede en los casos de fianzas mercantiles (C. Com. Art. 547). Por el contrario en la subordinación por definición, el acreedor primario sólo tendrá una acción contra el acreedor subordinado, después de haber agotado los bienes del deudor.

Además del beneficio de excusión, en la fianza civil entre varios cofiadores, procede el beneficio de división, por el cual el fiador puede pedir que el acreedor divida preventiva-

55. AGUILAR, Contratos, página 47.

mente su acción reduciéndola a la parte que le corresponda (C.C. Art. 1819)⁵⁶. En la subordinación la obligación de los acreedores subordinados frente a los acreedores primarios se estructura como una obligación mancomunada por lo cual, cada acreedor subordinado tiene un vínculo propio y directo frente al acreedor primario⁵⁷, y el acreedor primario sólo podrá exigir a cada acreedor subordinado la parte que le corresponda en los bienes de la deudora común.

En la fianza siempre procede una acción de regreso por parte del fiador contra el deudor principal⁵⁸. En el caso de la subordinación no procede una acción de regreso, ya que el monto sobre el cual el deudor subordinado va a cancelar su obligación es la totalidad del monto que ha recibido en cancelación de su crédito por la liquidación o quiebra del deudor principal⁵⁹.

En Venezuela la fianza puede ser ilimitada⁶⁰ a diferencia de lo que ocurre en otros países tales como en Suiza, donde el monto de la fianza debe estar limitada⁶¹. En contraste, la subordinación siempre está limitada al monto que le corresponderá al acreedor subordinado sobre los bienes del fallido en el momento de la quiebra o liquidación del mismo. Como el monto de lo que le corresponderá al acreedor subordinado

56. Ver AGUILAR, Contratos, página 48. Sin embargo, de conformidad con el artículo 547 del Código de Comercio el beneficio de división no procede cuando la fianza es Mercantil, ya que "el fiador mercantil responde solidariamente como deudor principal, sin poder invocar el beneficio de excusión ni el de división" (C. Com. Artículo 547). Recordamos que la "Fianza es mercantil, aunque el fiador no sea comerciante, si tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación mercantil", (C. Com. Artículo 544).

57. En la obligación conjunta o mancomunada, la obligación se divide en partes o cuotas entre los distintos sujetos (activos o pasivos) creando entre cada uno un vínculo jurídico, MADURO, Obligaciones, sección 573.

58. AGUILAR, Contratos, página 51.

59. Una vez completada la liquidación o quiebra de la sociedad deudora, esta deja de existir. De lo cual no tiene sentido hablar de una acción de regreso del acreedor subordinado contra el deudor.

60. AGUILAR, Contratos página 41. El carácter ilimitado de la fianza proviene de una construcción de la doctrina, de donde a falta de límite en la Ley permite que el fiador garantice un monto ilimitado. La garantía ilimitada debe distinguirse de la garantía indefinida, donde el fiador no determina expresamente qué accesorios del crédito están cubiertos con la fianza. En Venezuela, las fianzas indefinidas de una obligación principal comprende todos los accesorios de la deuda, y aun las costas judiciales. C.C. artículo 1809.

61. Código Suizo de Obligaciones, artículo 499.

en la liquidación del deudor común nunca podrá exceder al monto del crédito que tenía el acreedor subordinado frente al acreedor primario, la subordinación está limitada siempre al valor de su crédito⁶².

B) LA SUBORDINACIÓN Y LA ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCERO

Como vimos (Sección VI) en el convenio de subordinación pueden formar parte el deudor común y el acreedor subordinado, o pueden formar parte del convenio el acreedor primario y el acreedor subordinado. En aquellos casos donde el acreedor primario no forma parte del convenio, ya porque el convenio se haya celebrado exclusivamente entre el deudor principal y el acreedor subordinado, ya sea porque para el momento de la celebración del convenio, como sucede en los casos de emisiones de obligaciones subordinadas, no estuviera determinado los acreedores primarios, entonces el convenio de subordinación toma parte de su naturaleza del contrato de estipulación a favor de terceros (Ver Sección VI).

Recordamos, que la estipulación a favor de terceros no es un contrato tipo, o contrato nominado en el sentido de que la Ley le da una reglamentación específica⁶³, sino una excepción a los efectos ordinarios de los contratos, cuyo efecto fundamental es hacer acreedora a una persona que no forma parte del contrato⁶⁴. Por no formar un contrato tipo, no creemos necesario apuntar diferencias entre la subordinación y la estipulación a favor de terceros, excepto que nosotros consideramos que el convenio de subordinación, cuando está causado no es revocable por el acreedor subordinado, aún antes de la aceptación del acreedor primario. Nuestra doctrina Nacional⁶⁵ sostiene, siguiendo a la doctrina Francesa y Belga⁶⁶, que el

62. Obsérvese que la subordinación por definición está limitada en su monto, pero puede ser indefinida en su alcance si cubre el principal y los accesorios del crédito primario. Si la subordinación es indefinida se le aplica las mismas normas que en materia de fianza indefinida, extendiéndose la subordinación tanto al principal como a los accesorios del crédito primario C.C. artículo 1809.

63. DEPAGE, Droit Civil, Tomo IV, Sección I.

64. MADURO, Obligaciones, Sección 1186.

65. MADURO, idem.

66. DEPAGE, Droit Civil, Tomo II.

promitente en la estipulación a favor de terceros puede revocar la estipulación antes de la aceptación por parte del beneficiario. Extendiendo esto a la subordinación significaría que el acreedor subordinado podría revocar la subordinación si esta no ha sido aceptada por el acreedor primario, con lo cual no estamos de acuerdo.

C) LA SUBORDINACIÓN Y LA ACCIÓN PREFERIDA

Desde un punto de vista financiero la subordinación se asemeja mucho a la cláusula de preferencia que se otorga usualmente a los accionistas preferidos de una sociedad anónima⁶⁷. De acuerdo a la fórmula tradicional empleada para la redacción de las cláusulas de preferencia para acciones preferidas, éstas se les otorga un derecho de preferencia sobre las demás acciones para el cobro de dividendos, así como un derecho de preferencia para su liquidación en el caso de liquidación o quiebra de la sociedad. La mecánica generalmente adoptada para la operación de las cláusulas de preferencia en el caso de emisión de acciones preferidas y de los dividendos no pagados para la fecha de la liquidación a los tenedores de las acciones preferidas, dejando para los tenedores de acciones comunes cualquier remanente después del pago de las acciones preferidas⁶⁸. La legalidad de la preferencia otorgada a las acciones preferidas se fundamenta en Venezuela en los Arts. 292 y 293 del C. Com.⁶⁹, los cuales permiten el establecimiento de desigualdades entre diversas clases de acciones sociales como producto de disposiciones de los Estatutos Sociales⁷⁰. El alcance de estas diferencias o preferencias es discutible⁷¹ pero se acepta de forma pacífica que las mismas pue-

67. Sobre el régimen de las acciones preferidas en Venezuela ver MANUEL ACEDO MENDOZA, Aportes sobre el Régimen Legal de las acciones preferidas, en Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello, Tomo 5 (1967-1968), páginas 101 y siguientes y, MANUEL ACEDO MENDOZA, Temas sobre Sociedades Anónimas, páginas 151 y siguientes. Por acción preferida en general se debe entender toda acción que no es común.

68. ACEDO MENDOZA, Temas sobre sociedades, página 151.

69. El artículo 292 del Código de Comercio que las acciones dan a sus tenedores iguales derechos si los estatutos no disponen otra cosa. A su vez, el artículo 293 N° 2 ejusdem, requiere que en el título de las acciones se expresa entre otros, las preferencias que respectivamente tengan.

70. ACEDO MENDOZA, Apuntes sobre el Régimen Legal de las acciones preferidas, página 107.

71. Idem, supra.

dan abarcar diferencias en el derecho de participar en la liquidación social.

La doctrina en Venezuela acepta la preferencia estatutaria en la liquidación social o sea, donde el accionista preferido recibe, en el caso de liquidación o quiebra de la sociedad, la totalidad del valor nominal de su acción de la liquidación, antes del accionista común⁷². Ha habido cierta discusión en la doctrina extranjera, acerca de si la preferencia en el momento de la liquidación de la sociedad, se extiende igualmente para aquellos casos en que hubiera que realizar reducciones de capital social provenientes de pérdidas en operaciones.

Desde un punto de vista financiero, la diferencia fundamental obviamente, entre la preferencia otorgada a la acción preferida y la subordinación de créditos es que tanto el crédito primario, así como el mismo crédito subordinado, se van a cobrar sobre la masa del fallido con prioridad a la liquidación que se hará a los accionistas preferidos.

Así, si los activos sociales no son suficientes para la cancelación de todos los acreedores, inclusive los acreedores subordinados, los accionistas preferidos no participan en la distribución de activos (Ver Supra, Sección III).

Esta diferencia financiera, deriva de que el acreedor subordinado siempre conserva su carácter de acreedor social y, por lo tanto, tiene una participación a prorata en los activos sociales superior a los accionistas preferidos quienes representan el capital social⁷³.

Tanto el crédito primario como el crédito subordinado son de duración definida. Al vencimiento del término otorgado por el acreedor para el pago, la sociedad deberá proceder a la cancelación del mismo. La participación del accionista es, por lo menos según el criterio de cierta parte de la doctrina, una participación de tipo indefinido, por lo cual la preferencia en el caso de liquidación de acciones preferidas, siempre tendrá que esperar hasta el momento en que ocurra una reduc-

72. Idem, supra, página 146.

73. En caso de liquidación social el liquidador no puede pagar a los accionistas monto alguno hasta tanto no estén pagados los acreedores de la sociedad. Ver. Código de Comercio. Art. 350, N° 4.

ción de capital social o se acuerde la liquidación o disolución de la sociedad; en cambio, la preferencia del acreedor primario cesa respecto al acreedor subordinado, en el momento en que el crédito del acreedor subordinado es cancelado.

Vimos en la clasificación de los convenios de subordinación que en la subordinación completa, el acreedor subordinado conviene con el acreedor primario en no cobrar el producto de su crédito hasta tanto no se haya cancelado la totalidad de los créditos primarios (Supra, Sección II). En muchas emisiones de acciones se sigue un formato igual, donde los accionistas comunes convienen en no reembolsar acciones comunes hasta tanto no se hayan reembolsado las acciones preferidas.

En algunos casos se realizan emisiones de acciones preferidas a plazo fijo, donde la sociedad emisora conviene en reembolsar las acciones preferidas en determinado tiempo⁷⁴ equiparando en algo las acciones preferidas a un crédito a plazo determinado. Pero este derecho de reembolso estará siempre sujeto a que se cumplan todas las formalidades necesarias para una reducción de capital social, inclusive a una aprobación de la Asamblea de Accionistas⁷⁵.

En el caso de los créditos primarios, así como los mismos créditos subordinados, éstos se cancelan, como todos los créditos sociales, sin necesidad de aprobación por parte de los accionistas.

D) LA SUBORDINACIÓN Y LOS PRIVILEGIOS

La subordinación de créditos opera como el recíproco de un privilegio: "privilegio es el derecho que concede la Ley a

74. Nuestra doctrina habla de la acción preferida con una cláusula de redención a plazo, donde "los estatutos dirían que "las acciones preferidas son redimibles a opción de la Compañía o por exigencia del accionista en un determinado plazo", apuntando la doctrina que dicho derecho en todo caso es un "derecho contingente, sujeto siempre a la decisión final de la respectiva Asamblea" (donde se acuerde la reducción del Capital Social necesaria para redimir las acciones preferidas), ACEDO MENDOZA, Apuntes sobre el Régimen Legal de las acciones preferidas, páginas 142 y 143'.

75. La Asamblea que acuerda la reducción del capital social, se debe convocar conforme a los extremos establecidos en el artículo 280 del Código de Comercio, exigiéndose la presencia de un número de socios que represente las tres cuartas partes del Capital Social.

un acreedor para que se le pague con preferencia a otros acreedores en consideración de la causa del crédito" (C.C. Art. 1866); la preferencia del acreedor privilegiado abarca a todos los demás acreedores inclusive los acreedores hipotecarios (C.C. Art. 1867).

En la subordinación un acreedor conviene en sujetar la cancelación de su crédito, en caso de que ocurra la liquidación o quiebra de su deudor, al pago de otros créditos sociales. En la subordinación no se crea una preferencia a favor de un acreedor social en razón a la naturaleza u origen de su crédito sino por el contrario, un acreedor o grupo de acreedores subordinan la cancelación de su crédito a la cancelación de los créditos de otro grupo de acreedores sociales. La diferencia no es semántica; en el privilegio un grupo de acreedores por operación de la Ley tienen una posición o rango superior a la de los demás acreedores; en la subordinación, un grupo de acreedores como efecto de su propia voluntad, sujetan o limitan la cancelación de su crédito al pago o cancelación de otro grupo de acreedores.

La subordinación es el producto de un convenio o acuerdo donde necesariamente participa el acreedor subordinado. No existe limitación legal a la libertad de subordinación pudiendo en principio, cualquier acreedor convenir en subordinar su crédito⁷⁶. Por el contrario no puede existir privilegio sino en virtud de una disposición legal, los particulares no pueden crear por convenio un privilegio (C.C. Art. 1866).

La preferencia del acreedor privilegiado abarca a todos los acreedores hipotecarios (C.C. Art. 1867). La preferencia del acreedor primario en la subordinación no afecta los derechos de preferencia de los acreedores con garantías especiales (Prenda e Hipoteca).

A pesar de estas diferencias evidentes, la preferencia que se crea en la subordinación se asemeja al privilegio en el

76. El principio general en que las partes pueden crear por contrato los vínculos jurídicos que deseen (C.C. Art. 1133), excepto que no pueden por convenio relajar "Las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres". (C.C. art. 6). Esta es la llamada libertad de "configuración" de un contrato que ha permitido el desarrollo de nuevas figuras contractuales, diferentes de los contratos nominados.

sentido de que ambas crean una excepción al principio de que los activos sociales se distribuyen entre la masa de acreedores a prorata de sus créditos, excepto por las causas únicas de preferencia en los créditos que son los privilegios (la Prenda) y las hipotecas (C. Com. Art. 1041).

La subordinación parece como una modificación contractual al concepto de liquidación a prorata contenido en la Ley. En efecto, cuando un acreedor conviene en subordinar su crédito, el acreedor primario obtiene por fuerza del convenio de subordinación, un efecto de preferencia en la liquidación de los activos sociales, obteniendo siempre porcentualmente una recuperación superior a la de los acreedores ordinarios (Ver Supra, Sección III).

A primera vista, este efecto de preferencia en la subordinación parece violar el principio de que los privilegios son de estricta enumeración legal. Sin embargo, en nuestra opinión esto no sucede, ya que la subordinación no crea nunca un llamado especial del acreedor sobre los activos sociales, sino más bien un derecho personal de los acreedores primarios contra los acreedores subordinados.

E) EL CONVENIO DE SUBORDINACIÓN Y LA PRENDA DEL CRÉDITO

La prenda es el contrato por el cual "el deudor da a su acreedor una cosa mueble (inclusive un crédito) en seguridad del crédito, la cual deberá restituirse al quedar extinguidas las obligaciones" (C.C. Art. 1833). En la subordinación el acreedor subordinado estipula a favor del acreedor primario que el producto que le corresponderá en la liquidación del deudor común, producto de su crédito (del acreedor subordinado), será destinado a satisfacer el crédito del acreedor primario. Es evidente que el acreedor subordinado sujeta la cancelación de su crédito a un derecho que tiene el acreedor primario al producto sobre el mismo, pero el derecho que concede el acreedor subordinado a favor del acreedor primario no se estructura como un derecho real, como sucede en la prenda⁷⁷, sino un derecho personal.

77. AGUILAR, Contratos, página 75.

Si el deudor común no satisface íntegramente el crédito del acreedor primario, éste podrá exigir que el acreedor subordinado, en cumplimiento de su convenio de subordinación, pague al acreedor primario una suma de dinero igual a la que le correspondió en la liquidación de los activos del deudor.

En la doctrina americana, se ha estudiado la posibilidad de considerar la subordinación como una prenda sobre el crédito del acreedor subordinado constituida en garantía del crédito del acreedor primario (Ver Supra, Sección V). Señala la doctrina norteamericana⁷⁸ dos efectos importantes si se considera la subordinación como una prenda: En primer lugar si la subordinación crea una prenda sobre el crédito subordinado, debe cumplirse con las formalidades para el perfeccionamiento de la prenda, las cuales entre nosotros incluirá la necesidad de que la misma resulte de un instrumento de fecha cierta, que la misma se haya notificado al deudor común, y que se haya entregado el crédito al acreedor primario (C.C. Art. 1840 y 1841).

En segundo lugar, si la subordinación es en efecto una prenda sobre el crédito subordinado, el acreedor primario se evita el problema que surgiría en el caso, poco probable, de una doble quiebra simultánea, del acreedor subordinado y el deudor común⁷⁹. Si ocurre una quiebra doble, el derecho del acreedor primario frente al acreedor subordinado, para pedir el producto que a éste le corresponde en la liquidación del deudor común, estará sujeto a la regla de distribución a prorata (C. Com. 1041) en sus propios acreedores, por lo cual podría aprovecharse igualmente del producto del crédito subordinado los demás acreedores quirografarios del acreedor subordinado. En este sentido es cierto que de no considerarse la subordinación como una prenda sobre el crédito subordinado, a favor del acreedor primario, en caso de quiebra del acreedor subordinado, la recuperación del acreedor primario podrá ser insignificante.

A pesar de las ventajas apuntadas, en nuestra opinión, en Venezuela la subordinación no crea nunca una prenda sobre

78. Ver en general, COOGAN, KRIPKE y WEISS, The outer Fringes of article 9, página 242.

79. Idem, página 248.

el crédito subordinado, (Ver Supra, Sección VI); la subordinación crea derechos personales y no reales. Si el propósito del acreedor subordinado es el de crear una prenda, deberá cumplir con todas las formalidades de ésta inclusive, deberá otorgar un instrumento de fecha cierta (C.C. At. 1841, C. Com. Art. 536), y hacer entrega del crédito al acreedor (C.C. Art. 1841, C. Com. Art. 537). En la subordinación no se requiere a diferencia de la prenda, un documento de fecha cierta, aun cuando, por su naturaleza compleja donde toma en parte los elementos de la fianza, debe celebrarse necesariamente por escrito (C.C. Art. 545). Asimismo, la subordinación se puede celebrar a favor de tercero indeterminado por lo cual en los muchos casos la entrega del crédito sería imposible.

VIII. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONVENIO DE SUBORDINACION

En el convenio de subordinación al igual que en cualquier relación contractual, identificamos cuatro elementos esenciales: los sujetos o partes de la relación; el consentimiento que deben prestar los sujetos del convenio, y los vicios del mismo; el objeto o prestación prometida; y la causa.

En la estipulación de subordinación estos elementos se repiten con características especiales que responden a la naturaleza propia del convenio de subordinación.

A) SUJETOS Y CAPACIDADES ESPECIALES

La subordinación es una relación triangular donde identificamos: un deudor común, el acreedor subordinado que conviene en subordinar su crédito, y el acreedor primario (Ver supra Sección VI-A). El acto de subordinar un crédito constituye para el acreedor subordinado, un acto de disposición⁸⁰

80. Nuestra doctrina nacional expresa que "en principio pero no necesariamente, la fianza constituye un acto de disposición para el fiador" AGUILAR Contratos - página 38; la doctrina no es definitiva en afirmar que la fianza requiere capacidad de disposición. Esta falta de definición parece surgir de los criterios contradictorios que aparecen en nuestra jurisprudencia nacional (Ver Infra, Cita N° 81). La doctrina y jurisprudencia Belga y Francesa, son definitivas en afirmar que la fianza constituye un acto

por lo cual, este requiere capacidad de disposición para convenir en la subordinación de su crédito.

Para una Sociedad Anónima el acto de subordinar un crédito puede requerir formalidades estrictas en vista de la naturaleza compleja del acto, donde en parte la subordinación toma de la figura de la fianza⁸¹. Muchas Sociedades Anónimas en Venezuela establecen limitaciones en sus estatutos sociales a la capacidad del administrador social para prestar garantías por la sociedad, a favor de obligaciones de terceros⁸². En todos aquellos casos donde el administrador social requiere autorización especial para prestar fianza, ejemplo de la Asamblea de Accionistas o, aprobación de la Junta administrativa, la

que requiere tanto la capacidad de administrar, como la capacidad de disponer, ver Meinertzhagen - Limpens, Cautionnement - Sección 141 y siguientes.

Habiendo asimilado en parte la subordinación a la fianza (Supra, Sección VI), concluimos que la subordinación para el acreedor subordinado constituye un acto de disposición, conclusión que ciertamente, está respaldada por constituir la subordinación de un crédito un acto de una gravedad económica para el deudor subordinado similar a la fianza (Ver Supra, Sección III).

81. Idem Supra. La confusión algo frecuente respecto al alcance de las facultades de los Administradores Sociales en muchos casos es producto de errores de redacción en los Estatutos Sociales. Adicionalmente se cita jurisprudencia contradictoria relativa al alcance de las facultades de los Administradores. Ver AGUILAR, Contratos - páginas 38, cita 7.

Por una parte, el Juzgado de Segunda Instancia en lo Mercantil en Sentencia de Abril de 1961, resolvió que no existiendo en el Acta Constitutiva de la Sociedad (Supuesta Fiadora) que los directores de la misma estuvieran expresamente autorizados para ello (prestar fianza), resulta obvio que es nula dicha fianza (Jurisprudencia de los Tribunales de la República, Vol. IX, pág. 433 (1961). El fundamento de la decisiva es el Artículo 243 del Código de Comercio, citado y Artículo 1688 del Código Civil el cual establece que "el mandato concebido en términos generales no comprende más que los actos de administración".

En un sentido contrario, la Corte Superior Segunda decidió en el caso *Garage La Pelota contra Pierre Michlet y Automóvil de Francia*, que de la facultad dada al Administrador Gerente de una sociedad, de avalar y gestionar diariamente todos los negocios de la compañía conferida por los Estatutos Sociales, se concluye que dicho administrador puede efectivamente otorgar fianzas (*Ramírez & Garay, Tomo XII - Pág. 162 (1965)*).

82. GODSCHMIDT confirma que, los estatutos podrán establecer limitaciones al poder de los administradores para celebrar, cada uno separadamente, con su sola firma fianzas, pudiendo exigirse que se necesitaran las firmas de dos administradores, ver, ROBERTO GODSCHMIDT, Curso de Derecho Mercantil - Versión Corregida y ampliada por Víctor Pulido Méndez, Caracas 1979, Sección 123, pág. 309.

En efecto, los estatutos pueden hasta exigir formalidades especiales; en algunos casos llegan hasta a requerir aprobación de la Asamblea de Accionistas. Algunas Sociedades Anónimas exigen que para prestar válidamente una fianza se requiere aprobación unánime de los directores.

formalidad debe ser respetada para convenir en la subordinación de un crédito⁸³.

Caso que sería extraño en la práctica, el acto de subordinar un crédito por parte de un ente público está sujeto a las limitaciones estipuladas en la Ley de Crédito Público, aplicables a las garantías personales del ente público por obligaciones a favor de terceros. Las garantías de un ente público generan una operación de crédito público (L.C.P. Art. 4, letra d). En el caso de los Institutos Autónomos estos deberán estar autorizados por su régimen legal para garantizar obligaciones y deberán obtener de la autorización previa del Ministerio de Hacienda (L.C.P. art. 48).

Las sociedades del estado⁸⁴ requieren a su vez, autorización del Presidente de la República en Consejo de Ministros⁸⁵.

83. La subordinación constituye un acto de gravedad patrimonial similar o en algunas circunstancias superior a la fianza, por lo cual no existe duda en extender a la misma las limitaciones estatutarias, necesarias para la fianza. Cabe preguntar si adicionalmente se va a requerir aprobación de la Asamblea de Accionistas si la facultad de subordinación no está conferida expresamente en los estatutos a los Administradores Sociales, lo cual sucede en la mayoría de las Sociedades Anónimas en Venezuela. El Artículo 243 del Código de Comercio establece que los Administradores no pueden hacer otras operaciones que las expresamente establecidas en el Estatuto Social (Código de Comercio, Art. 243, primer aparte). Nuestra doctrina concluye que la redacción del Artículo 243 del Código de Comercio no expresa el sentido de la Ley, el cual aplicando la redacción del Artículo 325 *ejusdem* en materia de Sociedades de Responsabilidad Limitada, extienden las facultades de los Administradores a los Actos de Administración que abarquen el objeto social (GOLDSCHMIDT, Curso de Derecho Mercantil, pág. 308).

84. Las Sociedades del Estado incluyen todas aquellas donde la República, los Estados, las Municipalidades y los Institutos Autónomos tengan una participación igual o superior al cincuenta y uno por ciento (51%) del Capital Social, así como las sociedades, en las cuales las sociedades participantes en más de un 51% a la República, Estados, Municipalidades o Institutos Autónomos, a su vez, tengan una participación igual o superior al 51% del Capital Social (L.C.P. Art. 2).

85. La Ley de Crédito Público autoriza a las Sociedades del Estado, para garantizar obligaciones de terceros con la sola autorización del Presidente de la República siempre que el monto global de todas las garantías de la respectiva sociedad no excedan del 40% del patrimonio neto de la respectiva sociedad, L.C.P. Art. 54. Como régimen especial, las sociedades del Estado dedicadas a actividades agrícolas, industriales, transporte, construcciones, electricidad, minería, siderúrgica y petroquímica, requieren autorización del Presidente de la República, previa consulta con el Banco Central, L.C.P. Art. 51. En nuestra opinión no es claro, en la redacción de la Ley de Crédito Público, si en efecto este grupo de sociedades (Agrícolas, industriales, etc.) pueden garantizar obligaciones de terceros.

