

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO

REVISTA
DE LA
FACULTAD DE DERECHO



AÑO LECTIVO 1984 - 1985 / Julio 1985

No. 34

CARACAS

VENEZUELA

UNIVERSIDAD CATOLICA
ANDRES BELLO

AUTORIDADES CENTRALES

Rector

ING. GUIDO ARNAL ARROYO

Vice-Rector Administrativo

RAFAEL LOPEZ CASUZO

Secretario

R.P. GUSTAVO SUCRE, S.J.

FACULTAD DE DERECHO

Decano

Dr. LUIS MARÍA OLASO, S.J.

*Directora de la Escuela de Derecho
de Caracas*

DRA. MARÍA HELENA FERNÁNDEZ V.

*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.
DRA. MARÍA HELENA FERNÁNDEZ V.
DRA. CARMELINA VALBUENA DE SILVA
DR. JOSÉ RAFAEL HERNÁNDEZ
DR. ADÁN FEBRES CORDERO
DR. REYNALDO RODRÍGUEZ NAVARRO

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

BR. MAURICIO GOMEZ
BR. ANDRÉS GONZÁLEZ

Representante de los Egresados

DR. CARLOS ESCARRÁ

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO



REVISTA

DE LA

FACULTAD DE DERECHO



AÑO LECTIVO 1984 - 1985 / Julio 1985

No. 34

CARACAS

VENEZUELA

UNIVERSIDAD CATÓLICA VENEZOLANA



REVISTA

DE DERECHO

FACULTAD DE DERECHO



SUMARIO

Pág.

DOCTRINA

- "LA TERCERA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (CIDIP - III, LA PAZ, 1984)", por *Gonzalo Parra-Aranguren* ... 9
- EL DELITO DEL GENOCIDIO, por *María José Canosa* 101

NOTA BIBLIOGRAFICA

- "RESUMEN Y ANÁLISIS CRÍTICO-METODOLÓGICO DEL LIBRO "HACIA UNA SOCIEDAD NO REPRESIVA" DE HELIO JAGUARIBE", por *MIREYA CALDERA PIETRI* 143

ANALISIS ACADEMICO

- TÉCNICA JURÍDICA: EL ENCUENTRO CON LA CIBERNÉTICA, por *Lorenzo Fernández Gómez* 179

LEGISLACION COMENTADA

- "LOS NUEVOS CÓDIGOS PENALES DE CUBA Y CHINA, por *Manuel López-Rey y Arroyo Ll. D.* 213
- EL RÉGIMEN DE LOS BIENES EN EL MATRIMONIO Y LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1982, por *José Melich Orsini* 229

SECCION ESTUDIANTIL

- "EL ARTESANO EN EL CÓDIGO DE COMERCIO DE VENEZUELA", por *Chang Mora Kimlen y Salas Abad Alicia M.* ... 299
- CRÓNICA DE LA FACULTAD 359

DOCTRINA

LA TERCERA CONFERENCIA ESPECIALIZADA
SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
(CIDIP III, La Paz, 1984)

Gonzalo Parra-Aranguren

(Continuación del N° 33)

En el mismo sentido, según el doctor ANTONIO BOGGIANO (Argentina) "una sentencia dictada en una provincia hace plena fe en las otras provincias y en la capital federal", produciéndose así una especie de petrificación de la competencia en el ámbito interno"; y el Secretario Técnico de la Comisión Segunda (LUIS DILERMANDO DE CASTELLO CRUZ) informó que, con excepción de México, "en los otros Estados federados miembros de la Organización de los Estados Americanos, cuando el Juez de una circunscripción política, el cual es incompetente, se considera competente y dicta sentencia, existe un recurso para un tribunal federal y éste decide si el juez es incompetente y, en caso afirmativo, anula la sentencia. Si el recurso no es presentado, aquella sentencia pasa a ser cosa juzgada para todo el país... en México tiene entendido que existe una situación singular en la que la sentencia del Juez de un Estado de la federación es como si fuera una sentencia extranjera cualquiera y, al llegar al tribunal de otro Estado, no tiene a su favor la condición de *res judicata* nacional".²⁵⁹

Por su parte el Representante de México (José Luis Siqueiros) expuso su criterio frente a un ejemplo propuesto por el Presidente (Gonzalo Parra-Aranguren) "en que, en un tribunal mexicano se presente una sentencia dictada por un tribunal de Nevada que, desde el punto de vista del derecho americano fuese incompetente para dictar la referida sentencia"; y sostuvo que en México "la parte contra quien se trata de ejecutar la sentencia podría invocar perfectamente una incompetencia de acuerdo con las reglas internas de los Estados Unidos".

El doctor ANTONIO BOGGIANO (Argentina) insistió sobre el asunto para informar "que si hay un conflicto de competencia y un recurso pendiente, la cuestión queda diferida hasta que se resuelva esa cuestión de competencia, y una vez resuelta dicha cuestión se puede hablar de una sentencia firme de una circunscripción política, que puede reconocerse en otra circuns-

259. COM-II/13, pp. 12-13.

cripción política"; tan pronto "se hayan agotado todos los recursos, se tenga una sentencia firme y se hayan resuelto todas las cuestiones de competencia, entonces hay una sentencia con autoridad de cosa juzgada": mientras tanto no hay cosa juzgada, no hay sentencia firme.²⁶⁰

En última instancia, el consenso de los participantes pareció orientarse en el sentido de que si una sentencia no puede desplegar eficacia dentro de su país, menos puede hacerlo en el extranjero;²⁶¹ y el Secretario Técnico de la Comisión (LUIS DILERMANDO DE CASTELLO CRUZ) sostuvo la necesidad de aclarar el asunto a través de un artículo expreso, a cuyo efecto sugirió una fórmula concreta.²⁶²

94. De inmediato la Comisión Segunda volvió a considerar el principio consagrado por el artículo cuarto del Proyecto del Comité Jurídico Interamericano; y el doctor MARCELO SOLARI (Uruguay) se refirió a la propuesta mexicana de referirse a las acciones reales, en términos genéricos: a su entender, de esa manera "quedarían fuera las acciones mixtas que están previstas en el Tratado de Montevideo y en el Código Bustamante, por lo que entiende que en el artículo 4º de la Convención en proyecto se podría decir "acciones referentes a bienes inmuebles" o incluir también las acciones mixtas".²⁶³

Sin embargo, el Licenciado José Luis SIQUEIROS (México) aclaró "que para su país el problema de competencia territorial establece el principio de que las sentencias dictadas por los tribunales de un Estado serán reconocidas en todos los demás Estados, salvo si, tratándose de inmuebles, el Tribunal de recibo considerase inadecuada la asunción de competencia por parte del tribunal sentenciador"; pero "en todos los demás casos existe reconocimiento de la sentencia" y "aún en materia de inmuebles la denegación de reconocimiento es rara porque son raros los casos en que en cierto Estado, un Tribunal dicta una sentencia sobre un inmueble que se encuentra en otro Estado". Sin embargo, admitió: "también puede darse

260. COM-II/13, pp. 13-14.

261. COM-II/13, p. 14.

262. COM-II/13, p. 15.

263. COM-II/13, pp. 14-15.

el caso en materia de arrendamiento, cuando existen cláusulas de elección de foro".²⁶⁴

95. La Comisión Segunda se reunió por octava vez en horas de la tarde del *diecinueve de mayo de 1984*, para continuar considerando el criterio atributivo de competencia consagrado por el artículo del Proyecto del Comité Jurídico Interamericano; y al decir del Licenciado José Luis SIQUEIROS (México), "se ha hecho un estudio comparativo de las distintas legislaciones procesales del hemisferio del que surge que en casi ninguna de ellas se da efecto extraterritorial a la sentencia pronunciada en una acción *in rem*".²⁶⁵

Hecha la anterior aclaratoria, el Presidente (GONZALO PARRA-ARANGUREN) recordó el planteamiento de la Delegación del Uruguay, "sobre la conveniencia de referirse a las acciones mixtas, en el sentido de someterlas también a los tribunales del lugar de la situación de los bienes"; pero el doctor MARCELO SOLARI (Uruguay) expresó que más bien, a los efectos de dar mayor amplitud al artículo 4º del Proyecto, ya que quizás los conceptos de acciones reales y de acciones mixtas no sean recogidos en las distintas legislaciones nacionales, "...se mostró partidario de hablar de acciones referidas a bienes y seguir con el articulado". Sin embargo, sometida a voto la propuesta uruguaya fue rechazada.²⁶⁶

Aun cuando pueda carecer de importancia práctica, el doctor ANTONIO BOGGIANO (Argentina) sostuvo la utilidad de consagrar en la Convención el *forum rei sitae*; pero en el entendido de que no puede incluir a las acciones personales relativas a bienes. Por su parte, el Presidente (GONZALO PARRA-ARANGUREN) manifestó su asombro ante el rechazo del criterio que atribuye el conocimiento de las acciones reales a los Tribunales del lugar de la situación; y el Licenciado José Luis SIQUEIROS (México) hizo énfasis en la imposibilidad de permitir eficacia extraterritorial a una sentencia extranjera sobre un bien situado en el Estado receptor "y que el caso clásico es el de una sentencia en materia sucesoria".

264. COM-II/13, p. 16.

265. COM-II/14, p. 3.

266. COM-II/14, p. 3.

A este respecto el doctor ANTONIO BOGGIANO (Argentina) advirtió que en algunas jurisdicciones "se reconoce la competencia del Tribunal del lugar del último domicilio del causante y se reconoce la declaración de heredero sobre esa base"; según su criterio, "si el tema tiene importancia práctica, aunque sea mínima, merece contemplarse", en cuyo caso "tratándose de bienes inmuebles, cree que solamente debería referirse a acciones reales, y que el juez de recibo es el que calificará qué se entiende por una acción real, o, eventualmente, por una acción mixta".

Por su parte, el doctor MARCELO SOLARI (Uruguay) insistió en el principio establecido en el artículo cuarto del Proyecto del Comité Jurídico Interamericano, con expreso recordatorio a planteamientos anteriores del representante mexicano, según los cuales "la sentencia pudiera tener extraterritorialmente una eficacia distinta de la eficacia ejecutoria": según informa el acta de la sesión, puso 'el ejemplo de que un Estado haya un juicio real reivindicatorio sobre un bien mueble corporal y que haya una sentencia que reconozca ese derecho de propiedad. Agrega que ese bien mueble corporal posteriormente se traslada a otro Estado y allí se quiere esgrimir la sentencia que reconoce el derecho real, dictada por el Tribunal de la situación anterior. En ese ejemplo cree se reconoce la eficacia extraterritorial...'.²⁶⁷

En vista de la aclaratoria anterior, el Licenciado José LUIS SIQUEIROS (México) se manifestó dispuesto a conservar el principio establecido por el artículo cuarto, "sobre todo por su repercusión sobre bienes muebles corporales"; y, a solicitud del Presidente (GONZALO PARRA-ARANGUREN) fue aprobada la necesaria reconsideración.²⁶⁸

Aun cuando no existe constancia expresa en el acta de la sesión, se aprobó admitir la competencia de los Tribunales del lugar de la situación para las acciones reales; pero sin mencionarse las acciones mixtas porque el doctor MARCELO SOLARI (Uruguay) retiró su propuesta para evitar dificultades, en vista de la aclaratoria sobre su exacta definición, pedida por el doctor PETER D. TROBOFF (Estados Unidos de la América del Norte).²⁶⁹

267. COM-II/14, pp. 4-5.

268. COM-II/14, p. 5.

269. COM-II/14, p. 5.

96. De inmediato se entró a examinar el artículo quinto del Proyecto del Comité Jurídico Interamericano, que consideraba satisfecho el requisito de la competencia en la esfera internacional si "en materia de sociedades civiles y mercantiles, al momento de entablarse la demanda, la sociedad haya tenido su establecimiento principal o se hubiere constituido en el territorio en el cual el juez o tribunal ejerza jurisdicción"; y "en cuanto a las sucursales, agencias o filiales, que éstas se encuentren en el territorio en el cual el juez o tribunal ejerza su jurisdicción, en el caso de actividades provenientes de aquéllas".

Acto continuo el doctor MARCELO SOLARI (Uruguay) comentó la enmienda presentada por su País, donde "no hay apartamiento de las conexiones establecidas en el Proyecto, sino un mero ajuste de ellas a una legislación que ya rige en varios Estados", a saber, con "las soluciones sustantivas de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles, firmada en Montevideo el 8 de mayo de 1979".²⁷⁰

De seguida y a requerimiento del doctor ANTONIO BOGGIANO (Argentina), el Presidente (GONZALO PARRA-ARANGUREN) aclaró a los participantes que también podrían pronunciarse sobre la propuesta uruguaya, según la cual se cumplía el requisito de la competencia internacional cuando:

"En materia de actuación externa de sociedades civiles y comerciales, al momento de entablar la demanda, la sociedad haya tenido la sede de su administración central en el territorio en el cual el juez o tribunal ejerza jurisdicción".

"En cuanto a litigios que surjan entre los socios y, en general, en aquellos atinentes a la existencia, capacidad, funcionamiento interno y disolución de las sociedades civiles y mercantiles, que éstas se hubieren constituido en el territorio en el cual el juez o tribunal ejerza jurisdicción".

"En materia de sucursales, agencias o filiales, que éstas se encuentren en el territorio en el cual el juez o tribunal ejerza su jurisdicción en el caso de actividades provenientes de aquéllas".

El Licenciado José LUIS SIQUEIROS (México) manifestó sus dudas respecto a los criterios atributivos de competencia para

270. COM-II/14, p. 6.

las acciones fundadas en la actuación interna de las sociedades, "ante el caso, muy proclive en el hemisferio, de las sociedades que se constituyen en los llamados paraísos fiscales, como Panamá, donde existen más de 40.000 sociedades anónimas que no tienen sede en aquella ciudad sino que, simplemente, son direcciones postales y que se constituyen en aquella jurisdicción por simples ventajas de carácter impositivo. Agrega que también las hay en las Bahamas, en las Islas Caimán y en otras islas del Caribe, donde las sociedades se constituyen por correo a los abogados establecidos en esos lugares. Por lo tanto, le parece un poco forzado que se conceda por la Convención en proyecto un elemento vinculatorio de jurisdicción a los tribunales de esos paraísos fiscales".²⁷¹

En vista de tales "objecciones de sentido práctico y objetivo", el doctor ANTONIO BOGGIANO (Argentina) sostuvo "que quizás, a los efectos de la jurisdicción, fuese más efectivo admitir el criterio de la sede o de la administración principal"; pero también reconoció la posibilidad de regular el asunto en armonía con la Convención de Montevideo sobre sociedades mercantiles, a fin de atribuir competencia, en forma alternativa, tanto al Estado de constitución como al País donde la sociedad pretenda establecer la sede de su administración central.²⁷² Por su parte el doctor GUSTAVO MEDEIROS (Bolivia) destacó que "la Constitución Política de Bolivia establece que todas las sociedades extranjeras, para actuar en el país, deben constituirse necesariamente en territorio boliviano y someterse a la ley del país, por lo que no podía admitirse como única alternativa la administración central de la empresa, sino que es necesario que la jurisdicción pueda ser determinada por el lugar de constitución".²⁷³ En vista de los comentarios anteriores, el doctor MARCELO SOLARI (Uruguay) reconoció "que en la generalidad de los casos va a haber coincidencia entre el tribunal del lugar de constitución y el de la sede de la administración de una empresa"; y, por consiguiente, "la fórmula alternativa tal vez completaría este cuadro dándole una mayor flexibilidad".²⁷⁴

271. COM-II/14, p. 6.

272. COM-II/14, p. 7.

273. COM-II/14, pp. 7-8.

274. COM-II/14, p. 8.

De esta manera, según fue destacado por el Presidente (GONZALO PARRA-ARANGUREN) "se vuelve al Proyecto del Comité, en el sentido de que las acciones derivadas de la actuación externa deberán ser intentadas ante los tribunales del lugar de constitución de la sociedad civil o mercantil o del lugar donde la sociedad de que se trate tenga su establecimiento principal o administración central"; con la advertencia de que la liquidación de las sociedades se encuentra excluida del Proyecto por el artículo undécimo. Dentro de la misma directriz, el Licenciado JOSÉ SIQUEIROS (México) reconoció "que el Proyecto del Comité Jurídico Interamericano aporta una fórmula flexible y proporciona elasticidad para ver si en el caso concreto debe ser considerado juez competente el del lugar donde está ubicada la administración o asiento principal (lo que podría ocurrir tratándose de actuación externa) o el del lugar donde se hubiere constituido la sociedad (lo que podrá ocurrir en caso de litigio sobre problemas internos de la sociedad)".

A los fines de clarificar las ideas sobre el asunto el Secretario Técnico de la Comisión Segunda (LUIS DILERMANDO DE CASTELLO CRUZ), luego de destacar la vaguedad de la expresión "en materia de sociedades civiles y mercantiles", advirtió que la finalidad perseguida era referirse a las acciones intentadas contra la sociedad, sin comprender las que ésta pueda intentar contra terceras personas.²⁷⁵

En este estado, según se lee en el acta de la sesión, el doctor GONZALO PARRA-ARANGUREN (Presidente) dejó constancia de la uniformidad de criterios "en cuanto a que, para las acciones derivadas de la actuación interna de la sociedad, cabe el fuero facultativo del lugar del establecimiento principal o del lugar de constitución, y que, en el caso de la actuación externa de la sociedad y cuando se trata de la sociedad como parte demandada, también serán competentes los tribunales de los mismos lugares, es decir, del establecimiento principal y aquél donde se hubiera constituido la sociedad civil o mercantil. Añade que estas reglas no pretenden aplicarse a las acciones que la sociedad pueda tener contra terceros derivadas de su actuación externa. Sigue diciendo que, de igual modo,

275. COM-II/14, pp. 8-9.

en materia de agencias, sucursales o filiales, las acciones en que las sociedades o sus filiales sean demandadas estarán sujetas a los tribunales del lugar donde se haya establecido la sucursal, agencia o filial".²⁷⁶

De seguida el Presidente (GONZALO PARRA-ARANGUREN) hizo referencia a las sociedades de carácter público, para advertir que si se incluyen dentro del régimen general "la Comisión estará haciendo, de manera indirecta, un pronunciamiento sobre un tema tan delicado como es el de la inmunidad de jurisdicción". A este respecto, el Licenciado JOSÉ LUIS SIQUEIROS (México) se pronunció por su exclusión; el mismo criterio fue sostenido por el Uruguay (MARCELO SOLARI), y, en última instancia así fue resuelto por la Comisión.²⁷⁷

97. Acto continuo se entró a examinar el artículo sexto del Proyecto del Comité Jurídico Interamericano, que consideraba satisfecho el requisito de la competencia internacional "en materia de acciones por daños y perjuicios originadas en lesiones corporales o en daños a la propiedad, el juez o tribunal que hubiere ejercido jurisdicción, según la legislación del Estado respectivo, sea éste unitario o federal, cuando el hecho, acto o sus efectos hubieran ocurrido en su territorio jurisdiccional".²⁷⁸

Seguidamente, el doctor MARCELO SOLARI (Uruguay) explicó que la enmienda presentada por su país no se ajusta al régimen establecido en el Proyecto del Comité Jurídico Interamericano sino al consagrado por el Grupo de Expertos de Washington; y, por consiguiente, admitía la competencia internacional "en materia de acciones por daños y perjuicios originadas en lesiones corporales o en daños materiales a la propiedad: a) si la jurisdicción territorial del Tribunal de origen de la senten-

276. COM-II/14, p. 9. Según informa el acta de la sesión, ante el requerimiento del Representante de los Estados Unidos de la América del Norte (DAVID EPSTEIN) "se producen diversas intervenciones sobre ese punto, hasta que se interpreta el concepto de "filial" como el de toda sociedad distinta de la matriz y sujeta al control, de hecho o de derecho, de ésta"; con la advertencia del doctor DAVID EPSTEIN (Estados Unidos de la América del Norte) de que "su preocupación principal es que se considere que filial es una persona separada de la matriz" (COM-II/14, p. 10).

277. COM-II/14, p. 9.

278. CIDIP-III/12, p. 46.

cia tuviere una estructura estatal unitaria, que el hecho, acto o sus efectos ocurrieren en esa jurisdicción; b) si la jurisdicción territorial del tribunal de origen de la sentencia tuviere una estructura estatal federal, que el hecho, acto o sus efectos ocurrieren en el Estado integrante de esa estructura estatal federal, en el cual el tribunal de origen de la sentencia ha ejercido jurisdicción".²⁷⁹

Ante la pregunta del Licenciado JOSÉ LUIS SIQUEIROS (México) acerca de los motivos para diferenciar las hipótesis según la estructura, unitaria o federal, del Estado sentenciador, el Presidente (GONZALO PARRA-ARANGUREN) recordó la actitud de los miembros de los Estados Unidos de la América del Norte que asistieron a la reunión del Grupo de Expertos de Washington, quienes "manifestaron que cualquiera otra fórmula era inaceptable para ellos": por tanto, el Proyecto fue "aprobado como tentativo y sujeto a un afinamiento posterior".²⁸⁰

Por su parte, el doctor ANTONIO BOGGIANO (Argentina) consideró "razonable que una acción por daños y perjuicios originados por un delito tenga que ser llevada al lugar donde haya ocurrido el hecho o el acto que haya causado los daños o los perjuicios"; y sostuvo "que se ha escrito mucho sobre estos aspectos de la indemnización por ilícitos, por lo que sería conveniente encontrar criterios adicionales": de esta manera, en la práctica, se favorece a la víctima quien seleccionará los tribunales más favorables a sus pretensiones.

Desde otra perspectiva el Representante argentino (ANTONIO BOGGIANO) hizo énfasis en la necesidad de "contemplar también el daño moral, y analizar los criterios de conexión empleados en el artículo, que ya están superados por la práctica en materia de jurisdicción internacional": a este efecto "sugiere que en un orden jerárquico se podría hablar primero del domicilio común del presunto damnificado y de quien ha producido el daño, y luego, en todo caso, del domicilio de quien ha producido el daño".

Ante este señalamiento el doctor GONZALO PARRA-ARANGUREN (Presidente) hizo un formal recordatorio sobre el "manifiesto

279. COM-II/6, p. 3.

280. COM-II/14, pp. 10-11.

propósito de los miembros americanos del grupo de expertos de que se excluyeran las acciones originadas exclusivamente en daños morales"; aun cuando estaban dispuestos a "aceptar acciones por daños y perjuicios corporales a los que se agregasen daños morales, pero no pura y simplemente por daños morales". De igual modo sostuvo la competencia de los Tribunales del lugar donde ocurrió el hecho o donde se produjeron los efectos perjudiciales, a reserva de decidir posteriormente sobre su eventual carácter facultativo: en caso de pluralidad de fueros competentes la solución sería en favor de la víctima, "porque le permite escoger el foro o tribunal más conveniente".²⁸¹

Dentro de este orden de ideas, el doctor MARCELO SOLARI (Uruguay) afirmó "que la acción por daños y perjuicios sería una especie dentro del género de las acciones personales de tipo patrimonial"; pero según el Licenciado JOSÉ LUIS SIQUEIROS (México) el "tema aún continúa planteando interrogantes y ... es muy difícil encontrar un consenso en esta materia por la multiplicidad de vinculaciones que existen". En este sentido, a modo de ilustración "pone el ejemplo de un avión de Aerolíneas Argentinas adquirido a la Douglas, fabricado en California, que emprende un viaje con pasajeros de distinta nacionalidad, radicados en diferentes Estados de América del Sur, y que sufre un accidente fatal en Lima, por lo que los deudos tratan de exigir responsabilidades y pago por daños y perjuicios": de esta manera, a su entender, queda demostrada la dificultad de la determinación del Tribunal competente.

De acuerdo con el doctor MARCELO SOLARI (Uruguay), "será competente el tribunal peruano, porque los daños y los efectos se produjeron en el Perú"; el Representante de Argentina (ANTONIO BOGGIANO) "no se atrevería a afirmar a qué tribunal le competaría dictar sentencia, pero podría adelantar que sería el de aquel lugar que se encuentre más directamente relacionado con el hecho ilícito"; y según el Presidente (GONZALO PARRA-ARANGUREN) "hay una evidente jurisdicción penal para el tribunal limeño", no debiendo olvidarse que "la norma de competencia civil debe proteger a la parte perjudicada".²⁸²

281. COM-II/14, pp. 11-12.

282. COM-II/14, p. 12.

Sin embargo, el doctor ANTONIO BOGGIANO (Argentina) sostuvo "que quizá no sería posible el criterio de la jurisdicción más favorable, porque tal admisión podría conducir a una irrazonable injusticia para el demandado"; por tanto, "quizá quepa distinguir entre los hechos ilícitos dolosos, en los que sería razonable permitir al actor damnificado elegir el tribunal, incluso con miras a una mejor satisfacción de sus pretensiones, y los casos culposos, en los que no cree que haya que estar exclusivamente a la conveniencia de la parte damnificada", pues "hay que atender a un equilibrio de intereses entre ambas partes".²⁸³

Debido a la manifiesta diversidad de criterios, el Presidente (GONZALO PARRA-ARANGUREN) sugirió "que la Comisión deje a un lado la materia de competencia que aparece regulada en el artículo del Proyecto del Comité Jurídico Interamericano y en el artículo sustitutivo propuesto por la Delegación del Uruguay"; punto de vista apoyado por los doctores ANTONIO BOGGIANO (Argentina), quien "estima que este tema debería ser objeto de una futura Conferencia de la Organización", y por el doctor JULIO JARAMILLO (Ecuador).²⁸⁴ Seguidamente fue aprobada la propuesta "de abstenerse o de dejar de regular la materia relativa a las acciones derivadas de hechos ilícitos por considerar que es un tema de tratamiento propio y específico en una futura Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado".²⁸⁵

98. Acto continuo se entró al examen del artículo octavo del Proyecto del Comité Jurídico Interamericano, que consideraba satisfecho el requisito de la competencia internacional cuando "la sentencia extranjera hubiera sido dictada por un juez o tribunal que hubiera asumido jurisdicción para evitar denegación de justicia, por no existir juez o tribunal competente".

De inmediato el doctor MARCELO SOLARI (Uruguay) se refirió a la enmienda propuesta por su País, con el objeto de "evitar una invocación abusiva de este criterio y que en definitiva la inexistencia de juez o tribunal competente debe ser

283. COM-II/14, p. 13.

284. COM-II/14, p. 13.

285. COM-II/14, p. 14.

apreciada por el Tribunal del Estado donde la sentencia debe surtir efecto";²⁸⁶ pero la discusión del asunto fue suspendida a propuesta del Presidente (GONZALO PARRA-ARANGUREN).²⁸⁷

99. La importancia de la autonomía de la voluntad para determinar la jurisdicción competente fue examinada al reunirse por novena vez la Comisión Segunda, en horas de la mañana del *veintiuno de mayo de 1984*. En esa oportunidad, el Presidente (GONZALO PARRA-ARANGUREN) hizo énfasis en la importancia de la materia y recordó que la prórroga *ante litem* aparecía regulada por el artículo séptimo del Proyecto del Comité Jurídico Interamericano, según el cual la competencia del Estado Sentenciador debe reconocerse si "en ejercicio de una profesión o de actividades mercantiles, las partes hubieren acordado en un contrato escrito someterse a la jurisdicción del juez o tribunal, y una de las partes haya sido demandada ante éstos por acciones emergentes de dicho contrato, siempre y cuando la competencia del Juez o tribunal no haya sido establecida en forma abusiva".²⁸⁸

De inmediato el Representante de México (FERNANDO A. VÁZQUEZ PANDO) sostuvo la conveniencia de aceptar el principio de la autonomía, aun cuando restringiendo la selección a los Tribunales de los países que tuvieran algún vínculo con el derecho aplicable a la controversia y si la jurisdicción no se asumió en forma abusiva.²⁸⁹ El doctor ANTONIO BOGGIANO (Argentina) también se pronunció favorablemente, pero hizo énfasis en la necesidad de resolver si el principio de la autonomía debía aplicarse igualmente a las situaciones puramente internas; y luego de destacar su importancia en el ámbito del arbitraje señaló la conveniencia de establecer reglas propias para los "contratos al consumidor", a fin de respetar las nor-

286. COM-II/14, p. 14. El artículo octavo del documento uruguayo admitía la competencia intranacional cuando "la sentencia extranjera hubiera sido dictada por un juez o tribunal que hubiera asumido jurisdicción para evitar denegación de justicia por no existir juez o tribunal competente, salvo el criterio del tribunal del Estado donde deba surtir efectos".

287. La suspensión se dispuso para continuar el examen de los formularios anexos al Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero (Véase antes los números 85 a 86 de este trabajo).

288. COM-II/16, p. 2. La prórroga *post litem* fue regulada en un precepto aparte: el artículo tercero del Proyecto del Comité Jurídico Interamericano.

289. COM-II/16, p. 2.

mas de jurisdicción exclusiva existentes en el domicilio habitual del consumidor.²⁹⁰

Acto continuo el doctor MARCELO SOLARI (Uruguay) señaló la conveniencia de tratar separadamente la prórroga *ante litem* y la *post litem*: esta última no debería ser admitida en forma tácita, pues, de hacerlo, debería definirse "qué se entiende por ello, ya que no cabría la prórroga ficta en un juicio de rebeldía". A su entender, en esta materia la voluntad "debería jugar un papel más activo que en otros ámbitos"; aun cuando supeditando su funcionamiento a la forma escrita y restringir la posibilidad de escogencia "a favor del juez del Estado cuyo derecho fuese aplicable al contrato": en todo caso "no podría haber sido establecida en forma abusiva".²⁹¹

100. El anterior planteamiento fue acogido con beneplácito por el Representante de México (FERNANDO A. VÁZQUEZ PANDO): según su criterio, los contratos al consumidor generalmente son de adhesión, en los cuales "muchas veces en forma más o menos subrepticia existen cláusulas de prórroga de la jurisdicción que no deben ser aceptadas y que deberían restringirse a los contratos entre comerciantes".²⁹² Sin embargo, el Presidente (GONZALO PARRA-ARANGUREN) se preguntó "si el consumidor no tiene suficiente protección con lo dispuesto en el artículo 10. que establece la jurisdicción exclusiva"; aparte de que la protección al consumidor "es mucho más importante en las cláusulas sustantivas del contrato que en las procesales referentes a dónde se van a ventilar los litigios".

Dentro de la misma directriz, de acuerdo con el Representante de México (RICARDO ABARCA LANDERO) "el problema general planteado va más allá de lo que es la protección al consumidor, ya que se trata de la capacidad de negociación efectiva de la persona que admite la prórroga del fuero"; pero, según advirtió de nuevo el Presidente (GONZALO PARRA-ARANGUREN), "la falta de capacidad para negociar efectivamente es mucho más grave en las cláusulas sustantivas del contrato que en las adjetivas".²⁹³

290. COM-II/16, p. 3.

291. COM-II/16, pp. 3-4.

292. COM-II/16, p. 4.

293. COM-II/16, p. 4.

En vista de los comentarios anteriores, el doctor ANTONIO BOGGIANO (Argentina), no obstante reconocer la mayor importancia de la protección del consumidor en los aspectos sustanciales del contrato, señaló la tendencia generalizada a extenderla a los aspectos jurisdiccionales; y desde esta perspectiva sostuvo la necesidad de excluir del Proyecto las acciones fundadas en contratos al consumidor, reiterando su criterio de limitar la autonomía a los contratos internacionales "porque la razón de la prórroga no existe cuando se trata de un contrato interno".²⁹⁴ Por su parte, el Licenciado FERNANDO A. VÁZQUEZ PANDO (México) reconoció igualmente la importancia de la protección referente a la sustancia misma del acuerdo, cuando a una de las partes le falta capacidad efectiva de negociación; en cuyo caso tampoco debería admitirse la prórroga de jurisdicción *pre-litem*.

Acto continuo el Secretario Técnico de la Comisión Segunda (LUIS DILERMANDO DE CASTELLO CRUZ) hizo énfasis en la fórmula utilizada por el artículo séptimo del Proyecto del Comité Jurídico Interamericano, según la cual "la prórroga de la jurisdicción sólo puede tener lugar *pre litem* cuando las partes la han aceptado en el ejercicio de una profesión o actividad mercantil": de esta manera, a su entender, quedarían excluidos los contratos al consumidor; y el precepto, además, establece otro límite a la voluntad cuando prescribe en su última parte: "...la competencia del juez o tribunal no haya sido establecida en forma abusiva".²⁹⁵

Los conceptos anteriores no fueron compartidos por el Representante de Argentina (ANTONIO BOGGIANO), para quien el artículo séptimo del Proyecto es aplicable a los contratos al consumidor: así ocurre cuando "una empresa actúa en el ámbito de su actividad mercantil y la otra lo hace fuera del curso de su contenido". Además, deja sin respuesta "la cuestión de la posibilidad de la disparidad de la capacidad de negociación", que no se encuentra restringida a los consumidores.²⁹⁶ Sin embargo, el doctor MARCELO SOLARI (Uruguay) recordó que, en última instancia, corresponde al Juez decidir si la competen-

294. COM-II/16, pp. 4-5.

295. COM-II/16, p. 5.

296. COM-II/16, pp. 5-6.

cia asumida por el Tribunal sentenciador fue o no establecida en forma abusiva; y, por consiguiente, "no convendría entrar en una casuística en esta materia".

101. De inmediato el Presidente (GONZALO PARRA-ARANGUREN) consideró suficientemente discutido el asunto; y según el Licenciado FERNANDO A. VÁZQUEZ PANDO (México) "los puntos básicos de acuerdo podrían resumirse diciendo: la prórroga de la competencia es válida siempre y cuando sea acordada en un contrato internacional de naturaleza mercantil; sea establecida a favor de un Estado cuyo derecho guarde una relación razonable con el contrato y no se la haya establecido en forma abusiva".²⁹⁷

Sometidas a voto en forma separada las diversas partes de la propuesta mexicana se aprobó aceptar el principio de la autonomía de la voluntad, en los términos siguientes: si se trata de un contrato internacional; cuando sea de naturaleza mercantil; si el acuerdo de prórroga consta por escrito; cuando existe un vínculo entre la jurisdicción escogida y el derecho aplicable al contrato; y si la selección no se ha hecho en forma abusiva.²⁹⁸

102. De inmediato, y por cuanto el artículo séptimo del Proyecto de Comité Jurídico Interamericano se refiere al "ejercicio de una profesión, el doctor GUSTAVO MEDEIROS (Bolivia) sostuvo su posible funcionamiento frente a "una relación contractual profesional entre abogados" y, por consiguiente, la autonomía de la voluntad no debería restringirse a las actividades de naturaleza mercantil: "si se da a las partes la posibilidad de prorrogar la jurisdicción por un acto de voluntad, se puede comprender tanto a la actividad profesional como a la mercantil".²⁹⁹

297. COM-II/16, p. 6.

298. COM-II/16, p. 6. Poco tiempo después el Licenciado FERNANDO A. VÁZQUEZ PANDO (México) advirtió que la votación anterior se había centrado "en las cuestiones mercantiles internacionales y no se especificó si ambas partes tenían que ser comerciantes"; y para destacar que la idea de las contrataciones mercantiles internacionales "plantea un problema específico totalmente distinto a los del ejercicio profesional". Por consiguiente, propuso se sometiera a voto "que la Comisión entienda que basta referirse a contrataciones mercantiles internacionales", pero su propuesta resultó negada (COM-II/16, p. 9).

299. COM-II/16, pp. 6, 7, 8, 9.

A fin de clarificar la idea anterior, el Representante del Ecuador (JULIO JARAMILLO ARIZAGA) propuso un cambio en la redacción del artículo para que dispusiera: "Que en ejercicio de actividades mercantiles, profesionales o no, ...". Sin embargo, la sugerencia fue objeto de crítica por parte de los Delegados de Argentina (ANTONIO BOGGIANO), México (FERNANDO A. VÁZQUEZ PANDO) y Uruguay (MARCELO SOLARI): debido a la insistencia del proponente fue sometida a la Comisión, pero sólo obtuvo un voto favorable.³⁰⁰

103. De inmediato se entró a considerar la posibilidad de la prórroga *post litem*, en los términos del artículo tercero del Proyecto del Comité Jurídico Interamericano, a saber, "que habiéndose promovido la acción, la parte demanda se hubiera sometido voluntariamente, en forma expresa o tácita, a la jurisdicción del juez o tribunal".³⁰¹

Acto continuo el Licenciado FERNANDO A. VÁZQUEZ PANDO (México) propuso decir "la parte demandada o terceros" y evitar el calificativo "tácita"; planteamiento éste respaldado por el doctor MARCELO SOLARI (Uruguay), pues si se interpreta como "mera comparecencia de la contraparte aceptando", bastaría con decirlo simplemente.³⁰²

De inmediato, el Presidente (GONZALO PARRA-ARANGUREN) advirtió la necesidad de "tener en cuenta otro caso que es el de la sumisión tácita del demandante por el hecho de interponer la demanda", previsto por el artículo 322 del Código Bustamante, que comprende ambas hipótesis cuando dispone: "Se entenderá hecha la sumisión tácita por el demandante con el hecho de acudir al juez interponiendo la demanda, y por el demandado con el hecho de practicar, después de personado en el juicio, cualquier gestión que no sea proponer en forma la declinatoria. No se entenderá que hay sumisión tácita si el procedimiento se siguiere en rebeldía".

104. Por su parte, el Licenciado JOSÉ LUIS SIQUEIROS (México) se preguntó "si éste sería el sitio adecuado" para restringir la

300. COM-II/16, pp. 8-9.

301. COM-II/16, p. 9.

302. COM-II/16, p. 10.

posibilidad de la prórroga a los fueros no renunciables: la sugerencia tuvo el apoyo de la Argentina (ANTONIO BOGGIANO), Uruguay (MARCELO SOLARI), y del Licenciado FERNANDO A. VÁZQUEZ PANDO (México), aun cuando este último propuso utilizar la expresión "fueros renunciables".³⁰³ Sin embargo, para el doctor ANTONIO BOGGIANO (Argentina) "el empleo del concepto de fuero renunciable resultaría en que el artículo no sería aplicable si la sentencia hubiese sido dictada en algún fuero que el tribunal que va a reconocerla considere fuero concurrente, respecto del cual pudiera mediar la prórroga tácita"; y "que no cabe la prórroga si, a criterio del tribunal que va a reconocer la sentencia, existió jurisdicción al menos concurrente en el tribunal ante el cual medió la supuesta prórroga tácita o expresa".³⁰⁴

En vista de la pregunta del Representante de los Estados Unidos de la América del Norte (PETER D. TROBOFF) acerca de la equivalencia en español del término "*renounceable*", el Licenciado FERNANDO A. VÁZQUEZ PANDO (México) explicó "que la legislación prevé quien es el Juez competente en principio y admite que en algunos casos las partes acuerden competencia a favor de un juez distinto"; y cuando esto no es posible se está en presencia de un "fuero no renunciable", según la terminología de la legislación mexicana.³⁰⁵

De inmediato el Licenciado RICARDO ABARCA LANDERO (México) advirtió "que, en el caso del artículo tercero, siempre se está hablando de un fuero que no es adecuado, porque de otro modo no se hablaría de sumisión, ya que, si se estuviera hablando de un fuero adecuado, el caso sería de opción entre dos foros igualmente competentes, y la opción no tiene por qué ser tratada aquí". Desde otra perspectiva se refirió "a la confusión que se produce al utilizar la palabra "tácito", que es lo que se da por aceptado y se calla", motivo por el cual debería hablarse de sumisión implícita". En vista de tales comentarios, el doctor PETER D. TROBOFF (Estados Unidos de la América del Norte) sostuvo "que debatir acerca de las expresiones "implí-

303. COM-/16, p. 10.

304. COM-II/16, pp. 10-11.

305. COM-II/16, p. 11.

cito", "tácito" y "expreso" es muy complejo y puede hacer difícil la obtención del consenso".

105. Por otra parte, según el Presidente (GONZALO PARRA-ARANGUREN) "la idea del artículo tercero es que la sumisión del demandado puede ser de dos maneras: la primera ocurre cuando la parte actora ha intentado un juicio ante un tribunal, la parte demandada concurre y expone o escribe clara y terminantemente que está de acuerdo y conviene en la competencia del tribunal ante el cual se le ha denominado; la segunda ocurre cuando la parte demandada sigue otra forma de actuar, ya no dice en forma clara y directa, escrita, que está de acuerdo con la competencia del tribunal, sino que actúa como si el tribunal fuera competente".³⁰⁶ En el mismo sentido se expresó el doctor MARCELO SOLARI (Uruguay); y el doctor PETER D. TROBOFF (Estados Unidos de la América del Norte) hizo énfasis en "que, en el caso de la sumisión implícita, no se está hablando de un conjunto de acciones que puede tomar el demandado, sino de un tipo específico de acción", a saber, "no impugnar la competencia del tribunal".³⁰⁷

Por su parte, el doctor ANTONIO BOGGIANO (Argentina) destacó que la prórroga, expresa o implícita, conducía a crear un nuevo fuero concurrente; y "el problema fundamental parece ser si es sólo el juez o tribunal ante el cual se va invocar la sentencia el que puede defender su jurisdicción exclusiva o si se va defender la jurisdicción exclusiva de algún otro tribunal".

El Presidente (GONZALO PARRA-ARANGUREN) hizo una síntesis de los comentarios anteriores: a su entender existía "consenso generalizado en los siguientes puntos: primero, en que se debe tratar de fueros no renunciables; segundo, en que la conducta del demandado puede expresarse por palabras, consintiendo expresamente en la jurisdicción donde lo han llamado; y tercero, en que la sumisión del demandado puede manifestarse a través de un hecho, a saber, el de concurrir al juicio y no discutir la jurisdicción del tribunal".

306. COM-II/16, p. 11.

307. COM-II/16, pp. 11-12.

De seguida hizo uso de la palabra el Secretario Técnico de la Comisión Segunda (LUIS DILERMANDO DE CASTELLO CRUZ) para insistir en los vínculos entre la prórroga de la jurisdicción y la posibilidad de celebrar una transacción; y por este motivo, en su criterio, sólo debería admitirse "para las acciones fundadas en derechos disponibles". Sin embargo, según el Licenciado JOSÉ LUIS SIQUEIROS (México) existe una diferencia sutil entre la noción de derechos disponibles y la idea de competencia exclusiva, "en el que va implícito un concepto de soberanía, como podría ser el relacionado con los bienes inmuebles, respecto a los cuales el Estado en cuyo territorio estuvieran ubicados los bienes de que se tratase consideraría ofensivo que el tribunal de otro Estado ejerciera jurisdicción en acciones reales relativas a dichos bienes".

106. Acto continuo el Presidente (GONZALO PARRA-ARANGUREN) advirtió "que la pregunta fundamental que se hace es la encaminada a saber de acuerdo con qué legislación se va a determinar si el fuero es renunciable o no"; y a los fines de clarificar las ideas puso "un ejemplo referente a un contrato de asistencia técnica que una empresa mexicana vaya a prestar a una peruana. Imagina que la ley peruana considere que, en las acciones fundadas en dicho contrato, la competencia de los tribunales peruanos sea irrenunciable. Imagina también que las partes someten a un tribunal de Costa Rica una acción fundada en el contrato y que la sentencia luego se va a ejecutar en los Estados Unidos. Señala que posiblemente para los Estados Unidos el fuero competente para las acciones fundadas en contratos de asistencia técnica sea renunciable, en tanto que para el Perú no lo es". De esta manera, son evidentes las complicaciones teóricas y prácticas del asunto planteado.³⁰⁸

Ahora bien, de acuerdo con el Licenciado FERNANDO A. VÁZQUEZ PANDO (México) "debe tratarse de un fuero renunciable conforme a la ley del juez ante el cual se solicite el reconocimiento o la ejecución de una sentencia extranjera". Por su parte, el doctor MARCELO SOLARI (Uruguay) hizo énfasis en la naturaleza de la controversia; y agregó "que, cuando

308. COM-II/16, pp. 12-13.

evalúa la validez de la prórroga de jurisdicción, el juez de recibo tiene en cuenta los límites que le da su propia ley con relación a si la jurisdicción en las acciones sobre la materia de que se trate es renunciable o no". Por el contrario, el Delegado de Argentina (ANTONIO BOGGIANO) sostuvo "que el sistema jurídico del Estado a que pertenece el juez de recibo no es competente para regir esta cuestión, porque en realidad lo que se está defendiendo es la jurisdicción de un tercer juez".³⁰⁹

El Secretario Técnico de la Comisión Segunda (LUIS DILERMANDO DE CASTELLO CRUZ) intervino de seguida para señalar "que el artículo tercero se aplica a las acciones personales de naturaleza patrimonial que no sean alcanzadas por el artículo 11³¹⁰ y donde no está en juego la jurisdicción del país de recibo, y parece que esto es suficiente para admitir la prórroga de jurisdicción. Señala que no conoce ninguna ley de algún país en que el Juez, para homologar una sentencia extranjera, necesite verificar la ley de un tercer Estado".³¹¹

De inmediato, el Presidente (GONZALO PARRA-ARANGUREN) resumió las ideas expresadas en el sentido de que "el control de la prórroga se hacía por el derecho del Estado de recibo y por cada uno de los derechos de los Estados que, de acuerdo con las normas de la Convención pudiesen ser competentes para dictar sentencia en la acción de que se tratase, o sea, que es posible que un fuero no sea renunciable de acuerdo con el derecho del domicilio del demandado y que lo sea de acuerdo con el derecho del Estado donde va a producir efectos la sentencia y que en ese caso se le niegue la eficacia".

No obstante, el Representante de Bolivia (GUSTAVO MEDEIROS) destacó que la simple referencia a los fueros renunciables deja abierta la interrogante acerca de si el juez efectúa la determinación de la naturaleza del fuero "a la luz de su propia ley o a la del fuero supuestamente evadido"; aun cuando, en la práctica, "es el interesado el que va a hacer la objeción y el que va a señalar en qué disposiciones se está basando para pedir que no se otorgue eficacia a la sentencia".³¹²

309. COM-II/16, p. 13.

310. El artículo undécimo designaba expresamente las materias excluidas del ámbito de vigencia de la Convención.

311. COM-II/16, pp. 13-14.

312. COM-II/16, p. 14.

Según el Licenciado FERNANDO A. VÁZQUEZ PANDO (México) "la cuestión de si el fuero es renunciable debería apreciarse a la luz del derecho del Estado que hubiera sido competente, conforme a las disposiciones de la misma Convención", pero, a su entender, "sería interesante hacer una votación indicativa"; y el Representante de los Estados Unidos de la América del Norte (DAVID EPSTEIN) afirmó la conveniencia "de dejar a discreción del juez elegir si verifica o no la posibilidad de prórroga de jurisdicción a la luz de sistemas jurídicos de terceros Estados, porque si se hace obligatorio que la ley de la jurisdicción que ha sido evadida sea aplicada, se creará una carga demasiado grande para el país que está recibiendo la sentencia, al tener ese país que someterse al examen de leyes extranjeras".³¹³

De inmediato fueron sometidas a votación las ideas fundamentales objeto de los comentarios anteriores, a saber, "que se admite que el tribunal es competente cuando se trate de un fuero renunciable y el demandado haya convenido en la prórroga de jurisdicción por palabra escrita o mediante su comparecencia al juicio, sin discutir la competencia del Tribunal".³¹⁴ El resultado "fue de 8 votos a favor, ninguno en contra y 1 abstención"; y a requerimiento del Presidente, el doctor ANTONIO BOGGIANO (Argentina), para explicar su abstención, manifestó como "único reparo es que sería muy confuso dejar indefinido cuál es el criterio o ley que decidirá si el fuero es renunciable".³¹⁵

107. Acto continuo la Comisión Segunda entró a considerar el artículo noveno del Proyecto del Comité Jurídico Interamericano, según el cual era suficiente "que la parte contra quien se hubiera invocado la sentencia, hubiera entablado una reconvencción decidida por el juez o tribunal en tal sentencia".

De acuerdo con el Presidente (GONZALO PARRA-ARANGUREN) el precepto era innecesario "porque si una persona ha compa-

313. COM-II/16, p. 15.

314. COM-II/16, p. 15.

315. COM-II/16, p. 16. Según puede observarse la Comisión Segunda estaba sesionando sin posibilidad de obtener el mínimo de diez votos, quórum de votación exigido por el artículo 34 del Reglamento de la Conferencia.

recido, el hecho de que haya contestado a la demanda es suficiente para darle competencia al tribunal sentenciador"; y el mismo criterio fue sostenido por el doctor JULIO JARAMILLO ARÍZAGA (Ecuador).³¹⁶

Por su parte, el doctor PETER D. TROBOFF (Estados Unidos de la América del Norte) hizo expreso señalamiento de las diferencias entre el Proyecto del Comité Jurídico Interamericano y el aprobado en Washington: "elimina toda distinción que aparece en el proyecto del grupo de expertos, entre los casos en que hubo competencia para la acción principal y aquellos en que no hubo dicha competencia, así como entre los casos en que es la misma la *res in judicio deducta* de la acción y de la contrademanda, y los casos en que no es así". A su entender "el Proyecto del Comité Jurídico tiene tantos defectos que, para la discusión conceptual, se tendrá que ver la base octava del proyecto del grupo de expertos".³¹⁷

Sin embargo, por lo avanzado de la hora el asunto no fue discutido en esa oportunidad por la Comisión Segunda.

108. En horas de la mañana del *veintidós de mayo de 1984* se reunió por décima vez la Comisión Segunda para continuar considerando el artículo noveno del Proyecto de Convención del Comité Jurídico Interamericano; y el Representante de los Estados Unidos de la América del Norte (DAVID EPSTEIN), con el apoyo de México y Uruguay, propuso se adoptara en esta materia la solución aprobada por el Proyecto del Comité de Expertos de Washington, según la cual debía reconocerse la competencia del Tribunal de origen:

"En caso de una sentencia dictada en una contrademanda:

"a) Una de las presentes bases hubiera sido cumplida si la contrademanda se presentó como una acción independiente, o

"b) Una de las presentes bases hubiera sido cumplida en relación a la demanda principal si la contrademanda se fundamentó en el acto o hecho en que se basó la demanda principal".

Sometido a voto, así fue resuelto por diez votos favorables.³¹⁸

316. COM-II/16, p. 16.

317. COM-II/16, pp. 16-17.

318. COM-II/17, p. 2.

109. De inmediato se procedió al examen del artículo décimo del Proyecto del Comité Jurídico Interamericano, según el cual era necesario "que la sentencia no haya invadido la jurisdicción exclusiva del juez o tribunal ante el cual sea invocada".

El Representante de México (FERNANDO A. VÁZQUEZ PANDO) advirtió que además de esa hipótesis debían considerarse otros casos en los cuales fuera posible rechazar el reconocimiento; y, por tanto, a fin de permitir excepciones adicionales, propuso una fórmula que dispusiera: "Podrá negarse la eficacia, el reconocimiento o la ejecución de la sentencia si se diere cualquiera de los siguientes supuestos: a) si la sentencia extranjera invadiera la competencia exclusiva del Estado ante el cual se solicita el reconocimiento o la ejecución".³¹⁹

Por su parte, el Delegado de Bolivia (GUSTAVO MEDEIROS) hizo la sugerencia de agregar a la frase "jurisdicción exclusiva" el calificativo "de orden público", con expreso recordatorio de las ideas sostenidas por el doctor WERNER GOLDSCHMIDT en las reuniones del Comité de Expertos de Washington. Sin embargo, el doctor MARCELO SOLARI (Uruguay) sostuvo ser innecesario establecer el orden público en esta disposición que regula exclusivamente el criterio procesal de que la sentencia haya sido dictada por un Juez competente"; y el Presidente (GONZALO PARRA-ARANGUREN) reprodujo las razones por las cuales había fracasado en Washington la propuesta, "a saber, que hay un lenguaje forense muy generalizado de hablar de competencia jurisdiccional exclusiva y que hablar de jurisdicción exclusiva de orden público implica utilizar la expresión "orden público" en un sentido diferente al que se le dá en otros campos ya que, en general, se la emplea como cláusula de reserva que viene a constituir una válvula de escape para evitar que la sentencia extranjera cuyo contenido sea contrario a principios básicos de la ley del juez, pueda desplegar eficacia en el territorio del Estado a que pertenece el juez de que se trate". En el mismo sentido se expresó el Licenciado JOSÉ LUIS SIQUEIROS (México); y el doctor GUSTAVO MEDEIROS (Bolivia) se abstuvo de insistir sobre el asunto; debido al acuerdo de la Comisión

319. COM-II/17, pp. 2-3.

Segunda en considerar "que la expresión "jurisdicción exclusiva" significa lo mismo que "orden público" desde el punto de vista de la jurisdicción".³²⁰

110. Acto continuo el Licenciado FERNANDO A. VÁZQUEZ PANDO (México) propuso agregar "las materias relativas a la litispendencia y a la conexidad como casos de excepción al reconocimiento o a la eficacia extraterritorial de sentencias extranjeras".³²¹

Sin embargo, la sugerencia no tuvo éxito: según el doctor MARCELO SOLARI (Uruguay) se trata de hipótesis realmente complejas que deberían mantenerse fuera del ámbito de la Convención; y el doctor ANTONIO BOGGIANO (Argentina) también aconsejó la abstención debido a sus "dudas en considerar que sean razones de jurisdicción las que obstan al reconocimiento de una sentencia extranjera por razones de litispendencia".

Por su parte, el Presidente (GONZALO PARRA-ARANGUREN) señaló que, "si en un Estado se ha dictado una sentencia que pretende ejecutarse en otro Estado y si en ese otro Estado hay un proceso pendiente sobre la cuestión decidida en tal sentencia, pueden presentarse dos casos: primero, que el asunto sea de jurisdicción exclusiva del Estado donde pretende eficacia la sentencia extranjera (y entonces funciona la primera parte del artículo 10 del Proyecto, tal como fue enmendado por la Comisión), o que el Estado donde se pretende la eficacia de la sentencia extranjera no pretenda jurisdicción exclusiva". Ahora bien, "en este segundo caso, si se ha llenado alguno de los criterios de jurisdicción establecidos por la Convención, parece lógico que la sentencia dictada en el extranjero no se pueda ver paralizada por el hecho de que se haya introducido un juicio en fuero concurrente del Estado donde se pretende la ejecución".

Por último, intervino el Licenciado JOSÉ LUIS SIQUEIROS (México) para destacar que la inclusión del tema "hubiera pertenecido más idóneamente a la Convención Interamericana

320. COM-II/17, pp. 2-3.

321. COM-II/17, pp. 3-4.

sobre la Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, firmada en Montevideo en 1979".³²²

111. Acto continuo fue sometido a la Comisión el artículo undécimo del Proyecto del Comité Jurídico Interamericano, que disponía:

"Las precedentes normas sobre competencia en la esfera internacional no rigen para las siguientes materias: a) Estado civil y capacidad de las personas físicas; b) Divorcio, nulidad de matrimonio y régimen de los bienes en el matrimonio; c) Pensiones alimenticias; d) Sucesión testamentaria o intestada; e) Quiebras, concursos, concordatos u otros procedimientos análogos; f) Liquidación de sociedades; g) Cuestiones laborales; h) Seguridad social; i) Arbitraje. Ello no obstante, las Partes contratantes podrán declarar en cualquier momento que esta Convención se aplicará a una o más de las materias mencionadas en el presente artículo".

En relación al inciso a) el doctor GUSTAVO MEDEIROS (Bolivia) sostuvo "que la referencia a la capacidad no debe alcanzar pura y simplemente las personas físicas, sino englobar a la generalidad de las personas naturales y las personas jurídicas, porque es de la soberanía de los Estados determinar las condiciones para el reconocimiento de la personalidad jurídica de derecho, y en esta materia no se puede excluir a las personas jurídicas porque sería imponer a un Estado el reconocimiento de la personería jurídica de determinada asociación o sociedad creada por el sistema jurídico de otro Estado".³²³ Sin embargo, no insistió en el asunto y el ordinal a) fue aprobado sin cambio alguno.

Tampoco se modificó el inciso b) relativo a: "Divorcio, nulidad de matrimonio y régimen de los bienes en el matrimonio"; aun cuando el Licenciado FERNANDO A. VÁZQUEZ PANDO (México) sugirió recomendar el estudio de la materia a una próxima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado.³²⁴

322. COM-II/17, p. 4.

323. COM-II/17, p. 5.

324. COM-II/17, p. 5.

Al considerarse el ordinal c) referente a "Pensiones alimenticias", el doctor MARCELO SOLARI (Uruguay) expresó "que este tema podría ser objeto de una regulación autónoma, que fijase un criterio de jurisdicción"; y de no admitirse el anterior punto de vista propondría "se establezca la inclusión del tema en una eventual CIDIP-IV". Sin embargo, fácilmente se comprende que de aceptarse el tratamiento de la materia por una próxima Conferencia Especializada Interamericana, resultaría prematuro su examen por la Comisión Segunda.³²⁵

112. El Delegado de Argentina (ANTONIO BOGGIANO) aprovechó la oportunidad para destacar "la gran dificultad que existe en encontrar una fórmula exhaustiva para el artículo 11"; al mismo tiempo hizo público "su escepticismo" respecto a esta norma, pues, "sin perjuicio de volver atrás sobre puntos acordados en principio, cabe pensar que hay aspectos que deberían estar excluidos del alcance de las reglas de competencia enumeradas por el Proyecto y que no están cubiertos por las exclusiones que se quieren formular". Por lo demás, "si ahora se excluye ese tema de las pensiones alimentarias del artículo 11, la Comisión tendrá que abocarse a encontrar reglas de conexión jurisdiccional para él, y ahora es tarde para hacerlo".

En vista de tales comentarios, el Presidente (GONZALO PARRA-ARANGUREN) aclaró que, a su entender, "la obligación que asumen los Estados de reconocer la eficacia extraterritorial de sentencias extranjeras es única y exclusivamente para las hipótesis taxativamente previstas en los artículos anteriores, o sea, acciones de naturaleza personal y patrimonial, acciones reales sobre bienes inmuebles, acciones reales sobre bienes muebles corporales, acciones contra sociedades civiles y mercantiles de naturaleza privada, acciones derivadas del comercio internacional, acciones, que sujetas a fueros renunciabiles, hayan sido objeto de prórroga de jurisdicción, y que todas las materias que no están expresamente contempladas en los artículos atributivos de competencia, quedan necesariamente excluidas".³²⁶

325. COM-II/17, p. 6.

326. COM-II/17, p. 6.

Este planteamiento fue aceptado por el doctor ANTONIO BOGGIANO (Argentina), aun cuando, en su criterio, el artículo undécimo no contiene "una lista meramente ejemplificativa, sino más bien una exclusión de carácter taxativo"; y, por tanto, sostuvo que "quizá sería mejor hallar una fórmula más cerrada tal como la de excluir todo lo que no está contemplado en los criterios anteriores y luego hacer una enunciación ejemplificativa".³²⁷

Acto continuo el Representante de México (FERNANDO A. VÁZQUEZ PANDO) sostuvo se establecieran criterios "de fijación de competencia para las acciones sobre pensiones alimenticias, como serían la residencia habitual del acreedor o la del deudor alimentario o lugares donde el deudor tuviere bienes o derechos o percibiere ingresos"; y el doctor GUSTAVO MEDEIROS (Bolivia) propuso regular también en el Proyecto de Convención las pensiones alimenticias: sometido a votación así fue decidido, resultando negado el inciso c) del artículo undécimo.

113. El artículo undécimo fue objeto de otras observaciones por el Licenciado FERNANDO A. VÁZQUEZ PANDO (México), el Presidente (GONZALO PARRA-ARANGUREN), y los doctores GUSTAVO MEDEIROS (Bolivia), ABILIO MACHADO CANTOURIA (Brasil), MARCELO SOLARI (Uruguay), ANTONIO BOGGIANO (Argentina), el Secretario Técnico de la Comisión Segunda (LUIS DILERMANDO DE CASTELLO CRUZ) y WILSON VELA (Ecuador). Sin embargo, es bastante confusa el Acta de la sesión, repartida varios meses después para pretender cumplir en debida forma con el artículo 52 del Reglamento de la Conferencia;³²⁸ y luego de dos páginas de comentarios poco vinculados entre sí se lee el párrafo que sigue:

"El Presidente entiende que hay consenso generalizado, por lo que propone la siguiente redacción para el artículo 11: "La Convención sólo es aplicable en los casos regulados por los artículos anteriores,

327. COM-II/17, pp. 6-7.

328. El artículo 52 del Reglamento de la Conferencia disponía: "Las actas se prepararán y distribuirán a la brevedad posible. Serán publicadas primero en forma provisional y después en forma definitiva, una vez revisado su texto de conformidad con las correcciones de estilo incorporadas a petición de las respectivas delegaciones". Según puede comprenderse esta posibilidad de revisión es completamente ilusoria, si los proyectos de acta se reparten varios meses después.

y no rige para las siguientes materias". Las materias serían —añade— las que están contenidas en los literales a) hasta i), inclusive, del artículo, agregándoseles un literal j) referido a daños y perjuicios de naturaleza contractual, lo que se justifica porque era la materia regulada por el artículo 6º del Proyecto, que fue eliminada por no haberse podido llegar a un consenso".³²⁹

114. Acto continuo, el Licenciado FERNANDO A. VÁZQUEZ PANDO (México) propuso se agregaran "cuatro materias englobadas en dos literales: uno referido a cuestiones marítimas y aéreas y otro a los casos de instituciones de seguros y de fianzas"; y ante el requerimiento del doctor DAVID EPSTEIN (Estados Unidos de la América del Norte) aclaró "que en su país las acciones contra esas instituciones están sujetas a una serie de requisitos y procedimientos especiales".

El Acta de la Sesión agrega:

"El Delegado de los Estados Unidos (Sr. Epstein) señala que en su país habría muchos juicios a compañías de seguros y de fianzas que caerían dentro de las disposiciones establecidas en esta Convención y, por ello, le preocupa la exclusión que propone la Delegación de México, añadiendo el Delegado de Bolivia (Sr. Medeiros) que también habría que precisar los conceptos en cuanto a fianzas y habría que tener cuidado de que no se consideren aquéllas que prestan los bancos comerciales, y mucho menos la institución civil de la fianza".

De inmediato el Presidente (GONZALO PARRA-ARANGUREN) sometió a voto un nuevo "inciso que pasaría a ser k., relativo a instituciones marítimas y aéreas", con el objeto de excluirlas del ámbito de vigencia de la Convención; y fue aprobado por unanimidad.³³⁰

Debido a los contrapuestos criterios sobre la exclusión de las acciones contra instituciones de seguros y de fianzas, el Presidente (GONZALO PARRA-ARANGUREN) sugirió examinar el asunto en la próxima sesión; y así fue acordado.³³¹

Se sometió también a voto el último párrafo del artículo undécimo; pero fue rechazado por la Comisión Segunda.³³²

329. COM-II/17, pp. 8-10.

330. COM-II/17, p. 10.

331. COM-II/17, p. 11.

332. COM-II/17, p. 11.

115. La última reunión de la Comisión Segunda se inició en horas de la mañana del *veintitrés de mayo de 1984* con la lectura del artículo undécimo del Proyecto del Comité Jurídico Interamericano, que prevenía: "Los Estados partes aplicarán también esta Convención a las interlocutorias con fuerza de definitivas, a las resoluciones dictadas por autoridades administrativas que ejerzan alguna función jurisdiccional y a las sentencias penales en cuanto se refieran a la indemnización civil de perjuicios derivados del delito, salvo que formulen reserva a este artículo".

De inmediato el Licenciado JOSÉ LUIS SIQUEIROS (México) hizo uso de la palabra para sugerir una fórmula similar a la aprobada en la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras, suscrita en Montevideo el ocho de mayo de 1979: por tanto, debería eliminarse la última frase "salvo que formulen reserva a este artículo" y establecerse tan sólo la posibilidad para los Estados partes de extender el ámbito de vigencia de la Convención.

La sugerencia fue aceptada por unanimidad.³³³

116. Seguidamente se aprobó el artículo décimo tercero del Proyecto del Comité Jurídico Interamericano, concebido así: "Las normas del presente instrumento no restringen las disposiciones más amplias de Convenciones bilaterales o multilaterales ya suscritas por los Estados partes en materia de competencia en la esfera internacional, ni las prácticas más favorables que éstos puedan observar con relación a la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras".³³⁴

117. Acto continuo fueron también aprobados por unanimidad, sin cambio alguno, los artículos décimo cuarto, décimo séptimo y vigésimo del Proyecto del Comité Jurídico Interamericano, que se limitaron a reproducir cláusulas finales ya aprobadas en las Convenciones Interamericanas suscritas en la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, reunida en Montevideo en 1979:³³⁵ te-

333. COM-II/18, p. 2.

334. COM-II/18, p. 2.

335. COM-II/18, p. 3.

nían por objeto regular tanto la firma, ratificación, adhesión y entrada en vigencia como atribuir carácter auténtico a las versiones en los cuatro idiomas oficiales de la Organización de los Estados Americanos.

118. De inmediato se entró a considerar el artículo décimo quinto del Proyecto que disponía:

"Si otro Estado, miembro de las Naciones Unidas, expresa su deseo de adherir, se requerirá para tal efecto el consentimiento de la mayoría de los Estados Partes en esta Convención. En este caso, el Estado interesado presentará la solicitud a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la cual, en consulta con los Estados Partes, verificará la existencia de dicho consentimiento".

Ahora bien, de acuerdo con el Licenciado FERNANDO A. VÁZQUEZ PANDO (México) la modificación hecha por el Comité Jurídico Interamericano dificultaba la adhesión de los terceros Estados, al supeditar su posibilidad a dos condiciones: que se trate de Estados miembros de las Naciones Unidas y que obtenga el consentimiento de la mayoría de los Estados partes. Por tanto, propuso sustituirla con la fórmula más liberal utilizada por el artículo noveno de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros: con el apoyo de Uruguay (MARCELO SOLARI) fue aprobada por la Comisión Segunda.³³⁶

119. Seguidamente se examinó el artículo décimo sexto del Proyecto que prevenía:

"Los Estados signatarios de la "Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros", Montevideo mayo 8 de 1979, pueden, además, formular declaraciones en cualquier momento en el sentido de que este instrumento será aplicado para determinar la validez de la competencia en la esfera internacional a que se refiere el párrafo d) del Artículo 1º de la mencionada Convención. Tales declaraciones, al igual que las contempladas en el Artículo 11, de no ser formuladas en el momento de la firma de esta Convención en el instrumento de ratificación o adhesión, serán presentadas en documento dirigido a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la cual notificará de su contenido a los Estados signatarios".

336. COM-II/18, p. 3.

El Licenciado JOSÉ LUIS SIQUEIROS (México), con apoyo del doctor WILSON VELA (Ecuador), propuso eliminar del segundo párrafo la frase "...al igual que las contempladas en el artículo 11"; y así fue aprobado por la Comisión Segunda.³³⁷

120. De esta manera quedó concluido el examen de los artículos del Proyecto de Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras.