Para el deudor común, así como para el acreedor primario, la subordinación de un crédito no constituye un acto de disposición, por lo cual no requiere ordinariamente facultades especiales. Sin embargo, cuando la subordinación se establece como una modalidad en una emisión de obligaciones, el deudor común, emisor de las obligaciones, debe cumplir con los extremos de la Ley de Mercado de Capitales, inclusive una aprobación en una Asamblea de Accionistas donde esté presente las tres cuartas partes del capital social (C. Com. art. 280, L.M.C., art. 27) y, que la misma sea aprobada por el voto favorable de accionistas que representen por lo menos la mitad del capital social⁸⁶.

Adicionalmente, se puede agregar, como un requisito formal (no esencial) a la subordinación, que la misma sea aprobada por la Asamblea de Accionistas del deudor común, e incorporada como una reforma de los estatutos sociales. Para la validez del convenio de subordinación ciertamente, no se requiere que la subordinación esté aprobada por los accionistas del deudor común y, mucho menos que la misma conste en forma de una reforma de sus estatutos. Sin embargo, si se cumplen con estos extremos en caso de liquidación social, los liquidadores estarán obligados a cancelar las cuentas sociales respetando las normas de prioridad fijadas en el convenio de liquidación.

B) CONSENTIMIENTO

1. Consentimiento del Acreedor Subordinado

En todo convenio de subordinación se requiere necesariamente el consentimiento del acreedor subordinado. Este consentimiento debe ser expreso⁸⁷; no existe subordinación tácita

86. Ver en este sentido, JAMES OTIS RODNER, Obligaciones Convertibles (Bolsa de Valores de Caracas, N° 356), Sección VI, A, I. Estas formalidades se aplican como consecuencia de que la subordinación nace de una emisión de obligaciones.

87. Extendiendo así a la subordinación los requisitos del Código Civil para la fianza por la cual, esta no se presume, sino que debe ser expresa (C.C. art. 1808). La fianza, según nuestra Doctrina Nacional debe ser expresa en el sentido de ser cierta. La Ley "Regula una cuestión de existencia de la voluntad y no una cuestión de forma de expresión de

como aparentemente existe en Norteamérica⁸⁸, ni tampoco puede hablarse de subordinación presunta⁸⁹. Evidentemente no se requiere ninguna fórmula sacramental para la validez del consentimiento del acreedor subordinado⁹⁰; sin embargo, el lenguaje utilizado debe ser lo suficientemente claro para que aparezca claramente la intención de subordinar. Así, si el acreedor subordinado se limita exclusivamente a afirmar que subordina su crédito al crédito de otros acreedores, se podría interpretar que la obligación es inexistente por ser el objeto de la prestación (subordinada) indeterminable⁹¹. De lo cual,

esa voluntad", JOSE ALBERTO ZAMBRANO VELASCO, El Contrato de Fianza en el Derecho Venezolano, Caracas, 1955, página 137. En el caso de la estipulación a favor de tercero, nuestra propia Jurisprudencia exige que la estipulación se convenga expresamente o resulte de la naturaleza, del contrato. En el caso específico se trataba de demostrar la circunstancia de una estipulación a favor de un tercero, con el hecho de la presencia del demandante en el acto de la firma de un contrato y con la tolerancia posterior que el imputaba al actor, hechos que el Tribunal consideró como insuficientes. Jurisprudencia de los Tribunales de la República, Vol. IV, Tomo II (1954), página 652.

88. La doctrina Norteamericana parece aceptar como suficiente que el convenio aparezca una intención de las partes en lograr o efectuar una subordinación. Ver EVERETT, Subordinated Debt, pág. 961. En el caso de *Pioneer-Cafeteria, Ltd. contra Mack*, en Reportes Federales Volúmenes 340, segunda edición, pág. 719 (340 F. 2. 719, año 1965), encontramos para la subordinación de crédito la expresión por parte del acreedor subordinado acordando posponer la cancelación de su crédito al pago del crédito de otro acreedor. (Cita tomada de Everett, *Supra*).
89. AGUILAR, Contratos, página 38. Aguilar señala que "el legislador no opone fianza expresa a fianza tácita, sino a fianza presunta, "idem; de lo cual la fianza puede ser tácita. En un sentido similar, Zambrano Velasco, El contrato de Fianza, pág. 138. Afirma Zambrano, concretamente para la fianza, que "Si la voluntad se manifiesta con certeza y una voluntad tácita puede serlo tanto como la expresa, ¿Por qué la fianza tácita no puede tener validez?, Idem. Esta afirmación es difícil. Sin embargo, extenderla a la subordinación ya que será difícil que un Tribunal en Venezuela pueda construir la figura de subordinación, de un lenguaje que no sea claro y por ende expreso. Cuando la subordinación nace de una estipulación a favor de tercero, nuestra propia Jurisprudencia exige que ella se convenga de manera expresa, ver *Supra* cita 87, o al menos resulte de la naturaleza del negocio.
90. No siendo la subordinación una figura contractual tipo, evidentemente no existe una disposición legal que defina lenguaje alguno para su constitución. En la fianza tampoco exige la Ley fórmulas sacramental alguna, ver AGUILAR, Contratos, pág. 37.
91. Ver MADURO, Obligaciones, Sección 906. La obligación con una prestación no determinable y si no existen elementos para su determinación, el contrato es existente, idem. Reconocemos que es posible que en los convenios jurídicos existan lagunas que no son cubiertos expresamente por la voluntad declarada de las partes. En estos casos es posible integrar esta voluntad con los elementos del tipo contractual si el convenio es de los convenios nominados en la Ley; o, podemos valorar la voluntad con la de usos o costumbres sociales o económicos. Esta última es la

para que se complete el consentimiento del acreedor subordinado, éste deberá expresar el alcance del sentido de "Subordinado", posiblemente extendiéndose a una explicación con precisión del alcance de su prestación.

En Norteamérica, se ha reconocido que la expresión "subordinar un crédito", tiene un sentido, reconocido en la Jurisprudencia, y con la reforma de la Ley de Quiebra, hoy en la propia Ley⁹². A pesar de ello, el uso de una expresión simple como "Subordinación el crédito de A al crédito de B", se considera en la doctrina americana como insuficiente⁹³.

2. Consentimiento del deudor común y del acreedor primario

Para que se perfeccione el convenio de subordinación, es indispensable que paralelamente al consentimiento del acreedor subordinado, exista el consentimiento del deudor común, o el consentimiento del acreedor primario.

La relación de subordinación generalmente, nace de una estipulación a favor de tercero celebrada entre el acreedor subordinado, y el deudor común; por lo cual, se requiere que exista entre estos una manifestación uniforme de voluntades. Con la uniformidad de voluntad entre el acreedor subordinado

llamada interpretación integradora, la cual según afirma Emilio Betti "recae sobre puntos de la regulación negocial que, no estando comprendidos en la fórmula, pueden en todo caso comprenderse en la idea que ella expresa", EMILIO BETTI, Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos. Traducción por José Luis de Los Mozos, Madrid 1975, páginas 368 y 369. En el caso de la subordinación el negocio, por no constituir una figura tipo, deberá integrarse con los usos, especialmente los usos financieros y económicos. Sin embargo, hemos visto que la subordinación tiene alcances diferentes (*Supra* Sección II), por lo cual el uso de la simple expresión subordinar puede ser insuficiente para determinar la verdadera voluntad de las partes. Observamos, adicionalmente, que el poco desarrollo que ha tenido la subordinación en Venezuela, hace difícil acudir al uso económico y financiero para integrar esta voluntad incompleta. La misma doctrina Norteamericana, a pesar del desarrollo que han tenido los convenios de subordinación en ese país, encuentra la simple expresión "Subordinar un crédito" como insuficiente.

92. En la nueva Ley Federal de Quiebras Norteamericana se regula expresamente los convenios de subordinación, ver *Supra* Sección IV.
93. Ver, CALLIGAR Subordination Agreements, página 382 y 383. Calligar, señala que el solo uso de la palabra subordinar no aclara si estamos frente a una subordinación completa e incompleta (Ver *Supra*, Sección II, B, sobre contenido de las dos clases de subordinación). Tampoco expresa la palabra subordinar el alcance de la subordinación, si esta es general o específica.

y el deudor común, se perfecciona el convenio de estipulación de subordinación, no requiriéndose la aceptación del acreedor primario. Mas aún es posible, y frecuente, que el acreedor primario no sea un acreedor presente sino un acreedor futuro del deudor común (Ver *Infra*, C. el objeto), donde, sería imposible exigir el consentimiento del acreedor primario, beneficiario de la subordinación.

Nuestra doctrina, siguiendo la doctrina tradicional Francesa y Belga, exige, que en caso de una estipulación a favor de tercero, exista la aceptación por parte del beneficiario; antes de la aceptación del beneficiario, el promitente puede revocar la estipulación⁹⁴. De lo cual, la aceptación deberá ser concurrente con la estipulación, para convertir la estipulación en un convenio irrevocable.

Traducido al convenio de subordinación ello significa que la subordinación puede ser revocada por el acreedor subordinado (promitente) antes del momento en que la misma sea aceptada por el acreedor primario (beneficiario de la estipulación) (*Supra*, Sección VII, B). Esta conclusión dejaría poco valor a la subordinación de créditos en Venezuela en todos aquellos casos donde no forman parte del convenio de subordinación, las tres partes de la relación (acreedor subordinado, acreedor primario y deudor común). En nuestra opinión, en aquellos casos donde la subordinación se ha establecido expresamente como irrevocable, o cuando el acreedor subordinado recibe una contraprestación, no puede haber una revocación por parte del acreedor subordinado, aun cuando para la fecha de la revocación no exista aceptación por parte del acreedor primario (beneficiario)⁹⁵.

94. MADURO, Obligaciones, Sección 1197. En un sentido similar, De Page, *Droit Civil T II*, Secciones 677 y 678. Ver *supra*, Sección VII, B.

95. Cuando la subordinación, se expresa como irrevocable, se extienden los principios aplicables a la oferta a plazo, donde el oferente queda obligado a mantener la oferta por el plazo. El plazo en la oferta puede ser expreso o tácito. Ver en general, sobre la oferta en Venezuela, MADURO, Obligaciones, Secciones, 1030 al 1042. La Doctrina Italiana es expresa al afirmar que en la estipulación a favor de terceros "las partes contratantes podrán disponer, expresa o tácitamente, que el estipulante no pueda revocar; irrevocabilidad que podrá resultar también de la propia naturaleza del contrato en que se contenga la estipulación favorable al tercero", GIOVANI PACHIONNI, *Los Contratos a favor de Tercero*, traducción de Francisco Javier Osset, Madrid 1948. En aquellos

3. *Vicios del Consentimiento*

Debido a la naturaleza compleja de la subordinación con elementos de la fianza, extendemos a Subordinación los casos típicos de vicios del consentimiento aplicables a la fianza.

El vicio de consentimiento típico en la fianza es el desconocimiento por parte del fiador de las condiciones financieras del deudor. Si una persona presta su garantía personal a favor de un deudor el cual, a la fecha de convenirse en la fianza, se encontraba insolvente, la garantía se puede anular por error (vicio) en el consentimiento⁹⁶.

Del mismo modo, será un vicio del consentimiento, que acarrea la nulidad relativa de la subordinación, si a la fecha de la misma el deudor común se encontraba en estado de insolvencia y no conociendo el acreedor subordinado esta condición de insolvencia, ha prestado su consentimiento a subordinar su crédito contra el deudor insolvente. La nulidad la podrá pedir únicamente el acreedor subordinado⁹⁷. Como la nulidad afecta únicamente al convenio de subordinación, ella

casos donde el acreedor subordinado recibe una contraprestación estamos frente a una relación bilateral. En la doctrina extranjera encontramos que en la estipulación a favor de tercero, donde el promitente recibe una contraprestación del estipulante, no puede el promitente revocar la estipulación antes de la aceptación, aun cuando expresamente no se hubiera convenido la estipulación como irrevocable, Ver Spotta, *Contratos*, Tomo III, pág. 386.

96. Ver, MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Cautionnement*, Sección 152.1. Parece que el fundamento de la nulidad de la fianza, se desarrolla alrededor de un concepto de falsa causa o error en la causa. El fiador cuando presta la fianza, tiene como motivo el garantizar una obligación, y no el de estructurarse desde un principio en el deudor de la obligación. Nuestro Código Civil permite la nulidad relativa del contrato en aquellos casos donde el error de hecho recae sobre una circunstancia que las partes han considerado como esenciales o que deben ser consideradas como tales en atención a la buena fe y a las condiciones bajo las cuales se ha concluido el contrato, Código Civil, artículo 1148, encabezamiento.
97. Es evidente que si el acreedor subordinado conoció la insolvencia del deudor no se puede hablar de error. La nulidad en caso de error es una nulidad relativa, por lo cual sólo podrá pedir la parte afectada, en este caso el propio acreedor subordinado. Nosotros no tenemos duda, en todo caso, de extender el concepto de error al caso de una subordinación de crédito de un deudor insolvente, ya que ciertamente la solvencia del deudor es esencial para el acreedor subordinado (C.C. artículo 1148). Si el deudor común está insolvente en el momento de subordinar el crédito, el acreedor subordinado está desde un principio, conviniendo en asumir un riesgo grande en no poder recuperar el valor de su crédito (Ver *Supra*, *Mecánica Financiera de la Subordinación*, Sección III) .

no afectará necesariamente la relación de crédito entre el acreedor primario y el deudor.

4. Documento Escrito

El Código de Comercio exige para el caso de fianzas mercantiles, que la misma debe celebrarse necesariamente por escrito, cualquiera que sea su importe (C. de Com. artículo 545). En nuestra opinión, este requisito se extiende a la estipulación de subordinación. La necesidad de un escrito en el caso de fianza mercantil, se fundamenta en carácter excepcional que tiene todo acto donde una persona se ha constituido en fiador.

C) EL OBJETO DE LA SUBORDINACIÓN

El objeto de la obligación del acreedor subordinado al igual que en la fianza, es idéntico al objeto de la prestación del crédito primario. Aun cuando no es de su esencia, la subordinación de créditos siempre se establece entre dos obligaciones pecuniarias⁹⁸, correspondiendo por ende, a dos créditos de naturaleza homogénea.

El acreedor subordinado conviene en subordinar, o sujetar, la cancelación de su crédito a la cancelación del crédito del acreedor primario. A pesar de que el término subordinar o sujetar, connotan el sentido de una conducta personal, el contenido de la prestación debida por el acreedor subordinado

98. La obligación pecuniaria resulta en la obligación de pago de una suma de dinero. Definida en el artículo 1737 de nuestro Código Civil, consiste la obligación de restituir la cantidad numérica expresada. En el caso de la subordinación, la obligación pecuniaria resulta siempre en la obligación del acreedor subordinado de restituir al acreedor primario una suma de dinero suficiente para compensar el monto que no recibió del deudor. Sobre la naturaleza y extensión de la obligación pecuniaria en nuestro Derecho, ver GERT KUMMEROW, la Dimensión del débito pecuniario en el Anteproyecto de Ley sobre unificación de las Obligaciones Civiles y Mercantiles, Caracas, 1968; igualmente, JAMES OTIS RODNER, Temas especiales de Derecho Civil III, Versión Multigrafiada Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1980, Sección Primaria. El Profesor Kummerow define el objeto del débito pecuniario como el deber jurídico que queda concretado en una cantidad de múltiplos o de submúltiplos de la unidad monetaria cuya satisfacción queda a cargo del obligado, Kummerow idem, página 31.

no es el hacer o desarrollar, una conducta personal, sino el de pagar al acreedor primario una suma de dinero. Si de la liquidación del activo del deudor común, el acreedor primario no obtiene la devolución íntegra de su crédito, el acreedor subordinado, hasta el límite de lo que éste ha recibido, deberá pagar al acreedor primario la diferencia que éste no recibió de su deudor.

El alcance de la prestación del acreedor subordinado frente al acreedor primario, está definido necesariamente, por el monto del crédito del propio acreedor subordinado contra el deudor común pero, nunca en exceso del monto del crédito del acreedor primario.

Al momento del nacimiento del Convenio de Subordinación es posible que ninguno de estos créditos (créditos subordinado y crédito primario) estén determinados; basta sin embargo, para la validez del convenio que ambos créditos sean determinables a la fecha de la liquidación o quiebra del deudor común. En la subordinación puede sujetarse la cancelación del crédito del acreedor subordinado a un crédito determinado o determinable, presente o futuro, del acreedor subordinado o del acreedor primario.

1. Créditos determinados o determinables

Tanto los créditos del acreedor subordinado como los créditos del acreedor primario pueden ser créditos determinados al momento del nacimiento de la convención de subordinación, o determinables en el momento de la aplicación o ejecución de la obligación de subordinar, la cual ocurre generalmente en el momento de la liquidación o quiebra del deudor común⁹⁹.

El caso simple de subordinación es cuando un acreedor subordina un crédito determinado (el crédito que tengo contra el deudor por la suma de Bs. 1.000.000, a tal plazo y condiciones), a la cancelación de un crédito determinado del acreedor primario.

99. Esto es sólo una extensión del principio general aplicable a todo contrato por el cual la obligación puede ser determinada o determinable, bastando para la validez del objeto que el contrato contenga los elementos accesorios para su determinación. MADURO, Obligaciones, Sección 906.

La indeterminación del objeto en la subordinación se puede referir al crédito primario, al crédito subordinado, o a ambos. Generalmente, en la subordinación la falta de determinación en el objeto surge por una falta de determinación en los montos de los créditos subordinados y los créditos primarios.

Cuando la subordinación se estructura como una subordinación incompleta, ella sólo opera para el caso de liquidación o quiebra del deudor común (Ver Supra Sección II), por lo cual no se conoce en el momento de celebrarse el convenio de subordinación, el monto exacto de crédito primario y subordinado que restará para la fecha de la liquidación. Sin embargo, siempre que para la fecha de la liquidación el monto pueda definirse, el objeto es válido¹⁰⁰.

2. Créditos presentes y futuros

La subordinación puede igualmente abarcar los créditos presentes y futuros tanto del acreedor subordinado, como del acreedor primario¹⁰¹.

Una práctica frecuente es la de exigir que los accionistas sociales subordinen los créditos que tengan a la fecha de la liquidación contra la sociedad por concepto de dividendos declarados pero aún no pagados. Es posible que a la fecha del convenio de subordinación los dividendos no se hayan declarado, sin embargo, esto no afecta la validez de la subordinación.

Igualmente, la subordinación puede referirse a créditos primarios futuros. Así, el acreedor subordinado sujeta la can-

100. Conclusión que adopta nuestra Doctrina Nacional para la fianza, y la cual evidentemente se puede extender a la subordinación. Así según Zambrano, si el monto de la deuda para la cual se presta una fianza es determinable, la fianza es válida, ver, ZAMBRANO, El Contrato de Fianza, página 110 y 111.

101. El Código Civil dispone que "Las cosas futuras pueden ser objeto de los contratos salvo disposición especial en contrario. "C.C. Art. 1156". Nuestra Doctrina extiende el concepto de cosas futuras no sólo a objeto materiales, sino igualmente derechos futuros, MADURO, Obligaciones, Sección 903.

El principio de la validez del contrato sobre un derecho futuro lo extiende nuestra Doctrina a la fianza sobre obligación futura, reconociendo que nada se opone a que la fianza garantice una obligación futura, concluyendo como es evidente que del carácter accesorio de la fianza, la fianza estará subordinada al nacimiento de la obligación principal, ZAMBRANO, El Contrato de Fianza, página 113.

celación de su crédito a los créditos que existan al momento de la liquidación a favor del Banco "A". Si para la fecha del convenio el Banco "A" no es acreedor del deudor común, existirá una subordinación a favor de un crédito futuro.

Para los casos de emisión mediante oferta pública de obligaciones subordinadas, se expone la tesis de que la subordinación a créditos futuros debe de estar al menos limitada en su monto; de lo contrario se permitiría que los adquirentes de las obligaciones subordinadas compren un título de riesgo indefinido, ya que estarían sujetando su derecho de crédito a la posibilidad de que en el futuro se asuman obligaciones primarias de un valor excesivo¹⁰². En los casos de oferta pública de títulos valores, uno de los sentidos propios de la regulación en materia de mercado de capitales es el de obligar a los emisores que provean a los futuros compradores de los títulos con información adecuada para valorar los mismos¹⁰³. Por cuanto el alcance de las obligaciones primarias afecta el valor de la obligación subordinada (Ver Supra Sección III - Mecánica Financiera), se debe requerir que la obligación primaria esté definida, o que el monto de estas esté limitado. Si la obligación se subordina a créditos futuros indeterminados (ejemplo todos los créditos bancarios del deudor), y por cualquier monto, sería imposible fijar en el momento de la emisión el alcance de la misma.

3. Contraprestación del deudor común

Si en el Convenio de Subordinación el acreedor conviene en subordinar su crédito, sin recibir contraprestación alguna del acreedor primario o del deudor, la relación es unilateral

102. Opinión informal discutida con el Profesor Enrique Urdaneta, de la Universidad Católica. Aparentemente, esta idea desarrolla el concepto de la limitación en alcance del riesgo en un título valor que se emite mediante el proceso de oferta pública. Si se permite que un título, ejemplo una obligación convertible, se coloque mediante el procedimiento de oferta pública, el adquirente del título debe estar informado sobre el alcance del riesgo financiero del papel que está adquiriendo, alcance que se mediría si el monto de obligaciones primarias futuras estuviera limitado a una suma determinada.

103. ALFREDO MORLES HERNANDEZ, Régimen Legal de Mercado de Capitales, Caracas 1979, página 177 y siguientes.

ya que de ella sólo nace una obligación para el acreedor subordinado.

Frecuentemente, el deudor común conviene en otorgar una serie de ventajas al acreedor subordinado con ocasión de su convenio de subordinación, por ejemplo en las obligaciones convertibles subordinadas, conviene la sociedad deudora en dar un derecho de opción al acreedor subordinado para que este convierta su crédito en acciones de la misma (Ver *Supra*, Sección VI, B.3)¹⁰⁴. Esta contraprestación forma parte de las prestaciones del convenio de subordinación y tienen entre otros, el efecto de hacer la subordinación irrevocable¹⁰⁵.

D) CAUSA

1. *La subordinación abstracta*; 2. *La subordinación causada*.

La subordinación de crédito se puede estructurar como un contrato unilateral donde sólo existe una prestación corriendo del acreedor subordinado a favor del acreedor principal. Al igual de lo que ocurre en la fianza, la naturaleza unilateral de la prestación del acreedor subordinado, presenta el problema de definir si la obligación del acreedor subordinado está causada.

En la subordinación, el deudor de la subordinación (acreedor subordinado) puede obligarse, frente al acreedor principal, y sin que se exprese en el propio convenio de subordinación, a una contraprestación por la cual el acreedor subordinado asume la obligación frente al acreedor principal. En estos casos, la obligación del acreedor subordinado además de presentarse como una obligación unilateral, se presenta con obligación sin fundamento, y cabe preguntarse, ¿Por qué el acreedor subordinado conviene frente al acreedor principal en sujetar su crédito en caso de liquidación o quiebra del deudor común? ¿Pue-

104. Ver JAMES OTIS RODNER, *Obligaciones Convertibles*.

105. Ver *Supra*, cita 95. Entre otras, igualmente debemos recordar que cuando se establece una contraprestación a favor del acreedor subordinado, el incumplimiento de estas le da al acreedor subordinado el derecho de oponerle al acreedor principal todas las excepciones típicas del contrato bilateral inclusive las excepciones de contrato no cumplido.

de esta falta de fundamento dar lugar a la nulidad del contrato?

La Subordinación abstracta

En la subordinación de un crédito la falta de expresión de una contraprestación a favor del acreedor subordinado, no afecta la validez del convenio de subordinación.

No puede concluirse que en estos casos estamos frente a una obligación no causada. Por una parte, la teoría neocausalista al referirse a la obligación del fiador frente al acreedor afirma que, la "causa que determina al fiador a garantizar la deuda principal debe buscarse en la relación del fiador con el deudor"¹⁰⁶. Es posible sin embargo, según la opinión neocausalista, que el acreedor ignore esas relaciones; según la teoría neocausalista esta promesa unilateral no fundamentada, por parte del fiador se basa en que la fianza constituye un verdadero contrato abstracto por lo cual, no es necesario que el deudor de la obligación, exprese la causa, motivo o fundamento, por el cual se obliga frente al acreedor, (Código Civil art. 1158). Cuando en el contrato de fianza no se expresa la razón o motivo por el cual el fiador se obliga frente al acreedor, no por ello es nula la estipulación del fiador. La teoría neocausalista identifica dentro de su clasificación de los contratos, los contratos de naturaleza abstracta, donde el propio legislador presume de manera absoluta que, el deudor de una obligación determinada ha fundamentado su obligación en una causa o consideración suficiente, para hacer que esta obligación sea válida frente al acreedor.

En la subordinación se puede llegar al mismo resultado. Es posible que el acreedor subordinado convenga en sujetar su crédito frente al acreedor principal, sin que sea necesario que se exprese en el convenio de subordinación la razón o motivo que sirve como fundamento de la obligación asumida por el acreedor subordinado.

106. HENRI CAPITANT, *De la Causa de las Obligaciones*, traducción de E. Tarragato y Contreras, Madrid 1927, página 408 y siguiente.

La naturaleza abstracta que reconoce la doctrina a la fianza, es perfectamente transferible al convenio de subordinación. Cuando un deudor conviene en subordinar su crédito, no es necesario que exprese en el convenio mismo la causa o motivo, por la cual está conviniendo en subordinar su crédito. Como vimos (Supra Sección IV), es posible que una persona convenga en subordinar su crédito para una multitud de razones que ordinariamente no se expresan en el propio convenio de subordinación: así, un accionista social tratando de proteger el valor de sus acciones, puede convenir en subordinar un crédito que tiene contra la sociedad, sin necesidad de tener que expresar que la referida subordinación la está realizando tomando en consideración el valor de su inversión en la sociedad deudora.

La subordinación causada

Con una frecuencia grande, el deudor común conviene en dar al acreedor subordinado algún tipo de beneficio o ventaja en consideración del convenio de subordinar su crédito (Ver Supra, Sección VI - B.3). En estos casos estamos frente a una relación bilateral, con prestaciones corriendo de ambas partes y ya no es necesario hablar de un contrato abstracto.

LEGISLACION COMENTADA

PROYECTO DE LEY DE LA CARRERA JUDICIAL

Y

EXPOSICION DE MOTIVOS

(Por el Dr. Arístides Rengel Romberg
Profesor de Derecho Procesal Civil)

REPUBLICA DE VENEZUELA

S E N A D O

SECRETARIA

PROYECTO DE LEY DE LA CARRERA JUDICIAL

Y

EXPOSICION DE MOTIVOS

REPÚBLICA DE VENEZUELA
EL MINISTRO DE JUSTICIA

No. _____

Caracas, 6 de junio de 1979.

Ciudadano
Godofredo González,
Presidente del Congreso de la República.
SU DESPACHO.

En nombre del Ejecutivo Nacional presento ante usted, en su condición de Presidente del Senado de la República, el Proyecto de Ley de Carrera Judicial y su correspondiente exposición de motivos, para que sea considerado por las Cámaras Legislativas.

El proyecto de ley que tengo el honor y la satisfacción de presentar ante el Senado fue elaborado por el conocido jurista venezolano Arístides Rengel Romberg y discutido por los miembros del Consejo de la Judicatura y por representantes de los jueces. En ese proyecto de ley se recoge una vieja aspiración de los miembros del Poder Judicial, como es la de tener una ley de carrera judicial que asegure a los jueces su estabilidad e independencia y permita una adecuada selección que garantice una idónea y eficaz administración de justicia.

El proyecto de ley de Carrera Judicial es uno de los aspectos del programa de gobierno del ciudadano Presidente de la República. Sin embargo, el Ejecutivo Nacional desea que este proyecto de ley sea visto como la consagración legislativa de una permanente y legítima aspiración de los jueces, como es la de tener su carrera judicial.

Soy de usted, atentamente,

JOSE GUILLERMO ANDUEZA,
Ministro de Justicia.

PROYECTO
DE
LEY DE LA CARRERA JUDICIAL

TITULO I

De los fines de la carrera judicial

CAPITULO I

Disposiciones fundamentales

Artículo 1º—La presente ley tiene por finalidad asegurar la idoneidad, estabilidad e independencia de los jueces y regular las condiciones para su ingreso, permanencia y terminación en el ejercicio de la judicatura, así como determinar la responsabilidad disciplinaria en que incurran los jueces en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 2º—La administración de justicia es una función pública. La garantía de estabilidad que asegura a los jueces la presente ley no podrá privar nunca sobre el interés general en la recta administración de justicia.

Artículo 3º—Los jueces gozarán de estabilidad en el desempeño de sus cargos. En consecuencia, solo podrán ser removidos o suspendidos en el ejercicio de sus funciones en los casos y mediante el procedimiento que determina la presente ley.

Artículo 4º—Gozarán de los beneficios de la carrera judicial los jueces de la jurisdicción ordinaria, de la especial y de lo contencioso-administrativo. Se excluyen de la aplicación de esta ley los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los jueces de la jurisdicción militar.

Artículo 5º—El Consejo de la Judicatura llevará un expediente de cada juez que contendrá sus datos personales, la fecha y la forma de su ingreso a la judicatura; el circuito o región a que pertenece y la categoría que tiene; la hoja de servicio; el informe anual de su

rendimiento y de la cantidad de las sentencias dictadas; el número de las sentencias confirmadas, modificadas, revocadas o casadas; la duración de las causas; la observancia de los plazos y términos procesales; los diferimientos de las sentencias; las denuncias interpuestas contra el juez y las decisiones recaídas; los ascensos y traslados y permutas y todas las demás informaciones relativas a la conducta moral y al rendimiento del juez.

Artículo 6º—El sueldo de los jueces se fijará en armonía con la categoría a que pertenezcan en el escalafón judicial. Sin embargo, podrán establecerse primas o bonificaciones especiales para los titulares de aquellos Tribunales y Cortes que acusen un volumen de trabajo que las justifiquen, todo a juicio del Consejo de la Judicatura.

El sueldo de los jueces no podrá ser disminuido, salvo que se trate de una medida de carácter general aplicable también a las demás ramas del Poder Público.

Artículo 7º—La carrera judicial tendrá una duración de treinta (30) años. Solo podrán ser admitidos a ella quienes hayan cumplido por lo menos veinticinco (25) años de edad y llenen los demás requisitos establecidos por la presente ley para el ingreso a la carrera.

CAPITULO II

Del escalafón judicial

Artículo 8º—Se crea el escalafón judicial para la ubicación, ascenso y jubilación de los jueces en carrera. El escalafón será uniforme para todos los circuitos o regiones y no se interrumpirá con el traslado del funcionario de uno a otro circuito o región.

Artículo 9º—El escalafón permitirá a los jueces pasar progresivamente por las diversas categorías existentes en el circuito o región a que pertenecen, acumulando para ello el tiempo, los méritos y credenciales necesarios para su tránsito por la carrera, conforme a lo previsto en la presente ley.

Artículo 10.—Para la efectividad de la carrera judicial se divide el territorio nacional en los siguientes circuitos o regiones, integrados por las entidades territoriales que a continuación se expresan:

- a) La Región Capital comprende el Distrito Federal y los Estados Miranda, Aragua y Guárico;
- b) La Región Centro-Norte integrada por los Estados Carabobo, Cojedes y Yaracuy y el Distrito Silva del Estado Falcón;

- c) La Región Centro-Occidental comprende los Estados Lara, Portuguesa y Trujillo;
- d) La Región Occidental integrada por los Estados Zulia y Falcón, con excepción del Distrito Silva de este último;
- e) La Región los Andes, integrada por los Estados Mérida, Táchira y Barinas, con excepción del Distrito Arismendi de este último y por el Distrito Páez del Estado Apure;
- f) La Región Sur comprende el Estado Apure, con excepción del Distrito Páez del mismo Estado, más el Territorio Federal Amazonas y el Distrito Arismendi del Estado Barinas;
- g) La Región Nor-Oriental, integrada por los Estados Nueva Esparta, Sucre y Anzoátegui, con excepción del Distrito Independencia de este último.
- h) La Región Sur-Oriental comprende los Estados Bolívar y Monagas y el Territorio Federal Delta Amacuro y el Distrito Independencia del Estado Anzoátegui.

El Ejecutivo Nacional, a solicitud del Consejo de la Judicatura, podrá reorganizar los circuitos o regiones anteriores cuando lo estime conveniente a los intereses de la judicatura.

Artículo 11.—En los circuitos o regiones los jueces se dividirán en cuatro (4) categorías:

Categoría "A": Los jueces de las Cortes o Juzgados Superiores.

Categoría "B": Los jueces de los Tribunales de Primera Instancia ordinarios o especiales.

Categoría "C": Los jueces de Distrito o Departamento.

Categoría "D": Los jueces de Municipio o Parroquia.

A los jueces de la Categoría "A" se equiparan los jueces de Impuesto sobre la Renta, de Inquilinato, de la Carrera Administrativa, de lo Contencioso-Administrativo, de Reenvío y los demás de jurisdicciones especiales que se califiquen como jueces Superiores en las respectivas leyes.

A los jueces de la Categoría "B" se equiparan los jueces Nacionales de Hacienda y los demás de jurisdicciones especiales que se califiquen como jueces de Primera Instancia en las leyes respectivas.

A los jueces de la Categoría "C" se equiparan los jueces de Instrucción penales.

Artículo 12.—Sin perjuicio de las demás condiciones exigidas en la presente ley, para pasar de una categoría a otra en el escalafón judicial, los jueces deberán servir como mínimo en cada una de ellas los siguientes periodos de tiempo:

Categoría "A": doce (12) años.

Categoría "B": diez (10) años.

Categoría "C": seis (6) años.

Categoría "D": dos (2) años.

TITULO II

Del ingreso a la carrera judicial

CAPITULO I

De las condiciones de aptitud y de las incompatibilidades

Artículo 13.—El ingreso a la carrera judicial se hará por la Categoría "D" prevista en el escalafón judicial. Excepcionalmente podrán ser admitidos a concurrir en las Categorías "A" y "B" aquellos aspirantes que se hubieren distinguido en sus estudios universitarios o en su especialidad, sean autores de trabajos jurídicos valiosos, o profesores de reconocida competencia, o hubieren servido en la Judicatura con eficiencia y rectitud, o sean abogados en ejercicio, o Defensores Públicos de Presos de larga y meritoria trayectoria profesional.

Artículo 14.—Para ingresar a la carrera judicial se requiere ser venezolano, abogado de la República, haber cumplido (25) años de edad, estar en el libre ejercicio de los derechos civiles y políticos, acreditar haber obtenido el título de abogado con calificación promedio satisfactoria, a juicio del Consejo de la Judicatura, haber ejercido la profesión de abogado libremente o bajo la relación de dependencia, por un tiempo no menor de dos (2) años, haber observado siempre conducta intachable y resultar electo en el Concurso-Oposición para la provisión del cargo entre los aspirantes que reúnan los requisitos exigidos en la presente ley.

Cuando comience a funcionar la "Escuela de la Judicatura" que se crea por la presente ley, será requisito para ingresar a la carrera judicial haber aprobado el curso de capacitación teórica y práctica que dicte la Escuela para los aspirantes a ingresar en la carrera judicial.

Artículo 15.—No podrán ser designados jueces: los militares en servicio activo; los ministros de algún culto; los dirigentes de parti-

dos políticos, o los que realicen actividades políticas partidistas, o sean activistas políticos; los que tengan antecedentes penales o hayan sido sujetos de condenas por Tribunales Civiles o Mercantiles o por organismos disciplinarios profesionales; ni los que tengan algún vicio que comprometa la dignidad del cargo o le hagan desmerecer en el concepto público.

Artículo 16.—A falta de abogados aspirantes a ingresar a la carrera judicial en las Categorías "C" y "D", podrán ser designados abogados menores de veinticinco (25) años o personas idóneas para servir aquellos cargos y que llenen los demás requisitos exigidos en el artículo 14, mientras se haga efectivo el cumplimiento del requisito señalado.

Artículo 17.—El cargo de juez es incompatible con el ejercicio de cualquier otro cargo público remunerado y con el ejercicio de la abogacía, ni siquiera a título de consultas. Se exceptúan de esta disposición los cargos docentes y los de miembros de comisiones codificadoras o revisoras de leyes, ordenanzas y reglamentos que, según las disposiciones que las rijan, no constituyan cargos públicos remunerados y no interfieran en el ejercicio normal de sus actividades.

Artículo 18.—No podrán ser simultáneamente jueces de un mismo Tribunal, o de Tribunales distintos que puedan conocer en grado, quienes sean entre sí parientes en línea recta o cónyuges, ni los colaterales que se hallen dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ambos inclusive. Tampoco podrán serlo en las mismas circunstancias quienes estén unidos por lazos de adopción.

Artículo 19.—No podrá ser Secretario ni Alguacil de un mismo Tribunal quien estuviera ligado por parentesco, en los mismos grados expresados en el artículo anterior, o por adopción con el juez o con alguno de los jueces que lo constituyan.

Artículo 20.—Si al hacerse el nombramiento de los jueces se ignorase la existencia del motivo de incompatibilidad, deberá ser reemplazado el último nombrado. Si ambos nombramientos fuesen de la misma fecha se reemplazará el funcionario de menos edad.

Si la incompatibilidad se produjere después del nombramiento, el funcionario judicial que la originó no entrará en el ejercicio de sus funciones o cesará en éstas, según sea el caso.

CAPITULO II

De la provisión de los cargos

Artículo 21.—La provisión de los cargos de jueces la hará el Consejo de la Judicatura por el método del Concurso-Oposición entre los

aspirantes que reúnan las condiciones de aptitud exigidas en el artículo 14 de esta ley.

Artículo 22.—El Consejo de la Judicatura designará Juez Titular del Tribunal al concursante que haya obtenido la calificación mayor en el Concurso-Oposición dentro de la escala de puntuación comprendida entre un mínimo de quince (15) puntos y un máximo de veinte (20) puntos.

Los concursantes que hayan obtenido el segundo y tercer puestos, respectivamente, en la mencionada escala de puntuación, serán designados en el mismo orden primero y segundo suplentes del Titular. El Consejo de la Judicatura, por necesidades del servicio, podrá asignar los suplentes a cualquier Tribunal de la misma categoría de aquel para el cual han concursado los aspirantes. Se declarará desierto el Concurso-Oposición si los concursantes obtuvieren calificaciones inferiores al mínimo de quince (15) puntos.

Para la provisión de los cargos de Juez Titular y de suplentes se preferirá, en igualdad de circunstancias, a aquellos concursantes que sean Defensores Públicos con más de cinco (5) años de ejercicio en la función de defensor.

Artículo 23.—Los suplentes designados conforme a lo previsto en el artículo anterior, llenarán las faltas temporales y accidentales del Titular.

Cuando por cualquier motivo no fuere posible la designación de Suplentes con arreglo a lo previsto en el artículo 22, el Consejo de la Judicatura hará la designación libremente en abogados idóneos que reúnan los requisitos exigidos en el artículo 14, pero los Suplentes así designados serán provisorios hasta que la designación pueda hacerse por Concurso.

Artículo 24.—Los conjueces serán nombrados por el Consejo de la Judicatura de acuerdo a lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial y deberán reunir las mismas condiciones exigidas por esta ley para ser Titular del respectivo Tribunal.

CAPITULO III

De las preferencias

Artículo 25.—Tendrán preferencia para la provisión de los cargos vacantes y de los nuevos cargos creados conforme a la ley, en el orden de prelación que se indica a continuación:

- 1º Los jueces de circuitos o regiones diferentes pero de la misma Categoría del que debe ser provisto, que soliciten el traslado al circuito y reúnan los requisitos establecidos en esta ley para los traslados.

- 2º A falta de los anteriores, los jueces del mismo circuito o región que hayan servido en la Categoría inmediatamente inferior a la del cargo que debe llenarse, y que reúnan las condiciones establecidas en esta ley para los ascensos.

- 3º Los Suplentes del Titular que haya de ser suplido, designados conforme a lo previsto en el artículo 22.

Cuando sean más de uno los jueces comprendidos en la preferencia de que trata este artículo que hayan hecho uso de su derecho, el Consejo de la Judicatura sacará a concurso la provisión del cargo entre los jueces interesados.

CAPITULO IV

Del Concurso-Oposición

Artículo 26.—Los concursos que se realicen de acuerdo con las previsiones de la presente ley serán ordenados por el Consejo de la Judicatura.

Artículo 27.—Cuando se trate de la provisión de cargos de las categorías "A" y "B", el jurado de los concursos estará integrado por tres (3) Magistrados de la Sala correspondiente de la Corte Suprema de Justicia por la materia y dos (2) miembros del Consejo de la Judicatura.

Si se tratase de la provisión de cargos de las Categorías "C" y "D", el jurado estará constituido por un (1) Magistrado de la correspondiente Sala de la Corte Suprema de Justicia, por un (1) miembro del Consejo de la Judicatura y por un (1) Juez Superior de la Región Capital, con sede en Caracas, competente por la materia, designado por el Consejo de la Judicatura.

Artículo 28.—Los concursos constarán de tres (3) pruebas: una de credenciales y méritos; una escrita, de capacitación y de carácter práctico y otra oral, de carácter teórico.

El régimen de los concursos y el método de evaluación será fijado en el Reglamento que dicte el Ejecutivo Nacional.

Artículo 29.—En todos los casos en que el concurso resultare desierto, el Consejo de la Judicatura convocará a un segundo concurso y si éste resultare desierto también, el Consejo podrá proceder a la provisión del cargo con un juez interino que reúna las condiciones exigidas en el artículo 14 hasta que la designación se pueda realizar por concurso, todo sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 25 en cuanto sea aplicable.

TITULO III

De la permanencia en la carrera

CAPITULO I

De los ascensos, traslados y permutas

Artículo 30.—Los jueces ascenderán en el escalafón a la Categoría inmediatamente superior de acuerdo con el rendimiento y los méritos acumulados durante su tiempo mínimo de servicio en la Categoría anterior.

Artículo 31.—Los ascensos se harán previo Concurso-Oposición entre jueces de la misma Categoría, sin perjuicio de la preferencia establecida en el ordinal 2º del artículo 25 de esta ley. Para los ascensos de la Categoría "B" a la Categoría "A", el Consejo de la Judicatura podrá limitar el concurso a la sola prueba de credenciales y méritos a que se refiere el artículo 28 y a la evaluación del rendimiento como se indica en el artículo 40.

Artículo 32.—El Concurso-Oposición para los ascensos será convocado por el Consejo de la Judicatura, de oficio o a solicitud de los jueces interesados.

El Consejo de la Judicatura podrá limitar el Concurso-Oposición para ascensos a los jueces de un mismo circuito o región, o extenderlo, si lo considera conveniente, a jueces de diferentes Circuitos o regiones y de la misma Categoría. Si el Concurso para ascenso ha sido solicitado por diversos jueces de la misma Categoría que pertenezcan a circuitos o regiones diferentes, o si lo pidiere algún juez de otra región con motivo de la convocatoria del concurso limitado a una sola región, el Consejo de la Judicatura deberá extender el Concurso-Oposición a todos los jueces interesados.

Artículo 33.—Si el Concurso-Oposición convocado para ascensos quedare desierto por cualquier motivo el Consejo de la Judicatura convocará a un segundo concurso con participación de todos los interesados que reúnan los requisitos a que se refiere el artículo 14 de esta Ley.

Artículo 34.—Cuando la convocatoria del Concurso-Oposición sea solicitada al Consejo de la Judicatura por los interesados que reúnan los requisitos exigidos en esta ley para los ascensos, sin que hubiere cargo a ser provisto en la Categoría inmediatamente superior del circuito o región de los interesados ni en otro distinto, el Consejo de la Judicatura diferirá la convocatoria del Concurso y lo convocará cuando se den las circunstancias que lo permitan.

Sin embargo, cuando los jueces interesados en el ascenso insistan en la convocatoria del Concurso-Oposición, el Consejo de la Ju-

dicatura así lo acordará. Los aspirantes que resulten favorecidos en el concurso serán ubicados en el escalafón en la Categoría correspondiente al ascenso y entrarán a ejercer el cargo respectivo al presentarse la ocasión de la provisión del mismo. A este efecto, cuando sean varios los favorecidos, el Consejo tomará en cuenta para la provisión de los cargos a que pertenece el favorecido, sin perjuicio de las permutas que puedan convenir los interesados.

Artículo 35.—Los jueces podrán ser trasladados dentro de una misma región o a una región diferente, a cargo de las mismas categorías y competencia, por las causas siguientes:

- 1º Por conveniencia pública o del servicio, calificada mediante resolución motivada del Consejo de la Judicatura, previa audiencia y aceptación del funcionario y compensación económica de los gastos del traslado.
- 2º Por solicitarlo así el interesado, y a juicio del Consejo de la Judicatura aquél haya acumulado méritos en el ejercicio del cargo, tenga una causa justificada y el traslado no sea inconveniente para el servicio de la administración de justicia.
- 3º En los casos de preferencias a que se refiere el ordinal 1º del artículo 25 de esta ley.

El traslado a una Categoría inferior o de competencia diferente solo podrá hacerse a solicitud del interesado.

Artículo 36.—Los jueces de una misma Categoría podrán permutar sus cargos aunque sean de competencias diferentes y pertenezcan a regiones distintas, previa aprobación del Consejo de la Judicatura con examen de las razones y circunstancias.

Artículo 37.—Los ascensos, traslados y permutas no interrumpirán el tiempo de servicio de los funcionarios para todos los fines de la carrera judicial.

CAPITULO II

Del rendimiento de los jueces

Artículo 38.—Los jueces están obligados a procurar un rendimiento creciente en el ejercicio de sus funciones. La inamovilidad del juez, que asegura la presente ley, no debe apagar en su espíritu el deseo de superación mediante la acumulación de méritos y credenciales que le permitan ascender en el escalafón judicial y contribuir a una eficaz y pronta administración de justicia.

Artículo 39.—El rendimiento de los jueces será evaluado por el Consejo de la Judicatura anualmente y cada vez que deba procederse a un Concurso-Oposición según la presente ley.

Artículo 40.—Para evaluar el rendimiento de los jueces el Consejo de la Judicatura tomará en consideración los siguientes elementos de apreciación.

1. El número de sentencias definitivas e interlocutorias dictadas mensualmente durante el año.
2. El número de las sentencias confirmadas, modificadas, revocadas o casadas, con distinción de las definitivas y las interlocutorias.
3. El número de audiencias o días de despacho en el Tribunal en cada mes del año.
4. La observancia de los plazos o términos judiciales a que esté sujeto el juez conforme a la ley.
5. La duración de la relación en las causas principales y en las incidencias, en sus casos.
6. Los diferimientos de las sentencias, autos y decretos.
7. Las inhibiciones y las recusaciones introducidas contra el juez y el número de las declaradas con lugar y desechadas.
8. Las quejas interpuestas ante el Consejo de la Judicatura.
9. Las sanciones a que haya sido sometido el juez.
10. El volumen o movimiento general de trabajo del Tribunal, representado por el número de causas que entran mensualmente y el número de las que se encuentran en trámite y paralizadas y de las sentenciadas en definitiva.

La escala de rendimiento satisfactorio la fijará el Reglamento to que dicte el Ejecutivo Nacional, en el que se tendrá en cuenta las Categorías de jueces, las materias de su competencia y el movimiento general de trabajo en los diferentes Circuitos o regiones.

CAPITULO III

De los permisos y licencias

Artículo 41.—Los jueces tendrán derecho a los permisos y licencias establecidas en la presente ley.

Artículo 42.—El Consejo de la Judicatura podrá conceder permiso hasta por un (1) mes, prorrogable por igual término, a los jueces que lo soliciten por causas graves, debidamente justificadas, distintas a la de enfermedad. Durante el lapso del permiso se devengará el sueldo. Si vencido el permiso o su prórroga, el funcionario no se reintegrará a sus funciones, se considerará que ha renunciado y se procederá seguidamente a proveer el cargo, salvo que motivos justificados, a juicio del Consejo de la Judicatura, le hayan impedido reintegrarse a las labores.

En los casos de maternidad se concederán los permisos que concede la ley.

Artículo 43.—Al Consejo de la Judicatura compete resolver las solicitudes de licencia de los funcionarios a que se refiere el artículo anterior por causa diferente a la de enfermedad y por lapsos mayores y sin remuneración, y conocer de las solicitudes de licencia de los Defensores Públicos de Presos.

Artículo 44.—Los Secretarios, Alguaciles, Relatores y empleados de los Tribunales, podrán obtener licencias en las mismas condiciones establecidas en los artículos anteriores. Estas licencias serán concedidas por el Juez o Presidente del Tribunal respectivo.

Artículo 45.—Las faltas temporales de los jueces, producidas por el permiso o licencia concedidas, serán llenadas en los Tribunales unipersonales y colegiados, por los Suplentes en el orden de su designación y agotada la lista de éstos, por los Conjueces a que se refiere la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Artículo 46.—Los jueces impedidos de actuar por causa de enfermedad, serán suplidos como se establece en el artículo anterior. En caso de enfermedad grave comprobada mediante certificación facultativa razonada, suscrita por dos médicos, por lo menos, producida ante el Consejo de la Judicatura, los jueces gozarán de su sueldo durante los seis primeros meses y de la mitad del sueldo durante los tres meses subsiguientes.

CAPITULO IV

De las amonestaciones y suspensiones

Artículo 47.—Los jueces podrán ser amonestados por las causas siguientes:

1. Cuando ofendieren de palabra, por escrito o de obra a sus superiores o sus iguales o inferiores.
2. Cuando traspasen los límites racionales de su autoridad respecto a sus auxiliares y subalternos; a los que acudan a ellos en asuntos de justicia; o a los que asistan a los estrados, cualquiera que sea el objeto con que lo hagan.
3. Cuando se embriaguen en lugares expuestos al público.
4. Cuando no observaren las disposiciones de la Ley de Arancel Judicial.
5. Cuando no hicieren el nombramiento de depositarios en la forma señalada por la ley.
6. Cuando dejen de dar audiencia o despachar sin causa justificada.