Acto continuo el Presidente (GONZALO PARRA-ARANGUREN) hizo saber que había preparado, en forma de artículos, un Proyecto con las ideas admitidas en las reuniones anteriores; y el cual, con la aquiescencia del Licenciado JOSÉ LUIS SIQUEIROS (México), incluía todos los criterios atributivos de competencia en un único precepto, cuyo primer párrafo disponía: "Para los fines de la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras, se considerará satisfecho el requisito de la competencia en la esfera internacional cuando el Juez o tribunal que haya dictado la sentencia la tuviere de acuerdo con las siguientes normas".³³⁸

De inmediato el doctor PETER D. TROOBOFF (Estados Unidos de la América del Norte) hizo notar una diferencia: según el Proyecto del Comité Jurídico Interamericano era suficiente que el juez "ha tenido" o "podría haber tenido" competencia de acuerdo con los criterios aceptados; mientras que el texto distribuido utilizaba una fórmula distinta: cuando "la tuviere". Sin embargo, su propósito fue tan sólo dejar constancia del entendimiento del texto por la Comisión, "como una regla en virtud de la cual el tribunal de recibo consideraría satisfecho el requisito de la competencia internacional siempre que el tribunal sentenciador hubiese dicho que tenía competencia de conformidad con la Convención en proyecto, aunque no la tuviese".³³⁹

121. Por su parte, el Delegado de Bolivia (GUSTAVO MEDEIROS) sostuvo la necesidad de decidir si los criterios atributivos

337. COM-II/18, p. 3.

338. COM-II/18, p. 4.

339. COM-II/18, p. 4.

de competencia tenían carácter alternativo o no; y con apoyo en los trabajos preparatorios, resumidos en el Informe del Relator de la Comisión de Expertos de Washington, doctor WERNER GOLDSCHMIDT, propuso se mantuvieran como facultativos los fueros competentes previstos por el proyecto de Convención.³⁴⁰

En vista del anterior planteamiento, el Presidente (GONZALO PARRA-ARANGUREN), expresó "que tratándose de acciones reales sobre bienes inmuebles, no puede aceptar el carácter alternativo de las condiciones de competencia, ya que en Venezuela sólo se puede considerar que un tribunal es competente para dictar sentencia en una acción real si el inmueble objeto de la acción de que se trate estuviere situado en el territorio alcanzado por la jurisdicción de dicho tribunal"; y "en cuanto a los criterios aplicables a otras acciones no tiene inconveniente en que funcionen en forma alternativa".³⁴¹

Dentro de la misma directriz, el Licenciado FERNANDO A. VÁZQUEZ PANDO (México) manifestó no poder "aceptar el carácter alternativo en el caso de las acciones reales en materia de inmuebles y que en cuanto a acciones personales de naturaleza patrimonial no encontraría dificultad alguna para que fueran alternativas las competencias". Por su parte, el doctor ANTONIO BOGGIANO (Argentina) también sostuvo el carácter exclusivo de los tribunales del lugar de la situación en materia de acciones reales sobre inmuebles, y respecto a las otras acciones advirtió "que, si se entrara a considerar cuáles criterios son alternativos, se podría llegar a un análisis demasiado minucioso": por tanto, propuso entender "satisfecho el requisito de la competencia en la esfera internacional cuando, según el juez o tribunal en que la sentencia debiese desplegar eficacia, el juez que hubiese dictado la sentencia de que se tratase tuviese una conexión razonable con el caso".³⁴²

La naturaleza de los fueros aceptados para otras acciones distintas de las reales sobre inmuebles fue objeto de comentarios diversos: el Presidente (GONZALO PARRA-ARANGUREN), los

340. COM-II/18, p. 5.

341. COM-II/18, p. 6.

342. COM-I/18, p. 6.

doctores GUSTAVO MEDEIROS (Bolivia) y DELIA REVOREDO DE DEBAKEY (Perú), el Secretario Técnico de la Comisión Segunda (LUIS DILEMANDO DE CASTELLO CRUZ), el Licenciado FERNANDO A. VÁZQUEZ PANDO (México) y el doctor ANTONIO BOGGIANO (Argentina) expusieron sus puntos de vista, resumidos en forma poco congruente en el Acta de la sesión.³⁴³ Sin embargo, a sugerencia del doctor ANTONIO BOGGIANO (Argentina) fue resuelto atribuir competencia exclusiva "para las acciones derivadas de contratos mercantiles, cuando hubiere habido un acuerdo sobre jurisdicción"; y la Comisión también admitió la competencia alternativa de los tribunales del domicilio o de la residencia habitual del demandado para las acciones personales de naturaleza patrimonial.³⁴⁴

122. Acto continuo, el Presidente (GONZALO PARRA-ARANGUREN) puso "a consideración lo referente al ámbito de vigencia de la Convención desde el punto de vista geográfico, añadiendo que tradicionalmente las Convenciones Interamericanas han tenido eficacia sólo entre los Estados partes".³⁴⁵

A este respecto el Licenciado JOSÉ LUIS SIQUEIROS (México) advirtió "que, con una actitud idealista y generosa lo aconsejable sería aplicar la Convención sobre la competencia de los tribunales a todos los Estados del mundo, pero advierte que hay que tener en cuenta que ella estará sometida al examen cuidadoso de los órganos constitucionales competentes, en cada Estado que la firme, para autorizar la ratificación, y que se obtendría una respuesta más positiva en cuanto a la ratificación del instrumento si éste se limitara a enumerar las condiciones cuya satisfacción fuesen suficientes para que cada Estado Parte juzgara competentes para dictar sentencia los tribunales de otros Estados Partes". En el mismo sentido se expresó el doctor MARCELO SOLARI (Uruguay), para quien la Convención debería referirse a "sentencias dictadas en uno de los Estados Partes" para mantener una terminología uniforme; y así fue aprobado por la Comisión Segunda.

343. COM-II/18, pp. 7-9.

344. COM-II/18, p. 10.

345. COM-II/18, p. 10.

123. Por último fue considerado el problema referente a la eficacia de las sentencias dictadas en algún Estado Federado, porque, en palabras del Presidente (GONZALO PARRA-ARANGUREN), se sostuvo que "sólo podría pretender eficacia extraterritorial en el extranjero cuando también pudiera ser ejecutada en los demás Estados de la Federación a la cual perteneciese el Estado sentenciador".

El doctor GUSTAVO MEDEIROS (Bolivia), con el apoyo del Licenciado JOSÉ SIQUEIROS (México), hizo énfasis en la necesidad de insistir en la "idea de que, para que pueda tener eficacia en el extranjero, la sentencia debe ser susceptible de cumplirse en todo el territorio del Estado donde haya sido pronunciada". Así fue aprobado;³⁴⁶ y según destacó el Presidente (GONZALO PARRA-ARANGUREN), "con cierto esfuerzo, pero con gran energía y tenacidad", fue posible concluir el examen y aprobar el Proyecto de Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras.³⁴⁷

IV. LA SEGUNDA, TERCERA, CUARTA Y QUINTA SESIONES PLENARIAS:

124. La Segunda Sesión Plenaria de la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado se reunió en horas de la tarde del *veintiuno de mayo de 1984* en el Salón Libertad del Hotel Sheraton; luego de haber aprobado, sin observaciones, el Informe de la Comisión de Credenciales y de admitir al Centro de Adopción de Suecia como invitado especial, entró a considerar el "*Proyecto de Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero*".³⁴⁸

Acto continuo fue leído el Informe presentado por el Representante de Chile (FREDERICK HELLER), en su carácter de Relator de la Comisión;³⁴⁹ y de inmediato el Licenciado RICARDO ABARCA LANDERO (México) hizo el señalamiento de ha-

346. COM-II/18, p. 10.

347. COM-II/18, p. 11.

348. El Proyecto aparece distinguido: CIDIP-III/40.

349. El Informe se encuentra identificado: CIDIP-III/41.

berse omitido en el artículo sobre *pre trial discovery of documents* "la referencia a un párrafo de importancia que daba cuenta del derecho de los Estados Partes al momento de firmar, ratificar o adherirse, a efectuar reservas".³⁵⁰

A este respecto la Secretaría Técnica de la Comisión Segunda (LUIS DILERMANDO DE CASTELLO CRUZ) informó sobre la existencia de consenso "en no incluir cláusulas específicas de reserva en el Protocolo, en el entendido que de acuerdo al viejo adagio que dice que todo lo que no está prohibido está permitido, los Estados Partes, aún sin incluir esa cláusula específica podrían formular reservas siempre que no se opusieran al fin y objeto del Protocolo"; y en el mismo sentido se pronunció el doctor PETER D. TROBOFF (Estados Unidos de la América del Norte).³⁵¹

El Licenciado RICARDO ABARCA LANDERO (México) sostuvo también que al mismo precepto sobre *pre trial discovery of documents* debería "adicionársele un párrafo que explicita que un Estado podrá negarse a procesar un exhorto o carta rogatoria cuando no se establezca debidamente la relación que existe entre la *litis* y la prueba a obtenerse": aun cuando el doctor PETER D. TROBOFF (Estados Unidos de la América del Norte) lo consideró innecesario, por cuanto el requisito aparecía exigido en el formulario, la propuesta mexicana fue aprobada por Segunda Sesión Plenaria de la Conferencia.³⁵²

De inmediato el Presidente (FERNANDO SALAZAR PAREDES) "consultó a la Sala si el Proyecto de Protocolo Adicional podría ser aprobado en bloque o si era necesario la consideración de cada uno de sus artículos".

Nuevamente hizo uso de la palabra el Licenciado RICARDO ABARCA LANDERO (México) para proponer la supresión tanto del segundo párrafo del artículo noveno como de los artículos décimo a décimo tercero inclusive: a su entender, "resultaba difícil aceptar la regulación de la actuación consular en este Protocolo, cuando había sido objeto de consideración de la res-

350. CIDIP-III/48, p. 2.

351. CIDIP-III/48, p. 3.

352. CIDIP-III/48, p. 3.

pectiva Convención de Viena"; aparte de que "la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero sólo se refiere a los agentes consulares o diplomáticos en sentido negativo y que en virtud de ello mal podría el Protocolo regular sus facultades". Además, sostuvo "que la aceptación de estos artículos implicaría convertir al órgano jurisdiccional del Estado requerido en un órgano auxiliar ciego al servicio del cónsul, colidiendo, en consecuencia, con los principios de orden público".³⁵³

En forma muy rudimentaria el Acta de la Sesión tan sólo informa que varias Delegaciones —sin precisar cuáles— "manifiestan que les resulta difícil entender la propuesta", por cuanto "el proyecto de Protocolo había sido ampliamente considerado en la Segunda Comisión y aprobado en su totalidad"; expresándose en el mismo sentido el doctor GONZALO PARRA-ARANGUREN, en su carácter de Presidente de dicha Comisión, "quien manifiesta que la supresión de los mencionados artículos reducía notablemente el ámbito de aplicación del Protocolo".³⁵⁴

En vista de los planteamientos hechos, el doctor MARCELO SOLARI (Uruguay) propuso incluir una cláusula de reserva, "como medio de evitar la supresión de los artículos mencionados por la Delegación de México"; pero el Representante de los Estados Unidos de América (PETER D. TROOBOFF) se opuso, por cuanto "la Convención sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero tampoco las había incluido". Sin embargo, la Secretaría Técnica (TATIANA DE MAEKELT) recordó que en todos los Tratados suscritos en la Conferencia de Montevideo se había incluido un precepto consagrando expresamente la facultad de reserva por los Estados Partes, excepto en el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias; y después de tales explicaciones fue aprobada la fórmula sugerida por el Uruguay (MARCELO SOLARI), que prescribió:

353. CIDIP-III/48, pp. 3-4.

354. CIDIP-III/48, p. 4.

"Cada Estado Parte podrá formular reservas al presente Protocolo al momento de firmarlo, ratificarlo o al adherirse a él, siempre que la reserva verse sobre una o más disposiciones específicas".³⁵⁵

Seguidamente, el Licenciado RICARDO ABARCA LANDERO (México) modificó su propuesta original para restringirla a la supresión del artículo undécimo, relativo a la posibilidad de aplicar medidas de apremio por los órganos jurisdiccionales, en el caso de obtención de pruebas a través de agentes diplomáticos y consulares. Sin embargo, sus planteamientos no tuvieron éxito.

Acto continuo, según informa el Acta de la sesión: "la Presidencia somete a votación el Proyecto de Protocolo aprobado por la Segunda Comisión con las enmiendas adoptadas en el Plenario, resultando aprobado por unanimidad".³⁵⁶ Sin embargo, los artículos 11, 12 y 13, fueron reservados expresamente, en documento aparte de fecha *veintinueve de mayo de 1984*, por la Delegación de Chile "por considerar que ellos son contrarios a su legislación nacional";³⁵⁷ y el día siguiente, *veintidós de mayo de 1984*, la Delegación del Brasil hizo reserva de "la totalidad de los artículos 9º, 10, 11, 12, 13 y 16", sin explicaciones de ninguna clase.³⁵⁸

125. Una vez concluido el segundo punto del orden del día, la Segunda Sesión Plenaria de la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado aprobó los siguientes Proyectos de Resolución:

A) La propuesta venezolana tendiente a "Recomendar a los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos que consideren la conveniencia de firmar y ratificar la Convención sobre la Representación en Materia de Venta Internacional de Mercaderías adoptada en Ginebra el 15 de febrero de 1983".³⁵⁹

355. CIDIP-III/48, pp. 4-5. El Acta menciona una propuesta del Representante de los Estados Unidos de la América del Norte (PETER D. TROOBOFF), en el sentido de agregarle una frase final: "y que no sea incompatible con el objeto y fin de la Convención"; pero no informa si fue sometida a votación; aun cuando, ciertamente, dicho texto no aparece incluido en el Protocolo Adicional aprobado por la Segunda Sesión Plenaria (CIDIP-III/40, 1, p. 9).

356. CIDIP-III/48, p. 5. El documento aprobado se identifica: CIDIP-III/40, Rev. 1. CIDIP-III/43.

357. CIDIP-III/43, add. 1.

358. La Resolución aprobada se identifica: CIDIP-III/Res. IV (84). El Proyecto presentado por Venezuela tiene como siglas COM-1/7; y la Convención de Ginebra de 1983 fue circulada como documentos: CIDIP-III/29.

B) La iniciativa uruguaya con el objeto de "Solicitar a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, que, a fin de analizar la experiencia adquirida hasta el presente, considere la conveniencia de convocar a una reunión de autoridades centrales. A tales efectos, encargará a la Secretaría General para que, a través de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, lleve a cabo los trabajos preparatorios necesarios y proceda a organizar dicha reunión que tendrá como objetivo la armonización de los criterios de aplicación y funcionamiento de las normas convenidas en materia de cooperación judicial internacional".³⁶⁰

C) El requerimiento mexicano tendiente a: "1. Recomendar a la Secretaría General que, con fundamento en las funciones de depositaria que le asigna la Carta de la Organización en su artículo 118 (f), anualmente distribuya a los Estados Miembros un boletín que incluya informaciones básicas sobre el contenido de las convenciones aprobadas por las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado y sobre las firmas y ratificaciones de las mismas. 2. Recomendar a la Secretaría General que coopere con los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos suministrándoles informaciones y documentos técnicos que pudieran necesitar para analizar la conveniencia de firmar o ratificar las convenciones mencionadas, o adherirse a ellas".³⁶¹

Por último, se entró al punto "Asuntos Varios", siendo ofrecida la palabra a las Delegaciones: de inmediato el doctor FERNANDO AGUIRRE B. (Bolivia) presentó un Proyecto de Resolución, preparado junto con los Estados Unidos de la América del Norte, relativo a un "Estudio sobre Enfoques alternativos a la protección continua de menores en el contexto de la Adopción Internacional de Menores"³⁶² "y solicita a la presidencia que la Sala apruebe su consideración por la Primera Comisión"; pero, según informa el Acta respectiva, el doctor ROBERTO MACLEAN UGARTECHE, "Presidente de la Primera Comisión que este Proyecto fue ya aprobado en Comisión y que, en consecuencia, solicita se lo someta a consideración del Plenario". En vista de semejante aclaratoria, "la Presidencia, interpretando el sentir de la Sala, lo declara aprobado";³⁶³ y, por tanto, fue resuelto:

"Recomendar a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) que, con la colaboración del Instituto In-

360. La Resolución definitiva se identifica: CIDIP-III/Res. II (84).

361. La Resolución definitiva se identifica: CIDIP-III/Res. III (84).

362. COM-I/17.

363. CIDIP-III/48, p. 6.

teramericano del Niño, realice un estudio para hallar soluciones apropiadas a los problemas antes mencionados. Dicho estudio deberá considerar la posibilidad de hacer uso de instituciones para desempeñar diversas funciones vinculadas con la protección de menores, como, por ejemplo, la selección de posibles adoptantes previos a la adopción, la vigilancia y seguimiento de la adopción y cualesquiera otras funciones que sirvan para proteger los intereses de los menores adoptados. El estudio deberá considerar la posibilidad de incrementar los recursos y las responsabilidades de las instituciones públicas y privadas existentes para desempeñar esas funciones, así como la creación de nuevas instituciones internacionales, como por ejemplo un Tribunal internacional para los fines antes mencionados. En la medida de lo posible, se realizará el estudio y se considerarán las alternativas ajustándose a las posibilidades de financiación existentes".³⁶⁴

126. En horas de la tarde del *veintidós de mayo de 1984* se inició la Tercera Sesión Plenaria de la Tercera Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado con el examen de los formularios anexos al Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero.³⁶⁵

El Licenciado RICARDO ABARCA LANDERO (México), por cuanto existen "inconsistencias importantes entre la versión en inglés y en español", propuso el análisis pormenorizado de los formularios: de esta manera pudieron corregirse numerosas fallas tipográficas y otros errores de carácter formal, que trataron de explicarse por la precipitación en los trabajos de secretaría y por la falta de recursos suficientes para atender debidamente las necesidades impuestas por la Conferencia; y también se rectificaron deslices similares en el texto inglés. Los principales señalamientos fueron hechos por el doctor PETER D. TROBOFF (Estados Unidos de la América del Norte) y el Licenciado RICARDO ABARCA LANDERO (México); aun cuando también intervinieron las Delegaciones de Bolivia, Argentina, Haití y Guatemala.³⁶⁶ Las enmiendas propuestas eran evidentes: se

364. La Resolución definitiva se identifica: CIDIP-III/Res. I (84).

365. El respectivo documento se identifica: CIDIP-III/40, add. 1.

366. A pesar del mandato del artículo 53 del Reglamento de la Conferencia, en el momento de escribir estos comentarios —enero de 1985— las Actas de la Tercera, Cuarta y Quinta Sesiones Plenarias no han sido todavía publicadas por los organismos responsables de la Organización de los Estados Americanos. Por tanto, las opiniones de los intervinientes provienen de las cintas que fueron grabadas en el curso de los debates".

aceptaron sin mayores comentarios y sometidos a voto en conjunto los formularios fueron aprobados por unanimidad.³⁶⁷

127. Acto continuo se pasó al segundo punto de la Agenda; y el Presidente de la Conferencia (FERNANDO SALAZAR PAREDES) solicitó al doctor RONALD HERBERT (Uruguay), en su carácter de Relator, rindiera el Informe correspondiente al *Proyecto de Convención Interamericana sobre Adopción de Menores*, aprobado por la Comisión Primera.³⁶⁸

Una vez leído, fue aprobado por dieciséis votos con una abstención; y de inmediato el Representante de los Estados Unidos de la América del Norte (PETER D. TROBOFF) señaló que el Informe no había sido impreso oportunamente sino tan sólo leído por el Relator: también hizo público que su traducción fue hecha muy rápidamente, motivo por el cual no pudo ser revisada por la Comisión de Estilo. Por consiguiente, y en vista de la importancia de los Informes para obtener un conocimiento de lo ocurrido en los debates, solicitó se tomaran las previsiones indispensables para realizar un acucioso trabajo antes de su publicación definitiva.

El Presidente (FERNANDO SALAZAR PAREDES) dispuso se tomara por Secretaría debida nota del comentario anterior; y de inmediato sometió a la Asamblea el Proyecto de Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores.³⁶⁹

Seguidamente la doctora INÉS WEINBERG (Argentina) hizo algunas observaciones de carácter general "por problemas de la Comisión de Estilo"; y al efecto expuso: "En la Comisión Primera se estableció como punto de conexión para el adoptado la "residencia habitual" y para el adoptante el "domicilio", motivo por el cual hay que corregir los artículos 1º, 4º, 9º, 10, 13 y 17. En el artículo 1º hay que tachar "domicilio con relación al menor", porque es la residencia habitual. En el artículo 4º, hay que tachar "residencia habitual" y poner "domicilio del adoptante". En el artículo 9º asimismo, al final, en

367. El respectivo documento se distingue: CIDIP-III/40, add. 1, rev. 1, corr. 1.

368. El Informe se identifica: CIDIP-III/57.

369. El Proyecto aparece identificado: CIDIP-III/42.

el último párrafo, hay que cambiar "residencia habitual", por "domicilio del adoptante o adoptantes". Lo mismo en el artículo 10, primer párrafo, se cambia "residencia habitual" por "domicilio del adoptante". Luego, en el artículo 13, primer párrafo, se cambia en la última parte "residencia habitual del adoptante" por "domicilio". Y, por último, el artículo 17, en sus dos párrafos, donde dice "residencia habitual del adoptante" debe decir "domicilio del adoptante". Posteriormente hizo otra aclaratoria sobre el segundo párrafo de dicho precepto que debería leer: "a partir del momento en que el adoptado tenga domicilio propio, será competente a elección del actor, el Juez del domicilio del adoptado o del adoptante, o adoptantes".

En vista de las observaciones anteriores, el doctor GONZALO PARRA-ARANGUREN (Venezuela) solicitó las explicaciones pertinentes, bien del Relator bien de personas vinculadas a la Comisión de Estilo, debido al "sustancial cambio entre el proyecto que aparentemente aprobó la Comisión y el que ha sido sometido a esta Plenaria".

Acto continuo el Relator (RONALD HERBERT), con cita de su Informe verbal, reconoció que, "como bien lo ha manifestado la Delegada de la Argentina, se adoptó el criterio del "domicilio" para el adoptante, y el de la "residencia" para el adoptado". Comentario tan ingenuo no pareció suficiente y el doctor GONZALO PARRA-ARANGUREN (Venezuela) quiso determinar con la mayor precisión posible, dentro de las circunstancias, por qué motivo el documento distribuido se refería a la "residencia habitual del adoptante".

A este respecto afirmó el doctor ROBERTO MACLEAN UGARTECHE (Perú):

"La sustitución del término "domicilio" por "residencia habitual" no fue de la Comisión de Estilo sino surgió del seno mismo de la Comisión. Surgió de la preocupación de algunas Delegaciones, que no habían suscrito la Convención de Domicilio de la CIDIP-II, de que si se pusiera en el texto simplemente "residencia habitual" esto podría dar origen a una ambigüedad para los países que pudieran suscribir esta Convención por no haber suscrito o no suscribir la Convención sobre domicilio. Entonces se convino en utilizar para el caso del adoptante el término "domicilio" y para el adoptado, o el menor, el término "residencia habitual".

No obstante, el Representante de Uruguay (RONALD HERBERT) sostuvo: "efectivamente yo creo que debería de preguntarse a los miembros de la Comisión de Estilo, pues este proyecto lo hemos recibido en este momento y tampoco me puedo explicar este cambio". En virtud de tan insólito requerimiento del Relator, el Delegado de Chile (HERNÁN RÍOS DE MARIMÓN) hizo pública su creencia que el cambio "se debió a un error de buena fe de la Comisión de Estilo, que quiso purificar la expresión y se prefirió utilizar en todo momento "residencia habitual" y no en un caso "domicilio" y en otro "residencia habitual"; pero seguramente fue una equivocación".

128. De seguida el Presidente (FERNANDO SALAZAR PAREDES), "con las modificaciones hechas", propuso aprobar en bloque el Proyecto sobre la Adopción de Menores; pero el doctor GONZALO PARRA-ARANGUREN (Venezuela) solicitó fuera discutido artículo por artículo.

En consecuencia, se leyó el artículo primero que disponía:

"La presente Convención se aplicará a la Adopción de Menores bajo las formas de adopción plena, legitimación adoptiva y otras instituciones afines, que equiparen al adoptado a la condición de hijo cuya filiación esté legalmente establecida cuando el adoptante o adoptado tenga su domicilio en un Estado Parte, y el adoptado su residencia habitual en otro Estado Parte".

129. El Presidente (FERNANDO SALAZAR PAREDES) lo dio por aprobado; y de inmediato fue leído el artículo segundo, según el cual:

"Cualquier Estado Parte podrá aclarar al momento de firmar o ratificar esta Convención o de adherirse a ella, que extiende su aplicación a cualquier otra forma de adopción internacional de menores".

De acuerdo con el doctor GONZALO PARRA-ARANGUREN (Venezuela) ningún perjuicio se produciría "con extender el régimen de la Convención también los mayores, a fin de evitar que en países donde se sigue el sistema de la nacionalidad, por ejemplo, no exista un régimen distinto para la adopción de mayores de aquél vigente para la adopción de menores"; y, a todo evento, aconsejó ubicarlo conjuntamente con el artículo

vigésimo del Proyecto, por cuanto ambos "se refieren a la posibilidad de extender el ámbito de vigencia de la Convención".

Los comentarios anteriores no fueron recibidos con beneplácito por algunos Delegados: según el doctor ROBERTO MACLEAN UGARTECHE (Perú) "el inconveniente de aplicar esta Convención a la adopción de personas mayores es que muchos de sus dispositivos están diseñados expresamente para un control y un seguimiento y una vigilancia de los menores, que resultaría completamente redundante en el caso de una adopción de personas mayores". Por su parte, el Representante de Uruguay (RONALD HERBERT) señaló que el artículo vigésimo no debía estar ubicado después del segundo porque contemplaba "una adopción estrictamente nacional con vocación de ser internacional"; y, a su vez, tampoco era aconsejable colocar el artículo segundo al final de la Convención, dentro de las "Disposiciones Generales", "porque precisamente complementaba o ampliaba el campo de aplicación del artículo primero".

En vista de tan irrisorios motivos y a fin de no demorar el avance de los trabajos, el doctor GONZALO PARRA-ARANGUREN (Venezuela) hizo saber que no deseaba insistir en "este asunto, porque es relativamente intrascendente y sólo quería dejar constancia de su punto de vista". En consecuencia, el Presidente (FERNANDO SALAZAR PAREDES) sugirió dar por aprobado el artículo; pero la Representante de Nicaragua (VILMA NÚÑEZ DE ESCORCIA) hizo formal petición de proceder al voto de los Plenipotenciarios, de acuerdo con la primera parte del artículo 36 del Reglamento de la Conferencia: una vez satisfecha la solicitud resultó aprobado por quince votos, con dos abstenciones.³⁷⁰

130. De inmediato se leyó el artículo tercero que disponía:

"La ley de la residencia habitual del menor regirá la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, así como los procedimientos y formas para la constitución del vínculo".

370. A pesar de haber intervenido en las discusiones Estados Unidos de la América del Norte y Nicaragua se abstuvieron en la votación de todos los artículos del Proyecto.

Según el doctor GONZALO PARRA-ARANGUREN (Venezuela) "constituye un principio elemental que los procedimientos, en particular los procedimientos judiciales, están sujetos a la ley del Tribunal que conoce de la controversia; y que respecto a la forma extrínseca de los actos generalmente se permite, al menos, la aplicación facultativa de la ley del lugar del otorgamiento del acto". Por otra parte, "el hecho de en el Proyecto la ley del adoptado coincida con la ley del Tribunal no explica o no mejora esa situación, porque aquí se está diciendo que la ley aplicable al procedimiento es la ley del adoptado, cuando lo correcto es decir que depende de la ley del Tribunal".

El Representante de Uruguay (RONALD HERBERT) advirtió que en el Proyecto presentado por su país "efectivamente se efectuó la distinción mencionada por el distinguido Delegado de Venezuela"; pero habiéndose discutido el asunto en la Comisión fue resuelto aprobar la fórmula del Proyecto, en virtud de la coincidencia entre el Tribunal de otorgamiento de la adopción con la ley aplicable a los procedimientos y formas para la constitución del vínculo: "si sólo se dijera que los procedimientos se rigen por la *lex fori*, como después esa adopción tiene efectos y esos efectos se rigen por la ley de otros Estados y son competentes otros tribunales, en cierto modo podría entenderse que el Tribunal que va resolver sobre una cuestión suscitada a raíz de una adopción podría de alguna manera pretender calificar el acto o regular el acto mismo de adopción por su propia ley".

Sin embargo, el doctor GONZALO PARRA-ARANGUREN (Venezuela) quiso dejar constancia de su desacuerdo en "someter los procedimientos a la ley del adoptado", pues afirmar que en esta Convención "va a haber una coincidencia entre la ley del adoptado y la ley del Tribunal es adelantarse a los acontecimientos, porque es dar por aprobado el artículo 10, que todavía no ha sido sometido a consideración de la Plenaria". Así fue reconocido por el doctor ANTONIO BOGGIANO (Argentina), para quien "es inadmisibles identificar la *lex fori* con la *lex causae*" aplicable a la adopción. Sin embargo, el doctor GONZALO PARRA-ARANGUREN (Venezuela) hizo énfasis en no haber formulado propuesta alguna, pues sólo "he querido dejar constancia del punto de vista

venezolano, porque no quiere ganar los méritos ni sufrir los deméritos por la redacción de este artículo".

131. Seguidamente el doctor ANTONIO BOGGIANO (Argentina) propuso que la validez sustancial de la adopción se rija por la ley de la residencia habitual del adoptado, como criterio general; y la de niños abandonados por la ley de la residencia habitual del adoptado o del domicilio del adoptante, aquélla más favorable a su validez, en aplicación concreta de los principios interpretativos consagrados en el artículo décimo noveno.³⁷¹ A este respecto aclaró que la adopción "puede ser válida en un Estado y nula en otro Estado", de manera que el criterio alternativo permite seleccionar la más favorable a la constitución del vínculo: se trataría de una fórmula relativamente simple, desde una perspectiva técnico-jurídica, y muy valiosa desde el punto de vista social y de los valores en juego.

El doctor RONALD HERBERT (Uruguay) expuso su perplejidad ante el funcionamiento de la ley "más favorable a la validez de la adopción", porque si en "ambas legislaciones es válida, entonces no hay criterio de mejor validez; o es válida o no lo es; a su entender "el criterio de validez no admite grados, o es válido o no es válido, si está previsto el instituto de la adopción en un Estado —en el Estado del adoptado— y si está previsto el instituto de la adopción en el Estado del adoptante, no hay manera de determinar qué adopción es más válida, se podrá determinar qué régimen de adopción es mejor, pero no cuál es más válido". Por tanto, en el caso de menores abandonados y dentro de las directrices propuestas por Argentina consideró mejor aplicar la ley del domicilio del adoptante para coordinar la validez de la constitución con los efectos de la adopción.

Aun cuando el doctor ROBERTO MACLEAN UGARTECHE (Perú) estimó recogidas las inquietudes argentinas en el artículo décimo noveno del Proyecto, hizo énfasis en "una objeción, un problema para iniciar el concepto en favor de las adopciones al momento de la constitución de la adopción, y es que la

371. De acuerdo con el artículo décimo noveno del Proyecto: "Las leyes aplicables según la presente Convención y los términos de ésta se interpretarán armónicamente en favor de la validez de la adopción y en beneficio del adoptado".

constitución de la adopción representa un desprendimiento por parte del Estado de la residencia habitual del menor, de la vigilancia, del control por ese menor": se trata de una idea "que la considero básica, que es irrenunciable por parte del Estado de la residencia del menor. Ningún Estado puede decirle a aquél bajo cuya tutela está el menor, y a pesar de que las leyes de tutela del menor, de control del menor, dicen que no ha habido adopción válida" que el vínculo ha quedado legalmente constituido.

En vista de la importancia del tema y habida cuenta la complejidad del debate, el doctor JUAN GUILLERMO FRANCO (República Dominicana) destacó la conveniencia de preparar un texto escrito "para poder realmente reflexionar, tomar una decisión sopesada sobre ese asunto que es muy importante"; y en el interregno dedicar todas las energías al examen de los otros artículos del Proyecto. Sin embargo, el Presidente (FERNANDO SALAZAR PAREDES) expuso haber querido "escuchar los puntos de vista y el interesante intercambio que ha habido, muy beneficioso para tomar la decisión"; criterio éste compartido por el Representante de Uruguay (RONALD HERBERT), porque "no es bueno, se ha demostrado en la sesión de los Grupos de Trabajo, formular un texto, para que después sea rechazado por el Plenario, de manera que continuar unos breves minutos con este diálogo no es inoportuno". En consecuencia, reiteró su complacencia con la propuesta argentina, pero también advirtió que "no prevé el caso en que la adopción sea nula en el país del adoptante y válida en el país del adoptado, pero lo que en mi concepto es el mayor problema es que no prevé la situación en que la adopción sea válida en los dos Estados, que es la situación más común".

Debido a tan insólito señalamiento el doctor ANTONIO BOGGIANO (Argentina) hizo notar la ausencia de todo problema si las dos leyes consideran válida la adopción, y reiteró el valor social de su propuesta en el caso de adopción de niños abandonados, "en que haya una ley que favorezca la adopción, aunque no sea la ley de la residencia habitual del abandonado".

Acto continuo, a solicitud de Venezuela, el doctor ANTONIO BOGGIANO (Argentina) aclaró que su propuesta pretendía el

reemplazo de los artículos tres y cuatro del Proyecto con la siguiente fórmula:

"La validez sustancial de la adopción se regirá por el derecho de la residencia habitual del adoptado. En caso de adopción de niños abandonados, la validez sustancial de la adopción se regirá alternativamente por el derecho de la residencia habitual del adoptado o por derecho del domicilio del adoptante, aquél que resulte más favorable a la validez de la adopción".

De seguida el Representante del Comité Jurídico Interamericano (LUIS HERRERA MARCANO) hizo uso de la palabra para pedir una declaratoria a Venezuela acerca de si la crítica hecha se refería a todo el artículo o sólo a la ley aplicable a los procedimientos; pregunta contestada en el sentido de restringirse a los procedimientos y a las formas. De igual modo quiso saber del Plenipotenciario argentino si su propósito se encontraría satisfecho, en el caso de los niños abandonados, con permitir la aplicación de la ley del domicilio del adoptante o los adoptantes, aquella más favorable al menor a juicio de la autoridad competente para la constitución del vínculo.

132. Al continuar sus labores la Tercera Sesión Plenaria de la Conferencia, el Presidente (FERNANDO SALAZAR PAREDES), ante las dificultades para reunir el *quórum* indispensable en las Comisiones de Trabajo, reiteró la importancia de asistir con puntualidad, pues de lo contrario "sería imposible concluir nuestras labores de la manera programada": de inmediato hizo nuevo uso de la palabra el doctor ROLAND HERBERT (Uruguay) para sugerir se prosiguiera con el examen de los artículos quinto, sexto, séptimo y octavo del Proyecto, mientras se preparan las copias necesarias de la propuesta argentina, "porque creo que estos artículos no son tan discutibles como el anterior".

En consecuencia fue sometido a examen el artículo quinto, según el cual:

"Las adopciones que se ajusten a la presente Convención surtirán sus efectos de pleno derecho en los Estados Partes, sin que pueda invocarse la excepción de la institución desconocida".

Sin comentario alguno resultó aprobado por doce votos a favor, con tres abstenciones.

133. De seguida se leyó el artículo sexto:

"Los requisitos de publicidad y registro de la adopción quedan sometidos a la respectiva ley territorial".

"En el asiento registral se expresará la modalidad y características de la adopción".