7. Cuando se ausenten del lugar donde ejerzan sus funciones en tiempo hábil y en forma injustificada, sin la licencia respectiva.
8. Cuando no lleven en forma regular el Libro Diario del Tribunal.
9. Cuando incurran en omisiones, retrasos y descuidos injustificados en la tramitación de los procesos o de cualquier diligencia en los mismos.
10. Cuando infrinjan cualesquiera de las prohibiciones o falten al cumplimiento de los deberes que les imponen las leyes.

La amonestación se hará mediante resolución del Consejo de la Judicatura, cuya copia se agregará al expediente del juez. En la resolución se prevendrá al transgresor de la irregularidad de su conducta y de que se abstenga de reincidir en ella en el futuro.

Los jueces que conozcan en grado de una causa están en la obligación de amonestar de oficio al inferior, cuando observaren omisiones, retrasos y descuidos a los que se refiere el ordinal 9º de este artículo y de enviar al Consejo de la Judicatura copia del mismo, a los fines indicados en el párrafo anterior. El incumplimiento de este deber, por parte de los jueces que conocen en grado de una causa, será motivo de amonestación por parte del Consejo de la Judicatura.

Artículo 48.—Los jueces serán suspendidos de sus cargos por las causas siguientes:

1. Cuando se haya dictado auto de detención contra el juez por delitos o faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones o por otros delitos, mientras el auto tenga vigencia.
2. Cuando soliciten préstamos en dinero o en efectos, u otros favores o servicios, que por su frecuencia u otras circunstancias, pongan en tela de juicio el decoro o la imparcialidad del funcionario.
3. Cuando contraigan obligaciones que den lugar a reclamaciones judiciales en las que fueren declarados responsables.
4. Cuando no den el rendimiento satisfactorio anual, evaluado como se indica en el artículo 40 de esta ley.
5. Cuando sean reincidentes en las omisiones, retrasos y descuidos a que se refiere el ordinal 9º del artículo 47 de esta ley.
6. Cuando observen una conducta moral censurable que comprometa la dignidad del cargo o le hagan desmerecer en el concepto público.
7. Cuando incurran en nueva infracción después de haber sufrido dos (2) amonestaciones.
8. Cuando no observen la exactitud de los plazos y términos judiciales a que están sujetos conforme a las leyes, o difieran las sentencias.

9. Cuando se nieguen a participar en los Concursos-Oposiciones para ascenso convocados por el Consejo de la Judicatura conforme al artículo 32 de esta ley.
10. Cuando el juez lleve un tenor de vida y realice gastos que no guarden relación con sus ingresos lícitos o se encuentren en posesión de un patrimonio que exceda notoriamente de sus posibilidades económicas, que hagan presumir un enriquecimiento ilícito del funcionario, aunque no se hubiere interpuesto por estos motivos la acción correspondiente.

TITULO IV

De la terminación en la carrera

CAPITULO I

De las destituciones

Artículo 49.—Los jueces serán destituidos de sus cargos por las causas siguientes:

1. Cuando habiendo sido sancionados con suspensión del cargo, cometieren faltas de la misma índole de las que motivaron la suspensión.
2. Cuando se haya dictado sentencia firme condenatoria, por delitos sancionados por la ley.
3. Cuando atenten contra la respetabilidad del poder judicial, o cometan hechos graves que, sin constituir delitos, comprometan la dignidad del cargo o le hagan desmerecer en el concepto público.
4. Cuando reciban dádiva de alguno de los litigantes en el pleito.
5. Cuando estuvieren incapacitados en el ejercicio de sus funciones.
6. Cuando reincidan en la falta de rendimiento satisfactorio anual a que se refiere el ordinal 4º del artículo 48 de esta ley, aunque no hubieren sido sancionados antes con la suspensión del cargo por esta causa.
7. Cuando fueren reincidentes en la inobservancia de los plazos y términos legales o en el diferimiento de las sentencias, como se indica en el ordinal 8º del artículo 48 de esta

- ley, aunque no hubieren sido sancionados antes con la suspensión del cargo por esta causa.
8. Cuando realicen actos de ejercicio de la profesión de abogados.
 9. Cuando recomienden a otros jueces asuntos que cursen ante éstos.
 10. Cuando formen parte de la dirección de Partidos Políticos, o realicen actividades políticas partidistas.
 11. Cuando se encuentren comprendidos en uno de los motivos de incompatibilidad, no advertidos al momento de su nombramiento, como se establece en el artículo 20 de esta ley.
 12. Cuando el juez actúe estando legalmente impedido.
 13. Cuando se abstengan de decidir so pretexto de silencio, contradicción o deficiencia de la ley, de obscuridad en sus términos, o cuando retardaren ilegalmente dictar alguna medida, providencia, decreto, decisión o sentencia, aunque no se hubiere interpuesto por estos motivos la queja para hacer efectiva la responsabilidad civil ni la acción penal correspondiente a la denegación de justicia.
 14. Cuando incurran en abuso de autoridad, si se atribuyen funciones que la ley no les confiere.
 15. La reiteración en el pronunciamiento de sentencias que contengan errores provenientes de ignorancia o negligencia inexcusables que pongan en tela de juicio la imparcialidad del funcionario, aunque no haya dolo.

Se tendrá siempre por inexcusable la negligencia o la ignorancia cuando, aún sin intención, se hubiere dictado providencia manifiestamente contraria a la Ley expresa, o se hubiere faltado a algún trámite y solemnidad que la ley misma mande observar bajo pena de nulidad.

En estos casos la destitución no podrá acordarse sino cuando los fallos que contengan tales errores hayan sido revocados por dichos motivos, de oficio o a petición de parte, en un recurso legal, por el Tribunal que conozca en grado de la causa o por la Corte Suprema de Justicia en la Sala respectiva.

Cuando el superior no hubiere reparado la falta del inferior, no obstante haberlo solicitado la parte agraviada en un recurso legal, o hubiere confirmado el error y su fallo resultare revocado o casado por la Corte Suprema de Justicia, la destitución se hará extensiva a ambos jueces.

CAPITULO II

De los retiros, pensiones y jubilaciones

Artículo 50.—Los jueces que hayan cumplido veinticinco (25) años de servicios podrán optar por su jubilación. Aquellos de cualquier

edad que hayan cumplido treinta (30) años de servicios pasarán a la situación de retiro y serán jubilados.

A los efectos de la jubilación se computarán los años de servicio que haya prestado el funcionario en cualquier dependencia del Estado siempre que hubiere cumplido por lo menos diez (10) años de actividad como juez y esté desempeñando esas funciones para el momento de la jubilación.

Artículo 51.—Los jueces que después del décimo año de servicio llegaren a inhabilitarse en forma permanente tendrán derecho a una pensión de tantos veinticincoavos de sueldo como años de servicios tengan y pasarán a la situación de retiro.

Artículo 52.—Los jueces impedidos de actuar temporalmente por causa de enfermedad, gozarán del sueldo en la forma indicada en el artículo 46 de esta ley.

Artículo 53.—Los jueces que cesaren en el ejercicio de sus funciones tendrán derecho al pago de la indemnización de antigüedad y del auxilio de cesantía que contempla la Ley del Trabajo, salvo que se trate de la destitución por las causales 2, 3, 4, 8, 9, 13, 14 y 15 del artículo 49.

Artículo 54.—El reglamento de jubilaciones y pensiones que dicte el Ejecutivo Nacional para los funcionarios de la carrera judicial establecerá las escalas y límites de las pensiones y jubilaciones y las normas relativas a la tramitación de éstas.

TITULO V

Del procedimiento disciplinario

Artículo 55.—Las sanciones disciplinarias previstas en la presente ley las impondrá el Consejo de la Judicatura, salvo el caso a que se contrae el último párrafo del artículo 47.

Artículo 56.—El procedimiento disciplinario deberá iniciarse de oficio cuando llegue, por cualquier medio, a conocimiento del Consejo de la Judicatura, de que el juez ha incurrido en una presunta falta sancionada por esta ley.

El procedimiento disciplinario también podrá iniciarse por denuncia de la persona agraviada, o por solicitud del Ministerio Público, de una de las Salas de la Corte Suprema de Justicia o del Ejecutivo Nacional.

La denuncia de la persona agraviada deberá formularse bajo juramento y podrá presentarse personalmente ante el Consejo de la

Judicatura o mediante cualquier Juez o Notario, quien deberá remitirla inmediatamente al Consejo.

El proceso disciplinario se mantendrá en secreto, excepto para el denunciado, hasta tanto quede firme la decisión.

Artículo 57.—El procedimiento disciplinario tendrá carácter urgente. En su tramitación el Consejo de la Judicatura no estará vinculado para la investigación de la verdad a la iniciativa de la parte agraviada y deberá ordenar la práctica de cualesquiera diligencias o pruebas tendientes al esclarecimiento de los hechos o faltas denunciadas o que sean objeto del procedimiento.

Artículo 58.—Al iniciarse el procedimiento disciplinario el Consejo designará a uno de sus miembros para sustanciar el procedimiento y asegurará la defensa del encausado mediante su citación para ser oído.

Artículo 59.—En todos los casos previstos en el artículo 55, el expediente se encabezará con la actuación que lo origine y se ordenará la citación del funcionario encausado, mediante oficio que contenga una relación sucinta de los hechos que se le imputan, y éste deberá informar al respecto, personalmente o por oficio, en el término de cinco (5) días hábiles más el de la distancia, si fuere el caso, después del recibo de la citación.

A los fines de la citación podrá comisionarse a cualquier juez de la localidad donde ejerce sus funciones el encausado.

El funcionario encausado podrá hacerse representar por abogado en ejercicio o por un Defensor Público de Presos.

Artículo 60.—Transcurrido el término señalado en el artículo anterior comenzará a correr un lapso de cuatro (4) días hábiles para la promoción de pruebas y en el tercer día siguiente al vencimiento de este lapso el sustanciador admitirá las pruebas que sean pertinentes.

Además de los medios de pruebas contemplados en los Códigos Civil, de Procedimiento Civil y de Enjuiciamiento Criminal, serán admisibles en este procedimiento los informes y actuaciones que cumplan los Inspectores de Tribunales conforme a la ley, las fotografías, películas y otros medios técnicos de reproducción o grabación de imágenes y sonidos conducentes a la demostración de hechos y circunstancias de interés para el proceso disciplinario. Pero no se admitirán las pruebas de posiciones juradas ni el juramento decisivo en este procedimiento.

Artículo 61.—Admitidas las pruebas quedará abierto el lapso de evacuación de las mismas, sin necesidad de providencia alguna, lapso que será de ocho (8) días hábiles.

En el auto de admisión el sustanciador podrá comisionar a un juez competente para la evacuación de pruebas, cuando lo considere necesario.

Cuando de los hechos que dieren lugar al procedimiento apareciere que la infracción sólo merece la sanción de amonestación, podrá omitirse o limitarse el término probatorio y se procederá sumariamente a sentenciar, previa audiencia del funcionario encausado.

En los demás casos el sustanciador podrá ordenar de oficio la evacuación de las pruebas que considere conveniente, o solicitar nuevos informes sobre el caso, u ordenar la prórroga o reapertura del lapso probatorio, fijando para ello el plazo adecuado, el cual podrá siempre ser aprovechado por el funcionario encausado o por la persona agraviada.

Artículo 62.—Vencido el término probatorio o su prórroga si la hubiere el sustanciador pasará de oficio el expediente al Consejo en Pleno, el cual fijará uno de los diez días hábiles siguientes para que los interesados presenten sus conclusiones escritas y vencido este lapso, el Consejo designará ponente para la redacción del Proyecto de sentencia. La designación de ponente deberá recaer preferentemente en el miembro del Consejo que haya intervenido en la sustanciación del procedimiento, salvo que motivos justificados aconsejen la designación de uno distinto. El ponente deberá presentar su ponencia al Consejo en el plazo de diez (10) días hábiles, contados a partir de su designación.

Artículo 63.—El proyecto de sentencia se considerará en sesión plenaria del Consejo dentro de los tres (3) días siguientes a su presentación. Si la mayoría no estuviere de acuerdo con la ponencia, se designará otro ponente, y así hasta que se logre la mayoría para su aprobación.

Artículo 64.—Aprobada por la mayoría la ponencia, la sentencia será dictada por el Consejo en Pleno, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes. El miembro del Consejo que disienta de la mayoría podrá salvar su voto y consignarlo por escrito en el segundo día hábil siguiente a aquél en que el Consejo apruebe el proyecto de sentencia. Si no lo hiciere en este plazo, ya no podrá hacerlo y se considerará que comparte la opinión de la mayoría, aun cuando haya dejado de asistir, por cualquier motivo, al acto de la publicación de la sentencia.

El voto salvado debe concretarse a las razones expuestas por el disidente en las respectivas deliberaciones.

Artículo 65.—Los miembros del Consejo de la Judicatura están obligados a suscribir todas las decisiones del Consejo, cuando hubieren asistido a las correspondientes deliberaciones.

Artículo 66.—Las decisiones del Consejo de la Judicatura en el procedimiento disciplinario no tendrán recurso alguno. Las decisiones del sustanciador serán apelables en un solo efecto para ante el Consejo en Pleno.

Artículo 67.—En el procedimiento disciplinario no habrá lugar a incidencias, salvo los casos de inhibición o recusación y no se causarán costas en ningún caso.

Artículo 68.—Las sentencias del Consejo de la Judicatura se publicarán en la GACETA OFICIAL DE LA REPUBLICA DE VENEZUELA, se transcribirán por oficio al funcionario encausado y se agregarán en copia certificada al expediente del juez.

TITULO VI

De la seguridad social de los jueces y demás funcionarios judiciales

Artículo 69.—Los jueces y demás funcionarios judiciales gozarán de la previsión y seguridad social que garantiza la Constitución a los funcionarios públicos.

El Reglamento que dicte el Ejecutivo Nacional establecerá los beneficios, compensaciones, primas por antigüedad, por capacitación y eficiencia, bonos vacacionales y las demás remuneraciones especiales de los jueces y demás funcionarios judiciales.

TITULO VII

De la Escuela de la Judicatura

Artículo 70.—Se crea la "Escuela de la Judicatura" con el objeto de lograr la mejor capacitación teórica y práctica tanto de los aspirantes a ingresar a la carrera judicial como de los jueces en ejercicio de sus funciones.

El Ejecutivo Nacional determinará la organización, funcionamiento, programas y cursos y los demás medios apropiados para la obtención de los fines de la Escuela que se crea por la presente ley.

TITULO VIII

Disposiciones finales y transitorias

CAPITULO I

Disposiciones finales

Artículo 71.—Los Secretarios, Relatores, Alguaciles, Oficiales o Amanuenses y los demás empleados de los Tribunales de Justicia, Ordinarios y Especiales, con excepción de los Militares, se regirán

por el Estatuto del Personal Judicial que dicte el Consejo de la Judicatura.

Artículo 72.—Además de las partidas presupuestarias que se asignen para cubrir los gastos normales y ordinarios del funcionamiento de los Tribunales, Defensorías Públicas de Presos y órganos auxiliares, en el Presupuesto de cada año se incluirán las asignaciones necesarias para el pago de las pensiones, jubilaciones, compensaciones, prestaciones sociales, primas y remuneraciones especiales de los jueces y Defensores Públicos de Presos. Igualmente se incluirá lo necesario para el pago de las jubilaciones, pensiones, prestaciones sociales y otros beneficios de los Secretarios, Relatores, Alguaciles, Oficiales y Amanuenses, y demás empleados del Poder Judicial.

Artículo 73.—Para todos los fines de esta ley se entenderá por salario lo que considera como tal el artículo 73 de la Ley del Trabajo vigente.

CAPITULO II

Disposiciones transitorias

Artículo 74.—A los fines del cumplimiento de la presente ley, en el transcurso de los dos (2) años siguientes contados a partir de su promulgación, el Consejo de la Judicatura procederá progresivamente a hacer una evaluación de los jueces según las siguientes disposiciones:

PRIMERA: Formará un Cuadro de Antigüedad y otro de Méritos de los jueces actualmente en ejercicio de sus funciones.

Para formular el correspondiente Cuadro de Méritos de cada uno de los jueces, el Consejo de la Judicatura tomará en consideración:

- a) El rendimiento del juez en los tres (3) últimos años de ejercicio del cargo, evaluado como se indica en el artículo 40 de esta ley.
- b) Los estudios y publicaciones de índole jurídica realizados por el juez en el mismo período.
- c) El concepto que merezca por su conducta moral.
- d) Las denuncias, quejas, sanciones y medidas disciplinarias a que haya estado sujeto.
- e) La celeridad en la tramitación y resolución de las causas y las que se hailaren en relación o diferidas las sentencias y la duración de éstas.

Los cuadros a que se refiere la presente disposición deberán formarse con prioridad dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de esta ley, comenzando por los jueces de la Región Capital. El Consejo de la Judicatura podrá prorrogar este lapso por un período igual, si a su juicio fuere necesario.

SEGUNDA: Sacará a Concurso-Oposición los cargos de aquellos jueces cuyos cuadros de méritos no resulten satisfactorios, comen-

zando en el orden de regiones establecido en el artículo 10 y en orden inverso a las categorías de jueces indicadas en el artículo 11. Los jueces en ejercicio de los cargos sacados a concurso no serán admitidos en éstos, pero permanecerán en sus funciones hasta que el Consejo de la Judicatura proceda a la provisión del cargo conforme a la ley.

TERCERA: Los concursos para los cargos de las cuatro (4) primeras regiones, en las categorías "D" y "C", se verificarán con prioridad, dentro del primer año de vigencia de esta ley, si estuvieren concluidos los cuadros a que se refiere la disposición transitoria PRIMERA; y los concursos para las cuatro (4) últimas regiones para los cargos categorías "B" y "A", se verificarán durante el segundo año de vigencia de la ley. En todo caso, si fuere necesario el Consejo de la Judicatura podrá prorrogar estos lapsos por un tiempo no mayor de seis (6) meses para cada grupo de regiones.

CUARTA: Ubicará en el escalafón judicial a los jueces cuyo cuadro de méritos haya resultado satisfactorio y a los concursantes que hayan resultado favorecidos en el Concurso-Oposición y les asignarán la antigüedad correspondiente.

La antigüedad de los nuevos jueces favorecidos en los concursos no podrá ser menor, en ningún caso, a la suma del tiempo mínimo de servicio exigido en el artículo 12 para las categorías inferiores a aquella en que resulte ubicado el juez en el escalafón judicial. Los jueces ratificados en sus cargos por tener un cuadro de méritos satisfactorio, conservarán su antigüedad.

QUINTA: Inmediatamente después de promulgada la presente ley, el Consejo de la Judicatura excitará periódicamente por la prensa a quienes llenen las condiciones de aptitud indicadas en los artículos 13 y 14 de esta ley a ingresar a la carrera judicial y a participar en los concursos que sacará el Consejo conforme a la disposición transitoria SEGUNDA y advertirá que para concursar en las categorías "B" y "A" indicadas en el artículo 11 se requerirá ser mayor de treinta (30) años, y en las categorías "D" y "C", mayor de veinticinco (25) años.

SEXTA: Mientras el Consejo de la Judicatura dicte el Estatuto del Personal Judicial a que se refiere el artículo 71, los Secretarios, Relatores, Alguaciles, Oficiales o Amanuenses y demás empleados de los Tribunales, se regirán por las disposiciones de esta ley y de la Ley Orgánica del Poder Judicial que les sean aplicables.

SEPTIMA: Mientras se promulgue la ley que regule la Institución de la Defensa Pública, los Defensores Públicos de Presos gozarán de los mismos beneficios y garantías acordados por la presente ley a los jueces, en cuanto no sean incompatibles con sus funciones.

Artículo 75.—Se derogan las disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial del 26 de agosto de 1969 contrarias a la presente ley y las disposiciones de cualesquiera otras leyes y códigos que se opongan a ella.

EXPOSICION DE MOTIVOS

I. BASE CONSTITUCIONAL DE LA LEY DE LA CARRERA JUDICIAL

La Constitución de la República, sancionada el 23 de enero de 1961, establece en su artículo 207: "La ley proveerá lo conducente para el establecimiento de la carrera judicial y para asegurar la idoneidad, estabilidad e independencia de los jueces y establecerá las normas relativas a la competencia, organización y funcionamiento de los Tribunales en cuanto no esté previsto en esta Constitución". A su vez los artículos 205 y 208 de la misma Constitución establecen: "Artículos 205: En el ejercicio de sus funciones los jueces son autónomos e independientes de los demás órganos del Poder Público".

"Artículo 208: Los jueces no podrán ser removidos ni suspendidos en el ejercicio de sus funciones sino en los casos y mediante el procedimiento que determine la ley".

Finalmente, el artículo 217 dispone: "La ley orgánica respectiva creará el Consejo de la Judicatura, cuya organización y atribuciones fijará con el objeto de asegurar la independencia, eficacia, disciplina y decoro de los Tribunales y de garantizar a los jueces los beneficios de la carrera judicial. En él deberá darse adecuada representación a las otras ramas del Poder Público".

Estas disposiciones, integrantes del título VII de la Constitución, referente al Poder Judicial y al Ministerio Público, plantean adecuadamente, en sus tres dimensiones, la organización institucional de la justicia: La independencia de los jueces; la carrera judicial y el Consejo de la Judicatura; dimensiones que no pueden concebirse aisladamente una de la otra porque la autonomía e independencia de los jueces está estrechamente vinculada con la existencia de la carrera judicial y, a su vez, estos dos aspectos de la cuestión requieren de un órgano idóneo que asegure la independencia, eficacia, disciplina

y decoro de los Tribunales y que garantice a los jueces los beneficios de la carrera judicial.

Se comprende así la importancia que tiene en el régimen constitucional de la justicia la sanción de la Ley de Carrera Judicial, sanción que constituye uno de los pasos necesarios para lograr la perfectibilidad de las instituciones judiciales del estado democrático venezolano.

La reforma de la organización judicial, que es una aspiración común de los venezolanos y una necesidad irrenunciable y urgente en el momento histórico actual que vive la democracia venezolana, requiere de una solución armónica de los diversos factores que intervienen en una buena administración de justicia. El factor material o económico, el factor organizativo, el factor técnico-estructural y el factor humano de la justicia.

A llenar este vacío que no ha sido llenado desde que la Constitución democrática de 1961 fue sancionada, y a lograr la perfectibilidad de la democracia venezolana mediante el mejoramiento de uno de sus poderes más importantes y básicos, que es el Poder Judicial está destinado al presente proyecto de Ley de la Carrera Judicial.

II. ESTRUCTURA DEL PROYECTO

La estructura del Proyecto se divide en ocho Títulos, con sus correspondientes Capítulos así: *TITULO I*: De los fines de la carrera judicial. Capítulo I: Disposiciones fundamentales. Capítulo II: Del escalafón judicial. *TITULO II*: Del ingreso a la carrera judicial. Capítulo I: De las condiciones de aptitud y de las incompatibilidades. Capítulo II: De la provisión de los cargos. Capítulo III: De las preferencias. Capítulo IV: Del concurso-oposición. *TITULO III*: De la permanencia en la carrera. Capítulo I: De los ascensos, traslados y permutas. Capítulo II: Del rendimiento de los jueces. Capítulo III: De los permisos y licencias. Capítulo IV: De las amonestaciones y suspensiones. *TITULO IV*: De la terminación de la carrera. Capítulo I: De las destituciones. Capítulo II: De los retiros, pensiones y jubilaciones. *TITULO V*: Del procedimiento disciplinario. *TITULO VI*: De la seguridad social de los jue-

ces y demás funcionarios judiciales. *TITULO VII*: De la escuela de la judicatura. *TITULO VIII*: Disposiciones finales y transitorias. Capítulo I: Disposiciones finales. Capítulo II: Disposiciones transitorias.

Se comprenden así, en la estructura fundamental del proyecto, además de las disposiciones fundamentales que recogen los principios rectores y los fines de la carrera judicial, los tres momentos que constituyen el *iter* de la carrera. El ingreso, la permanencia y la terminación de la carrera, cuya regulación se consagra en los respectivos capítulos de estos momentos fundamentales de la carrera judicial.

III. LOS FINES DE LA CARRERA JUDICIAL

Los fines de la carrera judicial están consagrados en el título I que comprende las disposiciones fundamentales y el escalafón judicial. El artículo 1º recoge en la forma más amplia posible estos fines, al establecer que “La presente ley tiene por finalidad asegurar la idoneidad, estabilidad e independencia de los jueces y regular las condiciones para su ingreso, permanencia y terminación en el ejercicio de la judicatura, y la responsabilidad disciplinaria en que incurran en el ejercicio de sus funciones”.

En las finalidades expresadas, el proyecto se ciñe estrictamente a las bases constitucionales arriba referidas y concibe en general la carrera como una institución dinámica y activa, que se manifiesta en los tres momentos fundamentales del ingreso, la permanencia y la terminación de la carrera, cuyas condiciones regula en detalle.

Una declaración de principios que va más allá de una simple disposición programática, se contiene en el artículo 2º del proyecto, que establece: “La administración de justicia es una función pública. La garantía de estabilidad que asegura a los jueces la presente ley, no podrá privar nunca sobre el interés general en la recta y pronta administración de justicia”.

Principio rector éste, de alto valor moral y práctico, toda vez que coloca a la estabilidad en el cargo —que asegura la

Constitución y protege el interés individual del juez— en su exacta dimensión frente al interés público y general en la recta y pronta administración de justicia, de tal modo que cuando estos dos intereses entran en conflicto, ha de predominar el interés público sobre el interés particular, lo que es concordante con lo dispuesto en el artículo 208 de la Constitución.

La regulación concreta de los casos y del procedimiento de remoción y suspensión de los jueces se establece en las disposiciones del proyecto relativas a las amonestaciones y suspensiones (título III, capítulo III); las destituciones (título IV, capítulo I) y el procedimiento disciplinario (título V).

Las siguientes disposiciones fundamentales se refieren a los funcionarios que gozarían de los beneficios de la carrera judicial (artículo 4°); al expediente de los jueces que debe llevar el Consejo de la Judicatura (artículo 5°) al sueldo de los jueces (artículo 6°) y a la duración de la carrera (artículo 7°).

Conviene destacar la importancia que tiene en el régimen de la carrera judicial el expediente de cada juez. Todo el sistema de ascensos por méritos y rendimiento, de sanciones disciplinarias y de destituciones de los jueces, depende de la estricta fiscalización de su conducta y rendimiento en el transcurso de la carrera, y tales datos deben reflejarse en el expediente del juez y en los cuadros de méritos que debe preparar el Consejo de la Judicatura en las condiciones exigidas en la ley. Sólo así la carrera podrá ser realmente una institución dinámica y fructífera, tanto para la organización judicial en general, como para la vida y realización personal y profesional del juez en particular.

En el expediente del juez se harán constar la fecha y la forma de su ingreso a la judicatura; el circuito o región a que pertenece y la categoría que tiene; la hoja de servicios, el informe anual de su rendimiento y de la cantidad de sentencias dictadas; el número de las sentencias apeladas, confirmadas y revocadas; la duración de las causas, la observancia de los plazos y términos procesales; los diferimientos de las sentencias; las denuncias interpuestas contra el juez y las decisiones recaídas; los ascensos, traslados y permutas y todas las

demás informaciones relativas a la conducta moral y al rendimiento del juez.

Concluye el capítulo I con la norma del artículo 7° que fija la duración de la carrera judicial en treinta años y exige para ser admitidos en ella haber cumplido por lo menos veinticinco años de edad y llenar los demás requisitos que establece la ley para el ingreso a la misma (artículo 14).

En esta forma los candidatos más jóvenes pueden ingresar a la carrera en sus niveles inferiores y ascender progresivamente haciendo méritos para ello en el tiempo de servicio requerido en cada nivel, hasta llegar a la posición superior o categoría "A" y servir en ésta hasta que se cumpla el tiempo requerido para su retiro y jubilación, logrando así el juez, en el transcurso de la carrera, una realización cuajada en servicios a la causa de la justicia y el reconocimiento de la colectividad por su vida de entrega a una de las tareas más nobles y responsables como lo es la de administrar justicia entre los hombres.

IV. *EL ESCALAFON JUDICIAL*

El Capítulo II relativo al escalafón judicial cierra el título I del proyecto sobre los fines de la carrera judicial. El escalafón judicial es un capítulo básico en la estructura del proyecto. Sin escalafón no puede haber carrera porque mediante el escalafón podrán los jueces asegurarse el tránsito progresivo por las diversas categorías o niveles existentes en el circuito judicial, acumulando para ello el tiempo, los méritos y credenciales necesarios según el régimen de la ley. El escalafón supone pues, por un lado, la división del territorio nacional en diversos circuitos o regiones, agrupados en un cierto orden y por otro lado la distinción de diversas categorías de jueces en cada circuito, fundada esta división en la diversa jerarquía que tienen los tribunales en la organización judicial, tal como lo establece la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Los artículos 8° y 9° del proyecto están destinados a la creación del escalafón judicial y a la función de éste, que no es otra que la de permitir a los jueces pasar progresivamente

por las diversas categorías existentes en el circuito o región a que pertenecen, acumulando para ello el tiempo, los méritos y credenciales necesarios para su tránsito por la carrera, conforme a lo previsto en la presente ley (artículo 9°).

La división del territorio nacional en circuitos o regiones puede hacerse de diversos modos. No se ha seguido en el proyecto la división que hace la Ley Orgánica del Poder Judicial en Circunscripciones Judiciales porque ésta es meramente geográfica o territorial sin ninguna otra consideración. En el proyecto se sigue la división que establece el decreto N° 2.057 de fecha 8-3-77 que organiza la jurisdicción contencioso-administrativa y divide el territorio nacional en regiones (artículo 10).

Fue un factor apreciable en esta división la consideración del número de los circuitos o regiones, pues el sistema acogido en el proyecto aconseja un número reducido de tales circuitos y no un amplio número de ellos como habría ocurrido de haberse seguido el sistema de las circunscripciones judiciales vigente.

La división de los jueces en categorías se establece en el artículo 11 del proyecto, así:

Categoría "A": Los jueces de las Cortes o Juzgados Superiores.

Categoría "B": Los jueces de los Tribunales de Primera Instancia.

Categoría "C": Los Jueces de Distrito o Departamento.

Categoría "D": Los Jueces de Municipio o Parroquia.

A los jueces de la categoría "A" se equiparan los jueces de Impuesto sobre la Renta, que son colegiados; los de Inquilinato; los de la Carrera Administrativa; de lo Contencioso-Administrativo; de Reenvío y los demás jueces de jurisdicciones especiales que se califiquen como jueces Superiores en las respectivas leyes.

A los jueces de la categoría "B" se equiparan los jueces Nacionales de Hacienda y los demás de jurisdicciones especiales que se califiquen como jueces de Primera Instancia en las Leyes respectivas.

A los jueces de la categoría "C" se equiparan los jueces de Instrucción Penales.

La función del escalafón se completa con la norma del artículo 12 que establece el tiempo mínimo de servicio que deben cumplir los jueces en cada categoría para tener el derecho de ascenso a la categoría superior.

Así, el artículo 12 establece: "Sin perjuicio de las demás condiciones exigidas en la presente ley, para pasar de una Categoría a otra en el escalafón judicial, los jueces deberán servir como mínimo en cada una de ellas los siguientes períodos de tiempo:

Categoría "A": doce (12) años.

Categoría "B": diez (10) años.

Categoría "C": seis (6) años.

Categoría "D": dos (2) años.

Si se relacionan las disposiciones del escalafón judicial con aquélla del artículo 6° que establece que el sueldo de los jueces se fijará en armonía con la categoría a que pertenezcan en el escalafón judicial, se comprende fácilmente la trascendencia y la función que tienen las clasificaciones y divisiones antes señaladas en el régimen de la carrera judicial que propugna el proyecto.

V. EL INGRESO A LA CARRERA

En el título II del proyecto se reúnen las disposiciones relativas al ingreso a la carrera judicial, que es el primero de los tres momentos que constituyen el *iter* de la carrera.

Comprende las condiciones de aptitud para el ingreso y las incompatibilidades; la forma de proveer los cargos y el órgano que los provee; las preferencias que deben tomarse en cuenta para la provisión de los cargos y todo lo relativo al concurso-oposición, que es el método adoptado en el Proyecto para la selección de los aspirantes a ingresar en la carrera.

Comienza el capítulo I por establecer que el ingreso a la carrera judicial se hará por la categoría "D" prevista en el

escalafón, pero sin perjuicio de que ciertos aspirantes, por haberse distinguido en sus estudios universitarios o en su especialidad, por ser autores de trabajos jurídicos valiosos, o profesores de reconocida competencia o haber servido la judicatura con eficiencia y rectitud, o ser abogado en ejercicio o Defensores Públicos de Presos, de larga y meritoria trayectoria profesional, puedan ser admitidos a concurso en las categorías "A" o "B".

En esta forma se desea, no sólo moderar la rigidez que se produciría si se admitiese el ingreso solamente por la categoría inferior, sino también estimular a cierta clase de profesionales de reconocidos méritos, a ingresar a la carrera en las categorías superiores, con gran beneficio para la administración de justicia.

Las condiciones de aptitud y las incompatibilidades están reguladas en detalle en los artículos 14 y 15, y se prevé que cuando comience a funcionar la "Escuela de la Judicatura", que se crea en esta ley, será requisito para ingresar a la carrera haber aprobado el curso de capacitación teórica y práctica que dicte la escuela para los aspirantes a ingresar a la carrera judicial.

El capítulo II trata de la provisión de los cargos. Se establece que el órgano elector es el Consejo de la Judicatura, que el método de elección será el del Concurso-Oposición y que los aspirantes deben llenar los requisitos de aptitud exigidos en el artículo 14.

Según el método que se adopta en el proyecto la designación de Juez Titular del Tribunal recaerá en el concursante que haya obtenido la mayor calificación en el Concurso-Oposición, dentro de una escala de puntuación entre un mínimo de quince puntos y un máximo de veinte puntos. Los concursantes que hayan obtenido el segundo, tercero y cuarto puestos, respectivamente, en la mencionada escala de puntuación, serán designados en el mismo orden: Primero, Segundo y Tercer Suplentes del Titular. Se declarará desierto el concurso si los concursantes obtuvieren calificaciones inferiores a quince puntos.

Especial importancia tiene el régimen de preferencias establecido en el capítulo III, régimen que está relacionado con el sistema de traslados y ascensos previstos en la ley.

Gozarán de preferencia, según el artículo 25 para la provisión de los cargos vacantes y de los nuevos cargos conforme a la ley: 1º) Los jueces de circuitos o regiones diferentes de la misma categoría del que deba ser provisto, que soliciten el traslado al circuito y reúnan los requisitos establecidos en esta ley para los traslados. 2º) A falta de los anteriores, los jueces del mismo circuito o región que hayan servido en la categoría inmediatamente inferior a la del cargo que deba llenarse y que reúnan los requisitos exigidos para los ascensos. 3º) Los suplentes del Titular que haya de ser suplido, designados conforme a lo previsto en el artículo 22.

En esta forma, se logra al propio tiempo la movilidad del sistema y el reconocimiento de los méritos de los jueces en aptitud de ser trasladados de circuitos o ascendidos de categoría conforme a la ley.

Finalmente, las disposiciones relativas a los concursos se recogen en el capítulo IV que cierra el título II del ingreso a la carrera judicial. Fundamentalmente se prevé en este capítulo, el órgano que dispone los concursos (Consejo de la Judicatura); la forma de integración del jurado examinador, distinguiéndose el jurado para la provisión de los cargos de las Categorías "A" y "B", del jurado para la provisión de los cargos de Categorías "C" y "D". En el primer caso el jurado lo integrarían dos miembros del Consejo de la Judicatura y tres Magistrados de la Sala correspondiente de la Corte Suprema de Justicia. En el segundo caso, el jurado estaría integrado por un miembro del Consejo de la Judicatura, un Juez Superior de la Región Capital competente por la materia, designado por el Consejo de la Judicatura, y un Magistrado de la Sala correspondiente por la materia, de la Corte Suprema de Justicia.

Los concursos constarán de tres pruebas: una de credenciales y méritos; una escrita, de capacitación, de carácter práctico; y otra oral, de carácter teórico. Sin embargo, se deja al reglamento de la ley el régimen de los concursos y el método de evaluación.

IV. LA PERMANENCIA EN LA CARRERA

El establecimiento de las reglas relativas a la permanencia en la carrera es quizás el aspecto más delicado de cualquier ley de carrera judicial, porque la permanencia en la carrera supone la regulación de las condiciones para los ascensos, traslados y permutas, que le dan movilidad al sistema y permiten al juez su tránsito por las diversas clases del escalafón judicial, y por otro lado, la exigencia y evaluación del rendimiento creciente del juez siempre estimulado a la realización de una labor creciente y eficaz en pro de la recta y pronta administración de justicia.

Pero no se agotan aquí los problemas o situaciones que debe afrontar la regulación de la permanencia en la carrera, sino que se contemplan también en este título los permisos y licencias necesarias en el decurso de la carrera y ciertas formas de sanciones disciplinarias, como las amonestaciones disciplinarias y suspensiones de que pueden ser objeto los jueces por las faltas que expresamente contempla el proyecto.

El principio fundamental en materia de ascensos lo recoge el artículo 30 en estos términos: "Los jueces ascenderán en el escalafón a la categoría inmediatamente superior, de acuerdo con el rendimiento y los méritos acumulados durante su tiempo mínimo de servicio en la categoría anterior".

El ascenso se configura así en el régimen propuesto como un derecho del juez, que deriva inmediatamente de su rendimiento y méritos acumulados en su tiempo de servicio en la categoría inferior. Por tanto, no es una gracia ni un capricho de autoridad alguna ni un favoritismo que pueda tener fundamento en nexos políticos o de amistad, sino un derecho que se funda en méritos y rendimientos efectivos, que deben ser evaluados objetivamente por el Consejo de la Judicatura, conforme a la disposición del artículo 40 del proyecto. De allí la íntima vinculación que tienen en el sistema adoptado en el proyecto estos dos capítulos del título III: El Capítulo I que trata de los ascensos, traslados y permutas, y el Capítulo II que trata del rendimiento de los jueces.

El segundo principio fundamental en materia de ascensos, está contenido en el artículo 31, según el cual los ascensos se

harán previo Concurso-Oposición entre jueces de la misma categoría, sin perjuicio de la preferencia establecida en el ordinal 2º del artículo 25. Sin embargo, se establece que para los ascensos de la Categoría "B" a la Categoría "A", el Consejo de la Judicatura podrá limitar el Concurso a la sola prueba de credenciales y méritos a que se refiere el artículo 28 y a la evaluación del rendimiento como se indica en el artículo 40. Excepción ésta que tiene su fundamento en la consideración de que el tiempo de servicio de los jueces en esta posición, su experiencia en la judicatura a través de los años de servicio y su rendimiento satisfactorio y demás méritos acumulados, justifican la exoneración de aquellas pruebas del Concurso, que en cambio resultan indispensables para los funcionarios con menor tiempo en el ejercicio de la judicatura.

Otras disposiciones de este capítulo se refieren a los traslados del Juez a circuito diferente (artículo 35), por conveniencia pública o del servicio por solicitarlo así el interesado y en los casos de preferencia a que se refiere el ordinal 1º del artículo 25 del proyecto.

El capítulo lo cierran los artículos 36 y 37, relativos a la permuta el primero, que permite a los jueces de una misma categoría permutar sus cargos aunque sean de competencias diferentes y pertenezcan a regiones distintas, previa aprobación del Consejo de la Judicatura; y el último a aclarar que los ascensos, traslados y permutas no interrumpen el tiempo de servicio para todos los fines de la carrera judicial.

Especial trascendencia tiene el capítulo II dedicado al rendimiento de los jueces. El principio fundamental en esta materia lo recoge el artículo 38 en los siguientes términos:

"Los jueces están obligados a procurar un rendimiento creciente en el ejercicio de sus funciones. La inamovilidad del juez, que asegura la presente ley, no debe apagar en su espíritu el deseo de superación mediante la acumulación de méritos y credenciales que le permitan ascender en el escalafón judicial y contribuir a una eficaz y pronta administración de justicia".

Si en el caso del ascenso se trata de un derecho, en el presente caso el juez está en presencia de un deber, cuyo cumplimiento satisfactorio, prolongado en el tiempo de servicio

mínimo en la categoría correspondiente, origina aquel derecho al ascenso a la categoría inmediatamente superior.

El rendimiento del juez en el ejercicio de su cargo ha de ser constante y continuado y será evaluado por el Consejo de la Judicatura anualmente y cada vez que deba procederse a un concurso-oposición según la presente ley (artículo 39).

Aquí el Consejo de la Judicatura ha de proceder a una evaluación objetiva del rendimiento del juez, extraña a toda consideración subjetiva y caprichosa, sujetándose para ello a los elementos de apreciación que enumera el artículo 40 del proyecto. Sin embargo, la escala de rendimiento satisfactorio, no la fija el proyecto y la deja al reglamento de la ley, tomando en cuenta las categorías de jueces, las materias de su competencia y el movimiento general de trabajo en los diferentes circuitos o regiones.

Después de regular en el capítulo III los permisos y licencias, el título concluye con el capítulo IV destinado a las amonestaciones y suspensiones de los jueces.

Son éstas dos formas de sanciones a que puede dar motivo la responsabilidad disciplinaria del juez en el ejercicio de sus funciones. Están concebidas tomando en cuenta la gravedad de la falta y se relacionan algunas de ellas de tal modo, que la reincidencia del juez en algunas causas de amonestación, o en una nueva infracción después de haber sufrido dos (2) amonestaciones, es causa de suspensión del juez en el ejercicio de sus funciones, que es una sanción más grave que la anterior.

También aquí las causas de amonestación y de suspensión están expresamente señaladas en los artículos 47 y 48 del proyecto y deben considerarse taxativas o *numerus clausus*, no susceptibles de extensión por analogía ni por interpretación extensiva, pues de otro modo, no podría asegurarse la objetividad del Consejo de la Judicatura en la imposición de la sanción, ni la garantía del juez, de no ser penado por una falta no prevista en la ley (*nulla poena sine lege*).

Especial trascendencia tiene en esta materia la disposición del párrafo segundo del artículo 47 que obliga a los jueces

que conozcan en grado de una causa a hacer al inferior la amonestación, por oficio, en caso de observar las omisiones, retrasos y descuidos a que se refiere el ordinal 9º del mismo artículo y a enviar al Consejo de la Judicatura copia del mismo, a los fines indicados en el párrafo primero, sancionándose a la vez el incumplimiento de este deber por parte de los jueces que conocen en grado de las causas con la respectiva amonestación por el Consejo de la Judicatura.

Se crea así la posibilidad de que dentro del sistema de las instancias los mismos jueces del orden judicial sean los controladores de las omisiones, retrasos y descuidos en la tramitación de los procesos o de cualquier negligencia en los mismos, y estén obligados a imponer la sanción de la amonestación, con gran provecho para la eficaz administración de justicia y para la celeridad procesal.

Finalmente, conviene destacar la trascendencia que tiene en el régimen del proyecto la causa de suspensión del juez, prevista en el ordinal 9º del artículo 48, por no participar el juez en los concursos-oposiciones para ascenso, convocados por el Consejo de la Judicatura conforme al artículo 32. Ella trata de evitar el estancamiento del juez o su burocratización y persigue al mismo tiempo que la carrera tenga la movilidad deseada y que sus funcionarios se encuentren estimulados a una gradual superación en el ejercicio de sus funciones, reflejada en el ascenso oportuno a posiciones superiores en el escalafón judicial.

VII. LA TERMINACION DE LA CARRERA

La terminación de la carrera judicial está contemplada en el título IV del proyecto en dos capítulos. El primero relativo a las destituciones y el segundo a los retiros, pensiones y jubilaciones. En otras palabras, se regulan en estos dos capítulos las causas anormales de terminación de la carrera (destitución) y las causas normales que suponen la culminación del funcionario en la carrera, por tiempo de servicio, que justifican su retiro y el derecho a la jubilación.

Las causas de destitución del juez están previstas en el artículo 49. Ellas expresan en concreto, los casos en que el interés general en la recta y pronta administración de justicia priva sobre el interés particular del juez a permanecer en su cargo, realizándose así el principio dogmático y práctico a la vez, contenido en la disposición fundamental del artículo 2º del proyecto.

También estas causas de destitución son taxativas y no pueden ampliarse por analogía o por interpretación extensiva. Están constituidas por los casos más graves de faltas o situaciones en las cuales el juez debe ser removido de su cargo conforme a la ley. Algunas de ellas tienen un propósito moralizador y de defensa de la idoneidad y decoro de los Tribunales; otras tienen una finalidad sancionadora de la incapacidad, de la ignorancia o de la negligencia inexcusable del juez, que ponen en tela de juicio su imparcialidad, aunque no haya dolo.

En cuanto a los retiros y jubilaciones, se establece que los jueces que hayan cumplido veinticinco años de servicios podrán optar por su jubilación, y aquéllos de cualquier edad que hayan cumplido treinta años de servicios, pasarán a la situación de retiro y tendrán derecho a la jubilación.

Se contemplan también los casos en que los jueces lleguen a inhabilitarse en forma permanente. En estos casos se dispone que cuando esto ocurra después del décimo año de servicio, los jueces tendrán derecho a una pensión de tantos veinticincoavos de sueldo como años de servicio tengan, y pasarán a la situación de retiro. Se garantiza además a los jueces las indemnizaciones de antigüedad y auxilio de cesantía que contempla la Ley del Trabajo, cuando cesen en el ejercicio de sus funciones.

Los títulos restantes del proyecto se dedican al procedimiento disciplinario, a la seguridad social de los jueces, a la escuela de la judicatura y a las disposiciones transitorias.

VIII. DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Uno de los problemas más delicados y difíciles es el relativo a la aplicación de las normas sobre estabilidad a los ac-

tuales miembros del Poder Judicial. Si bien es del conocimiento público que existen algunos funcionarios incompetentes, faltos de vocación para el servicio de la justicia y corrompidos, que deben ser removidos de sus cargos, esta situación excepcional no debe involucrar a la gran mayoría de jueces honestos, diligentes y responsables que en largos años de servicio a la judicatura, han demostrado su vocación y su celo por la recta administración de justicia.

Se hacía necesario pues, idear un sistema de transitoriedad, que sin menoscabo de la garantía de estabilidad de los jueces honestos y diligentes que les asegura la Constitución, permitiera al mismo tiempo una limpieza del Poder Judicial en la forma más objetiva, prudente y considerada, dentro de un plazo razonablemente conveniente, sin provocar una crisis o ruptura del orden judicial y de la continuidad de este servicio esencial.

Con este fin, el artículo 74 dispone que en el transcurso de los dos años siguientes a la promulgación de la Ley de la Carrera Judicial, el Consejo de la Judicatura tome progresivamente las medidas y pasos previstos en las disposiciones transitorias a los fines del cumplimiento de la nueva ley.

En la disposición transitoria PRIMERA, se dispone que el Consejo formará un Cuadro de Antigüedad y otro de Méritos de los jueces actualmente en ejercicio de sus funciones. Para formular el Cuadro de Méritos de cada juez, el Consejo deberá tomar en consideración las circunstancias y hechos que la disposición menciona, entre los cuales destacan: el rendimiento del juez en los tres últimos años de ejercicio del cargo, evaluado como se indica en el artículo 40 del proyecto y el concepto que merezca el juez por su conducta moral.

Otras circunstancias a evaluarse se refieren a los estudios y publicaciones de índole jurídica realizadas por el juez en el mismo período; las denuncias, quejas, sanciones y medidas disciplinarias a que haya estado sujeto y la celeridad en la tramitación y resolución de las causas y las que se hallaren en relación o diferidas las sentencias o la duración de éstas.

Estos cuadros deberán ser preparados por el Consejo de la Judicatura en un plazo de seis meses, prorrogables por un período igual, si fuere necesario, a juicio del Consejo.

Conforme a la disposición transitoria SEGUNDA, el Consejo de la Judicatura sacará a Concurso-Oposición los cargos de aquellos jueces cuyos cuadros de méritos no resulten satisfactorios. Los jueces en ejercicio de dichos cargos no serán admitidos al Concurso, pero permanecerán en ellos hasta que el cargo sea provisto conforme a la nueva ley.

En la disposición transitoria TERCERA, se establecen los plazos para la realización de los Concursos, y en la CUARTA, se dispone la ubicación en el escalafón judicial de los jueces cuyo Cuadro de Méritos haya resultado satisfactorio, y de aquellos concursantes que hayan resultado favorecidos en el Concurso-Oposición asignándoles su antigüedad correspondiente.

Concluyen las disposiciones transitorias fijando las edades para concursantes en las Clases "A" y "B" (mayores de treinta años), y en las Clases "C" y "D" (mayores de veinticinco años), y dejando al Ejecutivo Nacional dictar el Reglamento del Personal Judicial a que se refiere el artículo 71.

REGIMEN DE LAS MULTAS Y OTRAS SANCIONES PREVISTAS EN LA LEY DE MINAS Y SU REGLAMENTO GENERAL

Germán Acedo Payarez

SUMARIO: 1. Abreviaturas. 2. Cuadro esquemático. 3. Textos analizados. 4. Orden seguido en nuestro análisis. 5. Cuantía de las multas. 6. Monto mínimo de las multas equivalente a cero. 7. Número de sanciones previsto. 8. Multas equivalentes al quintuplo del perjuicio "efectivo" o "probable". 9. Penas o sanciones accesorias: Paralización de labores, etc. 10. Empleo indebido de las aguas. 11. Análisis del artículo 137° del Reglamento General de la Ley de Minas: Cuentas y libros especiales. 12. Irrelevancia del tipo o naturaleza del yacimiento del cual se trate. 13. Multas e Impuesto sobre la Renta. 14. Actas fiscales. Breve referencia al artículo 420° de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, etc. 15. Recursos contra las multas en materia minera. 16. Principio de la graduación de la pena. 17. Antecedentes histórico-legislativos. 18. Caducidad y régimen de sanciones. 19. Breve referencia a la naturaleza de las sanciones previstas en la Ley de Minas. Prescripción. 20. La reincidencia en el Estatuto Minero Venezolano. 21. Nuestro criterio en lo que concierne a la reincidencia prevista en el Estatuto Minero Venezolano. 22. Interpretación del artículo 112 de la Ley de Minas: Referencia al principio *nulla poena sine praevia lege*. 23. Sujetos de las sanciones previstas en el Estatuto Minero. 24. Interpretación del ordinal 1° del artículo 173 de la Ley de Minas (responsabilidad del principal). 25. Consecuencias de la infracción del Estatuto Minero. 26. Naturaleza jurídica de los ingresos percibidos por el Fisco Nacional por concepto de multas. 27. Interpretación del artículo 123 de la Ley de Minas. 28. De la calificación de la fianza a los efectos del ejercicio de recursos de apelación: Interpretación del párrafo único del artículo 174 de la Ley de Minas. 29. Breve referencia al tema de la interpretación de las normas sobre multas previstas en el Estatuto Minero. 30. Conclusión.