La doctora INÉS WEINBERG (Argentina) propuso sustituir "la respectiva ley territorial", por la expresión "la ley territorial del lugar del otorgamiento y del lugar donde se producirán los efectos de la adopción". Sin embargo, el Representante del Uruguay (RONALD HERBERT) explicó que representa "una fórmula de uso corriente en el Derecho internacional privado, es decir, se trata de puntos de conexión territoriales y nada impide que algún otro país" exija el registro de la adopción, debiendo cumplirse tal mandato: "de manera que es el lugar, la ley territorial que es la que rige normalmente la publicidad y los registros, ya sea del país del adoptante, ya sea del país del adoptado, ya del país a donde en tercera instancia pasen a domiciliarse adoptado y adoptante, ya sea en el país que en cuarta instancia pasen a domiciliarse, etcétera, etcétera, o sea, que debe quedar con este sentido genérico".

Semejantes explicaciones no satisficieron a la doctora INÉS WEINBERG (Argentina) pues, según su criterio, la fórmula utilizada "va a traer dudas de interpretación. De acuerdo a lo que dice el distinguido Delegado del Uruguay, la ley territorial sería en principio la del lugar de otorgamiento": según parece quiso expresarse "la ley territorial del lugar del otorgamiento" o "donde las partes decidan registrar las adopciones", pero como esta idea no se desprende del texto del artículo es necesaria la pertinente aclaratoria".

Dentro de la misma directriz, el doctor GONZALO PARRA-ARANGUREN (Venezuela), con el beneplácito de Argentina, propuso la frase "la ley del territorio donde deben ser cumplidos"; y al mismo tiempo recordó que la "utilización del término "ley territorial" ha sido una de las críticas más grandes que se le han formulado al Código Bustamante, porque es susceptible de muy diversas interpretaciones". No obstante, el doctor RONALD HERBERT (Uruguay) hizo la sugerencia de "sustituirla por "la ley de cada Estado": sería más resumida, tal mejor, inclu-

so"; pero los doctores INÉS WEINBERG (Argentina) y ROBERTO MACLEAN UGARTECHE (Perú) respaldaron la fórmula venezolana: fue aprobada con doce votos a favor y tres abstenciones.

134. Seguidamente fue leído el artículo séptimo que disponía:

"Se garantizará el secreto de la adopción cuando correspondiere. No obstante, cuando ello fuere posible, se comunicarán los antecedentes clínicos del menor y de los progenitores si se los conociere, sin mencionar sus nombres ni otros datos que permitan su identificación".

El doctor GONZALO PARRA-ARANGUREN (Venezuela) hizo dos preguntas: primero, cuál ley debería resolver la referencia a "cuando correspondiere" en la primera frase del artículo; y segundo, a quiénes "se comunicarán" los antecedentes clínicos del menor, en los términos previstos por la última parte del precepto.

El doctor RONALD HERBERT (Uruguay) explicó que en la Comisión se había acogido "una fórmula muy imperfecta", "de negociación" o "transaccional", tan sólo con el propósito de hacer énfasis en el secreto de la adopción; y la frase "cuando correspondiere" significaría "cuando las leyes de los Estados involucrados —que podrían ser el del adoptante y el adoptado, utilizando una fórmula sintética— exigiere ese secreto": por tanto, "podría interpretarse en el sentido de que cuando la ley del adoptante o del adoptado, o sea, donde va a desarrollar la vida el adoptado o donde realmente ha tenido que ser anotado antes de ser adoptado, así lo dispusieren".

Por otra parte, según el doctor RONALD HERBERT (Uruguay) la expresión "se comunicarán" constituye una hipótesis excepcional al principio del secreto de la adopción, aun cuando hizo saber: "tampoco se hizo aquí cuestión de los sujetos a quienes se debería comunicar estos antecedentes clínicos, porque podrían no ser exactamente los adoptantes, podrían ser las instituciones médicas encargadas del control de las adopciones, mismo las instituciones, éstas públicas o privadas, que aparecen en el artículo octavo a los efectos de saber cómo se desarrolla la adopción en la preparación de la constitución de la adopción".

Seguidamente la doctora INÉS WEINBERG (Argentina) propuso la consagración en el artículo de dos ideas fundamenta-

les: "Se garantizará el secreto de la adopción con relación a terceros", para impedir la publicidad inherente a los registros oficiales; pero sin mantener el secreto entre las partes, en vista "del derecho del adoptado a saber quiénes son sus padres".

A este respecto, el doctor WILSON VELA (Ecuador) sostuvo que la adopción constituye un estado civil, motivo por el cual "no puede ser de ninguna manera secreto", antes al contrario, debe ser plenamente conocido: a su entender se trata más bien de guardar oculto "los antecedentes del origen del menor, por ejemplo, si ha sido extraído de un orfanato, o cosa por el estilo". Este punto de vista fue respaldado por el doctor RONALD HERBERT (Uruguay) quien explicó "que cuando se habla de secreto no se refiere al secreto del estado civil, sino al secreto de cómo se ha accedido a ese estado civil. En la adopción plena, que produce adopción plena, legitimación adoptiva o arrogación, no es un secreto que el adoptado pasa a ser hijo legítimo o hijo del adoptante, lo que debe permanecer en secreto es que ese adoptado no era en realidad el hijo del adoptante y pasó a serlo en virtud de este acto de adopción". Por tanto, propuso "que no sea modificada esta redacción que fue muy negociada y muy discutida". Sin embargo, el Representante del Ecuador (WILSON VELA), para evitar cualquier incertidumbre, sugirió la siguiente fórmula: "Se garantizará el secreto del proceso de la adopción cuando correspondiere..."; pero sometida a decisión sólo obtuvo siete votos favorables; y por cuanto Argentina retiró su propuesta, resultó aprobado el artículo con diez votos a favor y dos abstenciones.

No obstante la formal aprobación del precepto, el Licenciado RICARDO ABARCA LANDERO (México) advirtió que se encontraba todavía pendiente la duda señalada por Venezuela acerca de a quién "se comunicará"; y para evitar ambigüedades sugirió se agregara: "a quien legalmente corresponda". Una vez resuelta la reconsideración del artículo con los votos indispensables, la propuesta mexicana obtuvo once votos favorables y cinco abstenciones.

135. De inmediato se leyó el artículo octavo, que disponía:

"En la adopción internacional las autoridades que otorgaren la adopción podrán exigir que el adoptante (o adoptantes) acredite su ap-

titud física, moral, psicológica económica, a través de instituciones públicas o privadas cuya finalidad específica se relacione con la protección del menor. Estas instituciones deberán estar expresamente autorizadas por algún Estado u organismo internacional".

"Las instituciones que acrediten las aptitudes referidas se comprometerán a informar a la autoridad otorgante de la adopción acerca de las condiciones en que se ha desarrollado la adopción, durante el lapso de un año. Para este efecto la autoridad otorgante comunicará a la institución acreditante, el otorgamiento de la adopción".

El doctor GONZALO PARRA-ARANGUREN (Venezuela) observó que la frase "en la adopción internacional" al inicio del precepto posiblemente quiere significar "en la adopción o adopciones regidas por esta Convención". También solicitó una aclaratoria acerca de cómo se demuestra la facultad de las instituciones para dar las certificaciones exigidas y cuáles tienen competencia para expedirlas: "las del país de la nacionalidad, las del país del domicilio, las del país" relacionado con el supuesto de hecho. De igual modo quiso saber "cómo se mide la aptitud física, moral, psicológica y económica del o de los adoptantes", por cuanto supuso "no se pretende restringir el campo de las adopciones a personas con recursos económicos suficientemente elevados"; y respecto al segundo párrafo del precepto, se preguntó cuál sería la solución si los informes son desfavorables, aparte de la evidente dificultad práctica en obtenerlos, pues el adoptante "cuando adopta no se compromete a establecer su residencia o su domicilio de manera indefinida, ni por un año, ni por dos, en un sitio determinado".

Con fundamento en los comentarios anteriores el doctor PETER D. TROBOFF (Estados Unidos de la América del Norte) propuso la supresión del segundo párrafo del artículo octavo; y también hizo público que estaba trabajando con los Representantes de Bolivia para presentar una Resolución tendiente a recomendar el estudio de las soluciones adecuadas para los problemas planteados por la adopción: por consiguiente, de aceptarse el artículo octavo, se estaría prejuzgando sobre la materia que, precisamente, debía ser objeto de examen.

Por otra parte, según el Representante de Argentina (ANTONIO BOGGIANO) "parece excesivo permitir que se trate de instituciones autorizadas por *algún* Estado de una manera indefinida, indeterminada, cualquier Estado que pueda no ser un

Estado relacionado ni siquiera estrecha o levemente con la adopción": en consecuencia, "sugeriría que esas instituciones deben estar expresamente autorizadas, en primer lugar, por el Estado del domicilio del adoptante".

En vista de las observaciones anteriores, el doctor RONALD HERBERT (Uruguay) afirmó que "este artículo constituye una innovación, es muy perfectible, pero creemos que es un paso adelante". A su entender, la prueba de la autorización "queda un poco librada al criterio del Estado que va a conceder la adopción", aun cuando podría perfeccionarse la fórmula dentro de las directrices sugeridas por Argentina "hablando de instituciones expresamente autorizadas, tanto en el Estado del domicilio del adoptante como en el domicilio del adoptado, sin que esto signifique que estas instituciones se deban constituir en el domicilio del adoptado": de esta manera serían competentes "las instituciones que están autorizadas por haber sido reconocido así por los Estados, tanto del domicilio del adoptante o del adoptado"; y tendrían libertad en la escogencia de los criterios más adecuados para rendir los correspondientes informes.

En relación al segundo párrafo del artículo octavo, el doctor RONALD HERBERT (Uruguay) explicó: "La inquietud en este caso es seguir paso a paso en el primer año —porque se ha considerado el lapso de adaptación del adoptado en la familia del adoptante— cómo se desarrolla esa adopción"; pero "no tenemos criterio o criterios únicos de solución en cuanto a informes desfavorables" y, por falta de tiempo, tampoco es posible prever en la Convención "cómo se puede informar si los adoptantes se trasladan a un país distinto". En su opinión, aun cuando "esta norma es algo imperfecta", sirve a efectos estadísticos por el valioso intercambio de informaciones, "y a los efectos de los antecedentes para juzgar los casos que se produzcan en el futuro y juzgar la seriedad de las instituciones que intervienen en este importantísimo asunto que es el de las adopciones internacionales".

En este estado y con el fin de no prolongar el debate, el doctor PETER D. TROBOFF (Estados Unidos de la América del Norte) propuso se efectuara la votación en dos partes: la pri-

mera comprendería la frase "En la adopción internacional las autoridades que otorgaren la adopción podrán exigir que el adoptante (o adoptantes) acredite su aptitud física, moral, psicológica y económica"; y la segunda el resto del artículo.

Aceptada la propuesta por diez votos a favor fue sometida la primera parte del precepto, con la sugerencia venezolana de sustituir "adopciones internacionales" por "adopciones regidas por esta Convención", en virtud de la solicitud hecha por la doctora WILMA NÚÑEZ DE ESCORCIA (Nicaragua): Resultó aprobada por trece votos y dos abstenciones.

De seguida el Presidente (FERNANDO SALAZAR PAREDES) decidió someter a voto el resto del primer párrafo del artículo octavo; y la doctora INÉS WEINBERG (Argentina) sugirió modificar la última frase para que leyera: "Estas instituciones deberán estar expresamente autorizadas por el Estado del domicilio del adoptante o un organismo internacional". Sin embargo, el doctor PETER D. TROBOFF (Estados Unidos de la América del Norte) reiteró su propuesta de someter a voto tanto la última parte del primer párrafo como el segundo párrafo del artículo octavo, a fin de no interferir con la finalidad perseguida por la Resolución que su país pretendía presentar junto con Bolivia. Sin embargo, de acuerdo con el doctor GONZALO PARRA-ARANGUREN (Venezuela) resulta intrascendente el método de la votación, pues, de todas maneras, "queda la facultad para cada Estado de exigir al adoptante o adoptantes acreditar su aptitud física o moral"; y, por tanto, "un Estado exigirá que la prueba venga de una institución, otro Estado exigirá que venga de otro Estado, o sea, cada uno de los Estados Partes tiene libertad para hacer las exigencias más severas o menos severas, de acuerdo con sus intereses". En consecuencia, según su criterio, "esta fórmula debe ser más satisfactoria para todos los que están aquí involucrados en el asunto, ya que se les reconoce a cada uno de los Estados Partes el derecho de comprobar o exigir cuáles son las condiciones que debe llenar ese certificado de aptitud que puede exigir o puede no exigir al adoptante o a los adoptantes".

La propuesta de los Estados Unidos de la América del Norte no tuvo éxito y la Tercera Sesión Plenaria resolvió mantener el resto del artículo octavo, sin la reforma sugerida por Argentina.

136. En este estado el Presidente (FERNANDO SALAZAR PAREDES) consideró debía continuarse el examen de los artículos tercero y cuarto del Proyecto. Una vez distribuida se dio lectura a la propuesta argentina, según la cual:

"En caso de adopción de niños abandonados, la validez sustancial de la adopción se regirá alternativamente por la ley de la residencia habitual del adoptado o por la ley del domicilio del adoptante, aquella que resulte favorable a la validez de la adopción".³⁷²

Ahora bien, el doctor RONALD HERBERT (Uruguay) se preguntó "cómo podemos interpretar el "alternativamente", queda un poco a opción de la solicitud que hace el adoptante, o lo decide el Juez que confiere la adopción"; pero según fue aclarado por el doctor ANTONIO BOGGIANO (Argentina) "esta cuestión la juzga quien quiera tenga interés en juzgar sobre la validez de la adopción, y la última palabra, como siempre, la tienen los jueces".

Por su parte el doctor ROBERTO MACLEAN UGARTECHE (Perú) sugirió adicionar la frase "y si fueran contradictorias" después de la "ley del domicilio del adoptante"; y el Representante de Ecuador (WILSON VELA) quiso conocer "cuál sería el beneficio de adoptar un criterio diferente para el caso de que la adopción se refiera a menores abandonados", pues sería "preferible mantener un criterio unitario en todo lo que se refiere a la tramitación y al proceso de la adopción". Además, advirtió: "En el caso de la legislación interna del Ecuador, por lo menos, no podríamos aceptar la aplicación de una ley diferente a la ley nacional, para la constitución del vínculo de la adopción, aun cuando se trate de la adopción de menores abandonados".

372. Después de un intercambio de criterios entre los doctores ROBERTO MAC LEAN UGARTECHE (Perú) y ANTONIO BOGGIANO (Argentina) fue aclarado que la propuesta argentina, de ser aceptada, constituiría un nuevo artículo del Proyecto.

Sin embargo, el doctor ANTONIO BOGGIANO (Argentina) hizo énfasis en que la fórmula propuesta ha sido "muy considerada, muy negociada en el cuarto intermedio": el tratamiento especial de los menores abandonados se explica "por razones de valor social y de finalidad social", "la protección de la validez de la adopción, significa en estos casos también la protección del interés del menor", pues se trata de "una solución que mira la justicia dentro del campo del derecho internacional privado de la adopción". En verdad, "pueden darse casos en los cuales si el menor ya ha salido del ámbito de su residencia habitual se encuentre más protegido con la ley del propio domicilio del adoptado que con la ley del domicilio del adoptante", porque la adopción sea inválida de aplicarse la ley de la residencia habitual del menor.

137. Sin negar el interés de la materia discutida, el doctor GONZALO PARRA-ARANGUREN (Venezuela), por razones lógicas ineludibles y con apoyo posterior del Representante de Ecuador (WILSON VELA), sostuvo la conveniencia de examinar primero la regla general sobre la ley aplicable a la constitución de la adopción, consagrada por los artículos tercero y cuarto; para luego referirse a la problemática excepcional de los niños abandonados.

Así fue resuelto; y, por tanto, se entró a considerar el artículo tercero que disponía:

"La ley de la residencia habitual del menor regirá la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, así como los procedimientos y formas para la constitución del vínculo".

Acto continuo el doctor GONZALO PARRA-ARANGUREN (Venezuela) reiteró "que la materia relativa a los procedimientos debería regirse por la ley del Tribunal y que las formas extrínsecas en principio estaban sujetas a la ley del lugar del otorgamiento". Por otra parte, hizo públicas las explicaciones oídas durante el receso, pues según algunos Plenipotenciarios el vocablo "formas" utilizado por el artículo no se refería a las formas extrínsecas de la adopción sino a sus clases; pero "si se ubica la palabra formas después de procedimientos, parece

lo más lógico entender que se refiere a la forma extrínseca del acto". Por tanto, resulta indispensable la aclaratoria de su significado preciso para determinar con exactitud la ley aplicable.

De inmediato el Representante de Uruguay (RONALD HERBERT) explicó: "la utilización del término "procedimientos y formas", en cierta parte se ha debido a que por diversas razones se decidió suprimir la palabra "regirá la constitución del vínculo" directamente", porque si tal referencia era mantenida "se podría entender que la solución no era tan distributiva como en definitiva se pretendió plasmarla en el texto". También sostuvo: "en lo que creo que estamos de acuerdo en la votación es en que ciertos aspectos referentes al adoptante se rigen por la ley del adoptante, ciertos aspectos concernientes al adoptado por la ley del adoptado, y la constitución del vínculo por la ley del lugar de residencia habitual del adoptado". Ahora bien, en virtud del carácter distributivo de la solución se quiso distinguir "que ciertos aspectos los recibe una ley, ciertos aspectos otra ley, entonces, cuando se llegó al momento de la constitución se prefirió no decir que la constitución se regía por tal ley porque en tal caso podría llegar a suponer que también los requisitos exigidos al adoptante se regían por esa ley"; y concluyó su explicación: "creo que estamos ante un obstáculo que se puede solucionar con apoyo de alguna Delegación que venga con espíritu constructivo".

El doctor GONZALO PARRA-ARANGUREN (Venezuela), en su deseo de contribuir al éxito de los trabajos y de evitar la desarmonía internacional en la aplicación del artículo, apoyó la propuesta uruguaya "en el sentido de que se clarifique exactamente qué se quiso significar con el término "formas", si formas extrínsecas, si clases, modalidades, categorías de adopción o cualquier otro concepto que haya podido tener en mientes la Comisión".

A estos fines el Representante del Perú (ROBERTO MACLEAN UGARTECHE) propuso el siguiente texto:

"La ley de la residencia habitual del menor regirá la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado. Las formas y

solemnidades de los procedimientos, actos y documentos de la constitución de la adopción, se regirán por la ley del Estado donde se lleven a cabo".

Seguidamente el doctor WILSON VELA (Ecuador) afirmó que no podía apoyar la sugerencia anterior: según su criterio constituía "una modificación de fondo", pues de acuerdo con el artículo tercero del Proyecto "los procedimientos y formas para la constitución del vínculo de la adopción se regirán por la ley del país de residencia habitual del adoptado; en cambio, la fórmula que nos presenta la Delegación del Perú expresa que estos procedimientos y solemnidades se regirán por la ley del Estado donde se constituye la adopción, que es una cosa totalmente diferente". Además, "en la fórmula que nos presenta el Perú se deja un vacío en cuanto a determinar cuál es el país, cuál es el Estado donde se va constituir la adopción".

El doctor CARLOS ROBERTO REINA (Honduras) sostuvo también que la propuesta peruana "cambia el concepto de fondo"; a su entender el artículo tercero es "absolutamente claro": los procedimientos son una cuestión instrumental y las formas son las solemnidades externas. Sin embargo, el doctor ROBERTO MACLEAN UGARTECHE (Perú), con apoyo posterior de Uruguay (RONALD HERBERT), explicó que no había modificado el artículo original, ya que su propuesta tan sólo rinde tributo "a un millenario principio del *locus regit actum*"; y en su esencia mantiene la solución del Proyecto, que es aceptada por las Delegaciones de Ecuador y Honduras.

"Aunque Nicaragua mantiene con respecto a esta Convención una actitud de abstención", la doctora VILMA NÚÑEZ DE ESCORCIA (Nicaragua), en virtud del manifiesto "interés con que nosotros estamos siguiendo el desarrollo de las discusiones y de los debates alrededor de cada uno de estos artículos" propuso modificar el artículo tercero para que dispusiera: "La ley de la residencia habitual del menor regirá la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, así como las solemnidades de los procedimientos, actos y documentos de la constitución de la adopción".

Por su parte el doctor WILSON VELA (Ecuador) sugirió eliminar la palabra "formas", a fin de prevenir discusiones ulteriores, y mantener sólo la frase "como los procedimientos para la constitución del vínculo". Desde otra perspectiva el doctor ANTONIO BOGGIANO (Argentina) hizo énfasis en que, de acuerdo con el Proyecto, la residencia habitual del adoptado era factor determinante tanto de la ley aplicable como del Tribunal competente; y por esta circunstancia el resultado práctico era idéntico; pero la propuesta peruana ofrecía la ventaja de distinguir "cuestiones que son técnicamente muy diferentes", realizando una certera "clarificación conceptual y estilística de la problemática".

Aun cuando el Presidente (FERNANDO SALAZAR PAREDES) consideraba el asunto suficientemente debatido, el Representante de Bolivia propuso un nuevo texto para el artículo tercero: "La ley de la residencia habitual del menor regirá la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, así como los procedimientos y formalidades para la constitución del vínculo"; a su entender con la palabra formalidades "se aclara perfectamente el pensamiento y la filosofía que informa este precepto".

De inmediato la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos (TATIANA DE MAEKELT) hizo una aclaratoria, con fundamento en las ideas expuestas en la Reunión de Expertos de Quito: por una parte se encuentra la ley aplicable a la constitución de la adopción, que decide tanto sobre los procedimientos a seguir para su constitución así como sobre la calidad de los documentos correspondientes; y por la otra la ley competente para regular las formas y solemnidades de los actos y de los procedimientos, sometidos de manera tradicional a la legislación del lugar en la cual se llevan a cabo. Sin embargo, en el Proyecto hay coincidencia entre ambas porque la ley de la residencia habitual del adoptado es la misma que la *lex fori*; y, por tanto, la propuesta peruana no modifica el fondo mismo del artículo, pues sólo declara un principio generalmente admitido: "que las formas y solemnidades de los actos deben someterse a la ley del lugar en el cual se llevan a cabo".

No obstante, el doctor CARLOS ROBERTO REYNA (Honduras) insistió en la posibilidad de confusiones, con la fórmula propuesta por el Perú, "en la gente que no son técnicos en Derecho internacional privado, que no son de esos sabios excéntricos, como dicen algunos, que sólo hablan una jerga que sólo ellos mismos entienden"; y sostuvo la conveniencia de aclarar el significado de la palabra "formas", bien dentro de las directrices sugeridas por Bolivia, bien diciendo "formas" o "solemnidades externas", "formalidades" o "cualquier término que aclare eso que fue lo que planteó originalmente el distinguido Delegado de Venezuela".

En vista de los comentarios anteriores el doctor ROBERTO MACLEAN UGARTECHE (Perú) hizo valer: "la ciencia, toda ciencia, lamentablemente, tiene que usar un lenguaje esotérico, tiene que utilizar conceptos y definiciones que no están en el lenguaje común; si el lenguaje común fuera capaz de resolver los problemas científicos no se habría desarrollado toda la filosofía moderna desde Vincent en adelante que justamente usa el lenguaje simbólico". Por lo demás, reiteró que la propuesta de su país no modificaba la solución del Proyecto, sino tan sólo pretendía "seguir prestando respeto a una ancestral y milenaria tradición de *locus regit actum*".

A sugerencia del Licenciado RICARDO ABARCA LANDERO (México) se dispuso someter a la Plenaria tanto el artículo tercero original como las proposiciones hechas durante el debate, excepto las de Nicaragua y Ecuador, quienes formalizaron su retiro. El resultado fue una verdadera sorpresa, porque ninguna tuvo éxito: la peruana recibió siete votos favorables, con cinco abstenciones; ocho votos respaldaron la de Bolivia, con seis abstenciones; y seis abstenciones también hicieron fracasar el artículo tercero del Proyecto.

En vista de acontecimiento tan insólito, el doctor GONZALO PARRA-ARANGUREN (Venezuela) sostuvo que "resultaría verdaderamente absurdo que no se aprobara un artículo para regular la capacidad para ser adoptado porque entonces la Convención no tiene ningún objeto"; y a los fines de superar las dificultades existentes, con vista de las ideas expuestas por los diversos Plenipotenciarios, propuso la siguiente fórmula conciliatoria para el artículo tercero:

"La ley de la residencia habitual del menor regirá la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, así como cuáles son los procedimientos y las formalidades extrínsecas necesarias para la constitución del vínculo".

El Representante de Uruguay (RONALD HERBERT) también consideró inaudito "que la Convención no se apruebe por la imposibilidad de ponerse de acuerdo sólo en la redacción del artículo"; punto de vista compartido también por el Delegado de Brasil. Por su parte, el doctor LEVSDIEU DÉRANÉ (Haití) advirtió que como la versión francesa utiliza la palabra "*formalité*", no se planteaba el problema discutido; y el doctor PETER D. TROBOFF (Estados Unidos de la América del Norte), en su carácter de miembro de la Comisión de Estilo, pidió fuera clarificado con toda exactitud el sentido del término "formalidades extrínsecas": se le respondió por el doctor GONZALO PARRA-ARANGUREN (Venezuela) que en derecho latinoamericano "la forma extrínseca de un acto es la manera como se expresa la voluntad del declarante".

La propuesta venezolana resultó aprobada por doce votos a favor y una abstención: de esta manera pudo superarse a última hora y con gran despliegue de energías la crisis provocada por el artículo tercero del Proyecto.

138. De inmediato fue leído el artículo cuarto, según el cual:

"La ley del domicilio del adoptante o adoptantes regirá: a) La capacidad del adoptante o adoptantes; b) Los requisitos de edad y estado civil del adoptante o adoptantes; c) El consentimiento del cónyuge del adoptante, si fuera el caso; y d) Los demás requisitos para ser adoptante o adoptantes. En el supuesto que los requisitos de la ley del adoptante o adoptantes sean manifiestamente inferiores a los señalados por la ley de la residencia habitual del adoptado, regirá la ley de éste".

Seguidamente el doctor GONZALO PARRA-ARANGUREN (Venezuela) hizo uso de la palabra para insistir en la diversidad de sentidos del concepto domicilio, "al menos dentro de los países del ámbito latinoamericano: por domicilio puede entenderse el asiento principal de los negocios o intereses de una persona, o puede entenderse también la residencia habitual". Sin embargo, por cuanto reconoció la imposibilidad de obtener un

consenso mayor en la Comisión tan sólo quiso destacar que la ley del domicilio del adoptante no garantiza la uniformidad de las soluciones, pues cada Estado Parte podría utilizar su propia noción para aplicar el Tratado. De igual modo advirtió que el artículo no resuelve la hipótesis de adoptantes con domicilio distinto; y, a su entender, el último párrafo es innecesario habida cuenta la reserva general de orden público admitida por el Proyecto. Ahora bien, los planteamientos anteriores no se concretaron en propuesta alguna, y la única finalidad perseguida fue la de obtener las aclaratorias pertinentes, para "que los intérpretes de la Convención sepán a qué atenerse cuando vayan a aplicar el artículo que estamos examinando".

A estos fines el doctor RONALD HERBERT (Uruguay) explicó, en forma desconcertante, que el último párrafo del artículo impide aplicar la excepción del orden público internacional; y, a su entender, aun cuando ciertamente nada se previno en el artículo acerca de la posibilidad de adopciones por personas con domicilio diverso, el asunto podría resolverse mediante un criterio de distribución. Sin embargo, el doctor ROBERTO MACLEAN UGARTECHE (Perú) se preguntó "cómo dos cónyuges que tienen domicilios distintos, separados, quisieran adoptar un menor": el doctor GONZALO PARRA-ARANGUREN (Venezuela) hizo formal señalamiento a la diferencia entre el domicilio del matrimonio y el de cada uno de los cónyuges; hecho éste reconocido en la Convención Interamericana sobre la materia suscrita en Montevideo en 1979.

En este estado el Presidente (FERNANDO SALAZAR PAREDES) recordó "que estamos discutiendo desde hace cinco horas"; y de seguida el doctor ANTONIO BOGGIANO (Argentina) advirtió que de aceptarse la aplicación distributiva propuesta por Uruguay "hay demasiadas leyes que entran en juego", con las inevitables dificultades de calificación y adaptación. Además, quiso dejar expresa constancia en Acta de que "no es impensable que la capacidad del adoptante y los requisitos para adoptar se rijan, no por el estatuto personal del adoptante, sino por la ley que rige el fondo de la validez del acto, lo que conduciría a una enorme simplificación quizá de la cuestión": desde esta perspectiva sería preferible adoptar una ley única, la de la residencia habitual del adoptado.

Acto continuo el Licenciado JOSÉ LUIS SIQUEIROS (México) insistió en la demora de los trabajos, pues ya eran las ocho de la noche y "la conferencia está proyectada para clausurarse pasado mañana", tal vez alrededor del mediodía, motivo por el cual hizo la siguiente admonición: "si estas interesantísimas y doctrinales deliberaciones continúan ilustrándonos y enriqueciéndonos con el talento académico de todos los aquí reunidos, vamos realmente a aumentar nuestro caudal en el internacional privado, pero no vamos a aprobar la Convención. En toda mi experiencia como participante en las tres CIDIPs, en las catorce convenciones aprobadas, ésta es la que ha establecido el record en discusiones. Parece que no estamos en una sesión plenaria, sino en el primer proyecto de la Comisión preparatoria o del Grupo de Trabajo". Por consiguiente, hizo "una amistosa exhortación, invitación para procurar dentro de los marcos posibles del entendimiento y de la concordia y hasta cierto punto del compromiso, una solución más rápida a los problemas que estamos viendo".

Sometido a la Plenaria, el artículo cuarto fue aprobado por diez votos a favor y tres abstenciones, con la modificación propuesta por Uruguay.

139. De inmediato se procedió a continuar discutiendo la propuesta argentina sobre la ley aplicable a los niños abandonados; y el Representante de Uruguay (RONALD HERBERT) propuso fusionar las fórmulas presentadas por Argentina y el Perú en los siguientes términos: "En el caso de la adopción de niños abandonados la validez sustancial de la adopción se regirá alternativamente por la ley de la residencia habitual del adoptado, o por la ley del domicilio del adoptante o adoptantes, aquella que resulte más favorable a la validez de la adopción y a los intereses del menor de acuerdo con lo dispuesto en el artículo diecinueve".

Sin embargo, el Representante de Ecuador (WILSON VELA) dejó constancia de que "la aplicación de este artículo, que se supone tiene un carácter excepcional, en la práctica se va a convertir en la norma general para el trámite de la adopción", porque la gran mayoría de ellas se refieren a niños abandonados; y, además, hizo notar que, en su criterio, la materia se

encuentra ya regulada por el artículo décimo séptimo relativo a los efectos de la adopción. A este respecto, el doctor ANTONIO BOGGIANO (Argentina) advirtió que su propuesta se refería a la validez sustancial de la adopción y, por tanto, no podía aparecer regulada por el artículo décimo séptimo del Proyecto. Por su parte, el Representante de México expuso sus razones para rechazar la propuesta argentina: a su entender crea un régimen de excepción desfavorable al niño que no ha sido abandonado, en virtud "de que el artículo diecinueve muy claramente establece que la interpretación de esta Convención y de sus disposiciones son en beneficio del adoptado".

El nuevo precepto argentino no fue aprobado: obtuvo siete votos a favor, uno en contra y cuatro abstenciones.

140. Acto continuo se leyó el artículo noveno del Proyecto que disponía:

"En caso de adopción plena, legitimación adoptiva o figuras afines":

"a) Las relaciones entre adoptante (o adoptantes), inclusive las alimentarias y las del adoptado con la familia del adoptante (o adoptantes) se regirán por la misma ley que regirá las relaciones del adoptante (o adoptantes) con su familia legítima".

"b) Los vínculos del adoptado con su familia de origen se considerarán disueltos. Sin embargo, subsistirán los impedimentos para contraer matrimonio".

"Sin perjuicio de lo anterior, los impedimentos para contraer matrimonio por el adoptado se regirán por la ley de la residencia habitual del adoptante (o adoptantes)".

El doctor GONZALO PARRA-ARANGUREN (Venezuela) inició su examen con las siguientes observaciones: propuso eliminar de la letra a) las relaciones alimentarias entre adoptante y adoptado, por constituir un aspecto de un tema que debía estudiarse con toda profundidad en una próxima Conferencia Especializada Interamericana, aparte de resultar inexplicable la omisión de las obligaciones alimentarias del adoptado con el adoptante, y la ausencia de su regulación en el artículo décimo, donde se determina la ley aplicable a los efectos de las adopciones distintas de la adopción plena. También manifestó su profundo desconcierto frente al último párrafo del artículo, porque "la capacidad para contraer matrimonio es una categoría autó-

noma que no está incluida dentro de los efectos de la adopción. Si un muchacho ha sido adoptado cuando era menor de edad, para poner el caso extremo, una vez que llega a mayor y quiere casarse, resulta verdaderamente sorprendente someter su capacidad matrimonial a la ley del domicilio del adoptante": en su criterio resulta inconcebible que semejante conclusión pudiera haber sido aceptada por la Comisión, pero, en todo caso, "la redacción del texto no me parece nada clara".

Ahora bien, en el deseo de precisar con toda exactitud el significado del último párrafo del artículo noveno, el doctor RONALD HERBERT (Uruguay) hizo una singular aclaratoria cuando afirmó: "en realidad no está tratando la categoría autónoma de la capacidad para contraer matrimonio, sino de los impedimentos para contraer matrimonio": a su entender se trata de asuntos distintos, y la regla establecida consagra un principio general derivado de los plenos efectos de la adopción, pues "el adoptado pasa a tener una familia y, por lo tanto, pasa a tener nuevos impedimentos para contraer matrimonio en lo que respecta a la familia del adoptante y de ahí el punto de conexión elegido".

De inmediato el Presidente (FERNANDO SALAZAR PAREDES) reiteró su preocupación por la demora en la marcha de los trabajos, con el agravante de que sólo permanecían en la Sala once Delegaciones, en virtud de haberse ya retirado siete, a saber: Honduras, Paraguay, Chile, Costa Rica, Colombia, Brasil y Guatemala. Por consiguiente, sostuvo: "si hemos de continuar, tratemos realmente de hacerlo de una manera más fluida"; y, tal vez en el deseo de avanzar en forma rápida, el doctor ROBERTO MACLEAN UGARTECHE (Perú), sin mayores explicaciones, hizo una propuesta para que el último párrafo del artículo leyera como sigue: "Sin perjuicio de lo anterior, los impedimentos para contraer matrimonio por el adoptado con relación al adoptante y su familia se regirán por la ley del domicilio del adoptante (o adoptantes)".

Seguidamente fueron sometidas a voto las propuestas en mesa: la venezolana de eliminar la referencia a las obligaciones alimentarias obtuvo cinco votos a favor, tres en contra y cinco abstenciones; y cuatro abstenciones impidieron aprobar la fórmula del Perú. Ahora bien, por cuanto el artículo noveno

del Proyecto tampoco pudo aprobarse debido a cuatro abstenciones, el Presidente (FERNANDO SALAZAR PAREDES) repitió, con pesadumbre, "que no vale la pena en esta oportunidad seguir adelante, no solamente que siete Delegaciones nos han desertado, sino que resulta un poco difícil que lo aprobado por la Comisión llegue a Plenario y que ni siquiera merezca el mínimo de votos que tuvo en la Comisión".

A pesar de las palabras anteriores, el doctor GONZALO PARRA-ARANGUREN (Venezuela) advirtió que "la no aprobación de este último párrafo en forma alguna perjudica, porque simplemente no regula una materia y la deja abierta para que la resuelva cada Estado Parte según sus normas"; pero el Presidente (FERNANDO SALAZAR PAREDES) insistió en la imposibilidad práctica para tomar decisiones, porque la constante abstención de dos de los once países presentes impide obtener el mínimo de diez votos, exigido por el artículo 34 del Reglamento de la Conferencia. Por tanto, la Tercera Sesión Plenaria llegó a su fin, con un nuevo y cordial requerimiento para la puntual asistencia a los trabajos de las Comisiones: antes de disolverse, la Asamblea fue advertida por la Secretaría sobre la necesidad de obtener la correspondiente autorización, ya que "por razones de tiempo el resultado del trabajo del Grupo de Transporte no podría pasar a la Comisión sino que tendría que pasar directamente a Plenaria". El doctor ROBERTO MACLEAN UGARTECHE (Perú) manifestó su acuerdo y sin profundizar en el asunto el Presidente (FERNANDO SALAZAR PAREDES) dispuso se procediera en la forma indicada.

141. Al iniciarse la Cuarta Sesión Plenaria, en horas de la tarde del *veintidós de mayo de 1984*, el Presidente (FERNANDO SALAZAR PAREDES), luego de hacer un formal requerimiento de "limitar en lo posible las exposiciones doctrinales", consultó a la Asamblea acerca de si deseaba reconsiderar la votación del artículo noveno. Admitida la sugerencia, el doctor RONALD HERBERT (Uruguay) propuso suprimir "el último inciso, para evitar más discusiones": así fue aprobado por trece votos, con tres abstenciones.

142. Seguidamente se dio lectura al artículo décimo que disponía:

"En caso de adopciones distintas a la adopción plena, legitimación adoptiva o figuras afines, las relaciones entre adoptante (o adoptantes) y adoptado, se rigen por la ley de la residencia habitual del adoptante (o adoptantes)".

"Las relaciones del adoptado con su familia de origen se rigen por la ley de su residencia habitual al momento de la adopción".

El doctor GONZALO PARRA-ARANGUREN (Venezuela) propuso suprimir la frase "al momento de la adopción", pues, según su criterio, "las relaciones del adoptado con su familia de origen deben regirse por la ley de su residencia habitual" pura y simplemente. La sugerencia fue contradicha por el Representante de Uruguay (RONALD HERBERT) "porque modifica totalmente la economía de lo que se pretendió, que es que estas relaciones siguieran rigiéndose por la ley del lugar donde el adoptado tiene su ligamen con la familia original y en este caso cambiaría ese lugar de ligamen".

La propuesta venezolana fue rechazada por once abstenciones; y se aprobó el artículo del Proyecto con quince votos a favor, uno en contra y dos abstenciones.

143. De inmediato se leyó el artículo once que prevenía:

"Los derechos sucesorios que corresponden al adoptado o adoptante (o adoptantes) se regirán por las normas aplicables a las respectivas sucesiones".

"En los supuestos de adopción plena, legitimación adoptiva o figuras afines, el adoptado, el adoptante (o adoptantes) y la familia de éste (o éstos), tendrán los mismos derechos sucesorios que corresponden a la filiación legítima".

El precepto fue aprobado, sin comentarios, por trece votos a favor y cuatro abstenciones.

144. Acto continuo fue leído el artículo doce:

"Las adopciones referidas en el artículo 1º serán irrevocables. La revocación de las adopciones a que se refiere el artículo 2º se regirá por la ley de la residencia habitual del adoptado al momento de la adopción".

La doctora INÉS WEINBERG (Argentina) propuso agregarle la siguiente frase: "o la ley del domicilio del adoptante, de

acuerdo con el artículo 19", con el objeto de "que se pueda tomar en cuenta para la revocación, ya sea la ley de la residencia habitual del adoptado, o la del domicilio del adoptante, pero siempre teniendo en cuenta, conforme al artículo 19, estar a favor del beneficio del menor y a favor de la validez de la adopción". Ante el rechazo de la conexión alternativa por el doctor RONALD HERBERT (Uruguay) en virtud de favorecer la revocatoria, la doctora INÉS WEINBERG (Argentina) posteriormente aclaró y expuso haber pretendido se tomaran en cuenta ambas leyes, "pero conforme al artículo 19, que específicamente dice que se tendrá en cuenta la validez de la adopción, el beneficio, el interés del adoptado". Por su parte, el doctor GONZALO PARRA-ARANGUREN (Venezuela) sugirió aplicar "acumulativamente la ley del tribunal, de manera tal, que ninguna revocación de la adopción pueda ser declarada conforme a una ley extranjera, si la causa de revocación no está prevista también en la ley del tribunal ante el cual se ha planteado el juicio": de esta manera quedaban satisfechas las exigencias de la *lex fori* y al mismo tiempo se favorecería el mantenimiento de la adopción. Sin embargo, las propuestas argentina y venezolana fracasaron debido a catorce y diez abstenciones, respectivamente; y el precepto original fue aprobado con trece votos favorables, uno en contra y tres abstenciones.

145. Catorce votos condujeron a la aprobación, sin observaciones, del artículo trece que prevenía:

"La conversión de la adopción simple en adopción plena o legitimación adoptiva, o instituciones afines, cuando ésta sea posible, se regirá, a la elección del actor, por la ley de la residencia habitual del adoptado, al momento de la adopción, o por la del Estado donde tenga residencia habitual el adoptante (o adoptantes), al momento de pedirse la conversión".

"Si el adoptado tuviera más de 14 años de edad será necesario su consentimiento".

146. De inmediato se consideró el artículo catorce que previene:

"La anulación de la adopción se regirá por la ley de su otorgamiento. La anulación sólo será decretada judicialmente, velándose por los intereses del menor de conformidad con el artículo 19 de esta Convención".

El doctor GONZALO PARRA-ARANGUREN (Venezuela) propuso que "no pueda ser decretada sino cuando también existe una causa de anulación prevista por la ley del Tribunal; de modo que un tribunal no se vea precisado a decretar la anulación de una adopción solamente con el fundamento de lo que prescribe una ley extranjera". Por su parte, el Licenciado RICARDO ABARCA LANDERO (México) defendió la competencia de "la ley del lugar de residencia del adoptante", porque se trata de una simple proyección del criterio admitido en el artículo cuarto; el Delegado del Perú (ROBERTO MACLEAN UGARTECHE), por una parte sostuvo no haber implicancia entre ambos preceptos, y, por la otra, que la propuesta venezolana armonizada con el artículo 19. Sin embargo, nueve abstenciones impidieron su éxito; y la fórmula original del Proyecto fue aprobada por doce votos, uno en contra y tres abstenciones.

147. Sin comentario alguno, por dieciséis votos, uno contrario y una abstención, fue aprobado el artículo quince según el cual:

"Serán competentes en el otorgamiento de las adopciones a que se refiere esta Convención las autoridades del Estado de la residencia habitual del adoptado".

148. Seguidamente se leyó el artículo dieciséis:

"Serán competentes para decidir sobre anulación o revocación de la adopción los jueces del Estado de la residencia habitual del adoptado al momento del otorgamiento de la adopción".

El doctor GONZALO PARRA-ARANGUREN (Venezuela) propuso eliminar la frase "al momento del otorgamiento de la adopción"; pues "como fácilmente se comprende, el adoptante y el adoptado pueden trasladarse al extranjero, establecer su domicilio o residencia en el extranjero, y parece poco práctico que se los obligue a volver al país de origen para poder intentar una acción de anulación o revocación de la adopción". También aprovechó la oportunidad para advertir "que en este Proyecto no se hace pronunciamiento alguno acerca de cuál es el Tribunal competente para la conversión de la adopción simple en adopción plena".

Trece abstenciones impidieron el éxito de la propuesta venezolana; y el artículo original fue aprobado por doce votos, uno en contra, y cuatro abstenciones.

149. Seguidamente el doctor RONALD HERBERT (Uruguay), para subsanar el vacío señalado por Venezuela, propuso un nuevo artículo en los siguientes términos:

"Serán competentes para decidir la conversión de la adopción simple en adopción plena o legitimación adoptiva, o figuras afines, alternativamente y a elección del actor, las autoridades del Estado de la residencia habitual del adoptado al momento de la adopción, o las del Estado donde tenga su domicilio el adoptante o adoptantes al momento de pedirse la conversión".

Sin embargo, el asunto no fue considerado en esa oportunidad sino después del artículo vigésimo, a fin de permitir la distribución escrita de la propuesta entre los Plenipotenciarios: entonces se aprobó por quince votos, con tres abstenciones, aun cuando fue encomendado a la Comisión de Estilo decidir si lo incorporaría como un precepto autónomo o como segundo párrafo del artículo décimo sexto.

150. De inmediato se leyó el artículo diecisiete:

"Serán competentes para decidir las cuestiones relativas a los efectos de la adopción los jueces del Estado de la residencia habitual del adoptante (o adoptantes), mientras el adoptado no constituya residencia habitual propia".

"A partir del momento en que el adoptado tenga residencia habitual propia será competente, a elección del actor, el juez de la residencia habitual del adoptado o del adoptante (o adoptantes)".

El doctor GONZALO PARRA-ARANGUREN (Venezuela) propuso eliminar la frase "efectos de la adopción" que no había sido utilizada en ninguno de los artículos anteriores; advirtió que los efectos de la adopción incluyen, al menos en algunos países, "la posible pérdida de la nacionalidad del adoptado; y para Venezuela resultaría inaceptable que un Tribunal extranjero pudiera decidir acerca de la nacionalidad venezolana. Dentro de los efectos de la adopción pueden encontrarse también relaciones con bienes inmuebles, y si los bienes inmuebles están

situados en Venezuela, para Venezuela también es inaceptable admitir una competencia extranjera". Por tanto, propuso sustituir "efectos de la adopción" por la frase "relaciones entre adoptante o adoptantes y adoptado, y viceversa", que es la terminología utilizada en el artículo noveno. La anterior sugerencia fue adicionada por el doctor ROBERTO MACLEAN UGARTECHE (Perú) con la expresión "y la familia de éste", después de "adoptado": así se aprobó por quince votos, con dos abstenciones.

151. Quince votos y dos abstenciones permitieron también la aprobación del artículo dieciocho, según el cual:

"Las autoridades de los Estados Partes podrán rehusarse a aplicar la ley declarada competente por esta Convención cuando sus disposiciones sean manifiestamente contrarias a su orden público".

152. Una abstención y diecisiete votos favorables aprobaron el artículo diecinueve que previno:

"Las leyes aplicables según la presente Convención y los términos de ésta se interpretarán armónicamente en favor de la validez de la adopción y en beneficio del adoptado".

153. De inmediato se leyó el artículo vigésimo:

"Cualquiera de los Estados Partes podrá en todo momento declarar que esta Convención se aplica a las adopciones de menores con residencia habitual en ellos, por personas extranjeras con residencia habitual en el Estado al que pertenece el menor, cuando de las circunstancias del caso concreto, a juicio de la autoridad interviniente, resulte que el adoptante (o adoptantes) se proponga dejar ese Estado después de constituida la adopción".

La doctora INÉS WEINBERG (Argentina) propuso suprimir el término "extranjeros", por introducir "el punto de conexión nacionalidad que no se tuvo en cuenta en los restantes artículos del Proyecto", y porque "para la Argentina es inconstitucional una disposición que discrimina entre nacionales y extranjeros": de no aceptarse la sugerencia "preferiríamos que se suprima todo el artículo". Dentro de la misma directriz, el doctor GONZALO PARRA-ARANGUREN (Venezuela) consideró inaceptable "la discriminación de personas extranjeras"; además, en su criterio, "la redacción es sumamente confusa, y

no se entiende claramente lo que se quiere decir, para personas, por supuesto, extrañas al Grupo que lo preparó": en consecuencia, apoyó la propuesta de supresión. Aun cuando para el doctor RONALD HERBERT (Uruguay) "la filosofía de este artículo ya fue bien explicada", sostuvo la posibilidad de "llegar a una buena solución, si en lugar de hablar de personas extranjeras habláramos de personas con residencia habitual en el Estado a que pertenece el menor"; y, con apoyo del doctor ROBERTO MACLEAN UGARTECHE (Perú) consideró aceptable eliminar la palabra "extranjeras": así fue aprobado por catorce votos, con dos abstenciones.

En apoyo de sus afirmaciones acerca de la obscuridad del artículo, el doctor GONZALO PARRA-ARANGUREN (Venezuela) señaló que "la frase "al que pertenece el menor" es sumamente confusa, y la palabra "dejar ese Estado" también se presta a muchas interpretaciones". Sin embargo, nada se dijo de inmediato sobre el asunto y el artículo vigésimo obtuvo el mínimo de diez votos, con seis abstenciones.

No obstante la aprobación, el doctor RONALD HERBERT (Uruguay) le preguntó al Delegado venezolano, "para obtener un mejor consenso, si resultaría más aceptable sustituir "al que pertenece el menor" por la frase "donde el menor tiene su residencia habitual": dentro del mismo espíritu de colaboración, el doctor GONZALO PARRA-ARANGUREN (Venezuela) sugirió se encomendara a la Comisión de Estilo el examen de la frase "dejar al Estado", que parece querer referirse al establecimiento de la residencia habitual en el extranjero, para expresar la misma idea "en una forma cónsona con el embellecimiento literario que deben tener las Convenciones". No obstante, según advirtiera el Representante de Guatemala, "abandonar definitivamente ese Estado" es una consecuencia distinta a la pretendida por el precepto.

154. Acto continuo el doctor RONALD HERBERT (Uruguay) propuso la reconsideración del voto del artículo veinte, para que fuera considerada la siguiente fórmula:

"Cualquiera de los Estados Partes podrá en todo momento declarar que esta Convención se aplica a las adopciones de menores con residencia habitual en ellos, por personas con residencia habitual en

el Estado donde tenga su residencia habitual el menor, cuando de las circunstancias del caso concreto, a juicio de la autoridad interviniente, resulte que el adoptante o adoptantes se propongan constituir domicilio en otro Estado después de constituida la adopción”.

Sin comentario alguno, pero a reserva de su eventual perfeccionamiento por la Comisión de Estilo, la nueva fórmula fue aceptada por catorce votos, con cinco abstenciones.

155. Seguidamente el doctor RONALD HERBERT (Uruguay), con apoyo posterior de México, propuso la incorporación de “un artículo muy importante, y que tiene alcances muy restringidos”, pero que facilita la “circulación jurídica, la continuidad jurídica de la adopción a través de la frontera”; y el cual, rechazado por escaso margen en la Comisión Primera, disponía como sigue:

“Las adopciones otorgadas conforme a derecho interno, cuando el adoptante y el adoptado tengan domicilio habitual en el mismo país, surtirán efectos de pleno derecho en los demás Estados Partes, sin perjuicio de que tales efectos se rijan por la ley del nuevo domicilio del adoptante”.

También sin comentarios resultó aprobado por doce votos, con cinco abstenciones.

156. De inmediato, el doctor ANTONIO BOGLANO (Argentina) planteó la reconsideración de la propuesta sobre la ley aplicable a la adopción de niños abandonados, presentada por su país en forma conjunta con Uruguay y Perú. Sin embargo, doce abstenciones rechazaron el pedimento.

157. Acto continuo fue considerada la propuesta del doctor JUAN GUILLERMO FRANCO (República Dominicana) en el sentido de aprobar en bloque los artículos del veintiuno al veintiocho: la Subsecretaria de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos (TATIANA DE MAEKELT) advirtió que en el número veinticuatro, relativo a las reservas, en el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero se había eliminado la última frase “y que no sea incompatible con el objeto y fin de la Convención”. Por tanto, el doctor RONALD HERBERT (Uru-

guay) propuso suprimirla también en esta oportunidad, a los fines de la necesaria congruencia. Así fueron aprobados con quince votos favorables y dos abstenciones.

158. En última instancia el Presidente (FERNANDO SALAZAR PAREDES), siguiendo la costumbre, sometió a la Plenaria toda la Convención en bloque: el doctor GONZALO PARRA-ARANGUREN (Venezuela) se manifestó perplejo “acerca del sentido de esta votación”, pues quisiera conocer cuál podría ser la conducta de su país, cuando “ha votado en contra de algunos de los artículos, ha votado a favor de muchos de ellos y se ha abstenido en otros”. Catorce votos fueron favorables, con cuatro abstenciones, para aprobar el Proyecto en su totalidad;³⁷³ y el Licenciado RICARDO ABARCA LANDERO (México) dejó constancia que “el voto que se dá al conjunto no puede modificar de ninguna manera el voto en detalle”, pues “el último voto que se dá solamente es una expresión de que la Convención se considera más bien positiva”.

159. Seguidamente el Licenciado RICARDO ABARCA LANDERO (México) hizo nuevo uso de de la palabra para recordar un Proyecto de Resolución de su país referido de manera directa a la adopción de menores³⁷⁴ y, por trece votos, con tres abstenciones fue aprobada la *Resolución Quinta*, bajo el título: “*Penalización de la Mediación y Promoción en el Tráfico Internacional de Menores*”, que debía anexarse a “toda publicación que se haga de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de adopción de menores”. Su objeto específico fue: “Exhortar a los Gobiernos de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos a promover la legislación interna necesaria a fin de tipificar, como delito especialmente grave, la mediación con fines de lucro para proveer menores a efectos de su adopción internacional, así como todo acto de promoción, sea comercial o no, con el propósito anterior”.³⁷⁵

373. El documento aprobado se identifica: CIDIP-III/42, Rev. 1.

374. El Proyecto estuvo distinguido: CIDIP-III/51.

375. CIDIP-III/Res. V (84): el ejemplar anexo al Acta Final afirma, en forma incorrecta, que fue aprobado en la Cuarta Sesión Plenaria. Esta Resolución Quinta integra una unidad con la Resolución Primera, aprobada en la Segunda Sesión Plenaria, relativa al “*Estudio sobre la protección continua de menores en la adop-*

160. Acto continuo la Cuarta Sesión Plenaria de la Conferencia entró a considerar el segundo punto de la Agenda, a saber, el *Proyecto de Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de las Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado*,³⁷⁶ y una vez leído el Informe del Relator, doctor ROLAND HERBERT (Uruguay)³⁷⁷ el Presidente (FERNANDO SALAZAR PAREDES) lo dio por aprobado, para luego consultar a la Sala si el Proyecto podía considerarse en bloque o era preferible su discusión artículo por artículo.

El Licenciado RICARDO ABARCA LANDERO (México) expuso su propósito de formular observaciones sólo a los artículos sexto y séptimo; y una declaratoria similar fue hecha por el doctor PETER D. TROBOFF (Estados Unidos de la América del Norte), quien también pidió considerar separadamente el artículo octavo. Por su parte, el doctor GONZALO PARRA-ARANGUREN (Venezuela) hizo saber en forma pública que, por constar únicamente de dos personas, la Delegación venezolana "no pudo estar presente en las reuniones de la Comisión Primera cuando se trató el tema de la ley aplicable a la Personalidad"; que "el Proyecto de Convención sólo tuvo oportunidad de recibirlo hace posiblemente una hora, y que el Informe del Relator escasamente lo conoce porque no está publicado": por tanto, resultaba imposible a su país "contribuir activamente en la mejora de este Proyecto". En vista de la anterior declaración y "por razones de delicadeza", el Presidente (FERNANDO SALAZAR PAREDES) consideró aconsejable el examen artículo por artículo; pero el doctor GONZALO PARRA-ARANGUREN (Venezuela) reiteró no creer que "en una forma rápida y violenta pueda tratar de colaborar eficazmente en un tema de tanta importancia y tanta trascendencia": por consiguiente, acataba la decisión de la mayoría acerca de la forma de diligenciar el Proyecto.

Seguidamente el doctor RONALD HERBERT (Uruguay) propuso eliminar la última frase del artículo décimo tercero, "y que no sean incompatibles con el objeto y fin de la Convención",

ción internacional", y con la Resolución Octava, contentiva de un "Voto de reconocimiento a la labor realizada por el Instituto Interamericano del Niño y las reuniones de expertos", aprobada en la Cuarta Sesión Plenaria de la Tercera Conferencia Especializada Interamericana.

376. El Proyecto se identifica: CIDIP-III/44.

377. El Informe aparece distinguido: CIDIP-III/59.

para mantener la misma fórmula sobre reservas en los instrumentos que se aprobaran por la Conferencia. Quince votos favorables y tres abstenciones, condujeron a la aprobación de todos los artículos, con la reforma propuesta para el décimo tercero y exceptuados los números seis, siete y ocho.

161. De inmediato se leyó el artículo sexto que dispone:

"Cuando una persona jurídica privada actúe en un Estado distinto del de su constitución por medio de representante, se entenderá que ese representante o quien lo sustituya podrá responder de pleno derecho a los reclamos y demandas que contra ella pudieran intentarse con motivo de los actos en cuestión".

El Licenciado RICARDO ABARCA LANDERO (México) pidió la eliminación del artículo porque "carece de sentido, carece de alcance y carece de técnica jurídica": si la persona que actúa tiene otorgado un poder resulta innecesario su dispositivo por razones obvias.

Por su parte, según el doctor PETER D. TROBOFF (Estados Unidos de la América del Norte) el precepto trataría sólo parcialmente el problema conocido como "*Agency*" en derecho angloamericano, pues nada previene acerca de la posibilidad para el representante de intentar demandas, ni de las relaciones entre el principal y el mandatario: a su entender se encuentra "*in the wrong place and in the wrong Convention*"; y de considerarse importante, el tema debería ser objeto de un examen integral.

Seguidamente el doctor ROBERTO MACLEAN UGARTECHE (Perú) afirmó su creencia de no haberse comprendido el espíritu del artículo sexto, pues constituye un error confundirlo con la "*Agency*": de acuerdo con su criterio persigue responder a un problema propio no de los países exportadores de personas jurídicas sino de los anfitriones de las mismas. Por supuesto ninguna dificultad surge cuando el representante tiene facultades plenas, pero en muchas oportunidades el mandato es conferido únicamente para realizar ciertos actos y "no existe poder para representar en juicio, por ejemplo": en semejante hipótesis podría celebrar un contrato válido, pero en caso de incumplimiento la citación de la empresa debería efectuarse

en la persona de su representante en el extranjero; y la finalidad del precepto "es proteger el interés nacional en contra de los abusos del derecho por parte de una persona jurídica que llega al país anfitrión".

Por su parte, el doctor RONALD HERBERT (Uruguay) afirmó: "como integrante de la Comisión de Redacción y como Relator debo hacer algunas aclaraciones y explicaciones que, eventualmente, tendrían que modificar mi relatorio"; por cuanto este precepto regula sólo un aspecto parcial del problema, debiendo distinguirse dos situaciones: "Cuando la persona realiza actos del objeto especial de su institución en un determinado Estado, este artículo no tiene ningún sentido", porque esa persona jurídica debe actuar en ese Estado de acuerdo con las normas que ese Estado le imponga"; y en semejante hipótesis resulta completamente innecesario. Por el contrario, cuando se trata de actividades no comprendidas dentro de su objeto específico, la persona jurídica extranjera tiene eficacia extraterritorial de pleno derecho sin necesidad de constituirse, por ejemplo, para demandar un cobro de dinero o para intervenir en una licitación: en este caso debería poderse efectuar una citación válida en el representante, aun cuando careciera de facultades expresas a tal fin. Sin embargo, sería necesario establecer con toda claridad "cuál es la filosofía de este artículo"; y si fuera correcta su explicación anterior "habrá que cambiar la redacción porque veo que hay un error en la redacción".

De acuerdo con el doctor PETER D. TROBOFF (Estados Unidos de la América del Norte) los comentarios del Representante peruano, cuando habló de personas que actúan con poderes, le recordaron "*the story of when it looks like an elephant, and it smells like an elephant, it probably is*"; y de igual manera hizo énfasis en el silencio del artículo acerca de la posibilidad para el representante de intentar demandas, motivo por el cual debía suprimirse.

En vista de la anterior referencia a su persona, el doctor ROBERTO MACLEAN UGARTECHE (Perú) hizo la siguiente aclaratoria: "es que el señor Representante de los Estados Unidos está pensando en el *Common Law*, pero quiere proyectar al Derecho civil la imagen del *Common Law*, él está pensando en la figura de un "Agent", de un Agente, y en el *Common Law*,

por medio de la doctrina del *Stoppel*, cuando un representante actúa como representante y parece un representante, en virtud del *Stoppel* es un representante, pero esto no ocurre en el Derecho civil, porque en el Derecho civil por más que una persona parezca representante y actúe como representante no es un representante".

Acto continuo el Licenciado RICARDO ABARCA LANDERO (México) pretendió expresar la "filosofía" del precepto a través de la siguiente fórmula:

"La persona jurídica privada que actúe en un Estado distinto del de su constitución por medio de Representante, deberá responder, de pleno derecho, a los reclamos y demandas, y si contra ella pudieran intentarse con motivo de los actos en cuestión".

Sin embargo, el doctor ANTONIO BOGGIANO (Argentina) hizo expreso señalamiento "sobre el alcance de lo que significa "deberá responder". Originalmente lo que se ha intentado es que el representante pueda ser válidamente notificado, y con esta notificación quedará notificada la persona jurídica. Ahora, una cosa distinta es "hacer responder", es hacer responsable al representante"; pero el Licenciado RICARDO ABARCA LANDERO (México) sostuvo que el precepto debe reflejar un aspecto sustancial, pues "no se trata de resolver un problema relativo a competencia ni sistema procesal aplicable para notificar": idea ésta que "interpreta muy bien el espíritu de la disposición", al decir del Representante de Ecuador (WILSON VELA).

No obstante, según el doctor CARLOS ROBERTO REYNA (Honduras) la nueva fórmula implica un cambio de propósitos, pues se limita a "recalcar que quien asume una obligación tiene que responder por ella", y "que los actos realizados por el representante obligan a su principal". Ahora bien, entendido de esa manera el artículo resulta innecesario, pues su importancia radica en autorizar plenamente al representante para recibir "demandas y reclamos", aun cuando el principal no le hubiere otorgado semejante facultad.

En el mismo sentido se pronunció el Representante de Bolivia, con expreso recordatorio del "espíritu original" del precepto; y comentarios similares fueron hechos por el doctor ANTONIO BOGGIANO (Argentina), para quien el propósito fue

“hacer posible el emplazamiento, la citación, en la persona del representante, de una demanda vinculada al acto en el cual el representante intervino”: a su entender, no se trata de una cuestión sustantiva sino eminentemente procesal. Por su parte, el doctor RONALD HERBERT (Uruguay), aun cuando con cierta reserva para la frase “los actos en cuestión”, propuso la siguiente fórmula:

“Cuando una persona jurídica privada actúe en un Estado distinto del de su constitución, por medio de representante, podrá de pleno derecho ser emplazada a través del mismo representante con respecto a los reclamos y demandas que contra ella pudieran intentarse con motivo de los actos en cuestión”.

En vista de los últimos comentarios, el Licenciado RICARDO ABARCA LANDERO (México) sostuvo que existía una gran confusión de conceptos, por cuanto en el Proyecto objeto de estudio no deberían incluirse “aspectos que versen sobre la forma del emplazamiento, sobre el derecho o la obligación para poder ser emplazados”, que corresponden a otra Convención distinta. Ahora bien, con fines aclaratorios advirtió que en el campo del derecho sustantivo la persona jurídica puede actuar en el exterior de dos maneras: “en una forma reiterada, permanente, o sea, el ejercicio del comercio —el *doing business* en inglés— en cuyo caso dicha persona jurídica tendrá que constituirse, tendrá que, o bien formar una sucursal o una agencia de la casa matriz. La otra alternativa es lo que se llama capacidad de goce, o sea, el derecho de tener personalidad jurídica que le será reconocida, si fue debidamente creada de acuerdo con las leyes de su país de origen, para realizar actos aislados, ocasionales”. En esta última hipótesis, si se acepta al representante, o a quien se presente como tal, el derecho “para realizar actos jurídicos ocasionales, se le debe exigir simultáneamente responsabilidad sobre las obligaciones en que incurrió en dichos actos ocasionales. Y es precisamente lo que se persigue, el no tener que ir a demandar a la sociedad en la casa matriz, en el extranjero, sino por el sólo hecho de haberse ostentado, o representado por una persona o mandatario, lo que de acuerdo con este artículo se permite es exigirle a la persona jurídica extranjera que, por los actos realizados por conducto de ese representante, pueda ser demandada en el país donde dichos actos se realizaren”.

Las palabras anteriores fueron recibidas con beneplácito por el doctor PETER D. TROBOFF (Estados Unidos de la América del Norte); pero el Representante del Perú (ROBERTO MACLEAN UGARTECHE), además de adherirse a la propuesta uruguayana, hizo énfasis en que “la personalidad, en el caso de las personas jurídicas, comprende su existencia, y dado que las personas jurídicas no pueden actuar físicamente en todos los actos, comprende, además de la existencia, la representación. La representación de la persona jurídica es uno de los aspectos sustanciales de su personalidad”: por este motivo puede ser regulada en la Convención objeto de examen; y así lo afirmó también el doctor CARLOS ROBERTO REYNA (Honduras).

Once abstenciones condujeron al fracaso la propuesta mexicana; y la fórmula del Uruguay fue aprobada por once votos, uno en contra y cinco abstenciones.

162. De inmediato se leyó el artículo séptimo, que disponía:

“Los Estados Partes y las demás personas jurídicas de derecho público organizadas de acuerdo con la ley de un Estado Parte, gozarán de personalidad jurídica privada de pleno derecho y podrán adquirir derechos y contraer obligaciones en el territorio de los demás Estados, con las restricciones establecidas por las leyes de estos últimos, en especial en lo que respecta a los actos jurídicos referentes a derechos reales; sin perjuicio de invocar, en su caso, la inmunidad de jurisdicción”.

El Licenciado RICARDO ABARCA LANDERO (México) propuso un agregado en la penúltima frase para que leyera: “con las restricciones establecidas por sus propias leyes y por las leyes de estos últimos, en especial...”. Sin comentarios de ninguna clase se aprobó con el mínimo de diez votos favorables.

163. Seguidamente fue leído el artículo octavo:

“Las personas jurídicas internacionales cuya constitución haya surgido de un acuerdo internacional entre Estados Partes o de una resolución emanada de un Organismo Internacional, se regirán por las estipulaciones del convenio o resolución de su creación y serán reconocidas de pleno derecho como sujetos de derecho privado en todos los Estados Partes del mismo modo que las personas jurídicas privadas; sin perjuicio de invocar en su caso la inmunidad de jurisdicción”.

El doctor PETER D. TROBOFF (Estados Unidos de la América del Norte) se refirió a los artículos siete y ocho para sostener que la última frase aparece en un lugar poco apropiado; según su criterio, *it sits on both sides of the horse*, pues las considera sujetos de derecho privado pero al mismo tiempo contempla la posible invocación de su inmunidad.

Con fines explicativos el Representante del Comité Jurídico Interamericano (LUIS HERRERA MARCANO) recordó las inquietudes de los Plenipotenciarios en la Comisión Primera, porque se pensaba que sin esa frase "podía entenderse el artículo en el sentido de privar de inmunidad de jurisdicción a aquellas entidades a las cuales le correspondiera"; pero con el deseo de evitar malos entendidos sugirió sustituir la última frase por la siguiente fórmula: "Nada de lo contenido en este artículo podrá interpretarse como una modificación de las normas aplicables a la inmunidad de jurisdicción".

Dentro de la misma directriz, el Licenciado RICARDO ABARCA LANDERO (México) reiteró el propósito perseguido, a saber que estas personas "no pierden ninguna de las características y oportunidades de la inmunidad soberana conforme al derecho de ningún país"; y que los tribunales extranjeros, en particular los de los Estados Unidos de la América del Norte, no tomen "esta Convención como base para ampliar su jurisdicción y evitar la inmunidad soberana".

De igual modo, el doctor RONALD HERBERT (Uruguay) hizo el siguiente recordatorio: "Si bien se trata de personas jurídicas internacionales y aún del Estado, de Derecho público, que están actuando como personas privadas, se ha entendido, por parte de varias Delegaciones que era necesario hacer una salvedad con respecto a la inmunidad y jurisdicción, sin pronunciarse acerca de cuál era el alcance de ésta, porque precisamente se tenía en cuenta el avance que en ese sentido había tenido la doctrina"; y concluyó proponiendo "mantener el texto tal cual está, porque fue muy negociado y un cambio de una palabra podría desmerecer el apoyo final de la Delegación".

No obstante, el doctor PETER D. TROBOFF (Estados Unidos de América del Norte) propuso formalmente aceptar la sugere-

rencia del Representante del Comité Jurídico Interamericano (LUIS HERRERA MARCANO); pero no tuvo éxito, y el artículo original resultó aprobado por once votos, uno en contra y tres abstenciones.

164. Concluido el debate pormenorizado, el Presidente (FERNANDO SALAZAR PAREDES) sometió a la Plenaria el Convenio en su totalidad: obtuvo doce votos favorables, ninguno en contra y tres abstenciones.³⁷⁸

165. La Cuarta Sesión Plenaria entró a considerar el Proyecto de Resolución sobre "*Personalidad y Capacidad de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado*".³⁷⁹ Una vez leído el Informe por el Relator, doctor RONALD HERBERT (Uruguay), que todavía no se encontraba impreso,³⁸⁰ tomaron la palabra el doctor PETER D. TROBOFF (Estados Unidos de la América del Norte), la Subsecretaria de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos (TATIANA DE MAEKELT) y el Licenciado RICARDO ABARCA LANDERO (México): fue destacada la importancia de las reuniones previas de expertos y sin someterla a voto, por entender que existía consenso, el Presidente (FERNANDO SALAZAR PAREDES) dio por aprobado el Proyecto de Resolución.