1. ABBREVIATURAS

CN:	Constitución Nacional.
CP:	Código Penal.
EN:	Ejecutivo Nacional.
EXT:	Extraordinario.
GO:	Gaceta Oficial.
LH:	Ley de Hidrocarburos.
LM:	Ley de Minas.
LOHPN:	Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.
MEM:	Ministerio de Energía y Minas.
RGLH:	Reglamento General de la Ley de Hidrocarburos.
RGLM:	Reglamento General de la Ley de Minas.

2. CUADRO ESQUEMATICO

Concepto	LEGISLACION ARTICULOS		MONTO BS.			Observaciones
	LM	RGLM	Máximo	Término medio	Mínimo	
01) Falta de representante en Venezuela de la concesionaria domiciliada en exterior.	25	—	500,00	375,00	250,00	Reincidencia: 500,00/1.000,00.
02) Empleo de procedimientos ilegales en libre aprovechamiento (uso de métodos no primitivos).	45	—	1.000,00	?	-0-	+ Paralización de los trabajos.
03) Explotación por libre aprovechamiento de vetas o mantos definidos.	48	—	1.000,00	?	-0-	+ Paralización de los trabajos.
04) Mal uso de las aguas o su desperdicio.	73	—	500,00	300,00	100,00	+ Corrección del empleo de las aguas.
05) No presentación de Informe Mensual por los concesionarios.	Art. 94, ord. 6°; 95	—	200,00	125,00	50,00	Reincidencia: Duple (Art. 95 LM).
06) No presentación del Informe General Anual, por los concesionarios.	Art. 94, ord. 7°	—	500,00	300,00	100,00	Reincidencia: Duple (Art. 95 LM).
07) No presentación del Inventario General (incluyendo efectos importados bajo exoneración).	Art. 94, ord. 8°	—	500,00	300,00	100,00	Reincidencia: Duple (Art. 95 LM).
08) Enajenación a terceros de efectos exonerados, sin previo pago de los derechos aduaneros.	99	—	20.000,00	10.500,00	1.000,00	

Concepto	LEGISLACION ARTICULOS			MONTO BS.			Observaciones
	LM	RGLM	Máximo	Término medio	Mínimo		
09) Faltas comprobadas a los empleados en la formación de expedientes o incumplimiento de sus obligaciones.	108	—	200,00	125,00	50,00	—	
10) Explotación ilegal de minerales (incluye exploraciones convertidas en explotaciones).	109 131	—	1.000,00	?	-0-	—	
En caso de que el perjuicio para el Fisco exceda de Bs. 200,00.						Quíntuplo del perjuicio (efectivo o probable).	
11) Infracciones de la LM que puedan perjudicar la Renta Minera.	110	—	—	—	—	Quíntuplo del perjuicio (efectivo o probable).	
12) Infracciones a la LM no especialmente previstas.	112	—	2.000,00	1.025,00	50,00	Doble en caso de reincidencia.	
13) Infracciones a REGLAMENTOS.	113	—	2.000,00	1.025,00	50,00	—	
14) COMERCIALIZACION DE MINERALES:	—	137 y ss.	—	—	—	—	
a) Falta de inscripción en el MEM.	—	137 (1º) 171 (5ª)	1.000,00	525,00	50,00	—	
b) No colocación de rótulo en la fachada del establecimiento.	—	137 (2º) 171 (5ª)	1.000,00	525,00	50,00	—	

Concepto	Legislación Artículos RGLM	MONTO BS.			Observaciones
		Máximo	Término medio	Mínimo	
c) <i>No llevar cuentas especiales.</i>	137 (3º)	1.000,00	525,00	50,00	—
1) Compra de minerales de libre aprovechamiento.	171 (5ª)				
2) Compra de minerales de concesiones.					
3) Operaciones de reventa y exportación.					
4) Trabajos de:					
— purificación					
— aleación					
— transformación					
— industrialización					
5) Correduría de minerales.					
6) Agente exportador de minerales.					
7) Salidas, por cada concepto.					
d) <i>No llevar libros:</i>	137 (4º)				
1) <i>Compras:</i>	171 (5ª)	1.000,00	525,00	50,00	—
— Fecha					
— Vendedor					
— Cantidad					
— Especificación					
— Procedencia					
— Valor					
2) <i>Reventa o Exportación:</i>					
— Fecha					
— Cantidad					

Concepto	Legislación Artículos RGLM	Máximo	Término medio	Mínimo	Observaciones
— Especificación					
— Valor					
— Comprador					
— Comisionista					
— Agente exportador					
3) <i>Comisionistas no exportadores:</i>					
— Fecha					
— Cantidad					
— Especificación					
— Valor					
— Comitente					
4) <i>Purificación, Aleación, Transformación, Industrialización:</i>					
— Aplicación (uso)					
— Salida del mineral					
— Cantidad					
— Clase					
— Valor					
e) No participar al MEM el mineral de libre aprovechamiento comprado con obligación de pagar el impuesto de explotación (Regalía).	137 (5º) 171 (5ª)	1.000,00	525,00	50,00	—
f) No participar al MEM las cantidades de mineral (proceden-	137 (6º) 171 (5ª)	1.000,00	525,00	50,00	—

Concepto	Legislación Artículos RGLM	MONTO BS.			Observaciones
		Máximo	Término medio	Mínimo	
te de concesiones explotadas) compradas.					
— Procedencia					
— Explotador					
— Liquidación fiscal					
— Pago planillas impuesto explotación					
g) No participar al MEM cantidades de mineral salidas del establecimiento durante mes anterior.	137 (6º) 171 (5ª)	1.000,00	525,00	50,00	—
— Valor					
— Especificación					
— Destinatario					
— Destino					
— Causa de la salida					
h) No suministro de informes al MEM.	137 (8º) 171 (5ª)	1.000,00	525,00	50,00	—
i) No informar al MEM cantidades de mineral despachadas desde las minas.	138 171	1.000,00	525,00	50,00	—
— Cantidad					
— Especificación					
— Valor					
— Destinatario					
— Destino					
— Causa (salida o despacho)					

Concepto	RGLM	Máximo	Mínimo	Observaciones	
15) CIRCULACION DE MINERALES	142 y ss.	—	—	—	
a) Ausencia de "guía" por triplicado:	171 (5ª)	1.000,00	525,00	50,00	Equivale a explotación ilegal (Art. 147 RGLM).
— Fecha explotación					
— Expedidor del mineral					
— Destinatario					
— Vía					
— Razón del envío					
— Mineral					
— Unidades					
— Peso					
— Valor					
— Cantidad					
— Planilla de Liquidación (datos)					
b) Transportista sin "guía".	171 (5ª)	1.000,00	525,00	50,00	Idem
c) Poseedor del mineral sin "guía".	171 (5ª)	1.000,00	525,00	50,00	Idem
d) Ausencia de "Guía Auxiliar" si se vende o exporta parcialmente mineral amparado por "Guía Original".	171 (5ª)	1.000,00	525,00	50,00	Idem
e) Etcétera.	171 (5ª)	1.000,00	525,00	50,00	
16) Infracción de normas de policía de las minas en cuanto al Orden Público en las minas.	Art. 166/170	a) 100,00 b) 200,00	62,50 125,00	25,00 50,00	Disposiciones policiales, de aplicación preferente (en su ausencia, se preven las multas). Lo previsto en b), es

Concepto	Legislación Artículos RGLM	MONTO BS.			Observaciones
		Máximo	Término medio	Mínimo	
17) No participación a la 1ª Autoridad Civil del Municipio, de la realización de exploraciones.	Art. 3º 171 (1ª)	200,00	125,00	50,00	para el caso de reincidencia. Reincidencia: — Duplo (primera vez). — Hasta Bs. 20.000,00 (en casos ulteriores).
18) Falta de comunicación de lo anterior al MEM.	Art. 3º 171 (1ª)	200,00	125,00	50,00	Idem
19) Abandono material de la concesión.	Art. 61 171 (3ª)	1.000,00	525,00	100,00	Idem
20) Infracciones del RGLM (Arts. 60/136) no previstas en él.	Art. 171 (4ª)	1.500,00	800,00	100,00	Idem
21) Infracciones del RGLM (Arts. 137/149).	Art. 171 (5ª)	1.000,00	525,00	50,00	Idem
22) Cualquier infracción no prevista en el RGLM.	Art. 171 (6ª)	500,00	260,00	20,00	Idem

3. TEXTOS ANALIZADOS

Nos referimos a la Ley de Minas (LM) promulgada el 28-12-44 (G. O. N° 121 - Ext. del 18-1-45) y a su Reglamento General (RGLM), expedido igual fecha (28-12-44) e inserto en el mismo ejemplar de la Gaceta Oficial.

4. ORDEN SEGUIDO EN NUESTRO ANALISIS

A los efectos de la elaboración del anterior cuadro esquemático, hemos empleado el mismo orden dispuesto en ambos textos, tanto por el Legislador como por el Poder Reglamentario.

5. CUANTIA DE LAS MULTAS

La cuantía de las multas, salvo casos excepcionales, es bastante reducida, exigua, por mejor decir; ni remotamente se adecúan a la realidad económica, desde ha largo tiempo. Por lo demás, se hace prácticamente nulo el efecto conminatorio. Ello es sabido por todos.

6. MONTO MINIMO DE LAS MULTAS EQUIVALENTE A CERO

El caso de las multas cuyo monto mínimo es el signo sin valor propio "cero", imposibilita —por completo—, la aplicación del muy importante principio de la graduación de la pena fiscal, no pudiéndose determinar, en forma alguna que se nos ocurra, el "TERMINO MEDIO" de la sanción aplicable al infractor, de conformidad con la fórmula acogida por el artículo 37 del CP y el artículo 310 de la LOHPN.

7. NUMERO DE SANCIONES

Es apreciable el número de sanciones previstas, en forma minuciosa y detallada, al igual que la diversidad de hechos acreedores de las mismas.

Indudablemente, a nuestro juicio, en la elaboración de los referidos textos se actuó con un muy apreciable conocimiento de causa; lo cual contrasta, sin duda, con la apresurada y alegre y, por lo tanto imperfecta, forma de "legislar" observable entre nosotros durante las últimas dos décadas.

8. MULTAS EQUIVALENTES AL QUINTUPLO DEL PERJUICIO "EFECTIVO" O "PROBABLE"

Cuando se establecen sanciones equivalentes, por ejemplo, al quintuplo (5 veces) del perjuicio ocasionado, se toma en cuenta —acertadamente, en nuestro criterio—, tanto el daño —término intercambiable—, "efectivo" (real y verdadero) como el "probable" (sucesible); esto se justifica por el interés fiscal de impedir o evitar al máximo, la ocurrencia del hecho sancionado.

Todo ello, por supuesto, habrá de ser debidamente razonado y/o motivado, en el acto administrativo por cuyo intermedio se establezca la pena al particular.

9. PENAS O SANCIONES ACCESORIAS: PARALIZACION DE LABORES, ETC.

Existen casos en los cuales, además del pago de la multa —pena pecuniaria—, su ocurrencia conlleva otro tipo de penas accesorias; por ejemplo, la paralización de los trabajos que venían ejecutándose ilegalmente, etc., lo cual también implica en definitiva, una afectación o alteración patrimonial adicional o complementaria.

10. EMPLEO INDEBIDO DE LAS AGUAS

En el caso del indebido uso de las aguas (o su desperdicio), se aplica la pena pecuniaria y se ordena la corrección del empleo de aquellas.

11. ANALISIS DEL ARTICULO 137 DEL REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY DE MINAS: CUENTAS Y LIBROS ESPECIALES

Los libros a los cuales se refiere el estatuto minero son diversos, obviamente, a los que prevé la legislación mercantil, con respecto a los comerciantes (artículos 32 y ss. del Código de Comercio, que se contraen a la "contabilidad mercantil").

Por cierto, la contabilidad de la industria minera reviste características propias, al igual que la de los hidrocarburos, la maderera o la de un gran almacén, etc.; y, aún dentro del ramo minero, será diferente la contabilidad de la empresa que explota el mineral, a la llevada por ejemplo, por la compañía vendedora de ese mineral, etc.

La *contabilidad minera* persigue, principalmente, registrar todos los gastos e ingresos hechos o percibidos por la persona dedicada a esta actividad, determinar los resultados económicos derivados de la explotación de los yacimientos, conocer la situación financiera; además, y ello es trascendental, permite el correspondiente control fiscal y/o tributario, por parte de las autoridades competentes (Ministerio de Energía y Minas y de Hacienda, Contraloría General de la República, etc.).

12. IRRELEVANCIA DEL TIPO O NATURALEZA DEL YACIMIENTO DEL CUAL SE TRATE

Ni la Ley de Minas ni su Reglamento y en lo que concierne a las sanciones previstas en dichos textos, contemplan —en forma alguna—, distinciones fundadas en la naturaleza del yacimiento; tales diferenciaciones aparecen debida y ordenadamente clasificadas y analizadas en nuestro ensayo intitulado "La Ley de Minas vigente y su distinción entre concesiones de mineral de veta o manto y aluvión", inserto en el Diario N° 2.333 del 29-3-73 de "Repertorio Forense" y ulteriormente reproducido en la p. 59 y ss. del Tomo 26 (1er. trimestre de 1973) de dicha publicación.

En efecto, nuestra Ley de Minas alude a tres categorías de minas: 1) filón o veta; 2) manto o capa y 3) aluvión, placeres, etc.

El legislador, salvo en lo que concierne al Libro Tercero de la Ley de Minas, estatuyó notables diferencias en base al tipo de yacimiento; así, por ejemplo: a) enajenación y traspaso de concesiones, b) principio de la unidad de la concesión o de la accesión minera, c) plazos, d) cabidas, e) duración, f) impuestos, etc.; no así, en líneas generales, en lo que atañe a las multas señaladas en el Estatuto Minero Venezolano.

De lo anterior se deduce, a nuestro parecer, que el legislador no fue consecuente; tanto el texto legal como el reglamentario, regulan substancias de diferente valor económico, estratégico, industrial, comercial, etc.

Ello es evidente; las substancias sometidas al Libro Tercero de la Ley de Minas, por ejemplo, son mucho más importantes desde todo ángulo, que las reguladas por otras disposiciones; de ahí que, a nuestro juicio, haya sido y sea aconsejable que el legislador hubiera previsto sanciones de mayor entidad o cuantía en lo que incumbe a esas substancias.

13. MULTAS E IMPUESTO SOBRE LA RENTA

Como es sabido, nuestra Ley de Impuesto sobre la Renta, no permite la deducibilidad de las multas pagadas por los contribuyentes, cualquiera que sea la naturaleza de aquellas o de éstos; las multas no son imputables al costo, tampoco son gastos "normales" ni "necesarios"; a lo sumo, se habrán causado durante el ejercicio y serán territoriales, pero ambos elementos no alcanzan ni son suficientes en modo alguno para considerar deducibles las respectivas erogaciones. Permitir su deducción equivaldría a recompensar, favorecer o premiar, a quienes han actuado o procedido ilegalmente y se han hecho, por ende, pasibles de sanciones pecuniarias. (Véase al respecto, el artículo 39 del Estatuto Impositivo vigente).

Consecuencialmente, las multas de las cuales se trata, las de naturaleza aduanera, etc., no pueden incluirse, válidamente, entre los costos y deducciones previstos en la Ley de Impuesto sobre la Renta.

14. *ACTAS FISCALES. BREVE REFERENCIA AL ARTICULO 420 DE LA LEY ORGANICA DE LA HACIENDA PUBLICA NACIONAL*

El texto del artículo 420 del citado texto legal orgánico es el siguiente:

“LA MULTA QUE NO SEA APLICADA POR LOS TRIBUNALES, se impondrá en virtud de RESOLUCION MOTIVADA que dicte el funcionario autorizado para imponerla, PREVIO LEVANTAMIENTO DE ACTA donde se harán constar específicamente todos los hechos relacionados con la infracción, acta que deben firmar, según el caso, el funcionario y el contraventor, o el jefe o encargado del establecimiento u oficina. LA RESOLUCION SE NOTIFICARA AL MULTADO, pasándole copia de ella, junto con la correspondiente planilla de liquidación a fin de que consigne el monto de la multa en la oficina del Tesoro en el lapso señalado en la planilla, más el término de distancia ordinario”.

Al no haber previsión contraria en el estatuto minero y al tratarse de una sanción pecuniaria impuesta por un órgano administrativo (no jurisdiccional), el susodicho artículo 420 del Estatuto Común de la Hacienda es, a nuestro parecer, absoluta y enteramente aplicable.

El ordinal 3º del Artículo 173 del RGLM prevé:

“Para la imposición de MULTAS, el funcionario fiscal que notare la falta que las motiva, 1) pondrá constancia de ésta por medio de un ACTA en el expediente respectivo, 2) decretará la imposición de la pena, 3) notificará al penado y 4) liquidará la planilla correspondiente, la cual se cancelará dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que haya sido recibida por el multado...”.

OBSERVAMOS:

a) Tal “acta” ha de sujetarse, como acotamos, a los requisitos del artículo 420 de la LOHPN, so pena de nulidad. Tal es nuestro criterio y así lo ha ratificado en muchas ocasiones la Corte Suprema de Justicia (Sala Político-Administrativa).

b) La norma minera ordena la formación de un “expediente”, valga decir, de un conjunto de antecedentes y documentos relacionados con el caso. Se trata del denominado “expediente administrativo”.

c) Es improcedente, desde un punto de vista legal, que el mismo funcionario “liquide la planilla correspondiente”; ello incumbe a la Dirección de Administración del Ministerio de Energía y Minas.

¡Poco faltó al texto reglamentario minero para atribuirle, incluso al mismo funcionario que impone la sanción, la facultad de recaudar o percibir su monto!

d) Compárese el texto del citado artículo 173 del RGLM con el de los artículos 128 y 129 del RGLH:

“Art. 128. — Cuando los Inspectores Técnicos notaren que algún concesionario ha incurrido en cualquiera de las faltas a que se refieren los artículos 85 y 86 de la Ley, procederán, sin pérdida de tiempo, a extender un acta en que hagan constar la falta con todas sus circunstancias, la cual remitirán a la Oficina Técnica de Hidrocarburos para que, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley, se proceda a la imposición de la multa a que hubiere lugar, mediante Resolución que se dicte al efecto.

“Unico. — En el caso de que sea un Inspector de Campo, quien descubriere la infracción, levantará el acta arriba mencionada, y la remitirá al Inspector Técnico de quien dependa, a fin de que éste la envíe a la Oficina Técnica de Hidrocarburos acompañada de un informe pormenorizado acerca del asunto”.

“Art. 129. — Impuesta una multa, la Dirección de Administración del Ministerio de Fomento expedirá la correspondiente planilla, la cual deberá ser pagada dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que sea recibida por el infractor, a menos que éste, en el caso de que apelare de la imposición de la multa, dé caución por el pago mientras queda definitivamente decidido el recurso”.

(Léase “Ministerio de Energía y Minas” donde se señala —válido para 1943 y hasta el año 1950—, “Ministerio de Fomento”, que se ocupó de todo lo concerniente a Minas y a

Hidrocarburos hasta 1950, año en el cual fue expedido el "Estatuto Orgánico de Ministerios", cuyo artículo 30 instituyó el "Ministerio de Minas e Hidrocarburos"; actualmente, "Ministerio de Energía y Minas").

15. RECURSOS CONTRA LAS MULTAS EN MATERIA MINERA

a) LM: De las multas impuestas de conformidad con los artículos 109 al 113, ambos inclusive, puede "reclamarse" (es decir, acudir ante el máximo superior jerárquico para que éste reconozca la existencia de algún derecho o la ilegalidad de la actuación del funcionario de rango inferior), ante el Ministerio de Energía y Minas, cuando la sanción hubiere sido impuesta por los funcionarios fiscales; así lo prevé el artículo 114 de la LM.

b) RGLM: Su artículo 174 contempla "recursos de apelación" —previo afianzamiento—, ante el Ministro del Ramo.

Tal recurso de apelación existiría, al igual que el de reconsideración, aún en el caso de silencio al respecto —como ocurre con el recurso de reconsideración—, tanto del texto legal como del reglamentario; ello es doctrina tanto judicial como de los autores entre nosotros, desde ha largo tiempo y en forma pacífica.

c) No se prevé "recurso de gracia" (o de súplica, como le llaman algunas legislaciones extranjeras); por tanto, será preciso fundarlo en el texto del artículo 316 de la LOHPN:

"El Ejecutivo Nacional tiene facultad para rebajar las penas de multa y comiso que impongan las leyes fiscales o eximir de ellas cuando concurren circunstancias que demuestren falta de intención dañosa en el contraventor. En todo caso se formará expediente justificativo y se resolverá en providencia motivada".

d) La "Ley Orgánica de la Administración Central" (G. O. 1932 Ext. del 28-12-76) le confiere expresas facultades al Ministro de Energía y Minas —y a los demás, en su caso—, para "resolver en última instancia administrativa los recursos ejercidos contra las decisiones de los organismos y autoridades del

Ministerio" (ordinal 18 del artículo 20 del novísimo texto legal orgánico).

e) Tampoco se contempla específicamente la hipótesis factible por lo demás—, de las denominadas "reclamaciones" derivadas de "errores materiales" (Cfr. Ley de Impuesto sobre la Renta, artículo 130).

16. PRINCIPIO DE LA GRADUACION DE LA PENA

Como es sabido, está contemplado en el artículo 37 del CP y en el 310 de la LOHPN; en caso de norma especial expresa en sentido contrario contenida en el Estatuto Minero, éste último sería de preferente aplicación.

17. ANTECEDENTES HISTORICO - LEGISLATIVOS

El Código de Minas de 1854 preveía en su Ley VII ("De la policía y de la jurisdicción relativa a las minas"), lo siguiente:

"Artículo 1º—Las contravenciones de los propietarios explotantes de minas no concesionarios todavía o de otras personas, a las leyes y reglamentos, serán denunciadas y sustanciadas como las contravenciones en materia de pura policía".

Obsérvese, entre otros particulares, que se considera al explotante (explorador) como "Propietario", aún en el caso de que todavía no revista la cualidad de "concesionario".

"Artículo 2º.—Las penas serán de veinticinco a doscientos pesos y del doble en caso de reincidencia. También puede imponerse de diez a treinta días de prisión correccional, salvo los daños y perjuicios que sufrieren las partes", no incluyéndose los experimentados por terceros, cuyo régimen quedaría sometido al Derecho Común.

18. CADUCIDAD Y REGIMEN DE SANCIONES

La caducidad está contemplada en el Estatuto Minero; así, por ejemplo:

a) Artículo 30 LM.— Caducidad, en ciertos casos relacionados con la capacidad en Derecho Minero, que presupone la civil pero que no son enteramente coincidentes.

b) Artículo 53 LM.— Causales de caducidad del denuncia.

c) Artículo 55 LM.— Causales de caducidad de las concesiones mineras (falta de pago de impuestos especiales, el hecho de no haber empezado la explotación o laboreo, suspensión de trabajos).

La Ley de Hidrocarburos también prevé causales de caducidad; así por ejemplo, las establecidas en los artículos 69 y ss. de dicho texto legal.

Ahora bien, la caducidad como tal, si bien puede considerarse como una sanción (extinción de la concesión, etc.), no está concebida como “multa”, en forma específica. Ello nos parece acertado porque las multas constituyen la pena por excelencia aplicable a las infracciones fiscales y *equiparables* o similares.

19. BREVE REFERENCIA A LA NATURALEZA DE LAS SANCIONES PREVISTAS EN LA LEY DE MINAS. PRESCRIPCION

a) *Terminología*: La LM (Libro Primero, Título XIII) se refiere a “la responsabilidad... y a las MULTAS”, en el epígrafe correspondiente a dicho Título Décimo Tercero; por su parte, el RGLM (Título IX) se contrae a las “PENAS”.

Por su parte, el Capítulo V de la Ley de Hidrocarburos, utiliza el término “PENAS”; su Reglamento General (RGLH) emplea idéntica denominación: “PENAS”.

Como puede verse, en los textos sobre hidrocarburos se observa una idéntica terminología: “PENAS”; no así en lo concerniente a la LM y a su RG, que usan conceptos diversos: “MULTAS y PENAS”.

Esto último denota una ausencia de rigor sobre el particular; en efecto, toda multa constituye una pena, pero no ocurre lo propio a la inversa.

Las multas son generalmente de orden pecuniario (pagaderas en dinero efectivo); pueden convertirse subsidiariamente en

arrestos, por ejemplo; y tiene cabida en el Derecho Penal (una de las sanciones más benignas), en el Derecho Administrativo, en el Derecho Tributario, en el Derecho Minero y Petrolero y en muchas otras ramas del Derecho y aún en el caso del Derecho Privado (“cláusulas penales” convencionales, por ejemplo).

La pena, por su parte, equivale al castigo impuesto al que ha cometido un delito o falta, generalmente establecida por la autoridad judicial; nada obsta a que sea impuesta por la autoridad administrativa (pena de arresto policial, por ejemplo).

La sanción, finalmente y en lo que concierne al Derecho Penal, es la pena o castigo que éste prevé para quienes incurran en hechos punibles.

b) Tanto la LM como su RG, se refieren muchas veces a verdaderas y auténticas multas, que hemos especificado en el Cuadro Esquemático, al comienzo de este ensayo.