En consecuencia, *Resolución Séptima* acordó:

"1. Solicitar a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos que disponga la elaboración de estudios exhaustivos y sistemáticos, incluyendo las reuniones de expertos sobre los diversos sistemas de Derecho interno vigentes en los Estados Miembros de la Organización en materia de personalidad y capacidad de las personas físicas, que permita un amplio estudio de Derecho Comparado en la materia".

"2. Exhortar a los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos a realizar los esfuerzos que sean necesarios para lograr un estudio amplio y profundo de los problemas que presenta el tema de Personalidad y Capacidad de las Personas Físicas en los sistemas de Derecho Internacional Privado de cada uno de ellos".

378. El documento de la Convención aprobada se distingue: CIDIP-III/44, Rev. 1; CIDIP-III/44, Rev. 1, add. 1.

379. El Proyecto de Resolución se identifica: CIDIP-III/52.

380. El Informe aparece distinguido: CIDIP-III/60.

"3. Solicitar a la Asamblea General que, con fundamento en los avances alcanzados en los estudios a realizarse de conformidad a lo establecido en la presente Resolución, disponga la eventual inclusión de este tema en la Agenda de la próxima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado".³⁸¹

166. Antes de suspenderse la reunión fueron aprobados varios Proyectos de Resolución por la Asamblea Plenaria: a) de "Reconocimiento a la labor del Comité Jurídico Interamericano",³⁸² a propuesta de Ecuador (WILSON VELA); b) "Voto de Reconocimiento a la labor realizada por el Instituto Interamericano del Niño y las Reuniones de Expertos",³⁸³ por iniciativa de Honduras (CARLOS ROBERTO REYNA); y c) "Solicitud a la Asamblea General para que convoque a la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-IV)",³⁸⁴ a sugerencia de Venezuela (GONZALO PARRA-ARANGUREN).

Además de pedir la convocatoria de la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-IV), la Resolución Sexta también decidió:

"1. Solicitar a la Asamblea General que, con fundamento en las Resoluciones aprobadas por esta Conferencia, disponga la eventual inclusión de las siguientes materias en el temario de la CIDIP-IV: Contratación Internacional; Responsabilidad Extracontractual; Transporte Terrestre Internacional por Carretera; Secuestro y Restitución de Menores; Obligaciones Alimentarias; Divorcio; Personalidad y Capacidad de las Personas Físicas; y Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros".

"2. Recomendar a la Asamblea General que considere la institucionalización —cada cuatro años— de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado y que para tal efecto encomiende a la Secretaría General, a través de su Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, el estudio del régimen correspondiente a la estructura y funcionamiento de la serie de estas Conferencias, con el fin de someterlo posteriormente a consideración de la Asamblea General".

381. CIDIP-III/Res. VII (84).

382. El Proyecto tiene como identificación: CIDIP-III/45.

383. El Proyecto se distingue: CIDIP-III/56.

384. El Proyecto tiene las siglas: CIDIP-III/53.

"3. Sugerir a la Asamblea que encomiende a la Secretaría General la elaboración de documentos técnicos e informativos destinados a facilitar los trabajos de las futuras conferencias especializadas sobre derecho internacional privado, así como la prestación de los servicios técnicos y de secretaría para la celebración de las mismas. Particularmente esta Conferencia solicita a la Asamblea General que considere la posibilidad de encomendar a la Secretaría General, a través de su Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, un estudio de evaluación sobre los resultados prácticos de las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado que incluya un análisis de los efectos derogatorios de las convenciones aprobadas por las CIDIP-I, II y III respecto de los tratados de Montevideo de 1889 y 1940 y del Código Bustamante".³⁸⁵

167. La Quinta y última Sesión Plenaria de la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado inició sus labores en horas de la mañana del veintitrés de mayo de 1984 con el Informe del doctor JORGE PABLO BENDOMIR (Argentina) sobre "Transporte Internacional de Mercaderías y Personas por Carretera y sobre Transporte Marítimo Internacional",³⁸⁶ y una vez aprobado, sin comentario alguno,³⁸⁷ se dio lectura por Secretaría a los Proyectos de Resolución sobre "Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera"³⁸⁸ y "Transporte Marítimo Internacional",³⁸⁹ luego de intervenciones de los Representantes de Argentina, Estados Unidos de la América del Norte, Perú y Bolivia, con el objeto de destacar algunos aspectos, fueron aprobados sin dificultad alguna.

Ahora bien, la Resolución Décima sobre "Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera" dispuso, en primer término, recomendar a la Organización de Estados Americanos la convocatoria de una reunión de expertos en las áreas técnico-jurídicas para elaborar un anteproyecto de Convenio, "que deberá incluir los siguientes capítulos:

- "1. Definiciones. 2. Ambito de Aplicación. 3. Documentación.
4. Responsabilidad: a) del transportista, b) del cargador, c) del

385. CIDIP-III/Res. VI (84).

386. El Informe aparece distinguido: CIDIP-III/50.

387. El Informe aprobado se identifica: CIDIP-III/50 Rev. 1.

388. El Proyecto está distinguido: CIDIP-III/55.

389. El Proyecto se identifica: CIDIP-III/54.

destinatario o consignatario. 5. Notificación de la pérdida, avería o perjuicio en la demora de la entrega. 6. Jurisdicción. 7. Arbitraje. 8. Prescripción. 9. Revisión de enmiendas. 10. Del depositario. 11. Disposiciones Finales”.

La Resolución Décima también acordó:

“1. El anteproyecto elaborado por la reunión de expertos deberá ser sometido al dictamen del Comité Jurídico Interamericano para que éste, a su vez, elabore el proyecto de convención definitivo, que será considerado por la CIDIP-IV, previo envío a los países participantes del mismo con la anticipación debida”.

“2. Recomendar a la Organización de los Estados Americanos a que inicie los estudios necesarios a fin de reunir los antecedentes relativos al Transporte Internacional de Personas por Carretera en miras a la preparación de un anteproyecto de convenio interamericano”.³⁹⁰

La materia relativa al “*Transporte marítimo internacional*” fue objeto de la *Resolución Décimo Primera*; y se dispuso:

“1. Exhortar a los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos y a sus órganos competentes a continuar los estudios necesarios para facilitar oportunamente la toma de decisión respecto a su ratificación o adhesión, según sea el caso, al Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, Hamburgo, 1978”.

“2. Solicitar al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos que en su informe anual a la Asamblea General incluya información sobre las ratificaciones y adhesiones al Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías de 1978”.

“3. Solicitar a los órganos competentes de la Organización de los Estados Americanos que, atento lo aquí resuelto y al estado de los trámites de ratificación y adhesión, se elimine del Temario de las próximas reuniones de la CIDIP el tema “Transporte Marítimo Internacional”, en cuanto se halle comprendido en el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, Hamburgo, 1978”.³⁹¹

390. CIDIP-III/Res. X (84).

391. CIDIP-III/Res. XI (84). El Representante de Bolivia, a fin de que constara en el acta, hizo público: “Ninguna parte de la Resolución que acaba de aprobar podrá interpretarse como una renuncia al derecho que tiene Bolivia de obtener una salida libre, soberana y última sobre el Océano Pacífico”; y de in-

Seguidamente se consideró el Proyecto de Acta Final; y también fueron aprobados los siguientes Proyectos de Resolución: a) “*Reconocimiento a la labor de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos*”³⁹² y, b) “*Voto de felicitación a la Doctora Tatiana B. de Maekelt, Subsecretaria de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos*”,³⁹³ ambas a propuesta del Perú (ROBERTO MACLEAN UGARTECHE); c) “*Voto de Agradecimiento al Gobierno y Pueblo de Bolivia*”,³⁹⁴ por sugerencia de México (RICARDO ABARCA LANDERO); y d) “*Voto de felicitación al Presidente de la CDIP-III*”,³⁹⁵ a iniciativa de Ecuador (WILSON VELA).

168. Después de un breve receso se dio comienzo al examen del “*Proyecto de Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras*”.³⁹⁶ en forma previa el Presidente (FERNANDO SALAZAR PAREDES) hizo saber a la Asamblea “que solamente existe el documento en español, pero debo a la vez agradecer la comprensión y el espíritu de colaboración del señor Delegado de los Estados Unidos, que por propia iniciativa me ha manifestado que él está dispuesto a trabajar sobre el borrador de traducción que se le ha proporcionado, y en base al documento en español”.³⁹⁷

mediato del doctor HERNAN RIOS DE MARIMON (Chile) afirmó: “En relación con la Resolución aprobada sobre Transporte Marítimo Internacional y la Declaración que al respecto formuló la distinguida Delegación de Bolivia, mi Delegación quiere quede constancia en acta que mi país no reconoce a ningún Estado, derecho alguno para obtener a través de su territorio, del cual es legítimamente soberano, el derecho de salida al mar”.

392. El Proyecto se identifica: CIDIP-III/46 y la Resolución aprobada fue la Décimo Cuarta (CIDIP-III/Res. XIV (84)).

393. El Proyecto está distinguido: CIDIP-III/62 y la Resolución aprobada fue la Décima (CIDIP-III/Res. XII (84)).

394. El Proyecto tiene las siglas: CIDIP-III/47 y la Resolución aprobada fue la Décima Segunda (CIDIP-III/Res. XII (84)).

395. El Proyecto se identifica: CIDIP-III/49 y la Resolución aprobada fue la Décima Tercera (CIDIP-III/Res. XIII (84)).

396. El Proyecto se identifica: CDIP-III/61.

397. Nada fue dicho sobre la existencia de las necesarias versiones en francés y portugués, que también son idiomas oficiales de la Organización de los Estados Americanos, pero fácilmente se comprende el silencio: no habían sido realizadas.

Seguidamente consultó a la Asamblea sobre la posibilidad de considerar en bloque el Proyecto de Convención; y luego de haberse corregido diversos errores materiales existentes en el documento distribuido a los Plenipotenciarios,³⁹⁸ el doctor FREDERICK HELLER CERPA (Chile), con el carácter de Relator, rindió su Informe de manera pausada para facilitar la traducción simultánea.

Una vez concluida la lectura, fue aceptado; y después de consultarse la Asamblea, con quince votos favorables y una abstención se aprobaron todos los artículos, excepción hecha de los números uno, dos, tres y cinco.

De inmediato el doctor PETER D. TROBOFF (Estados Unidos de la América del Norte) hizo dos observaciones respecto al artículo primero, pero con la única finalidad de clarificar las ideas a los fines de su adecuada versión en inglés: en el párrafo inicial debe reflejarse con toda exactitud el sentido de la expresión española "haya tenido competencia" que no se corresponde con la expresión *could have had jurisdiction*; y en el inciso cuarto advirtió la dificultad para traducir la frase "fueros renunciables". El asunto fue referido a la Comisión de Estilo, y con una abstención de rutina, pero con quince votos favorables se aprobó el artículo primero, luego de algunos otros embellecimientos literarios.

El artículo segundo fue aprobado por catorce votos y una abstención: en forma previa del doctor PETER D. TROBOFF (Estados Unidos de la América del Norte) y con el propósito de evitar posibles malos entendidos ulteriores, hizo expreso señalamiento de su carácter estrictamente excepcional.

El doctor PETER D. TROBOFF (Estados Unidos de la América del Norte) también destacó que en la segunda parte del

398. A este respecto es de advertir el señalamiento del doctor ROBERTO MAC LEAN UGARTECHE (Perú), a los fines de la versión inglesa: "En el Derecho civil propiedad personal no tiene un significado preciso, mientras que en el *Common Law*, *personal property* se refiere a bienes muebles, de manera que la misma palabra puede traducirse en inglés como *personal property* y en la traducción castellana, bienes muebles corporales. No habría incompatibilidad entre una y otra".

artículo tercero no se había transcrito fielmente la Base Octava de Proyecto del Comité de Expertos de Washington, según fue dispuesto por la Comisión Segunda. El planteamiento tuvo apoyo de Uruguay, Perú (ROBERTO MACLEAN UGARTECHE) y Venezuela (GONZALO PARRA-ARANGUREN): en definitiva catorce Delegaciones votaron a favor, con una abstención.

Al someterse el artículo quinto, y por cuanto nada se prevenía acerca del simple reconocimiento con el propósito de oponer la cosa juzgada, el doctor ROBERTO MACLEAN UGARTECHE (Perú) propuso la siguiente redacción sustitutiva:

"Para que las sentencias extranjeras puedan tener eficacia extraterritorial se requerirá que, además de tener el carácter de cosa juzgada, puedan ser susceptibles de reconocimiento y ejecución".

Con el apoyo de Uruguay, obtuvo catorce votos a favor y una abstención.

En última instancia el Presidente (FERNANDO SALAZAR PAREDES) cumplió con la formalidad de someter a la Plenaria toda la Convención y resultó aprobada por catorce votos y una abstención.³⁹⁹

V. LA SESION DE CLAUSURA:

169. La Sesión Solemne de Clausura de la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-III) tuvo lugar en el Salón Libertad del Hotel Sheraton en horas de la tarde del *veinticuatro de mayo de 1984*.

El doctor FERNANDO SALAZAR PAREDES, con el carácter de Presidente, rindió su Informe sobre el desarrollo de los trabajos; el Representante de la República Dominicana (JUAN GUILLERMO FRANCO) hizo público el agradecimiento de todas las Delegaciones por la hospitalidad del Gobierno y del Pueblo de

399. El Proyecto aprobado se identifica: CIDIP-III/61, Rev. 1.

Bolivia; y en última instancia el Señor Ministro de Relaciones Exteriores, doctor GUSTAVO FERNÁNDEZ, declaró formalmente clausurada la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado.⁴⁰⁰

Previamente, una vez suscrita el Acta Final, los Plenipotenciarios con plenos poderes habían firmado los siguientes Convenios: 1º) Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero;⁴⁰¹ 2º) Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores;⁴⁰² 3º) Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de las Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado;⁴⁰³ y 4º) Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras.⁴⁰⁴

En el Acta Final también se dejó constancia de las quince Resoluciones aprobadas sobre las siguientes materias: 1º) Estudio sobre la protección continua de menores en la adopción internacional;⁴⁰⁵ 2º) Solicitud a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos para que convoque a una reunión de Autoridades Centrales;⁴⁰⁶ 3º) Sistema de Información sobre Tratados y Convenciones depositados en la Secretaría General;⁴⁰⁷ 4º) Firma y Ratificación de la Convención sobre la Representación en materia de venta internacional de mercaderías;⁴⁰⁸ 5º) Penalización de la Mediación y Promoción en el tráfico internacional de menores;⁴⁰⁹ 6º) Solicitud a la Asamblea General para que convoque a la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-IV);⁴¹⁰ 7º) Personalidad y Capacidad de las personas físicas en el Derecho Internacional Privado;⁴¹¹ 8º) Voto de reconocimiento a la labor realizada por el Instituto Interamericano del Niño

400. CIDIP-III/63, p. 5.

401. CIDIP-III/40, Rev. 1.

402. CIDIP-III/42, Rev. 1.

403. CIDIP-III/44, Rev. 1, *corr.* 1.

404. CIDIP-III/61, Rev. 1.

405. CIDIP-III/Res. I (84).

406. CIDIP-III/Res. II (84).

407. CIDIP-III/Res. III (84).

408. CIDIP-III/Res. IV (84).

409. CIDIP-III/Res. V (84).

410. CIDIP-III/Res. VI (84).

411. CIDIP-III/Res. VII (84).

y las reuniones de Expertos;⁴¹² 9º) Reconocimiento a la labor del Comité Jurídico Interamericano;⁴¹³ 10) Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera;⁴¹⁴ 11) Transporte Marítimo Internacional;⁴¹⁵ 12) Voto de agradecimiento al Gobierno y Pueblo de Bolivia;⁴¹⁶ 13) Voto de felicitación al Presidente de la CIDIP-III;⁴¹⁷ 14) Reconocimiento a la labor de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos;⁴¹⁸ y, 15) Voto de felicitación a la Doctora Tatiana B. de Maekelt, Subsecretaria de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.⁴¹⁹

412. CIDIP-III/Res. VIII (84).

413. CIDIP-III/Res. IX (84).

414. CIDIP-III/Res. X (84).

415. CIDIP-III/Res. XI (84).

416. CIDIP-III/Res. XII (84).

417. CIDIP-III/Res. XIII (84).

418. CIDIP-III/Res. XIV (84).

419. CIDIP-III/Res. XV (84).

EL DELITO DE GENOCIDIO

María José Canosa

“El genocidio es un crimen
de crímenes” (Lemkin).

SUMARIO

CAPÍTULO PRIMERO: DETERMINACIONES PREVIAS. CAPÍTULO SEGUNDO: ANTECEDENTES HISTORICOS. 1.—Antecedentes remotos. 2.—Antecedentes próximos. CAPÍTULO TERCERO: LA CONVENCION DEL 9 DE DICIEMBRE DE 1948. 1.—Texto de la Convención para la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio. 2.—Reservas a la Convención anti-genocida. CAPÍTULO CUARTO: EL DELITO DE GENOCIDIO. 1.—Etimología del vocablo genocidio. 2.—Definiciones. 2.1.—Definiciones doctrinales. 2.2. Definiciones emanadas de instituciones científicas. 3.—Análisis del delito de genocidio 3.1.—El genocidio es un crimen 3.2.—El genocidio es un delito internacional 3.3.—El genocidio es un delito común a los efectos de la extradición. 3.4.—El genocidio no es un delito de guerra 3.5.—El genocidio es un delito de intención. 3.6.—El genocidio es un delito permanente o continuado. 3.7.—El genocidio es un delito pluriofensivo 4.—Clases de genocidio. CAPÍTULO QUINTO: ANALISIS Y CRITICA A LA CONVENCION DE 1948. 1.—Sujetos del delito de genocidio. 1.1.—Sujeto activo. 1.2.—Sujeto pasivo. 2.—Objeto de protección. 3.—Actos punibles. a) Muerte de miembros del grupo. b) Atentados graves contra la integridad física o mental de los miembros del grupo. c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que le lleven a su destrucción física total o parcial. d) Medidas impuestas para entorpecer los nacimientos en el seno del grupo e) Transferencia forzada de niños de un grupo a otro. 4.—Modos de cometer el delito de genocidio. a) El genocidio. b) La conspiración para cometer genocidio c) La incitación directa y pública a cometer el genocidio. d) La tentativa. e) La complicidad en el genocidio. 5.—Sanciones previstas en la Convención. CAPÍTULO SEXTO: LOS CRIMENES CONTRA LA HUMANIDAD Y EL GENOCIDIO. CAPÍTULO SEPTIMO: PROYECTO DE REFORMA DEL CODIGO PENAL VENEZOLANO EN BASE A LOS INFORMES DE LOS PROFESORES TAMAYO TAMAYO Y SOSA CHACIN. CAPÍTULO OCTAVO: CONSIDERACIONES FINALES. BIBLIOGRAFIA.

CAPÍTULO PRIMERO

DETERMINACIONES PREVIAS

“La Asamblea General proclama la presente Declaración de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ellos, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivas, tanto entre los pueblos de los Estados miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción”. (Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos).

El hombre posee derechos fundamentales por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad. Los derechos inherentes al hombre mismo no nacen de una concesión del Estado. Tienen su raíz en la dignidad y valor de la persona humana. Así, la persona humana es también sujeto de derechos y deberes internacionales. Derechos internacionales que trascienden y superan al Estado y se imponen al mismo. Esto se fundamenta en la naturaleza social del hombre que trasciende su situación, también natural, en cuanto ciudadano de una nación determinada. Los derechos humanos, puede afirmarse, sobrepasan los límites de los Estados, haciendo de ellos miembros cooperadores de la Humanidad.

Ahora bien, ¿cuáles son esos derechos internacionales que tiene el hombre? Para responder a esta pregunta, presentamos, clasificados, los que figuran en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, formulada por la Organización de las Naciones Unidas.

El primer grupo, comprende el derecho al matrimonio y el de la propiedad y las libertades de pensamiento (de conciencia, religión, opinión, expresión y de reunión y asociación). En el segundo grupo, figuran los derechos a la seguridad social, al trabajo, a un salario justo, al descanso, también el derecho

de inmigración, en su aspecto social. El tercer grupo, derechos políticos, reúne los derechos a circular libremente y elegir la residencia en el territorio de un Estado, de salir de cualquier país, y de regresar a su país de asilo, de tener una nacionalidad estable y de poder cambiar a otra y de participar en el gobierno de su nación. En el cuarto grupo, encuadran los derechos jurídicos, derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la igualdad ante la ley, a no ser torturado, a ser juzgado por tribunales competentes, a no ser detenido arbitrariamente, al derecho de defensa, a no sufrir ingerencia en la vida privada y la condenación de la esclavitud.

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre no tiene valor jurídico. Pero esto no implica que los derechos internacionales de la persona humana tampoco lo tengan. Son consecuencia del derecho natural, o consecuencia próxima del mismo, y constituyen el derecho de gentes, derecho que tiene su fundamento en la razón natural, manifestada en consentimiento universal de todos los pueblos a través de la historia.

Así, pues, la conformación más frecuente del genocidio, “crimen de crímenes”, ha consistido en la persecución de grupos humanos determinados, muchas veces efectuada por gobiernos que buscan la destrucción de los mismos con fines políticos y esta circunstancia ha sido uno de los factores determinantes, por lo que hasta la fecha no se haya podido sancionar disposiciones legales adecuadas, preventivas o represivas. Este esbozo de los derechos humanos pone en evidencia la lucha para su respeto. No de otra manera ocurre con la represión de los crímenes contra la humanidad y de genocidio. En efecto, la elaboración de una concepción jurídica de genocidio, sólo es posible en el seno de las civilizaciones que reconozcan los derechos humanos y el respeto del individuo y a las colectividades humanas. El delito de genocidio atenta contra la comunidad internacional y contra los valores internacionales reconocidos. Este será el objetivo del presente trabajo, en el cual intentaremos estudiar el delito de genocidio en el ámbito del Derecho Internacional, esto es, su delimitación en la Convención sobre la Prevención y Castigo del genocidio, del 9 de diciembre de 1948. Con ese objeto, en primer lugar, se hará mención a sus antecedentes históricos, destacándose con ello que el geno-

cidio ha sido una constante a través de la historia. Dentro del aspecto histórico, haremos referencia al proceso de elaboración de la Convención y las reservas que hicieron los diversos países a la misma. En segundo lugar, el estudio del delito de genocidio, su etimología, definición, análisis y clases. Para tratar después el análisis de los aspectos más resaltantes contemplados en la Convención de 1948, haciendo especial consideración a los sujetos del delito, objeto de protección, actos punibles, modos de comisión y sanción, con sus aciertos y desaciertos. En último lugar, la mención de proyecto de inclusión del delito de genocidio en el Código Penal venezolano vigente, de una manera sucinta. Finalmente, las consideraciones finales.

CAPÍTULO SEGUNDO

ANTECEDENTES HISTORICOS

1. Antecedentes remotos

Las persecuciones cruentas, los desplazamientos de grandes masas con miras de exterminación, los fusilamientos, y toda la gama de la perversidad contra la integridad física y moral del hombre con el propósito de destruir total o parcialmente una población por motivos raciales, nacionales, políticos, religiosos u otros análogos, como constante histórica, prueban que el genocidio es tan antiguo como la misma humanidad.

El genocidio constituía una práctica habitual y sagrada. Las guerras entre los pueblos traían como consecuencia la destrucción total de los mismos, constituyendo supuestos genocidas. En Oriente, Ashoka (272-232 a. de J. C.), Emperador de las Indias, habla a las generaciones posteriores, a través de imponentes litografías, de la muerte de 100.000 soldados, de 150.000 prisioneros y de la matanza de 400.000 enemigos.¹ Atila (432-453), Rey de los Hunos asoló el Imperio de Oriente e invadió las

1. Sáenz de Pipaón, Javier: *Delincuencia Política Internacional*. Especial consideración del delito de genocidio. Madrid, Publicaciones del Instituto de Criminología, Universidad Complutense, 1973, 82.

Galias al frente de un numeroso ejército; entonces fue cuando recibió el nombre de "Azote de Dios" y cuando se le atribuyeron aquellas terribles palabras: "Donde sienta la planta mi caballo, no vuelve a crecer la hierba". Gengis-Kan —"Emperador del mundo—" (1162-1227), conquistador mogol, utilizó como pretexto el asesinato de varios mercaderes mogoles para hacer la guerra al reino de Khwarezin, saqueó y destruyó las ciudades de Otrar, Samarkanda y Bujara, y asesinó a miles de sus habitantes. La misma suerte corrieron otras ciudades. Los ejércitos mongoles conquistaron Persia y el Cáucaso y asolaron la parte de Rusia comprendida entre los ríos Dnieper y Volga. Timur Lenk (1336-1405) atravesó con sus tropas la Rusia Central, Asia, Persia, India, Mesopotamia, Siria, Asia Menor, y en su avance, sus victorias eran representadas erigiendo pirámides de cráneos humanos de las poblaciones exterminadas.²

Para citar otros acontecimientos semejantes que tuvieron consecuencias análogas en Roma, Marco Porcio Catón (234-149 a. de J. C.) llamado "El Censor", que el vocero del movimiento anticartaginés, quien concluía todos sus discursos que pronunciaba en el Senado, pidiendo que Cartago fuera destruida: "Ceterum censeo Carthaginem delendam esse" ("por lo demás opino que Cartago debe ser destruida"). La guerra quedó resuelta en el año 149 a. de J. C.³ Diocleciano (245-313) se distinguió por la crueldad con que persiguió a los cristianos. El cristianismo fue hostilizado y perseguido continuamente, porque afirmaba su creencia en un solo Dios, despreciaba a los dioses oficiales, rehusaba adorar al espíritu guardián del emperador y quemar incienso en los altares de la diosa Romana. Los Cristianos eran considerados fuera de la ley y "enemigos del género humano", según los llamara el escritor romano Tácito. Diocleciano pretendía consolidar la unidad imperial eliminando el cristianismo. Ordenó demoler los templos, los libros sagrados, confiscar la propiedad de los cristianos y perseguir a muerte a todos los que se negasen a abjurar de su religión.⁴ Asimismo, constituyen supuestos genocidas el incendio

2. *Ib.*, 84.

3. Montanelli, Indro: *Historia de los griegos. Historia de Roma*. Barcelona, Ed. Plaza y Janés, 1974, 403. Trad. it. Domingo Pruna

4. Rogier, L. J. et al.: *Nueva Historia de la Iglesia*. Desde los orígenes a San Gregorio Magno t. I. Madrid, Ed. Cristiandad, 1964, 261 ss. Trad. fr. Mariano Herranz y Alfonso de la Fuente

de Roma por Nerón (37-68), quien echa la culpa del incendio a los cristianos, y el "degüello de los inocentes", en Bedén, por Herodes el Grande (c. 74-4 a. de J. C.).⁵

En 1282, tienen lugar las Vísperas Sicilianas, epílogo sangriento de la trágica lucha entre el Pontificado y los Hohensaufen, y el 24 de agosto de 1572, la Noche de San Bartolomé, matanza de los protestantes de Francia. Por otra parte, siguiendo a Wolf Middendorff, los herejes, víctimas del furor persecutorio y de cruzada medieval, quienes fueron perseguidos tanto por la Iglesia como por el Estado, constituyendo igualmente un acontecimiento genocida. Como observa el autor citado: "el movimiento de los 'puros' fue reprimido con una crueldad sin ejemplo por la Iglesia y el poder secular; incluso se llamó a cruzada y en la conquista de las ciudades del sur de Francia, las cruzadas dispusieron barros de sangre, cual no se habían conocido hasta entonces en la historia occidental. El legado papal informó regocijado a Roma que la 'cólera de Dios había descargado de modo milagroso contra la ciudad'.⁶

La Inquisición, institución creada por el papa Inocencio III (1198-1216), que velaba por la ortodoxia, envió a las ciudades del Languedoc comisarios encargados de llevar a cabo una pesquisa (*inquisitio*) y facultades para prender y castigar a los sospechosos. Este tribunal pasó de Francia a Italia, Alemania y España, a 10.200 hombres a la hoguera y 97.371 a galeras. A causa de la persecución de herejes y brujas, la población de España descendió, en doscientos años, de veinte a seis millones de personas.⁷ El número de las víctimas de este "delirio colectivo", en Alemania, presenta análogos resultados. Durante los siglos XVI y XVII, Alemania estuvo a la cabeza en la superstición de brujería. Radbruch y Gwinner afirman que durante más de dos siglos, niños y ancianos, hombres y mujeres, sabios y gentes del pueblo, pobres y ricos, feos y hermosos, fueron llevados a la cámara de tortura y a la hoguera; su núme-

5. Ib., 48 y 80

6. Middendorff, Wolf: *Sociología del delito*. Fenomenología y metamorfosis de la conducta asocial, Madrid, Revista de Occidente, 1961, 32-33. Trad. al. José María Rodríguez Deversal.

7. Ib., 33-34.

ro, estiman, fue de varias decenas de millares.⁸ Por otra parte, estos autores consideran a las Cruzadas como el primer ejemplo de sicosis de masas con influencias criminales. Cuando Urbano II recibió en el Campo de Clermont la adhesión de 13 Arzobispos y 205 Obispos, y el homenaje de los nobles de Francia, rodeado de miles de personas que se habían congregado, se mostró entusiasta: "Alzaos, volved vuestras armas, ensangrentadas en luchas fratricidas, contra los enemigos de la Fe cristiana. Vosotros, los que oprimis a huérfanos y viudas, asesinos y profanadores de templos, ladrones y codiciosos de lo ajeno; vosotros, asalariados para derramar sangre cristiana; vosotros que sois atraídos como los buitres por el olor de los campos de batalla, corred, si estimáis en algo vuestras almas, a defender Jerusalén bajo las banderas de Cristo. Vosotros todos, los culpables de estos crímenes, apartados por ellos del Reino de los cielos, id y redimíos por este precio, pues tal es la voluntad de Dios".⁹

Las Cruzadas están relacionadas con las persecuciones de los judíos, que Radbruch y Gwinner consideran como uno de sus efectos. En principio, sobrevinieron como explosiones de odio contra gentes de otro credo, pero muy pronto se fundamentaron en crímenes religiosos de los hebreros. La acusación ritual aparece en Alemania por primera vez en el siglo XIII, y en Francia se les hacía ya esta inculpación en el siglo XII. A fines del siglo XIII se agregó a ésta la sospecha de la profanación de la Hostia, y con ocasión de la Peste Negra (1348-1350) la de envenenamiento de las fuentes, cuando en realidad eran los mismos flagelantes los que contribuían a la propagación de la peste, de región en región. Estas acusaciones daban lugar a violentas persecuciones, provocando sicosis de masas. No obstante, estos argumentos basados en el espíritu religioso medieval, tuvieron distinto fundamento, sobre todo, por razones económicas. Los emperadores Carlos IV y Segismundo fueron famosos por la explotación y extorsión de los judíos. La cremación de los judíos mismos era menos importante que la cre-

8. Radbruch, G. - Gwinner, E.: *Historia de la Criminalidad*. (Ensayo de una Criminología histórica). Barcelona. Bosch, 1975, 178. Trad. al. Arturo Majada

9. Ib., 35-36.

mación de los documentos en que constaban las deudas.¹⁰ Las matanzas se sucedieron ininterrumpidamente, tanto en Occidente como en Oriente.

El fanatismo racial ha sido fuente de delitos. En Alemania, sobre la base de las leyes raciales promulgadas después de 1933 para excluir a los judíos de la vida pública, se iniciaron muchos procesos penales por infringirlas. En Alemania se enseñaba a la juventud que "la región de la raza era importante para el futuro del pueblo" y que la "santidad de la sangre alemana era la garantía de la vida eterna de su población". El pueblo judío era considerado como infrahumano. Se desarrolló incluso una definición del "infrahombre" con el que se identificaba la persona del judío; definición que procede de la Oficina principal de las S. S.¹¹

Prueba de este fanatismo racial son los campos de concentración de la Alemania nazi, centros destinados a aplastar toda oposición por la tortura y el exterminio de los judíos, adversarios políticos y otros "enemigos", que ameritaban la represión universal. Se estima que pasaron, en total, por estos campos, de 12 a 20 millones de infelices, en que se mezclaban criminales comunes con detenidos políticos. Precisamente fueron estas persecuciones, al estallar la II Guerra Mundial y apoderarse los alemanes de diferentes países, las que pusieron de manifiesto, en los procesos judiciales de la post-guerra, la necesidad de una norma penal individualizada, dirigida a la protección de las minorías.

Debe advertirse que la lucha contra la discriminación y el consiguiente castigo de tales actos se inicia al terminar la I Guerra Mundial, con la Declaración Conjunta de Francia, Inglaterra y Rusia, el 24 de mayo de 1915, dando lugar al no ratificado Tratado de Servés en el que responsabilizan a Turquía por las matanzas de los armenios en 1914. Y cuando estas potencias, al crear el Tribunal Interaliado, solicitan de Holanda la extradición de Guillermo II de Hohenzollern, acusado de violar el derecho de gentes, el gobierno holandés se negó, alegando que los delitos imputados al ex-Kaiser eran de índole

10. *Ib.*, 45-46.