Esas sanciones pecuniarias (de orden patrimonial) recaen sobre faltas o infracciones de diverso género o especie; un hecho determinado puede dar lugar a la imposición de una sanción de orden pecuniario prevista en el Estatuto Minero; al propio tiempo, ese mismo hecho contemplado en dicho Estatuto, puede acarrear sanciones de otra naturaleza: pérdida de derechos conferidos al concesionario minero, por ejemplo; pero, también puede conllevar responsabilidad penal, tal y como lo contempla el ordinal 4º del artículo 172 del RGLM:

“Lo dispuesto en los artículos anteriores *no excluye* la aplicación por los Tribunales de la República, de las penas correspondientes a las responsabilidades que de cada hecho se deriven conforme a las leyes generales, en especial cuando se trate de *DELITOS* o *FALTAS* calificadas por el CODIGO PENAL”.

Entre esas leyes generales, cabe destacar ahora, las de índole fiscal, por ejemplo; tal sería el caso de la enajenación de efectos introducidos al país bajo un régimen de exoneración de derechos arancelarios o aduaneros y posteriormente traspasados a terceros, sin el previo pago de los impuestos de importación.

c) En el orden pecuniario, las sanciones previstas en la LM y en RG, constituyen faltas; esas faltas, para el Derecho Penal, pueden equivaler, en su caso, a delitos o faltas.

d) En lo tocante a *prescripción*, creemos, por tanto, que a los hechos tipificados en la LM, por ejemplo, habrá de aplicárseles las normas sobre la prescripción de las *faltas*, en lo que se refiere a la imposición de la sanción pecuniaria en sí misma; dicho plazo de prescripción habrá de computarse a partir del momento en el cual terminaron de producirse los hechos que motivaron la imposición de la multa al infractor.

Distinta será la prescripción a los efectos *penales*.

Y, obviamente, diverso también será el lapso de prescripción atribuible, por ejemplo, a la *planilla fiscal*, que está sometida a la prescripción decenal hacendaria o común: Art. 58 LOHPN, i. e., diez (10) años.

20. LA "REINCIDENCIA" EN EL ESTATUTO MINERO VENEZOLANO

Como puede verse en la columna "Observaciones" del CUADRO ESQUEMATICO, diversas normas mineras contemplan el caso de la REINCIDENCIA, por parte del sujeto pasible de las sanciones instituidas.

a) Según JIMÉNEZ DE ASÚA ("La Ley y el Delito", 3ª Edición, 1959, p. 535), "La reincidencia fue apreciada desde los primeros tiempos como una agravante de responsabilidad...", estimándola "como un motivo para la imposición de la pena más grave".

b) CUELLO CALÓN ("Derecho Penal", 9ª Edición, 1953, p. 504), al referirse a la reincidencia, señala que ella destaca "entre las causas agravantes de la responsabilidad".

c) En el "Proyecto de Código Penal" bajo ponencia del muy distinguido tratadista venezolano Dr. TULLIO CHIOSSONE (p. 75) se lee:

"No se fija término alguno para que el nuevo delito se cometa, BASTA QUE SE REALICE DESPUES DE UNA SENTENCIA CONDENATORIA".

Su artículo 57, consecuencialmente, reza:

"Es reincidente quien comete un *NUEVO DELITO DE LA MISMA INDOLE* después de haber sido condenado en el país o en el extranjero por *SENTENCIA EJECUTORIADA*".

d) El Código Penal venezolano en vigor establece en sus artículos 100 y siguientes, la imperiosa necesidad, a los efectos de que la aplicación de la agravante, de la existencia —preexistencia, por mejor decir—, de "sentencias condenatorias"; no ha legalmente lugar a la aplicación de esta agravante, con anterioridad a una previa "sentencia condenatoria".

e) Todo lo anterior viene a confirmar nuestra interpretación: en el caso de las multas, se precisará de cosa juzgada; entonces, podrá duplicarse, quintuplicarse, etc., la sanción en un determinado caso.

f) El artículo 313 de la LOHPN prevé: "los reincidentes en contravenciones fiscales de la misma índole, se castigarán con la pena señalada a la contravención aumentada en la mitad, salvo disposición especial".

21. NUESTRO CRITERIO EN LO QUE CONCIERNE A LA "REINCIDENCIA" PREVISTA EN EL ESTATUTO MINERO VENEZOLANO

OBSERVACIONES:

La aplicación de la agravante (duplo de la multa, por ejemplo), presupone —forzosa e ineludiblemente, so pena de ilegalidad—, que exista con valor de cosa juzgada, una sanción anterior.

No basta que el funcionario aduzca —ni compruebe—, la tal reincidencia; se precisa que exista un pronunciamiento previo irrecurrible que hubiere dejado plenamente establecida con efectos *erga omnes*, la primera infracción; creemos que bastaría una sola.

Antes de ocurrir ello, no se sabe a ciencia cierta, si el sujeto es o no responsable de la infracción original; ¿cómo en-

tonces —preguntamos—, ha de pretender aplicársele una agravante?

La primera “infracción” pudo haber sido objeto de algún recurso, aún pendiente de resolución, que puede ser declarado con o sin lugar, por ejemplo.

No es suficiente que el funcionario ni el órgano administrativo invoquen —y demuestren—, “reincidencia”; es necesario que la infracción más antigua puede ser legalmente considerada como tal.

Un parecer contrario al aquí expuesto, conduce —sin gran dificultad y por vía de ejemplo—, a que una persona pasible de una multa en materia fiscal y consecuencial a un reparo, sea condenada por aquella sin que se conozca en forma terminante, definitiva y judicialmente si el reparo —presupuesto de aquella— es válido o no. De ser nulo el reparo, igual suerte seguiría la sanción resultante de aquél.

Por lo demás, el Estatuto Minero habla de “REINCIDENCIA”, que es concepto diferente a “REITERACION”: una nueva falta de diferente índole o naturaleza.

Por ende, consideramos que ha de tratarse —para que sea procedente la pena agravada—, de la reiteración (de RECIDERE, recaer) de hechos idénticos a los que dieron origen a la infracción original.

Si una misma persona infringe —una sola, exclusiva y única vez—, todo el Estatuto Minero, no existe “Reincidencia”; habrá tantas “sanciones” como “faltas”, pero no cabe la aplicación de la agravante que nos ocupa ahora.

22. INTERPRETACION DEL ARTICULO 112 DE LA LEY DE MINAS: REFERENCIA AL PRINCIPIO “NULLA POENA SINE PRAEVIA LEGE”

“Cualquier otra infracción a las disposiciones de la presente Ley, CUANDO NO ESTUVIERE ESPECIALMENTE PREVISTA, será castigada con multa de cincuenta (50) a dos mil (2.000,00) bolívares, según la gravedad y circunstancias del caso, y será del doble en caso de reincidencia”.

Si entendemos acertadamente la norma en cuestión, aparece que el Ejecutivo Nacional puede —a su arbitrio—, “tipificar” —tal vez servía mejor decir, “INVENTAR”, no cabe ni se nos ocurre otro término—, hechos constitutivos de “faltas” no previstos como tales en el Estatuto Minero.

Ello, a no dudar, constituye un exceso y, lo que es más grave aún, un grave vicio de inconstitucionalidad.

En efecto: El artículo 69 Constitucional garantiza que ninguna persona “podrá ser juzgada sino por sus jueces naturales, ni condenada a sufrir pena que no esté establecida por ley preexistente”.

Esta última norma no hace otra cosa que consagrar el antiguo aforismo “NULLA POENA SINE PRAEVIA LEGE” que no es de origen germánico ni romano, como suele pensarse por algunos; fue inspirado por el penalista y profesor alemán PABLO JUAN ANSELMO FEUERBACH (1775-1833), fundador de la psicología criminal y de la teoría sobre la pena.

Se trata, pues, del llamado “principio de legalidad” en materia penal; este principio resulta infringido por el artículo 112 de la LM; no así por la norma contenida en el artículo 85 de la Ley de Hidrocarburos: “Cualquier infracción de esta Ley o de su Reglamento, que no estuviere especialmente sancionada, se castigará con multa de cien a diez mil bolívares. En caso de infracción del ordinal 5º del artículo 59, el Concesionario (la empresa Operadora desde 1976, inclusive) pagará además los Impuestos (especiales previstos en la Ley de Hidrocarburos) correspondientes a las sustancias desperdiciadas (impuesto de explotación, por ejemplo)”.

EXISTE UNA DIFERENCIA SUBSTANCIAL ENTRE UNO Y OTRO TEXTO LEGAL; en efecto:

LM	LH
1ª Permite al Ejecutivo Nacional sancionar hechos constitutivos de faltas no establecidos como tales en el texto legal.	No contempla la posibilidad de semejante atribución de facultades o derechos en cabeza del E/N.

- 2ª Por ende, se infringe la garantía de rango constitucional.
- 3ª Prevé un monto mínimo (Bs. 50,00) y un monto máximo (Bs. 2.000,00); término medio: Bs. 1.025,00.
- 4ª No ocurre tal cosa se viola al principio "NULLA POENA SINE PRAEVI A EG E".
- 5ª La situación es enteramente diversa: la multa se impone, dentro de los límites prescritos, al hecho no tipificado como infracción o falta.
- 6ª En cualquier caso, opinamos que la TIPIFICACION—descripción del hecho sancionable—, así como todo su REGIMEN (incluyendo el de los recursos a disposición de los particulares) ha de ser materia exclusiva del legislador (Principio de Legalidad), no debiéndose o pudiéndose prever tipicidad alguna por vía reglamentaria, de Resoluciones u otros actos administrativos; todo ello, por la gravedad y trascendencia de la materia, que es objeto de *reserva legal*.
- No ocurre tal infracción.*
- De igual modo:*
Monto máximo: Bs. 10.000,00
Monto mínimo: Bs. 100,00
Término medio: Bs. 5.050,00
- La infracción está tipicada por el Legislador o el Poder Reglamentario. No se infringe dicha fundamental garantía.*
- La multa se aplica (en la cuantía establecida) al hecho tipificado cuando con respecto a éste, el legislador no previó un monto determinado; tiene la norma carácter supletorio.*
- Idem.*

23. SUJETOS DE LAS SANCIONES PREVISTAS EN EL ESTATUTO MINERO

Son, sin duda, de diversa naturaleza:

Así, por ejemplo:

- a) Sanciones disciplinarias cuyos responsables son los empleados del MEM; ejemplo: Art. 108 de la LM.

b) Sanciones policiales a trabajadores mineros y/o terceros ajenos a la explotación, etc.; ejemplo: Art. 170 RGLM.

c) Sanciones aplicables únicamente a quienes poseen la cualidad o carácter de CONCESIONARIOS mineros, exclusivamente.

d) Sanciones imponibles tanto a concesionarios como a personas que no tienen tal carácter. Ejemplo: explotación ilegal de minerales.

e) En el caso de un "CONTRATO DE AVIOS" o habilitación minera de naturaleza aleatoria, por el cual una persona ("AVIADOR") se obliga a suministrarle lo necesario a otra ("AVIADO"), para la explotación de una mina, por éste último, quien generalmente paga al primero con los productos de la explotación ejecutada por el aviado, creemos que, indudablemente, el sujeto de la sanción lo será el AVIADO, que es quien administra la mina, la explota, tiene a su cargo el laboreo, etc. El AVIADOR, por su parte, es un tercero frente al Estado, que impone la sanción; el AVIADOR se limita a costear las labores de las minas, facilitando dinero y/o efectos (equipos, utensilios, etc.).

El contrato de avios, que no aparece mencionado en nuestro Estatuto Minero actualmente en vigor, presenta antecedentes en nuestra antigua legislación.

En efecto: el artículo 14 del decreto de 13 de marzo de 1883, por cuyo intermedio se organizó el ramo de minas en el territorio de la República y expedido por el General Guzmán Blanco, se refiere a dicho convenio, así:

"Los que hubieren suministrado fondos para las *exploraciones* o *descubrimiento* de alguna mina, así como para los trabajos, máquinas y construcciones de edificios, *tienen hipoteca sobre la mina*. Para que esta hipoteca sea eficaz deberá registrarse el documento en la Oficina de Registro de la ubicación; haciéndose constar la cantidad determinada de tales *anticipos* con expresión del objeto o empleo para que han sido hechos".

La LM actualmente en vigor se refiere a la HIPOTECA y "otros contratos", en sus artículos 105 y siguientes; no existe norma en el texto reglamentario general.

Esta hipoteca minera vino a sustituir a la vieja figura del AVIO procedente de la antigua legislación española donde se halla el origen de la muestra en lo concerniente a la minería.

En la antigua figura, el AVIADO "habilitado", le respondía al AVIADOR ("habilitador"), con la producción resultante del laboreo; no sucede lo propio, ni mucho menos, en el caso de la hipoteca minera, cuyo análisis excede con mucho el objeto de estas apuntaciones.

Tanto el antiguo AVIADOR como el moderno acreedor hipotecario, son terceros frente al Estado, por tanto, no son posibles de las multas previstas en el Estatuto Minero.

El Contrato de Avío no era exclusivamente minero; también se aplicaba en los casos de préstamos a los agricultores, etc.

f) Las empresas del Estado Venezolano que ejercen actividades mineras; tal sería el caso de la Ferrominera del Orinoco, C. A., que tiene a su cargo la explotación del mineral de hierro; igualmente, empresas de capital mixto dedicadas en una u otra forma a ejecutar actividades mineras, etc.

24. INTERPRETACION DEL ORDINAL 1º DEL ARTICULO 173 DE LA LEY DE MINAS (RESPONSABILIDAD DEL PRINCIPAL)

El Artículo 173 (Ordinal 1º) del RGLM, dice: "De las infracciones cometidas por empleados u obreros al servicio de empresas mineras, éstas responderán directamente de las consecuencias de la infracción".

OBSERVACIONES:

- a) Se establece una responsabilidad solidaria y, más aún, DIRECTA.
- b) Deberá tratarse o de un "empleado" o de un "obrero" de la empresa.
- c) Juzgamos irrelevante la naturaleza jurídica de la "empresa"; puede ser incluso una sociedad de hecho.
- d) La responsabilidad no se extiende a las infracciones cometidas por los empleados u obreros al servicio de las empresas contratantes, que son terceros frente al Estado.

- e) Corresponde al Estado u a otro tercero, comprobar la cualidad de "empleo" u "obrero" de la persona natural de la cual se trate, en cada caso específico o particular.
- f) Aún ante el supuesto caso del silencio del legislador minero al respecto, juzgamos que la LOHPN sería de aplicación subsidiaria. En efecto, el Artículo 311 del susodicho texto legal orgánico dispone:

"Las personas a quienes la Ley especial declare responsables de una contravención de orden fiscal, incurrir en la pena no sólo por su propia acción u omisión, sino también por la acción u omisión de las personas sometidas a su dependencia y dirección, aunque se demuestre que no haya habido intención fraudulenta al cometer el hecho que constituye la contravención.

"En los casos de infracciones castigadas con pena corporal, sólo responderán de su propia acción u omisión".

- g) No resulta sencillo definir el término "empresa"; un trabajador "libre aprovechamiento" que disponga de la asistencia y/o ayuda de dos personas —por ejemplo—, no constituye una "empresa". Se trata, en buena medida, de una cuestión de hecho, a ser determinada en cada situación concreta o particular.

La Real Academia, por su parte y hasta 1970, aporta dos definiciones de "empresa", a saber:

- i) "4. Casa o Sociedad Mercantil o Industrial fundada para emprender o llevar a cabo construcciones, negocios o proyectos de importancia".
- ii) "6. COM. ENTIDAD integrada por el capital y el trabajo, como factores de la producción y dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos y con la consiguiente responsabilidad".

El Artículo 2º del Código de Comercio (Ordinales 5º, 6º, 7º, 8º, 10º y 11º), se refiere a una serie de "empresas" pero, no define el término; por cierto, la enumeración no comprende la ACTIVIDAD MINERA (véase Art. 200 EJUSDEM, PRIMER APARTE, en conexión con el Art. 102 y ss. de la LM).

25. CONSECUENCIAS DE LA INFRACCION DEL ESTATUTO MINERO

La norma que nos ocupa (Art. 173, Ord. 1º de la LM), es compleja, no obstante su aparente sencillez y claridad; múltiples son sus implicaciones.

¿Cuáles son las consecuencias de la infracción?

a) En primer lugar, la MULTA y su subsiguiente liquidación, a los efectos de su pago al Fisco Nacional.

b) Los INTERESES MORATORIOS aplicables a la susodicha planilla de liquidación, si los hubiere y su cobro fuera procedente (artículo 56 de la LOHPN).

c) La norma alcanza los daños experimentados por el Fisco Nacional y otras terceras personas, independientemente del hecho de que esas personas ejerzan o no actividades contempladas en el Estatuto Minero.

d) Etc.

En resumen, las consecuencias son de orden fiscal, civil, penal, principalmente.

26. NATURALEZA JURIDICA DE LOS INGRESOS PERCIBIDOS POR EL FISCO NACIONAL POR CONCEPTO DE MULTAS

a) Estos ingresos tienen el carácter de Rentas Nacionales Ordinarias; así aparece del ordinal 3º) del artículo 42 de la LOHPN.

b) Las MULTAS constituyen una de las diversas categorías de las PENAS resultantes de la infracción de leyes fiscales, así como la pena de COMISO.

c) El comiso (del latín *commissum*, confiscación) es una pena accesoria consistente en el perdimiento de las cosas ilegalmente obtenidas por el infractor, así como de los efectos empleados por él.

Contrariamente a lo que sucede en la LOHPN (Arts. 306 y 307), el COMISO no está contemplado en la Ley de Minas ni en su Reglamento.

d) En el caso, por ejemplo, de la explotación ilegal de minerales —que sin duda está considerada como una de las infracciones más graves, en virtud de su naturaleza y diversas implicaciones, incluso de naturaleza fiscal—, creemos aplicable al artículo 307 de la LOHPN, consagratorio del COMISO.

Adicional y paralelamente, cabe la aplicación, en su caso, de las penas o sanciones previstas en el Código Penal.

El artículo 102 de la CN proscribiera tanto el decreto como la ejecución de confiscaciones, salvo en los casos excepcionales previstos por el artículo 250 ejusdem, norma esta última cuya motivación fue de eminente naturaleza política.

27. INTERPRETACION DEL ARTICULO 123 DE LA LEY DE MINAS

“Los funcionarios competentes para imponer las MULTAS a que se refieren los artículos 109 y 113, ambos inclusive, son el Ministro de Energía y Minas y los funcionarios fiscales que hubieren sido designados”.

Por tanto, la infracción no podrá ser restablecida por cualquier funcionario del Despacho.

Esta norma es de rigurosa interpretación, restrictiva, por su naturaleza.

Salvo el caso del titular del Ministerio, se requiere que la sanción hubiera sido impuesta por “los funcionarios fiscales designados...”; tal designación, obviamente, ha de ser 1) previa y 2) será necesario comprobar en autos, acreditar, el hecho de la designación recaída con anterioridad.

El artículo 172 del RGLM dispone que “las multas serán impuestas por el Ministro de Energía y Minas y los inspectores fiscales”.

La 1) Dirección de Administración del Despacho, 2) la Dirección de Minas, 3) el Servicio Técnico de Minería y Geología y 4) el Inspector Técnico General, no están facultados para imponer multas; sí pueden recomendar su imposición, que es cosa enteramente distinta; así lo contempla el párrafo del citado artículo 172 reglamentario.

Consecuencialmente, en el expediente administrativo deberá estar contenida la recomendación en referencia, la cual por supuesto, ha de ser razonada y/o circunstanciada, vale decir, motivada, so pena de nulidad de la sanción finalmente dictada por los funcionarios competentes.

A su vez, el acto administrativo por cuyo intermedio se establezca la sanción, ha de referirse a la *recomendación* de la cual se trata.

28. *DE LA CALIFICACION DE LA FIANZA A LOS EFECTOS DEL EJERCICIO DE RECURSOS DE APELACION: INTERPRETACION DEL PARAGRAFO UNICO DEL ARTICULO 174 DE LA LEY DE MINAS*

“En caso de una multa, el pago de ésta deberá *afianzarse* a satisfacción del funcionario (competente) que la impuso, y si tal requisito no se cumple se declarará improcedente la apelación”.

OBSERVACIONES:

- a) De las apelaciones conoce el Ministro (Art. 174, encabezamiento, LM): “De las decisiones del Inspector Técnico General y de los Inspectores Fiscales, habrá *apelación para ante* el Ministro de Energía y Minas...”.
- b) Del recurso conoce el Ministro, que es el superior jerárquico pero aquél se presenta ante los nombrados funcionarios (o sus equivalentes, en la organización administrativa actual).
- c) La calificación de la fianza está a cargo del funcionario, quien verificará la solvencia del fiador, su responsabilidad financiera, etc.
El interesado puede ejercer “Recurso de Hecho”, ante el Ministro, en el caso de que la fianza le sea rechazada; tal rechazo no puede ser verbal; ha de constar en forma escrita. Si se admitiese la posibilidad de un rechazo verbal —no escrito—, el interesado quedará en la más absoluta e injusta indefensión.
- d) La calificación de la fianza es, en cualquier caso, posterior a la presentación (consignación) del recurso de apelación.
- e) Si definitivamente la fianza es inaceptable y la misma no es substituida por el recurrente, el Ministro “declarará improcedente la apelación”.
- f) Como lo hemos apuntado en otras oportunidades, la exigencia de la fianza (aplicación del principio “*solve et repete*”) infringe 1) la garantía de defensa constitucional, 2) viola el principio de la igualdad, de igual rango y, finalmente, 3) contribuye a crear inseguridad jurídica.

g) El proceso de calificación de la fianza, complejo y dilatado de suyo, ha de cumplirse —se reitera—, con posterioridad a la recepción o entrada del instrumento contentivo del recurso, debiéndose entregar constancia o recibo de su presentación al interesado, por escrito, obviamente.

Otro parecer hace inexistente o ilusorio el recurso de apelación que ampara al interesado y, en definitiva, el derecho de defensa, que es inviolable.

29. *BREVE REFERENCIA AL TEMA DE LA INTERPRETACION DE LAS NORMAS SOBRE MULTAS PREVISITAS EN EL ESTATUTO MINERO*

“La verdadera, recta y provechosa inteligencia de la ley según la letra y la razón” —como Las Leyes de Partidas definen “interpretación”—, no reviste a nuestro juicio mayores complejidades, en lo que atañe al particular minero, en sentido amplio y general.

Pensamos que, en tratándose de SANCIONES, como en efecto, principalmente de naturaleza pecuniaria, la situación jurídica puede resumirse así:

a) “*IN DUBIO, PRO REO*”: la duda ha de favorecer al acusado (presunto infractor).

b) “*IN DUBIO, MAGIS CONTRA FISCUM EST RESPONDENDUM*”: las dudas deben resolverse en forma contraria a los intereses del Fisco.

c) “*IN DUBIIS, ABSTINE*”: “En la duda, procede abstención”.

d) Véase al respecto y en materia no minera sino de HIDROCARBUROS, el interesante fallo de la antigua Corte Federal, de fecha 31-05-55 (pp. 69 y 70 de nuestra publicación: “Jurisprudencia Petrolera Venezolana 1918-1971”), donde aparece la doctrina más relevante de esta sentencia del Supremo Tribunal y de acuerdo con cuyos términos, en resumen: las normas punitivas son de estricta (estrecha, ajustada a la ley) y rigurosa (austera, rígida), interpretación.

El fallo completo puede consultarse en la “Gaceta Forense” N° 8, Segunda Etapa, Volumen Primero, p. 302 y ss.

e) Por lo tanto, es absolutamente ilegal e inaceptable, en todo lo relativo a esta materia, la analogía (relación de semejanza entre cosas distintas), debiendo descartarse toda interpretación analógica o basada en principios generales del Derecho, toda vez que, como se sabe, no hay ni puede llegar a existir en momento alguno, "falta" y mucho menos "delito", sin que preexista un texto legal que así expresamente lo establezca previamente, con toda exactitud y precisión, lo cual no es otra cosa que la aplicación del muy respetable principio "NULLA POENA SINE PRAEVIA LEGE". Una opinión contraria a la anterior se traduciría, por lo menos, en arbitrariedad, atropello e injusticia, dejándose así sin efecto alguno, expresas garantías de vieja raigambre constitucional. Acerca del referido principio constitutivo de una esencial garantía individual, puede verse fallo del 29-7-70: "Repertorio Forense": Tomo 17, p. 571 y ss.

f) En sentencia del 18-7-68 (Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia), se reitera la acertada doctrina de conformidad con la cual, "las normas sancionadoras no son susceptibles de interpretación analógica ni extensiva" (véase el Tomo 8º, p. 218: "Repertorio Forense"). Este caso se contrae a una multa impuesta de conformidad con la Ley de Hidrocarburos, a una Compañía sujeta a sus prescripciones para esa época; en resumen, la Corte descartó la posibilidad de "asimilar un *volcamiento* a un *incendio*", siendo como en efecto este último suceso al cual alude el ordinal 6º del artículo 59 de la Ley de Hidrocarburos: "Los concesionarios están obligados... 6º) A tomar todas las medidas convenientes para evitar *incendios*...".

30. CONCLUSION:

En la forma precedente, juzgamos haber expuesto las características más resaltantes del régimen punitivo previsto en la Ley de Minas y su Reglamento General.

EN TORNO AL PROYECTO DE REFORMA DEL CODIGO DE COMERCIO VENEZOLANO

René De Sola

En el mes de mayo de 1978 el Ministerio de Justicia inició la distribución de una publicación que lleva por título "REFORMA DEL CODIGO DE COMERCIO" y como subtítulo "TITULOS VALORES". Dicha publicación contiene el proyecto de articulado preparado por la Comisión de Reforma del Código de Comercio nombrada el 28 de setiembre de 1976 en lo que se refiere a las disposiciones generales sobre títulos valores y a algunos títulos específicos, tales como la letra de cambio, el cheque, el pagaré y la factura cambiaria.

La Comisión había venido trabajando sobre diversas materias regidas por el Código de Comercio o que a él deben incorporarse en el futuro, pero sólo la parte publicada había sido objeto ya de las discusiones y revisiones que como norma había establecido la propia Comisión para dar por aprobado definitivamente un determinado articulado. A falta de un boletín que fuera recogiendo la marcha de los trabajos la Comisión, el propósito de dicha publicación, como se expresó en el prefacio de la misma, no era otro sino el de someter el proyecto a la consideración de los especialistas y de cualesquiera otras personas u organismos interesados en la materia, a fin de oír sus opiniones como valioso auxiliar para el perfeccionamiento de la parte ya concluida y como orientación para futuras labores.

Hasta ahora sólo ha llegado a nuestro conocimiento el análisis realizado por el distinguido jurista Dr. Alfredo Morales Hernández, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica "Andrés Bello", publicado en el N° 25 de la Revista de la nombrada Facultad*.

* Recomendamos tener esta publicación como punto de referencia para seguir la presente exposición.

En primer lugar, en nombre de la Comisión de Reforma y en el propio nuestro, queremos agradecer al doctor Morles Hernández, especialista en la materia, el precioso tiempo que indiscutiblemente tuvo que consagrar al estudio del Proyecto publicado con el objeto de elaborar las interesantes observaciones que aparecen en su análisis y a las que seguidamente pasamos a referirnos.

I. Alude en primer lugar el comentarista a la circunstancia de que la juricidad de la actuación de la Comisión ha sido cuestionada, ya que según algunos criterios aquélla se ha arrogado la atribución que no le fue concedida por la Resolución que le creó, de elaborar o redactar un proyecto de nuevo Código de Comercio.

La Resolución N° 24 de fecha 28 de setiembre de 1976, dictada por el Ministerio de Justicia, dice textualmente: "...se crea una Comisión encargada de reformar el Código de Comercio... La reforma a que se refiere el encabezamiento de esta Resolución comprenderá la incorporación de aquellas materias legisladas separadamente, que por su índole requieran ser integradas al texto del expresado Código".

Parece que algunos intérpretes le han atribuido un alcance limitado a la expresión reforma, en el sentido de que no le estaría permitido a la Comisión sino enmendar parcialmente el Código existente, pero en modo alguno plantearse el problema de su reelaboración total de acuerdo con las nuevas tendencias imperantes en la materia y las necesidades del desarrollo nacional.

La Resolución expresa que se crea una Comisión para reformar el Código de Comercio. Esto sólo basta para señalarle un alcance general a su tarea. Pero todavía queda reforzada esta interpretación cuando la propia Resolución establece que la reforma comprenderá la incorporación de aquellas materias legisladas separadamente, que por su índole requieren ser integradas al texto del Código de Comercio.

No es concebible que la Comisión pudiera cumplir la misión que le ha sido confiada si no se imponía el estudio y revisión de todas las instituciones actualmente integrantes del Código de Comercio y de aquellas otras que serían suscep-

tibles de incorporarse al mismo, con el objeto de fijar de una manera racional y congruente el nuevo contenido de dicho estatuto jurídico.

Por otra parte, de acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española, reformar significa volver a formar o rehacer, y ese mismo diccionario entiende por reforma "lo que se propone, proyecta o ejecuta como innovación o mejora en alguna cosa".

Con todo el respeto que nos merece la opinión de los apreciados juristas que piensan que la labor de la Comisión no puede tener el alcance que ésta misma le ha atribuido, consideramos que la decisión por ella tomada al respecto se ajusta estrictamente no sólo al espíritu y propósito de la mencionada Resolución, sino a la letra de la misma, de acuerdo con el valor que a los términos empleados debe dársele en la lengua castellana.

II. Señala acertadamente el Dr. Morles Hernández que una reforma de los textos legislativos fundamentales que integran el Derecho Privado, plantea problemas teóricos y prácticos de gran trascendencia. La Comisión de Reforma del Código de Comercio no fue ajena a esta consideración, y, consecuentemente, sus primeras reuniones las consagró a establecer los fundamentos teóricos de la reforma, llegando a las siguientes conclusiones: *Primera*: Mantener en cuanto al Derecho Privado la dicotomía actualmente existente; o sea la distribución de la materia en un Código Civil y un Código de Comercio, correspondiéndole a la Comisión el estudio del nuevo articulado para la integración de este último. *Segunda*: Separarse de la concepción objetiva del Derecho Mercantil para darle una fundamentación subjetiva o estrictamente profesional al nuevo Código de Comercio. *Tercera*: No obstante las dos decisiones anteriores, la Comisión llegó igualmente a la conclusión de la conveniencia de unificar en cuanto fuera posible las disposiciones sobre obligaciones hoy dispersas entre el Código Civil y el Código de Comercio.

Dada la naturaleza de la publicación efectuada por el Ministerio de Justicia y la limitación de la materia que abarca, no era posible explicar todas estas particularidades en el pre-

facio de la misma. Sin embargo, debe recordarse que el exposante, como Presidente de la Comisión de Reforma, en la Ponencia que presentó como su contribución a las Jornadas de Derecho Mercantil realizadas por la Universidad Católica "Andrés Bello", hizo públicos estos criterios y decisiones establecidos unánimemente por los miembros de la Comisión de Reforma.

La Comisión se había planteado ya las cuestiones señaladas por el Dr. Morles Hernández, pero no obstante considera que aquéllas deben de ser objeto de la misma cuidadosa revisión por parte de la Comisión nombrada para la reforma del Código Civil y en general por todos los juristas y sectores del país interesados en el progreso y perfeccionamiento de nuestras instituciones legales.

III. No hay duda de que quedarían todavía algunas cuestiones de gran trascendencia que deberán ser consideradas oportunamente por la Comisión y decididas como base para la conformación definitiva de su proyecto. Por ejemplo, a medida que se analicen las materias legisladas separadamente a que hace referencia la Resolución del Ministerio de Justicia, será preciso determinarse hasta qué punto convendría su completa incorporación al Código de Comercio, o mantenerlas totalmente separadas del mismo, o bien traer al Código de Comercio los principios más generales de cada institución, sin perjuicio que leyes mercantiles separadas establezcan las normas adicionales que se requieren en cada caso para el completo desarrollo de una institución y su mejor aplicación.

En este sentido, constituirá problema de especial significación la definitiva ubicación de las normas sobre Derecho Marítimo, que forman actualmente parte de nuestro Código de Comercio.

IV. No queremos pasar a la materia específica de los títulos valores, sin dejar de expresar que la Comisión, al decidirse por el sistema subjetivo como base para la estructuración del nuevo Código de Comercio, tuvo primeramente en cuenta el criterio ya antes preconizado por la Comisión de Reforma de 1962; pero, además, acogió dicha orientación porque ha considerado que es la más conforme con las tenden-

cias modernas de la doctrina mercantil y por ser la única que justifica la supervivencia del Código de Comercio como conjunto de normas separadas del Código Civil.

Se ha dicho con razón que el acto aislado realizado por una persona no comerciante podría someterse a las normas generales de la contratación civil, sin perjuicio para ninguno de los dos interesados. Una legislación especial se justifica cuando el acto de comercio es parte de una serie profesional o de una explotación comercial. Tal fue la concepción acogida por el Código de Comercio Alemán de 1897 y la que, adaptada a las necesidades de nuestro desarrollo, servirá de base al proyecto que en definitiva elabore la Comisión de Reforma.

Según este criterio sólo será considerado acto de comercio aquel en que intervenga un comerciante y a condición de que dicho acto pertenezca al ejercicio de su actividad mercantil.

V. Comienza el Dr. Morles Hernández por manifestar su preferencia respecto a la solución propugnada por la Comisión de Reforma del año 1962, consistente de segregar la materia del Código de Comercio y dictar una Ley de Títulos Valores y Operaciones Bancarias. Agrega que dos razones abonan dicho criterio: la primera, la reconocida tendencia a la generalización de una disciplina que no puede continuar siendo mantenida dentro de los linderos del Derecho Mercantil y, mucho menos, del Código de Comercio, como es la de los títulos valores; y la segunda, la exagerada extensión que alcanzaría el nuevo Código de Comercio con una reglamentación como la propuesta, que se extiende a 230 artículos en el proyecto publicado. También señala como otros motivos que lo inducen a pronunciarse por una ley especial, la "variabilidad histórica" de la materia y la necesidad de armonizar las normas que la rijan con las dictadas en otros países miembros del movimiento de integración latinoamericana, o aun con otras leyes internas que regulan la emisión de títulos valores (Ley General de Bancos y Otros Institutos de Crédito, del Mercado de Capitales, del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo, de Crédito Público, de Almacenes Generales de Depósito).

A las anteriores observaciones, podríamos responder simplemente que obligada la Comisión a elaborar un Código de Comercio no sólo con las materias que hoy lo integran, sino con aquellas que se encuentran legisladas separadamente, hubiera sido contravenir el mandato que recibió, el desincorporar los títulos valores, y preparar un proyecto de ley especial, para lo cual no fue autorizada.

Sin embargo, no queremos dejar de añadir que la circunstancia de que los títulos valores se encuentren incorporados al Código de Comercio no significa en modo alguno una valla para que dichos instrumentos, como sucede en la práctica, sean utilizados por personas ajenas a la profesión comercial. Igual sucede con numerosísimas otras instituciones de carácter mercantil y mediante las cuales se configuran los actos llamados unilateralmente mercantiles.

La existencia del Código de Comercio no ha sido un impedimento para la armonización y unificación de normas en aquellas materias en que, dada su índole, se imponían soluciones de carácter universal. Así lo demuestra históricamente la incorporación a una gran mayoría de Códigos de Comercio de Europa y América de las Convenciones de La Haya y de Ginebra sobre letra de cambio y cheque. Igualmente puede observarse que en los Códigos más recientes promulgados en Latinoamérica han sido acogidas las innovaciones que aparecen en el Proyecto de Ley uniforme de Títulos Valores para la América Latina, elaborado por el Instituto para la Integración de la América Latina (INTAL), el cual ha sido objeto de tratamiento especial en el proyecto preparado por la actual Comisión de Reforma y publicado por el Ministerio de Justicia.

VI. Nos limitaremos en lo que sigue a considerar exclusivamente los comentarios del Dr. Morles Hernández sobre las disposiciones generales que contiene el proyecto publicado. Nos reservamos para ocasión posterior dar nuestra opinión sobre sus demás observaciones en torno a las diversas figuras específicas de títulos valores.

Luego de referirse a la controversia terminológica entre las denominaciones títulos valores y títulos de crédito, el Dr.

Morles Hernández parece inclinarse por la primera, que es la misma acogida por el proyecto, en virtud de que su mayor amplitud le permite abarcar aún aquellas especies en que no es un crédito el derecho incorporado al título.

Según se manifestó en la exposición de motivos del proyecto, el artículo 1º, sin dar una definición, señaló todos los elementos característicos de los títulos valores: *legitimación, autonomía, literalidad e incorporación del derecho.*

En el mismo orden por él expresadas, pasamos a comentar las observaciones del Dr. Morles Hernández sobre el referido artículo:

a. Dice que Vivante rechazó con fuerza la nota de incorporación.

Efectivamente Vivante preconizó que la expresión vulgar de derecho incorporado al título, debía sustituirse por el concepto jurídico preciso de lo que con ello quería significarse; esto es, que el título es el documento necesario para ejercitar el derecho, porque, en tanto el título existe, el acreedor debe exhibirlo para ejercitar cualquier derecho, tanto principal como accesorio, de los que en él se contienen, no pudiendo realizarse ninguna modificación en los efectos del título sin hacerla constar en el mismo.

Como se ve, se trata de una objeción más de forma que de fondo, y que, no obstante la autoridad de Vivante, no ha tenido mayor eco en la doctrina. Reputados tratadistas siguen utilizando la expresión por considerarla cómoda y sencilla forma de sintetizar un extenso concepto jurídico. El ilustre profesor Joaquín Garrigues lo explica así: "Cuando hablamos de "incorporación del derecho al título", empleamos una expresión puramente metafórica. Queremos decir que el título —como cosa corporal— y el derecho documentado —como cosa incorporal—, aun cuando cosas distintas, se ofrecen en el tráfico como si fueran una cosa única". (*Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I. Pág. 542. Madrid, 1962).

B. Señala que no aparece del artículo 1º la cualidad de *documento necesario*, propio del título valor.

Sin utilizar dicha expresión, la necesidad del título está implícita en el primer aparte del referido artículo, cuando

éste establece que "sólo el poseedor legítimo de un título valor podrá ejercer o transmitir el derecho autónomo a él incorporado".

c. Sostiene que afirmar que "sólo" el poseedor legítimo podrá... transmitir el derecho...", es negar la legitimación del portador legítimo del título robado o perdido.

Al no hacer distinción el texto de la norma, poseedor legítimo no es sólo el verdadero titular del derecho, sino también el titular aparente. No procede, por tanto, la crítica del distinguido comentarista.

d. No compartimos tampoco la preferencia del comentarista por el uso de la expresión *portador legítimo*, si la posesión del título es condición indispensable para el ejercicio y transmisión del derecho, consideramos más adecuado hablar del *poseedor legítimo*.

e. Insiste en que el articulado ha debido iniciarse con el concepto de título valor y hemos dicho que el mismo se encuentra implícito en el contenido del artículo 1º.

f. La comparación entre la norma recomendada por el comentarista (artículo 1º del proyecto INTAL) y la contenida en el artículo 1º de nuestro proyecto, demuestra que esta última ofrece la ventaja de conjugar todos los elementos que caracterizan el título valor: legitimación, autonomía, literalidad e incorporación del derecho al título.

VII. El artículo 3º del proyecto, aunque con diferencias de redacción, no deja afuera ninguno de los efectos contemplados en el artículo 3º del Proyecto INTAL. En cuanto a la referencia al uso del idioma castellano, se trata sólo de la generalización del concepto contenido en el ordinal 1º del artículo 410 de nuestro vigente Código de Comercio. Por otra parte, las normas de conflicto determinan el derecho aplicable, y no el idioma utilizable.

Nos parece que la exposición de motivos fue suficientemente explícita en cuanto al propósito y razón del artículo 4º. Una mención adicional (por ejemplo, la de causa) no produce la nulidad del título ni altera su naturaleza. Se tendrá simplemente como no escrito en relación con el título, sin per-

juicio de que pueda producir sus efectos entre las partes directamente vinculadas por una declaración de esa naturaleza.

No podemos admitir la crítica que se hace al artículo 5º del proyecto, ya que éste se diferencia sólo del artículo 4º del Proyecto INTAL, en cuanto califica como título en blanco aquel en que ocurriere la omisión de algunas de sus menciones. La doctrina y la jurisprudencia conocen como título en blanco aquel que no está dotado todavía de todos los requisitos necesarios para su validez como tal, pero que podrá llegar a ser válido una vez se completen oportunamente los elementos faltantes.

Nuevamente debemos observar que, salvo pequeñas diferencias de redacción tendientes a evitar equívocos, el artículo 6º del proyecto es tan amplio como el artículo 5º del Proyecto INTAL.

Estamos conformes con el distinguido comentarista en que el artículo 17 del proyecto pudiera ser modificado en el sentido que él indica, a fin de que la regla tenga validez para toda especie de títulos valores. Bastaría suprimir la expresión de "carácter crediticio".

Ciertamente el artículo 17 del proyecto se limita a consagrar el principio de que la novación debe ser expresa cuando se quiera extinguir la relación que dio lugar a la emisión o transmisión de un título. Este principio, lleva naturalmente implícito el de la posibilidad de ejercer la acción causal, como bien lo indican los artículos 114 y 218 del proyecto, según lo señala el propio comentarista. Sin embargo, no vemos inconveniente en que el principio sea igualmente establecido en las disposiciones generales sobre títulos valores.

La crítica que se hace al artículo 2º del proyecto, referente a las excepciones oponibles, no nos parece procedente, en razón de que siempre se ha considerado mejor técnica legislativa la que evita el casuismo y prefiere la norma general, abierta a la interpretación progresiva, de acuerdo con las necesidades sociales.

La observación sobre el artículo 13 del proyecto plantea sólo una cuestión de forma, desde el momento que su interpretación no puede ser otra que la de la necesidad de apre-

hender el documento para que tenga eficacia la afectación o el gravamen. Sin embargo, no habría inconveniente en adoptar otra redacción según la cual resultare más explícito el principio consagrado.

Lo mismo decimos respecto a la observación que se hace al artículo 14. Siempre es posible una redacción diferente si va en beneficio de la mejor interpretación de la norma.

No podemos compartir la crítica al artículo 16 del proyecto, que viene a resolver un grave problema que ha dado lugar a múltiples controversias judiciales. Siendo los títulos valores instrumentos corrientes en la vida mercantil, la protección de la buena fe de quienes contraten con una sociedad mercantil, impone el mantenimiento de esa norma.

La última observación del Dr. Morles Hernández acerca de las disposiciones generales del proyecto hace referencia a algunas cuestiones que, según su criterio, deberían ser objeto de reglamentación. Sobre el contenido de una ley, siempre se puede discutir si es conveniente o no que contemple de manera explícita determinadas cuestiones. Nada obsta, pues, para que después de oír la opinión de todos los sectores interesados, se agreguen al proyecto algunos de los puntos señalados por el Dr. Morles Hernández.

No queremos terminar esta primera exposición sin ratificar al Dr. Morles Hernández nuestra gratitud por el estudio detenido que demuestra haber efectuado del proyecto, lo que constituye una magnífica e inapreciable colaboración para el perfeccionamiento del mismo. Ojalá otros profesionales sigan su buen ejemplo.

CRONICA DE LA FACULTAD

ENERO A JUNIO DE 1979

I. CICLO PROFESIONAL

1. Proceso de selección de profesores

Se abrió el proceso de selección de profesores para cubrir las siguientes cátedras:

Economía
Derecho Internacional Privado
Derecho Mercantil II
Derecho Civil III
Derecho Civil IV
Derecho Penal II
Derecho Romano
Regímenes Especiales de la Propiedad
Derecho Inmobiliario Registral
Personas Colectivas de Derecho Privado
Integración latinoamericana
Expropiación
Régimen Municipal
Ciencias Penitenciarias
Política Criminal
El Delito Económico

2. Elecciones estudiantiles

Se celebraron elecciones estudiantiles, resultando electos como representantes ante el Consejo de Facultad los bachilleres María Elena Sosa y Humberto Villasmil como principales; Esteban Smith y Luis Miguel Otero como suplentes. Ante el Consejo Universitario resultó electo el bachiller Antonio González-Mora, de la Facultad de Derecho.

3. Disciplinas optativas

Se escogieron las materias optativas que integrarán el pénsum de estudios de tercer año de la carrera:

Regímenes Especiales de la Propiedad
Derecho Inmobiliario Registral
Personas Colectivas de Derecho Privado

Integración latinoamericana
 Expropiación
 Régimen Municipal
 Ciencias Penitenciarias
 Política Criminal
 El Delito Económico

II. CICLO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

1. Conclusión de cursos

Concluyó el primer semestre de los cursos de postgrado iniciados en octubre de 1978.

2. Inicio de cursos

Comenzaron nuevos semestres en las áreas del Derecho Público y del Derecho Privado.

III. INVESTIGACION

1. Nombramiento de Director

Con fecha 16 de enero de 1979, el Consejo Universitario designó, por unanimidad, a propuesta del Decano y previa consulta al Consejo de Facultad a la Dra. Cecilia Sosa como Directora del Centro de Investigaciones Jurídicas.

2. Convenio Fundación Polar-UCAB

Se hizo entrega a la Fundación Polar de los informes parciales preparados por la unidad de investigación que tiene a su cargo el proyecto denominado "Régimen Jurídico-Institucional de la Regulación y Administración del Ambiente" y del informe final del primer año de trabajo. Inmediatamente se inició la investigación correspondiente al segundo año de trabajo, gracias a la prórroga del Convenio Polar-UCAB.

3. Convenio Fondo de Crédito Agropecuario-UCAB

Se suscribió un Convenio entre el Fondo de Crédito Agropecuario y la UCAB para realizar una investigación a través del Centro de Investigaciones Jurídicas, dependiente de la Facultad sobre: "Base Jurídica y Organizativa de las Áreas y Autoridad de Desarrollo Rural Integrado".

4. Concurso de investigación estudiantil

Se abrió el concurso de investigación estudiantil correspondiente al año lectivo 1978-1979, a cuyo efecto fue designado el Jurado, integrado por los profesores Asdrúbal Aguiar Aranguren y José María Fragachán Cervini.

IV. PUBLICACIONES

1. Nueva edición del libro "Introducción al Derecho" del profesor Luis María Olaso.

Entró en circulación la segunda edición del libro "Introducción al Derecho", del cual es autor el profesor Luis María Olaso, de esta Facultad.

V. OTRAS ACTIVIDADES

1. Visita al Presidente Electo

El Decano de la Facultad visitó al Presidente Electo, Dr. Luis Herrera Campíns, a quien obsequió publicaciones de la Facultad. El distinguido personaje ofreció la cooperación de su gobierno a la Facultad.

2. Concurso Bello Jurista

La Facultad intervino en la escogencia del jurado del Concurso "Bello Jurista", promovido por la UCAB, con ocasión del XXV aniversario de la institución. Se recomendó la escogencia de los doctores Rafael Caldera, Francisco M. Mármol y Tomás Polanco.

3. Ex-Profesor Rafael Caldera Doctor Honoris Causa de la Universidad Católica de Lovaina.

El Dr. Rafael Caldera, ex-Profesor de la Facultad, fue honrado con el título de Doctor Honoris Causa de la Universidad Católica de Lovaina.

4. Profesor Allan R. Brewer Carías, Director del Instituto de Derecho Público de la U.C.V.

El profesor de esta Facultad, Allan R. Brewer Carías, fue designado Director del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela.

5. Fallecimiento del Dr. Eloy Maduro Luyando, ex-profesor de la Facultad.

El Dr. Eloy Maduro Luyando, ex-profesor de la Facultad, y distinguido autor de importante obra jurídica, falleció en la ciudad de Caracas.

6. Seminario "Bello en Caracas"

La Facultad estuvo presente en la inauguración del Seminario "Bello en Caracas", promovido por la Fundación Andrés Bello, presidida por el Dr. Rafael Caldera, a través del Decano y de la Directora.

7. Conferencia de la Profesora Delia Bolívar

Dentro del contexto de las II Jornadas Interescuelas de la UCAB, la profesora Delia Bolívar dictó una conferencia sobre "Los derechos del menor en Venezuela".

8. Participación de Profesores de la Facultad en el servicio público

El nuevo Gobierno designó a distinguidos profesores de la Facultad en cargos relevantes: al profesor José Guillermo Andueza, Ministro de Justicia; al profesor Reinaldo Rodríguez Navarro, Ministro del Trabajo; al profesor Luis Felipe Rosas Bravo, Director General de Prisiones.

9. Libro homenaje al Profesor Rafael Caldera, por la U.C.V.

El Decano estuvo presente en el acto de presentación del libro homenaje de la Universidad Central de Venezuela al Profesor Rafael Caldera, el cual lleva por título "Estudios sobre la Constitución" y en él colaboran profesores de esta Facultad y el propio Decano.

10. II Jornadas Nacionales de Derecho Comparado

La Facultad participó en las II Jornadas Nacionales de Derecho Comparado, celebradas en Valencia entre el 25 y el 27 de Junio, de 1979. Concurrieron a la reunión por la Facultad, el Decano, la Directora, el Director de los Cursos de Postgrado y los profesores Luis María Olaso y Aída de Rosales.

11. Magistrados de la Corte Suprema de Justicia

El Dr. René De Sola, ex-profesor de la Facultad y Miembro del Consejo Consultivo del Centro de Investigaciones Jurídicas; y la Dra. Josefina Calcaño de Temeltas, investigadora adscrita a ese Centro, fueron designados Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

EDITORIAL
SUPRE
CERCO

Revista

Consejo de Redacción

El Decano

DR. GONZALO PARRA ARANGUREN

ABOG. MARÍA HELENA FERNÁNDEZ VELOSA

DR. HENRIQUE MEIER

DR. LEÓN HENRIQUE COTTIN

CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Directora

DRA. CECILIA SOBA

Coordinador

ABOG. KARIN BRANDT MIRABAL

Consejo Consultivo

DR. RENÉ DE SOLA

DR. OSCAR GARCÍA VELUTINI

DR. JOSÉ MUCI-ABRAHAM, hijo

DR. JOSÉ SANTIAGO NÚÑEZ ARISTIMUÑO

DR. ENRIQUE PÉREZ OLIVARES

Consejo Técnico

DR. JOSÉ GUILLERMO ANDUEZA

DR. HUGO MÁRMOL MARQUIS

DR. HENRIQUE MEIER E.

DR. JAMES OTIS RODNER

R. P. FERNANDO PÉREZ-LLANTADA, S. J.

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO

FACULTAD DE DERECHO

Apartado 29.068 - Caracas 102

Venezuela

SE SOLICITA CANJE