11. Cf. Middendorff, Wolf: o. c., 301.

política y, por tanto, no procedía la extradición. Esto no fue admitido por Estados Unidos ni por Japón, y, posteriormente, por las demás naciones peticionarias, después de llevarse a cabo el compromiso alemán plasmado en el artículo 228 del Tratado de Versalles y en la ley alemana del 13 de diciembre de 1919, en la que se comprometía a juzgar a los alemanes culpables de hechos brutales cometidos en territorio no alemán, siempre que tales hechos fueran punibles en los lugares donde se cometieron. En la lista aliada figuraban 896 inculpados, 45 de ellos fueron llamados a juicio, y sólo 12 llegaron a ser juzgados por el Tribunal de Leipzig. En consecuencia, se puso en evidencia la insuficiencia de las normas existentes a partir del Tratado de Versalles.¹²

2. Antecedentes próximos

Después de este breve recuento histórico, nos corresponde ahora señalar, esquemáticamente, los antecedentes próximos de la Convención antigenocida del 9 de diciembre de 1948, que constituye el objeto de nuestro estudio:¹³

a) Mensaje dirigido por el Presidente de los Estados Unidos, W. Wilson, al Congreso, en fecha del 2 de abril de 1917. En el mismo manifiesta que: "Estamos al comienzo de una época que exige que tanto las naciones y los Gobiernos, como los ciudadanos privados de los Estados civilizados observen las mismas reglas de conducta y responsabilidad por las acciones reprobables".

b) El Gobierno francés se dirige a Alemania, el 5 de octubre de 1918: "Los ejecutantes y organizadores de los crímenes cometidos responderán de ellos moral, penal y materialmente. Los actos contrarios al Derecho Internacional y a los principios esenciales de toda civilización humana no deben quedar impunes".

c) Conferencia para los Preliminares de la Paz, del 25 de enero de 1919: En la misma se decide crear la "Comisión

12. Cf. Beltrán Ballester, Enrique: "El delito de Genocidio". Cuadernos de Política Criminal, N° 6. Madrid, Universidad Complutense, 1978, 24-30

13. Cf. Graven, Jean: *Les Crimes contre l'Humanité*. París, Sirey, 1950, 17 ss. En el mismo sentido: Sáenz Pipaón, Javier: o. c., 87-94.

de los Quince”, encargada de examinar los hechos relativos a la responsabilidad de los autores de la guerra, emanada de la violación de las leyes y costumbres de la misma, cometidas por las fuerzas del Imperio alemán y de sus aliados, así como el grado de responsabilidad de los miembros de las Fuerzas Armadas y Estados mayores, y el problema de la constitución y funcionamiento de un Tribunal internacional.

d) Declaración de San Jaime, del 13 de enero de 1942: Determina que “las violencias ejercidas contra la población civil nada tienen en común con la noción de acto de guerra, ni con la de delito político”. Se afirma “la necesidad de reprimir aquellos actos que en tiempo de paz serían considerados como delitos de derecho común”.

e) Declaración de las Naciones Unidas, del 17 de diciembre de 1942: En la cual se denuncia la violación de los derechos humanos más elementales, de la que son víctimas los judíos, reafirmando su resolución de cuidar de que los responsables de estos crímenes no queden sin castigo”.

f) Declaración de Moscú, del 30 de octubre de 1943: “Los culpables serán juzgados y castigados según las leyes de los países liberados”.

g) Declaración de los Estados Unidos, del 2 de febrero de 1945: Que se refiere a las violaciones de las leyes de la guerra, independientemente del lugar de su comisión, y a los delitos contra los individuos y las minorías, sean o no judías.

h) Declaración de W. Churchill, del 20 de abril de 1945: “Estamos en presencia de crímenes que sobrepasan con mucho lo hasta ahora visto e imaginado. Los culpables serán castigados y ninguna autoridad superior podrá protegerlos”.

i) Estatuto de Londres, del 8 de agosto de 1945: Cuyo artículo 6º distingue entre crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Constituyen crímenes de guerra las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra. Los segundos, cualquier acto inhumano contra las poblaciones civiles antes de la guerra o durante la misma, sean o no una violación del derecho interno de los países donde hayan sido cometidos.

j) XXXVII Conferencia Interparlamentaria, celebrada en Roma, en setiembre de 1948: “Los Estados son solidarios los

unos de los otros y se constituyen en una comunidad de hecho, en la que es de desear que las Naciones Unidas se conviertan en la expresión jurídica universal y que los miembros de la comunidad de Estados sean iguales en derecho, sin perjuicio de las limitaciones de soberanía requeribles en beneficio de la Comunidad Internacional y en interés de la paz y la seguridad”.

Las persecuciones antisemitas del Tercer Reich, así como contra la comunidad polaca, checa, servia, puestas de relieve por las sesiones judiciales de la post-guerra, exigían una regulación aparte. El término genocidio adquirió oficialidad en el seno de la VI Comisión del Consejo Económico y Social de la O.N.U., encargada de la elaboración de los proyectos jurídicos correspondientes, entre ellos, el de su Codificación penal. Tres Estados miembros —Cuba, India y Panamá— solicitaron de la Secretaría General la redacción de un instrumento internacional previo que declarase el genocidio como un crimen contra el Derecho de Gentes. Moción acogida favorablemente; así, la I Asamblea General recomendó dicha labor a la VI Comisión: “Reconocer que el genocidio es un crimen de Derecho de Gentes, condenado por el mundo civilizado, cuyos principales autores y sus cómplices, sean personas privadas, funcionarios o representantes oficiales del Estado, deben ser castigados, obrando por razones raciales, religiosas, políticas u otras”.¹⁴ Esta recomendación fue aceptada por la Asamblea, el 11 de diciembre de 1946 (Resolución 96). La Secretaría encargó a Rafael Lemkin, asistido por V. Pella y Donnedieu de Vabres, la redacción de un Anteproyecto de Convención, formándose un “Comité especial de genocidio”, presidido por Makto.¹⁵

Las sesiones de redacción duraron hasta el 28 de abril de 1948 en Lake Success, formando parte de dicho Comité previo delegados de China, Estados Unidos, Francia, Líbano, Polonia, Unión Soviética y Venezuela, votando la U.R.S.S. contra el proyecto y absteniéndose Polonia. Una vez redactado el proyecto, se discutió, en la VI Comisión, en su VII Reunión de Ginebra (U.R.S.S. se astuvo de nuevo, y, en esta oportunidad, Gran Bretaña y Unión Sudafricana). Finalmente, fue presen-

14. Quintano Ripollés, Antonio: *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*. t. I. Madrid. Instituto “Francisco de Vitoria”, 1955, 627-628.

15. *Ib.*, 628.

tado a la Asamblea General de la O.N.U, en su III Sesión del Palacio de Chaillot de París, cuyo Presidente, el jurista panameño Alfaro, y Ponente, el griego Spiropoulos, consiguieron la aprobación unánime de cincuenta y seis Estados, el 9 de diciembre de 1948 (Resolución 260).

CAPÍTULO TERCERO

LA CONVENCION DEL 9 DE DICIEMBRE DE 1948

1. Texto de la Convención para la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio.

Las Partes Contratantes.

Considerando que la Asamblea General de las Naciones Unidas, por su Resolución 96 (1), fechada el 11 de diciembre de 1946, ha declarado que el genocidio es un delito de Derecho Internacional contrario al espíritu y a los propósitos de las Naciones Unidas y que el mundo civilizado condena;

Reconociendo que en todos los períodos de la historia de la humanidad el genocidio ha infligido graves pérdidas a la humanidad;

Convencidas que para liberar a la humanidad de tan odioso flagelo, es necesaria la cooperación internacional;

Conviene en lo siguiente:

Artículo 1.—Las Partes Contratantes confirman que el genocidio que haya sido cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de Derecho Internacional que se comprometen a prevenir y castigar.

Artículo 2.—En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos citados a continuación, cometidos con el propósito de destruir, en su totalidad o en parte, un grupo nacional, étnico, racial o religioso:

- a) Muerte de miembros del grupo;
- b) Atentados graves contra la integridad física y mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que le lleven a su destrucción física total o parcial;
- d) Medidas impuestas para entorpecer los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Transferencia forzada de niños de un grupo a otro.

Artículo 3.—Los actos siguientes serán castigados;

- a) El genocidio;
- b) La conspiración para cometer genocidio;
- c) La incitación directa y pública para cometer genocidio;
- d) La tentativa de genocidio;
- e) La complicidad en el genocidio.

Artículo 4.—Las personas que hayan cometido el genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo 3º serán castigadas, ya fuesen gobernantes constitucionalmente responsables, funcionarios públicos o particulares.

Artículo 5.—Las Partes Contratantes se comprometen a arbitrar, de acuerdo con sus respectivas Constituciones, las medidas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención y, en particular, para proveer sanciones penales eficaces para las personas culpables de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo 3º

Artículo 6.—Las personas acusadas de genocidio de cualquiera de los actos enumerados en el artículo 3º serán llevadas ante los Tribunales competentes del Estado en cuyo territorio el acto haya sido cometido, o ante el Tribunal penal internacional que sea competente con respecto a aquellas Partes Contratantes que hayan reconocido su jurisdicción.

Artículo 7.—El genocidio y los otros actos enumerados en el artículo 3º no serán considerados como delitos políticos para los efectos de la extradición.

Las Partes Contratantes se comprometen en tales casos a conceder la extradición conforme a su legislación y los tratados en vigor.

Artículo 8.—Cualquier Parte Contratante puede acudir a los órganos competentes de las Naciones Unidas para que éstos adopten, de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas, las medidas apropiadas para la persecución y represión de los actos de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo 3º

Artículo 9.—Las diferencias entre las Partes Contratantes relativas a la interpretación, la aplicación o la ejecución de la presente Convención, incluyendo aquellas referentes a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o de cualquiera de los actos enumerados en el artículo 3º, serán sometidos al Tribunal Internacional de Justicia, a petición de cualquiera de las Partes en la disputa.

Artículo 10.—La presente Convención, cuyos textos en chino, inglés, francés, español y ruso son igualmente auténticos, llevará la fecha del 9 de diciembre de 1948.

Artículo 11.—La presente Convención estará abierta hasta el 31 de diciembre de 1949 a la suscripción de cualquiera de los miembros de las Naciones Unidas o de cualquier no miembro al cual la Asamblea General haya dirigido una invitación a dicho efecto.

La presente Convención será ratificada y sus instrumentos de ratificación depositados en la Secretaría General de las Naciones Unidas.

A partir del 1 de enero de 1950 cualquier miembro de las Naciones Unidas o de cualquier Estado no miembro que haya recibido la invitación antedicha, podrá adherirse a la Convención.

Los instrumentos de adhesión serán depositados en la Secretaría General de las Naciones Unidas.

Artículo 12.—Cualquier Parte Contratante podrá en cualquier momento, por notificación hecha al Secretario General de las Naciones Unidas, extender la aplicación de la presente

Convención a todos los territorios o a cualquiera de los territorios en los cuales dirige las relaciones internacionales.

Artículo 13.—En la fecha en que el vigésimoprimer instrumento de ratificación o de adhesión haya sido depositado, la Secretaría General emitirá un informe y remitirá una copia del mismo a cada uno de los miembros de las Naciones Unidas y a cada uno de los Estados no miembros mencionados en el artículo 11.

La Presente Convención entrará en vigor noventa días después de la fecha de depósito del vigésimoprimer instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo 14.—La presente Convención tendrá una duración de diez años a partir de la fecha en que entre en vigor.

En el futuro, permanecerá en vigor en períodos sucesivos de cinco años, en tanto las Partes Contratantes no la denuncien por lo menos seis meses antes de la expiración del término correspondiente.

La denuncia deberá efectuarse por una notificación escrita dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 15.—Si como resultado de las denuncias, el número de Partes de la presente Convención resultare menor de dieciséis, la Convención cesará de estar en vigor desde la fecha en que la última de dichas renunciaciones se hiciera efectiva.

Artículo 16.—En cualquier momento, cualquier Parte Contratante puede formular una solicitud para la revisión de la presente Convención, por medio de una notificación por escrito dirigida al Secretario General.

La Asamblea decidirá sobre las medidas, si saben, que puedan ser tomadas respecto de esta solicitud.

Artículo 17.—El Secretario General de las Naciones Unidas notificará lo que sigue a todos los miembros de la Organización y a los Estados no miembros considerados en el artículo 11:

a) Las suscripciones, ratificaciones y adhesiones recibidas, de acuerdo con el artículo 11.

- b) Las notificaciones recibidas de acuerdo con el artículo 12.
- c) La fecha a partir de la cual la presente Convención entrará en vigor de acuerdo con el artículo 13.
- d) Las denuncias recibidas de acuerdo con el artículo 14.
- e) La derogación de la Convención de acuerdo con el artículo 15.
- f) Las notificaciones recibidas de acuerdo con el artículo 16.

Artículo 18.—El original de la presente Convención será depositado en los archivos de las Naciones Unidas.

Una copia certificada de la Convención será remitida a todos los miembros de las Naciones Unidas y a los Estados no miembros considerados en el artículo 11.

Artículo 19.—La presente Convención se registrará por el Secretario General de las Naciones Unidas en la fecha en que entre en vigor.¹⁶

2. Reservas a la Convención antígenocida

La Convención del 9 de diciembre de 1948 sobre el Genocidio, fue aprobada en la II Asamblea General de las Naciones Unidas por unanimidad, después de un brevísimo debate en el plenario. Al someterse a votación, alcanzó 55 sufragios a favor ninguno en contra y ninguna abstención. Debíó quedar abierta para su firma hasta el 31 de diciembre de 1949. A partir del 1º de enero de 1950, tanto los Estados miembros de la O.N.U., como los no miembros invitados por la Asamblea para suscribirlo, podrían entrar a formar parte de la Convención mediante la declaración de su adhesión a ella. Entró en vigor el 12 de enero de 1951. Su duración es de diez años, admitiéndose la prórroga tácita por períodos de cinco años para los Estados que no la hayan denunciado con seis meses de anterioridad, a la expiración de ese término, o de las prórrogas sucesivas.

Sus signatarios y accedientes fueron los siguientes Estados: Australia, Ecuador, El Salvador, Etiopía, Francia, Guate-

mala, Haití, Islandia, Israel, Liberia, Noruega, Panamá, Filipinas, Yugoslavia, Bulgaria, Camboya, Ceylán, Costa Rica, Jordania, Corea, Mónaco, Arabia Saudita, Turquía y Vietnam. Entre estos países faltaban: Gran Bretaña, Estados Unidos y Rusia con casi todos sus satélites. Este hecho hace casi irrealizable todo el esfuerzo para reprimir ese crimen de lesa humanidad.

En el acto de la firma o en el de la ratificación, en su caso, fueron presentadas numerosas reservas, algunas tan importantes que “mejor que ese nombre merecerían el de peticiones de reforma y aún de negativas a su adopción”, como apunta Quintano Ripollés.¹⁷ Las “reservas” de Rusia a la Convención traducen un desconocimiento del Tribunal penal internacional: la Corte de Justicia Internacional. En la reserva soviética se expresa que “no se siente ligada a las disposiciones del artículo 9 de la Convención, que estipula que las diferencias entre las partes contratantes, relativas a la interpretación, aplicación y ejecución de la Convención, serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia, a petición de una cualquier de las partes”, y que seguirá sosteniendo, como lo ha hecho hasta ahora, que en cada caso particular, el acuerdo de todas las partes es necesario para que el Tribunal Internacional de Justicia pueda ser requerido. En cuanto a los términos del artículo 12 de la Convención, expresó que el precepto debe extenderse y aplicarse “a los territorios no autónomos, comprendidos entre ellos los territorios bajo tutela”. Con relación a la primera “reserva”, considera Quintano Ripollés que ese planteamiento “presupone un grave retroceso a la justicia arbitral consentida, con prevalencia del orden jurisdiccional interno, que en materia de genocidio, singularmente, equivale, pura y simplemente a la impunidad”.¹⁸ La segunda se basa en la reticencia británica que quiso sustraer a sus dominios, colonias y mandatos, de un contralor internacional. La actitud estadounidense se debe a que los políticos y juristas sostienen que no pueden suscribir la Convención hasta que no se modifique su propia Constitución.

16. Convención para la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio, 9 de diciembre de 1948. Cit. Sáez de Pipaón, Javier: o. c., 94-98.

17. Quintano Ripollés, Antonio: o. c., 634.

18. Ib., 635-636

El Gobierno filipino presentó reservas a los artículos 4º, 6º, 7º y 9º La referida al artículo 4º pretende que no se le aplique al Presidente filipino las responsabilidades criminales que puedan derivarse del no cumplimiento de la Convención, "en contradicción flagrante con toda tendencia moderna de responsabilidad individual igualitaria y de prevalencia de lo internacional sobre lo local".¹⁹

Ante el contenido de estas reservas, algunos Estados plantearon a la Asamblea el interrogante de si los reservantes podían ser o no considerados como Partes de la Convención. Este asunto se sometió a dictamen del Tribunal Internacional de Justicia. En la oportunidad correspondiente, se ratificó la competencia propia del Tribunal, calificada por algunos reservistas con un carácter meramente interpretativo. Sin embargo, se abstuvo de emitir una respuesta categórica en lo que se refiere a la cuestión de la calificación del Estado que hace las reservas. Afirman, al respecto, que si la reserva es compatible con el objeto y fin de lo acordado, será considerado como Parte en la Convención.

Todas estas reservas atentan contra la efectividad de la Convención. De una u otra manera, los países paulatinamente van accediendo a la misma; Venezuela se adhirió a la Convención antigénocida según Ley aprobatoria promulgada en fecha del 21 de marzo de 1960, publicada en la Gaceta Oficial N° 26.213 del 22 de marzo del mismo año. En esa oportunidad, se hicieron reservas con relación a los artículos 6, 7 y 9 del Convenio. En cuanto al artículo 6 se dejó constancia de que "cualquier juicio ante una Corte Penal Internacional en el cual Venezuela pueda ser parte, no sería procedente sino en el caso de que Venezuela haya aceptado previa y expresamente la jurisdicción de dicho tribunal internacional". En lo referente al artículo 7, "se hace constar que la legislación vigente en Venezuela, no permite conceder la extradición de sus nacionales". Por último, en lo relativo al artículo 9, "el recurso a la Corte Internacional de Justicia sólo se considerará procedente cuando haya sido aceptado por Venezuela, mediante la formulación, en cada caso, de un compromiso previo expresamente celebrado".

19. Díez de Velasco, Manuel: "El Sexto Dictamen del Tribunal Internacional de Justicia: Las reservas a la Convención sobre el genocidio". Revista española de Derecho Madrid. C.S.I.C., 1951, 1029-1080.

CAPÍTULO CUARTO

EL DELITO DE GENOCIDIO

1. *Etimología del vocablo genocidio*

El término genocidio fue acuñado por el penalista judeopolaco Rafael Lemkin, radicado en los Estados Unidos y ex-consejero del fiscal estadounidense en los juicios de Nuremberg. La ausencia de denominación de estos horribles crímenes había sido advertida por W. Churchill en su mensaje de la BBC de 1941, quien ante los crímenes antisemitas de la Alemania nazi afirmó: "Estamos ante un horreando crimen innominado ('unnamed crime')".

El vocablo genocidio es un neologismo de filología greco-latina. Constituye una mixtura de la voz helénica "genos" (yévos), que equivale a raza, clan, nación o tribu, y del latín, "caedes" o "caedo", "caedere", cortar, amputar, podar, matar a golpes, asesinar.

Este término figura por primera vez en la obra de Lemkin "Axis Rule in occupied Europa", publicada por la Dotation Carnegie de Washington en 1944. Lemkin fue el primer partidario de su sustantividad plena y de su independencia material y aun adjetiva. Como asienta Díez de Velasco, su influencia ha sido tan grande, que una simple lectura de su artículo "Le Genocide", en la "Revue de Droit Pénal et de Criminologie", de noviembre de 1946, es suficiente para darse cuenta que Lemkin ha sido el autor moral y cuasi material del texto de la actual Convención de Genocidio.²⁰

No faltan autores que critican esta denominación, que deriva en discusión bizantina. Así, Jean Graven estima que el vocablo inventado por Lemkin, a pesar de ser práctico y claro, falsea la noción exacta del "crimen contra la humanidad". Es particular y limitado por sus medios (ya que atiende a la vida solamente), y a la vez es vasto por su objeto; es el más grave y típico de los crímenes contra la humanidad, pero no

20. *Ib.*, 1.043.

el único.²¹ En efecto, Graven llama al genocidio "crimen contra la humanidad mayor y típico".²²

Jiménez de Asúa lo califica como "hijo de la guerra de 1939-1945, y formando parte de los crímenes contra la humanidad", y establece que hubiera sido mejor designarlo con el vocablo *genticidio*, conforme prefiere Laplaza.²³ Al respecto, Laplaza afirma que la denominación más adecuada es la de *genticidio*, que deriva de "gens" (raza, estirpe, pueblo, familia) y de su genitivo "gentis". "La formación del neologismo no suscitaría así reparos serios, y que expresaría cabalmente el sentido técnico atribuido a la palabra. Indica, en efecto, el grupo o pluralidad de personas vinculadas por pertenecer a una misma raza, estirpe o pueblo, y la acción de darles muerte con el fin de exterminar la colectividad, ya que lo que se mata es la "gens" a través de todos o cada uno de sus integrantes. La voz evoca, además, los intereses fundamentales de la humanidad que de una u otra manera están comprometidos por el delito, como cuando se dice "gens humana", o sea el "género humano".²⁴ Considera Jiménez de Asúa que es ésta la fórmula correcta, sobre todo para nuestra lengua. Otros autores adoptan la denominación "genicidio", de "genus", "geni" (Boissaire y José Agustín Martínez). Nelson Hungría cree que la etimología latina, en ambos componentes, sería "genus" (raza, pueblo, nación) y "excidium" (destrucción, ruina).²⁵

De todos modos, reconocemos la suerte y aceptación del vocablo inventado por Lemkin, que fue usado en los debates del Tribunal de Nuremberg, aunque no en sus Resoluciones escritas.

21. Graven, Jena: "Les Crimes contre l'Humanité". Recueil des Cours, I, 1950, 478.

22. Cf. Plawski, Stanislaw: *Etude des Principes Fundamentaux du Droit International Pénal*. París. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972, 111.

23. Jiménez de Asúa, Luis: *Tratado de Derecho Penal*. Filosofía y Ley Penal. Buenos Aires. Ed. Losada, 1950, 1.182.

24. Laplaza, Francisco: *El delito de genocidio o genticidio*. Buenos Aires. Ed. Arayú, 1953, 63-65.

25. Jiménez de Asúa, Luis: o. c., 1.182-1.183.

2. Definiciones

2.1. Definiciones doctrinales.

a) *Lemkin* propone la siguiente definición: "El crimen de genocidio es un crimen especial consistente en destruir intencionalmente grupos humanos raciales, religiosos o nacionales, y como el homicidio singular, puede ser cometido tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra. En territorio ocupado por el enemigo y en tiempo de guerra, serán crímenes de guerra, y si en la misma ocasión se comete contra los propios súbditos, crímenes contra la Humanidad. El crimen de genocidio hállase compuesto por varios actos subordinados todos al dolo específico de destruir un grupo humano".²⁶

b) *Pella*: "Cualquier acto de exterminio o persecución de una población o de un sector de una población por motivo de raza, nacionalidad, religión, opiniones políticas u otros fundados en criterios analógicos".²⁷ El genocidio, implica recurrir, tanto en tiempo de paz como en guerra, a métodos de esclavitud o persecución de ciertas poblaciones civiles, y consistentes en actos dirigidos, por motivos raciales, políticos o religiosos, contra la vida, la integridad corporal, la salud o la libertad.

c) *Donnedieu de Vabres* "considera el crimen de genocidio como un crimen contra la humanidad que se manifiesta de tres maneras diferentes:

1. Atenta a la vida, a la salud, a la integridad del hombre (genocidio físico);
2. atentado al desarrollo del grupo por medio de provocaciones para el aborto y a la esterilización (genocidio biológico);
3. Prohibición de la lengua nacional y el atentado a la cultura nacional (genocidio cultural)"²⁸

26. Comunicación de Lemkin a la VIII Conferencia para la Unificación del Derecho Penal, Bruselas, 1947. Cf. Actes. París. Pedone, 1949, 174. Cit. Quintano Ripollés, Antonio: o. c. 627.

27. Pella, Vespasiano: Memorandum a las Naciones Unidas, el 24 de noviembre de 1951. Cit. Beltrán Ballester, Enrique: o. c., 31.

28. Cf. Plawski, Stanislaw: o. c. 111-112.

d) *Dautricourt* lo define como "privación de algunos de los derechos elementales de la persona humana, por razones de nacionalidad, raza, religión u opinión".²⁹

2.2. Definiciones emanadas de instituciones científicas.

a) *Congreso Internacional del Movimiento Judicial Francés, París, octubre 1946:*

Proclama que serán castigados "los que exterminen o persiguen a un individuo o un grupo de individuos por razón de su nacionalidad, raza o religión u opiniones. Serán castigados incluso cuando estos actos sean cometidos por organizaciones o individuos que actúen como órganos del Estado o con su estímulo o tolerancia".³⁰

b) *Delegación de Holanda ante la VIII Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho Penal:*

"La exterminación o reducción a un estado intolerable, contrarias a los principios generales del Derecho reconocidos por los pueblos civilizados, de individuos o grupos de individuos, por razón de su nacionalidad, raza o religión".³¹

c) *Artículo 6º, apartado c) del Estatuto de Londres, del 8 de Agosto de 1945, que constituyó el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg:*

"Los crímenes contra la humanidad, esto es, el asesinato, la exterminación, la reducción a la esclavitud, la deportación y cualquier otro acto inhumano cometido contra las poblaciones civiles, antes o durante la guerra, o bien las persecuciones por motivos políticos o religiosos, cuando estos actos o persecuciones constituyan o no una violación del Derecho interno de los países en que hayan sido provocados, están conectados con cualquiera de los crímenes que correspondan a la jurisdicción del Tribunal".³²

d) *Carta del Tribunal Militar Internacional de Tokio, del 26 de abril de 1946, versión del centroeuropo de Nuremberg:*

29. Dautricourt, J. Y: Ponencia de la VIII Conferencia para la Unificación del Derecho Penal. Bruselas, 1947. Cit Beltrán Ballester, Enrique: o. c., 31.

30. Cf. Sáenz de Pipaón, Javier: o. c., 102.

31. Ib., 102.

32. Cf. Quintano Ripollés, Antonio: o. c., 614.

En la letra c) de su artículo 5º dispone: "La muerte, exterminio, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos perpetrados antes o durante las hostilidades y la persecución por motivos políticos o raciales".³³

Del texto transcrito del artículo 6º del Estatuto de Londres, así como del 5º de la Carta de Tokio, se desprende una doble posibilidad de enjuiciar el crimen contra la humanidad. Por una parte, el ataque o persecución personal, como lo denomina Quintano Ripollés, de mayor o menor amplitud pero sin propósito de exterminio de grupos homogéneos; por la otra, los hechos tendientes a la realización de una previa política eliminadora de comunidades raciales, religiosas o nacionales, eventualmente, culturales o políticas, esto es, genocidio.

Más concretamente, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la Resolución 96 del 11 de diciembre de 1946 declaró:

"El genocidio es la negación del derecho a la existencia de grupos humanos enteros, de la misma manera que el homicidio es la negación de dicho derecho a la persona individual; tal negación trastorna y escandaliza a la conciencia humana, inflige graves pérdidas a la Humanidad, que se ve así privada de las aportaciones culturales o de otro tipo de estos grupos, y es contraria a la ley moral, así como al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas".³⁴

Finalmente, en la Convención de las Naciones Unidas, del 9 de diciembre de 1948, para la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio, que constituye el objeto de nuestro estudio, conforme a lo dispuesto en el artículo 2º: "Se entiende por genocidio cualquiera de los actos citados a continuación, cometidos con el propósito de destruir en su totalidad o en parte, un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

a) Muerte de miembros del grupo.

b) Atentados graves contra la integridad física o mental de los miembros del grupo.

33. Ib., 614.

34. Cf. Sáenz de Pipaón, Javier: o. c., 103.

- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que lo lleven a su destrucción física total o parcial.
- d) Medidas impuestas para entorpecer el nacimiento en el seno del grupo.
- e) Transferencia forzada de niños de un grupo a otro".

Esta definición ha sido reproducida en el artículo 1º de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, del 26 de diciembre de 1968.

Esta definición transcrita, probablemente no completa, es obligatoria para los Estados signatarios de la Convención.

3. Análisis del delito de genocidio.

3.1. El genocidio es un crimen.

Como lo calificara Lemkin es un "crimen de crímenes". Esto responde a la clasificación tripartita tradicional que distingue crímenes, delitos y contravenciones. Son diferencias de género o especie que se relacionan con la importancia de la transgresión y no con la severidad de la pena, aunque por lo general suele haber una correlación.

3.2. El genocidio es un delito internacional.

Su condición de delito internacional se deriva de la calificación expresa que hace el Preámbulo y el artículo 1º de la Convención, del igual tratamiento dado en la Resolución 96 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 11 de diciembre de 1946 y del consenso unánime de estudiosos y tratadistas. La Convención de 1948 atribuye competencia para conocer de sus supuestos a un eventual Tribunal penal internacional cuya jurisdicción haya sido reconocida por las partes.

3.3. El genocidio es un delito común a los efectos de la extradición.

Esta expresión implica que el genocidio no debe ser considerado ni tener efectos de delito político en materia de extradición. Así lo establece expresamente el artículo 7º, al dispo-

ner que: "A los efectos de la extradición, el genocidio y los otros actos enumerados en el artículo 3º, no serán considerados como delitos políticos. Las partes contratantes se comprometen en tal caso a conceder la extradición conforme a su legislación y a los tratados en vigor".

En materia de delitos políticos, la extradición no es procedente. Ahora bien, lo que se pretende con el artículo 7º es asegurar que el responsable no escape a la acción de la justicia garantizando su extradición. Analizando el artículo citado, inferimos que la Convención propiamente no declara que el genocidio no sea un delito político, sino que se limita a disponer que "a los efectos de la extradición... no será considerado como delito político". Puede revestir tal carácter, y dependerá, por tanto, de las circunstancias del caso. Debemos recordar que en relación a este artículo 7º, Venezuela hizo la siguiente reserva: "Se hace constar que la legislación vigente en Venezuela, no permite conceder la extradición de sus nacionales".

Sin embargo, Sáenz de Pipaón considera que el genocidio es siempre un delito común, y que ni desde el punto de vista objetivo (bien jurídico protegido), como tampoco desde el punto de vista subjetivo, difícilmente podrá calificarse como un delito político. Aunque admite el autor que el propósito de "destruir en su totalidad o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso" puede responder a "motivaciones políticas, no responde, sin embargo, a convicciones que pudieran defenderse en este terreno".³⁵

3.4. El genocidio no es un delito de guerra.

El genocidio no es un delito de guerra, y puede ser o no cometido durante una guerra como en épocas de paz (cf. artículo 1º de la Convención). Aunque este aspecto es irrelevante, pues lo que se precisa para su comisión son los elementos determinados en el artículo 2º de la Convención, no es necesario, por consiguiente, que se cometa en tiempo de guerra. La expresión "en tiempo de paz o de guerra" fue considerada superflua por ser repetición de lo expresado en la Resolución 96 de la Asamblea General, del 11 de diciembre de 1946, y por

35. *Ib.*, 120.

dar lugar a equívocos. Ya que algunas situaciones no encuadraban dentro de los conceptos "paz" o "guerra". Asimismo, por repetir algo que derivaba del articulado o porque su ubicación debería estar dentro del Preámbulo de la Convención.

3.5. El genocidio es un delito de intención.

La culpabilidad (en sentido amplio) se fundamenta en un elemento subjetivo, la intención del agente de "destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal, sin la cual todas las conductas mediante las cuales se puede cometer genocidio carecen de relevancia a los efectos de la Convención. El elemento subjetivo lo diferenciará de otros delitos aparentemente similares que se realizan mediante hechos externos idénticos, pero que carecen del elemento anímico distintivo del genocidio. Por ejemplo, si se mata a un judío, a un negro o a un cristiano, prescindiendo de su condición de tales o con cualquiera otra intención que no sea la que caracteriza el genocidio, el delito será de homicidio simple o calificado, pero nunca genocidio. En cambio, si la muerte de cualquiera de esas personas ha sido parte de un plan tendiente a destruir total o parcialmente al grupo humano racial o religioso de que las mismas forman parte, el delito cometido será, sin duda alguna, de genocidio. Por tanto, el dolo específico es el propósito de atacar contra las personas en razón de su pertenencia a un grupo humano determinado que se desea destruir o eliminar; no puede, por este motivo, admitirse la culpa, contrariamente a lo afirmado por Quintano Ripollés.³⁶

3.6. ¿El genocidio es un delito permanente o continuado?

Un delito es permanente o continuado cuando su consumación se realiza durante un período más o menos largo de tiempo. El "sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que lo lleven a su destrucción física o parcial (artículo 2º, apartado c) de la Convención) será siempre un delito continuado. Perola "muerte de los miembros del grupo", no

36. Quintano Ripollés, Antonio: o. c., 653-654.

necesariamente debe serlo, contrariamente a lo establecido por Miaja de la Muela.³⁷

3.7. El genocidio es un delito pluriofensivo.

El genocidio implica un ataque a una pluralidad de bienes jurídicos de los que es titular el individuo miembro de un grupo humano nacional, racial, étnico o religioso. Por otra parte, el genocidio es una empresa criminal, pero no requiere necesariamente dos o más personas para su realización.

4. Clases de genocidio

Dentro de la definición del delito de genocidio de la Convención, se distinguen dos categorías o formas del mismo: el llamado genocidio físico —referido a los apartados a), b), c),— y el genocidio biológico —referido a los apartados d) y e)—. Teóricamente, el genocidio puede revestir otras formas, como el genocidio cultural y el genocidio político, pero éstas han sido excluidas de la Convención antigénocida.

Constituye genocidio físico aquellos actos que producen la muerte o lesiones en algunos de los miembros del grupo. No sólo se debe entender por genocidio la muerte dada a los miembros de determinados grupos humanos, sino también el atentado a su integridad física, el sometimiento a condiciones de vida capaces de causar muerte.

El genocidio biológico consiste en evitar, por cualquier medio, la reproducción del grupo. Ya sea por actos contra la integridad física, como la castración, o bien por medios antiprocreativos realizados en personas punibles, bien endógenos, como la esterilización, o exógenos, como el uso obligado de anticonceptivos, o suprimiendo la vida intrauterina, como el aborto; finalmente, evitando uniones por la separación de sexos o la prohibición de contraer matrimonios entre mujeres y hombres, que por sus creencias no admiten extranupciales.

37. Miaja de la Muela, Adolfo: "El Genocidio, Delito Internacional". Revista española de Derecho Internacional, Vol. IP, N° 2, Madrid, C.S.I.C., 1951, 363-408.

Al establecer los límites entre el genocidio físico y el biológico, bien podría afirmarse que el genocidio físico es el género, y el biológico es la especie.

El genocidio cultural constituye el ataque a los valores culturales de los grupos tutelados. El proyecto del texto previo a la Convención del 9 de diciembre de 1948 para la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio preveía el genocidio cultural. En otras palabras, el genocidio cultural supone atentar deliberadamente contra el idioma, cultura o religión de un grupo nacional, étnico, racial o religioso, atacando la integridad misma del grupo a través de dicho procedimiento. Lemkin sostenía que ningún grupo humano puede subsistir como tal si no puede conservar su cohesión moral y su acervo cultural, que es parte del patrimonio cultural de todos los pueblos. Asimismo, se afirmó que el genocidio cultural sería una etapa previa a la consumación del genocidio físico, el que se concretaría luego del desmembramiento cultural del grupo, privado así de su poder de defensa, sosteniéndose que el genocidio físico era el medio, y el cultural el fin.

En la Convención no se incluyó el genocidio cultural, alegándose que si bien el mismo era indiscutiblemente reproducible y debía ser reprimido, su consideración y sanción correspondía a la Convención sobre Derechos Humanos, más genérica y comprensiva que la de genocidio, a la que debía reservarse exclusivamente la condenación de la persecución y destrucción física de grupos humanos o, en otras palabras, las variedades del genocidio físico y biológico, pero no la del genocidio cultural. Se hubiesen imprecisado los límites del delito, según opinión de Vespasiano Pella y Donnedieu de Vabres, entre otros. Por otra parte, se alegó que, al incluir en esta Convención tales cuestiones, amplias y de difícil definición, se podría restar vigor a los propósitos represivos de la misma. Quintano Ripollés sostiene que la razón episódica fue la de dar satisfacción a los gobiernos de afinidades más o menos totalitarios.³⁸

Lo mismo se dijo con relación a los grupos económicos. El proyecto de inclusión de los grupos económicos perteneció

al delegado de los Estados Unidos, pero el mismo no tuvo mayor aceptación en cuanto a la integración del grupo que se intentaba proteger. Los grupos políticos, en cambio, habían sido incluidos en el artículo 2º del Proyecto del Consejo Económico y Social. Por el contrario, Miaja de la Muela estima inexplicable la exclusión de los grupos políticos, y también la de los económicos, por cuanto cree que el argumento de la inestabilidad de dichos grupos es poco consistente, y el real fue que "los partidos políticos en peligro de exterminio físico por el gobernante del signo opuesto, han tenido antes de llegar a este trance, una actuación pública que difícilmente puedan ocultar quienes participaron en ella, y de la que quedan constancias en ficheros, manifiestos y prensa, que son elementos mucho más definatorios de la filiación al partido perseguido, de lo que pueden ser los caracteres somáticos que acrediten la pertenencia al grupo racial o étnico en desgracia".³⁹

Por otro lado, Miaja de la Muela estima que estaría más justificada la exclusión del grupo nacional por ser un concepto de "difícil precisión".⁴⁰

El apartado c) del artículo 2º de la Convención transcrito anteriormente, dio lugar a discusiones por cuanto algunos sostenían que era una forma de genocidio cultural. No compartimos este criterio, pues la forma de genocidio contemplada en el inciso e) se consuma mediante la realización de un hecho físico, cual es el traslado, el que está dirigido directamente contra la integridad del grupo, y de ello podrán derivarse tan sólo meras consecuencias culturales. También se podrían ocasionar daños culturales mediante la matanza de miembros del grupo sin que nadie sostenga por ello que esto sea una forma de genocidio cultural. En razón de lo expuesto, no compartimos el criterio de Sáenz de Pipaón cuando asevera "que el genocidio cultural solamente es factible a través del genocidio físico y justamente por esta vía es por la que se previene y se reprime aquél (...); no es correcto afirmar que han quedado desprovistos de protección en el plano internacional de la Convención".⁴¹ El autor antes citado propugna una "interpretación

39. Miaja de la Muela, Adolfo: o. c.

40. Ib.

41. Cf. Sáenz de Pipaón, Javier: o. c., 108-118.

38. Quintano Ripollés, Antonio: o. c., 632.

extensiva" de la Convención de 1948, que estimamos, además de ser contraria a la propia naturaleza de las normas penales, puede ser sumamente peligrosa.

En lo que se refiere al genocidio político, la redacción definitiva de la Convención también suprimió esta forma, al haberse rechazado toda mención de tales grupos con lo cual quedan estos desprovistos de la protección convencional.⁴² Se fundó en el argumento de que carecen de la cohesión y permanencia de los grupos caracterizados. Por cuanto el criterio político es una cualidad variable y relativa, contrario a las normas penales que se caracterizan por su permanencia y objetividad. También esta eliminación es explicable por los esfuerzos de la U.R.S.S. y Polonia contra los intentos extensivos de Gran Bretaña y Holanda principalmente, y aún contra la Declaración de la Asamblea del 11 de diciembre de 1946, que había definido el genocidio con la expresa consignación del móvil político.⁴³

CAPÍTULO QUINTO

ANALISIS Y CRITICA A LA CONVENCION DE 1948

1. Sujetos del delito de genocidio

1.1. Sujeto activo.

Gran Bretaña presentó una moción solicitando la inclusión de la responsabilidad de las personas morales, la cual resultó rechazada sólo por 24 votos contra 22. Así pues, se fijó el texto del artículo 4º, que habla de "gobernantes", pero no de Gobierno. Por tanto, se incrimina a las personas físicas exclusivamente, sea cual sea su jerarquía administrativa. Entonces, será sujeto activo del delito de genocidio toda persona imputable que lleve a cabo cualquiera de los actos tipificados, siempre que no con-

42. La inclusión del artículo 3º del Proyecto del Consejo Económico y Social, o, lo que es lo mismo, del genocidio cultural, fue rechazada en la 85ª Reunión de la 6ª Comisión, el 25-10-1948, por 25 votos contra 16, con 4 abstenciones y 13 delegaciones ausentes.

43. Quintano Ripollés, Antonio: o. c., 632.

curra causa de justificación, "porque el inimputable no puede ser delincuente y el justificado no comete delito". En consecuencia, los Estados sólo serán responsables civilmente, pues otro tipo de sanción no se les podrá aplicar.

Ahora bien, no hay ninguna inmunidad para las personas que obran en nombre del Estado y son culpables del delito de genocidio. Esto descarta la duda de la responsabilidad de los Jefes de Estado por los crímenes cometidos en nombre del Estado por los gobernantes. Pero se critica en el sentido de que la condición de Jefe de Estado o de funcionario de cierta categoría jerárquica debería ser tomada como circunstancia agravante de responsabilidad. En cuanto a la derogación de fueros e inmunidades que las legislaciones nacionales otorgan a sus funcionarios, algunos autores consideran que el artículo 4º tiene expresamente ese alcance, para los Estados que se incorporen a su régimen, imprescindiblemente para la efectividad de la Convención.⁴⁴

Debe tratarse, asimismo, la cuestión relativa a la autoría. En virtud de los artículos 3º y 4º de la Convención, son autores del delito de genocidio, ya actúen como autores materiales, ya como inductores:

a) Los que hayan cometido el delito de genocidio.

b) Los que hayan formado parte de una conspiración o asociación con vistas a cometer el genocidio.

c) Los que hayan incitado directa y públicamente a la comisión del genocidio.

d) Los que hayan llevado a cabo una tentativa de cometer el genocidio.

1.2. Sujeto pasivo.

Los grupos protegidos por la Convención antigénocida son los grupos nacionales, étnicos, raciales y religiosos. La nación, concepto sociológico, se refiere a aquella parte de la población que está vinculada por lazos solidarios de distinta índole, que

44. Cf. Gregorini Clusellas, Eduardo: *Genocidio, su prevención y represión*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1961, 62.

en su conjunto hacen una comunidad. El grupo étnico, según el diccionario de la Real Academia, significa "perteneciente a una nación o raza". De hecho es difícil distinguir estos grupos de los raciales. Lo mismo se puede decir con respecto a los grupos raciales, pues en la práctica la pureza racial es inexistente. Los grupos religiosos están integrados por la común creencia religiosa de sus miembros; parecen ser los más homogéneos.

El artículo 2º caracteriza la conducta genocida por ser desarrollada con "el propósito de destruir en su totalidad o en parte, un grupo nacional, étnico, racial o religioso". Esta es la principal característica del genocidio, puesto que dicho acto va dirigido a la destrucción de un grupo, la víctima del genocidio es el grupo. Algunos autores sostienen que no se exige un resultado dañoso sobre varios individuos, que puede cometerse contra un solo individuo. En otras palabras, que la muerte de una persona supone siempre la destrucción parcial del grupo al que pertenece. Debe hacerse aquí referencia al plural del apartado a) del artículo 2º de la Convención; en efecto, el plural "miembros" da por sentado que una sola muerte no constituye genocidio. A este respecto, Plawski destaca que "el crimen de genocidio tiene carácter masivo, por lo contrario se hablaría de crimen contra la humanidad".⁴⁵

2. Objeto de protección

En su artículo 2º, la Convención contempla aquellos casos que constituyen atentados graves que pongan en peligro la vida de los miembros del grupo afectado. Entonces, el objeto jurídico del delito de genocidio es el derecho a la existencia que corresponde a cualquier colectividad nacional, étnica, racial o religiosa. Destrucción que puede ser llevada a cabo a través de cualquiera de los actos enumerados en el artículo 2º. Debido a que el objeto de protección es la existencia y supervivencia de los mismos, esto es, el derecho a la vida, la existencia pacífica que tienen los grupos humanos. El objeto material u objeto de la acción o de ataque es la destrucción total o parcial de los grupos mencionados; el objeto de protección, repetimos, es la existencia y supervivencia de los mismos.

45. Plawski, Stanislaw: o. c., 113.

3. Actos punibles

Las conductas previstas en el artículo 2º de la Convención constituyen una enumeración limitativa. En lo que se refiere a la conducta en su ámbito espacial y temporal, se deriva una limitación del artículo 12 e igualmente del artículo 11. Desde el punto de vista temporal, si exceptuamos el artículo 14, la Convención se ve libre de cualquier vinculación, porque la conducta prevista es considerada independiente del estado de guerra.

a) Muerte de miembros del grupo.

En esta previsión se atiende a la muerte de los miembros del grupo independientemente del procedimiento empleado, a diferencia del resto de los contemplados en el artículo 2º, en los cuales se destaca el procedimiento empleado en ello. Las diferentes expresiones utilizadas en este apartado a) del artículo 2º de la Convención ("matanza", "muerte", "homicidio") que analizan los diversos autores, dificulta su interpretación. El texto auténtico, en español, se refiere a la "matanza de los miembros del grupo",⁴⁶ con lo cual se pone de manifiesto el carácter masivo del delito de genocidio, a que hicimos referencia.

b) Atentados graves contra la integridad física o mental de los miembros del grupo.

Esto es, aquellos atentados que sean susceptibles de implicar la destrucción física o mental del grupo, que originalmente obedecía al propósito de condenar el caso de narcótico como medio de cometer el delito. Cuando tales ataques no se reputen graves, quedan incluidos en el crimen contra la humanidad. El ataque calificado como grave será aquel que ponga en peligro la supervivencia del grupo determinado.

c) Sometimiento intencional del grupo o condiciones de existencia que le lleven a su destrucción física total o parcial.

46. Obieta, José (de): *Documentos Internacionales del Siglo XX*. Bilbao. Ed. Mensajero, 1972, 147-152.

Sometimiento aquí significa avasallar, sojuzgar o dominar violentamente. No es el modo de obrar, sino al fin de destrucción lo que constituye el elemento distintivo del genocidio. Por otro lado, no se definen que "condiciones de existencia", sin embargo, en el artículo 1º del Proyecto de Convención elaborado por la Secretaría General, se hacía referencia a la carencia de la vivienda, a deficiencias en el vestido, la alimentación higiene o atención médica y al trabajo o al esfuerzo físico excesivos. Aunque también, el citado artículo hacía referencia al sometimiento a condiciones de existencia que pudieren llevar al debilitamiento del grupo que la Convención no lo contempla. Tales "condiciones de existencia" deben ser creadas dolosamente.

d) *Medidas impuestas para entorpecer los nacimientos en el seno del grupo.*

Este es el llamado genocidio biológico. La Convención no determina que tipos de medidas, tal vez para no establecer una enumeración que podría traer dificultades. La redacción es un poco equívoca; debe entenderse que se trata de medidas que impidan el desarrollo de los nacimientos en el seno del grupo y que lo llevan, por lo tanto, a su paulatina desaparición.

e) *Transferencia forzada de niños de un grupo a otro.*

Este supuesto fue admitido en base a que la transferencia forzada de niños de un grupo a otro puede dar lugar a trastornos físicos o psicológicos capaces de causar la muerte, aunque los niños se sometan a iguales o mejores condiciones de vida que las de antes de su traslado, pues lo que interesa es que haya sido realizado con la intención de destruir al grupo. Si ocurre con adultos, no constituye genocidio; será un atentado contra la dignidad o contra la libertad. Por último, debe destacarse que la transferencia forzada supone tanto coacción como voluntariedad viciada.

4. *Modos de cometer el delito de genocidio.*

El artículo 3º de la Convención de 1948 para la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio dispone:

"Serán castigados los actos siguientes:

- a) El genocidio.
 - b) La conspiración para cometer genocidio.
 - c) La incitación directa y pública a cometer genocidio.
 - d) La tentativa de genocidio.
 - e) La complicidad en el genocidio".
- a) *El genocidio.*

En el genocidio también se admite la omisión, siempre y cuando la conducta observada pasiva responda al propósito de destruir total o parcialmente a un grupo humano nacional, étnico, racial o religioso. Sobre todo, en el literal c) del artículo 2º —"sometimiento a condiciones de existencia que le lleven a su destrucción física total o parcial"— no hay ningún problema para admitir la omisión.

El problema se plantea con la "muerte de miembros del grupo", o mejor, con la "matanza". En algunos países sólo el individuo que obra por acción es considerado como autor de la infracción. Teóricamente se apoyan sobre la base de que la relación de causa a efecto sólo puede existir por un comportamiento activo. La omisión, comportamiento pasivo, no puede ser considerada como causa de ciertos efectos determinados. Pero, como establece Plawski, esta teoría debe rechazarse. Porque "lo que se llama en la doctrina del Derecho Penal la omisión, no es una falta de acción, en el verdadero sentido de la palabra, sino una falta al deber impuesto por la ley o por las condiciones de la vida social".⁴⁷ El autor agrega: "La interpretación de las disposiciones del Derecho Internacional Penal debe estar apoyada sobre las reglas del Derecho Internacional y sobre los principios aceptados por los Estados interesados. En la medida en que los Estados no aceptan una interpretación diferente a la de su doctrina tradicional no están obligados a aceptarla en el plano internacional, salvo el caso de las disposiciones especiales".⁴⁸

48. *Ib.*, 115-116.

47. Plawski, Stanislaw: o. c., 115-116.

b) *La conspiración para cometer el genocidio.*

La Convención admite la posibilidad de que el genocidio se lleve a cabo sin que exista una conspiración o acuerdo previamente establecidos; asimismo, por otra parte, se pretende, fundamentalmente, incriminar la conspiración para cometer el genocidio, aunque no se cometa ninguno de los actos enumerados en el artículo 2º de la Convención.

Se plantea el problema con esta cuestión de la determinación del contenido de la conspiración, que difiere de una legislación a otra. Si son los Tribunales nacionales competentes para conocer del genocidio cometido en un territorio, se acudiría un sistema penal de dicho Estado. Sin embargo, cuando es competente un posible Tribunal penal internacional, conforme al artículo 6º de la Convención, éste decidiría al respecto.

c) *La incitación directa y pública a cometer el genocidio.*

La Convención no recoge la propaganda de manera expresa, sin embargo, se incrimina la propaganda que estimule de alguna manera el odio y favorezca los delitos contra la paz y seguridad de la humanidad, en cuanto suponga incitación directa y pública.

Tampoco se condena la apología del delito de genocidio, la cual no necesita de publicidad para alcanzar su objetivo; por tanto, es una omisión más peligrosa.

d) *La tentativa*

Sin necesidad de ley especial, la tentativa de genocidio será siempre castigada; sin embargo, ¿qué sucede con el delito frustrado de genocidio? Algunos autores consideran que la tentativa del delito de genocidio se extiende a todos los supuestos en que iniciado el *iter criminis* éste no queda agotado o cuando concluido el mismo no se produce el resultado; en ambos casos como consecuencias de circunstancias alejadas de la voluntad del agente.⁴⁹

Los actos preparatorios, por otro lado, no están castigados en la Convención. Pero sí se castigan los actos preparatorios

49. Sáenz de Pipaón, Javier: o. c., 190.

realizados por vía de la incriminación de la incitación directa y pública y de la sociación para cometer genocidio, en la medida en que el genocidio requiere, en principio, la empresa criminal para su comisión.

e) *La complicidad en el genocidio*

Pensamos que la complicidad puede darse también en los demás actos enumerados en el artículo 3º, esto es, a "la incitación directa y pública a cometer genocidio" y en "la tentativa de genocidio". Incluso, en la propia conspiración.⁵⁰

5. *Sanciones previstas en la Convención*

La Convención no contempla una enumeración de las sanciones aplicables a las conductas punibles, sino que remite a los órganos competentes de las partes contratantes para su aplicación, consagrando así la posibilidad de aplicación de sanciones de carácter interno, de medidas de control y cooperación internacional y del eventual reconocimiento de una jurisdicción penal internacional. La falta de determinación en las penas, que serán impuestas por el Tribunal internacional, configura lo que se denomina penalidad "en blanco", que implica una incriminación sin pena correlativa y el consiguiente reenvío a las jurisdicciones locales.

Asimismo, en razón del artículo 6º de la Convención, se formula una alternativa en lo que se refiere a jurisdicción internacional o nacional para la sanción del genocidio, que constituye *lex specialis* con relación al principio de la represión universal.

La creación del Tribunal penal internacional es indispensable para la aplicación eficaz de la Convención antigénocida, que podría garantizar el castigo de los actos cometidos por los gobernantes y los altos funcionarios de los Estados. Entonces, una vez creado el Tribunal penal internacional, el artículo 5º debería ser completado por la enumeración de sanciones susceptibles de ser aplicadas.

50. Ib., 196.

CAPÍTULO SEXTO

LOS CRIMENES CONTRA LA HUMANIDAD Y
EL GENOCIDIO

El crimen contra la humanidad se distingue de otras infracciones contra la persona humana por el hecho de que el autor contempla a su víctima en cuanto que es una persona que persona que pertenece a una cierta raza, nación, posee determinadas convicciones religiosas o políticas. El grupo, racial, nacional o religioso, es puesto en tela de juicio. El Derecho Internacional considera estos actos como infracciones para proteger los derechos fundamentales del hombre.

De la triple tipología jurídico-criminal fundada por el Estatuto de Londres, la del crimen contra la humanidad fue la más nueva, en lo que respecta a la doctrina y a la legislación meramente internacional.⁵¹ El nombre de crimen contra la humanidad había sido utilizado frecuentemente en la doctrina, citándose como fuente las "leyes de la humanidad", en el Preámbulo de la IV Convención de La Haya, de 1907.

El crimen contra la humanidad rebasa la noción de criminalidad de guerra, pero en el Estatuto se vinculaba al estado de guerra. En efecto, los crímenes contra la humanidad, si bien se han cometido fundamentalmente con motivo de conflictos armados, su concurrencia no afecta a su naturaleza. En la Carta del Tribunal Militar Internacional de Tokio no se hace referencia alguna a las conexiones con los demás crímenes de guerra, propios de la jurisdicción del Tribunal, ni tampoco a las legislaciones internas.

En julio de 1947 se celebra la VIII Conferencia para la Unificación del Derecho Penal, celebrada en Bruselas, cuya finalidad era definir el crimen contra la humanidad: "Constituye un crimen contra la Humanidad y debe ser reprimido como asesinato, todo homicidio o acto capaz de causar la muerte, cometido en tiempo de guerra o de paz, contra individuos o grupos

51. Quintano Ripollés, Antonio: o. c., 607.

humanos, en razón de su raza, de su nacionalidad, de su religión o de sus opiniones".⁵²

En setiembre de 1948 se reúne en Roma la misma Conferencia (XXXVII Interparlamentaria), insistiendo en la urgencia de la Codificación penal internacional, y pidiendo la inclusión del crimen contra la humanidad, y particularmente del genocidio. La Comisión correspondiente prosigue los trabajos de elaboración de un "Código de crímenes contra la paz y seguridad de la Humanidad", en el que los crímenes contra la humanidad se definen aparte y a continuación del de genocidio (que transcribe la definición de la Convención de 1948), y en el crimen contra la humanidad:

a) La incriminación del genocidio se limita a la protección exclusiva del derecho a una existencia pacífica de los grupos humanos nacionales, raciales, étnicos o religiosos. El crimen contra la humanidad se refiere a los derechos fundamentales de la personalidad individual y a grupos definidos por elementos de naturaleza a la señalada.

b) La incriminación del genocidio tiende a la protección del derecho a la vida de tales grupos, destrucción física o biológica del grupo humano. Por el contrario, la del crimen de lesa-humanidad tiende a la protección de los demás derechos fundamentales inherentes al hombre, incluso en el seno de los grupos mencionados.

c) El genocidio exige el propósito de destruir, en su totalidad o en parte, a un grupo de los mencionados, en tanto que en el crimen de lesa-humanidad no debe entrar tal elemento. El "dolus coloratus", al cual hace referencia Plawski, es, a lo sumo, en los crímenes contra la humanidad su elemento distintivo; en el genocidio, constituye su elemento constitutivo.⁵³

52. *Ib.*, 621.

53. Plawski, Stanislaw: o. c., 103.

NOTA BIBLIOGRAFICA

“RESUMEN Y ANALISIS CRITICO-METODOLOGICO DEL LIBRO “HACIA UNA SOCIEDAD NO REPRESIVA” DE HELIO JAGUARIBE”. Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1980.

Mireya Caldera Pietri

S U M A R I O

I.—Introducción. II.—La estructura general de la sociedad; y el sentido general del desarrollo social. III.—Modelos teóricos para el análisis de la sociedad; y su aplicación práctica. A.—El funcionalismo; y la sociedad capitalista. 1.—Modelo teórico: el Funcionalismo. 2.—Aplicación práctica: la sociedad capitalista. B.—La dialéctica; y la sociedad marxista. 1.—Modelo teórico: la Dialéctica. 2.—Aplicación práctica: la sociedad marxista soviética. C.—El Funcionalismo-Dialéctico; y la sociedad no represiva. 1.—Modelo teórico: el Funcionalismo-Dialéctico. 2.—Aplicación práctica: la sociedad no represiva. IV.—Conclusiones. V.—Bibliografía.

I. INTRODUCCION

En la Sociología contemporánea hay dos corrientes teórico-metodológicas que son consideradas como los piezas fundamen-

* Este trabajo fue realizado con el objetivo de llenar los requisitos del Seminario dictado sobre “Metodología de la Investigación en Ciencias Sociales” en el Doctorado del Centro de Estudios del Desarrollo Económico y Social (CENDES), en Caracas, enero-abril 1983. La opinión de Helio Jaguaribe sobre el trabajo es la siguiente: “Me fue particularmente grato ver la forma perceptiva y competente por la cual Mireya Caldera discutió mi libro “Hacia la Sociedad no Represiva”. El cuadro de la página cuatro del texto ejemplifica, por su lucidez analítica y precisión sintética, la buena calidad de su trabajo. De todo lo que ha sido dicho por Mireya discordaría de muy poco. Quizá solamente de su contención de que, a mi juicio, la “sociedad no represiva” resultaría de la implementación del modelo funcional-dialéctico. En ese punto específico, de poca importancia en el conjunto de su análisis, observaría que no lo veo así porque el modelo funcional-dialéctico es un concepto heurístico, de carácter descriptivo-explicativo, destituido de sentido normativo. La dimensión normativa, relativamente a la sociedad no represiva, es el proyecto social-humanístico, fundado en una correspondiente visión del mundo. Esa cuestión secundaria, sin embargo, no afecta de ningún modo la excelencia de la crítica de Mireya”.

tales para el análisis científico de la sociedad: el funcionalismo-estructural, y el materialismo histórico.

Helio Jaguaribe propone un nuevo modelo: el Funcionalismo Dialéctico, como una síntesis entre el Funcionalismo y el Materialismo histórico que permitiría tomar lo positivo de cada uno de ellos, sin sus limitaciones. Es una proposición teórica emergente cuyos primeros intentos de formulación datan de los años 50.

A la consideración de las características teóricas de los modelos Funcional, Dialéctico, y Funcional-Dialéctico; así como al análisis crítico de las experiencias sociales resultado de su aplicación, dedica Helio Jaguaribe su trabajo. En cada uno de los tipos de sociedad que analiza trata de encontrar respuesta a los interrogantes de si es posible un desarrollo social global dentro de un marco de igualdad y libertad, y de si sería posible lograrlo a partir de las condiciones imperantes en el mundo de hoy.

Jaguaribe propone como solución para el logro del desarrollo en condiciones de libertad e igualdad para todos los miembros de la sociedad, una "Sociedad no represiva" que sería la aplicación en la práctica del modelo teórico Funcional-Dialéctico, y que aparece, en este momento histórico, como una utopía abstracta.

El presente trabajo consiste en hacer un resumen y un análisis crítico-metodológico del libro de Helio Jaguaribe; utilizando como herramientas fundamentales para el análisis los conceptos y criterios metodológicos expuestos por José Agustín Silva Michelena en las clases que sobre "Metodología de la Investigación en Ciencias Sociales" dictara en el curso de Doctorado del Centro de Estudios del Desarrollo Económico y Social (CENDES), Caracas, entre enero y abril de 1983.

El resumen global del contenido del libro se puede captar en el cuadro que se presenta a continuación:

Helio Jaguaribe, "HACIA LA SOCIEDAD NO REPRESIVA". Ed. F. C. E., 1980

Concepciones sobre la sociedad.	Antecedentes y representantes importantes.	Experiencias	PREGUNTAS: 1) ¿Se puede asumir la posibilidad de un desarrollo social global fundado en la libertad e igualdad de los miembros de la sociedad? 2) ¿Puede concretarse empíricamente esa posibilidad a partir de las condiciones imperantes en el mundo contemporáneo?	Respuestas a las preguntas formuladas en relación con el desarrollo social.
FUNCIONAL Es el consenso en el plano de los valores que da legitimidad a la vida social.	Comte Malinowski Parsons K. Davis	Rev. Indust. Capitalismo Etapas: 1) competitivo 2) dirigista 3) "welfare state" Adaptabilidad del capitalismo (intervención-planificación).		1) En el desarrollo del sistema capitalista, hasta hoy, al subrayar la libertad, se sacrifica la igualdad. 2) Es difícil la "universalización" del sistema por la división desigual del producto social que le es inherente: tanto dentro de los países, como a nivel internacional (países centrales y países periféricos).
DIALECTICA Es el conflicto, y no el consenso, la realidad última de la vida social.	Hegel Marx Marxistas Darwinistas sociales John Rex	Revol. Rusa Etapas: 1) Comunismo de guerra (1917-21). 2) NEP (1921-28). 3) Planes quinquenales (4 fases). Aún no se ha logrado el objetivo primordial.		1) En la experiencia soviética se eliminaron las grandes diferencias de clase, sin instaurar una sociedad igualitaria: se mantiene una estructura desigual, en un régimen sin libertad política ni personal. 2) En la sociedad de masas heterogénea la preservación de la igualdad exige una enorme reglamentación de la vida social. No se puede dar la libertad a que aspiraba Marx.
FUNCIONAL-DIALECTICO Contiene los elementos positivos de los modelos de consenso y de conflicto; sin las limitaciones de ellos.	Es una posición teórica emergente (1950) Schumpeter Gurwitsch Jaguaribe	No aplicado		1) Si, en una sociedad "no represiva": a) Con regulada superabundancia de bienes; b) Con ordenación democrática dotada de legitimidad y legalidad; c) Con una poderosa motivación igualitaria y un ethos social-humanista. 2) Si es posible, especialmente para las sociedades más avanzadas de capitalismo de bienestar social. Subsiste el problema en cuanto a la posibilidad de "universalizarla".

II. LA ESTRUCTURA GENERAL DE LA SOCIEDAD; Y EL SENTIDO GENERAL DEL DESARROLLO SOCIAL.

Al estudiar el "desarrollo social", entendido como el conjunto de la sociedad o una determinada dimensión de ella, es importante precisar qué se entiende por "sociedad" (p. 13)*.

Jaguaribe se remonta a las corrientes de pensamiento anteriores y encuentra que, históricamente, se han dado diferentes respuestas: En el pensamiento clásico la sociedad es propia de la naturaleza humana y la justicia era el valor perseguido por la misma; con esta base, surge el concepto de derecho natural. Para el cristianismo, la sociedad también es un hecho natural donde se vincula la idea de justicia y la de autoridad con Dios. Al surgir el Estado Moderno el poder se concibe como expresión de una soberanía autosuficiente y se delinear las concepciones contractualistas de la sociedad: Hobbes, Locke, Rousseau. El liberalismo de J. S. Mill rechaza la teoría del derecho natural y del contrato social, Hegel retoma la crítica de la sociedad civil, y concibe un Estado transclasista a través del cual pueden ser superadas las contradicciones de la sociedad civil; Marx desarrolla críticamente las ideas de Hegel. Comte introduce el positivismo.

El pensamiento liberal de J. S. Mill, la dialéctica de Hegel revisada por Marx, y el positivismo de Comte, constituyen los fundamentos de las ideologías liberales, radicales y conservadoras desde fines del siglo pasado hasta hoy. "Más aún, la lucha crítico-dialéctica y la postura positivista se convierten en el núcleo de los dos grandes modelos de entendimiento de la sociedad —y en principio de la realidad en general— que se confrontan teóricamente en la actualidad: el modelo dialéctico y el funcionalista" (p. 20, 21).

El "desarrollo social", en lo que se refiere a la sociedad global, consiste en la diversificación, complejidad y especialización de los papeles sociales (p. 50). En la sociedad, el subsistema participacional es el sistema en sentido estricto: produce y asigna actores, papeles y status, y establece relaciones jerárquicas

* Los números entre paréntesis corresponden a las páginas del libro objeto de este análisis.

entre ellos; resultando una diferenciación social que no es un proceso arbitrario: el tránsito de la sociedad familiar hacia la diferenciada significó un proceso de desarrollo, que no sólo la dotó de mayor eficacia y funcionalidad, sino que, al mismo tiempo, eliminó la igualdad y la libertad.

Jaguaribe tiene una concepción "evolucionista" de la historia que se muestra claramente cuando examina el proceso de desarrollo social como el tránsito de una sociedad "familiar" donde tenían gran importancia los papeles familiares, y la diferenciación era funcional-generacional, hacia una "diferenciada" en la cual la jerarquización se rigidifica y adquiere sentido de diferenciación de clases (p. 45), convirtiéndose aquella sociedad básicamente igualitaria en una básicamente desigualitaria, compuesta por familias de diferente jerarquía social, independientemente del papel familiar y de la generación a que pertenezcan los individuos¹.

Jaguaribe se pregunta: "¿Hasta qué punto el conflicto entre el desarrollo social global y el desarrollo de la libertad y de la igualdad es un suceso histórico contingente, dependiente de circunstancias casuales o de época o, al contrario, una consecuencia necesaria?" (p. 51). Esto es, el núcleo fundamental de su trabajo consiste en tratar de analizar:

- 1) Hasta qué punto se puede asumir la posibilidad de un desarrollo social global fundado en la libertad e igualdad de los miembros de la sociedad; y
- 2) Hasta qué punto esa posibilidad puede concretarse empíricamente a partir de las condiciones nacionales e internacionales imperantes en el mundo contemporáneo.

1. Es interesante señalar que aun cuando la concepción evolucionista de la historia es una característica del funcionalismo, Engels en "El Origen de la Familia", citado por Ludovico Silva, *TEORIA DE LA IDEOLOGIA*, Ed. Ateneo de Caracas, 1980, p. 152, muestra una concepción semejante al afirmar que "(...) en el marco de este desmembramiento de la sociedad, basada en los lazos de parentesco, la productividad del trabajo aumenta sin cesar, y con ellas se desarrollan la propiedad privada y el cambio, la diferencia de fortuna, la posibilidad de emplear fuerza de trabajo ajena y, con ello, la base de los antagonismos de clase: los nuevos elementos sociales, que en el transcurso de generaciones tratan de adaptar el viejo régimen social a las nuevas condiciones hasta que, por fin, las incompatibilidades entre uno y otro nos lleva a una revolución completa. La sociedad antigua, basada en las uniones gentilicias, salta al aire a consecuencia del choquet de las clases sociales recién formadas; y su lugar la ocupa una nueva sociedad organizada en Estado".

III. MODELOS TEORICOS PARA EL ANALISIS DE LA SOCIEDAD; Y SU APLICACION PRACTICA.

Para dar respuesta a las dos preguntas que constituyen la base de su estudio, Jaguaribe analiza los dos modelos teóricos reconocidos hoy en día como las piezas fundamentales para el análisis científico de la sociedad².

Su análisis se refiere en primera instancia a los modelos "teóricos", como núcleo de conceptos para su entendimiento y luego establece una vinculación con la "praxis" al estudiar los resultados de la aplicación de cada uno de los dos modelos a la realidad social. El autor señala su propósito explícitamente al afirmar en la introducción a la segunda parte del libro que "se destina a una breve eludicación de las perspectivas liberal y marxista (vinculadas, respectivamente, a los modelos funcionalista y dialéctico), consideradas tanto en su formulación teórica como, históricamente, en los intentos de su realización" (p. 55).

Toma el modelo Funcional y lo analiza como modelo teórico, para luego considerar su aplicación a la sociedad capitalista (en sus ejemplos más representativos de la Europa Occidental y de Estados Unidos) establecida a partir de la Revolución Industrial y llegar a la conclusión, como respuesta a sus dos preguntas claves, de que:

1) En el desarrollo del sistema capitalista, hasta hoy, al subrayar la libertad se sacrifica la igualdad; y

2) Es difícil la "universalización" del sistema por la división desigual del producto social que le es inherente: tanto dentro de los países como a nivel internacional (países centrales y periféricos).

A continuación, toma el modelo Dialéctico lo analiza como modelo teórico y luego en su aplicación práctica en la sociedad

2. Ludovico Silva, en la *TEORIA Y PRAXIS DE LA IDEOLOGIA*, Ed. Nuestro Tiempo 1971, p. 96 afirma que "aun en 1971, coexisten, como expresiones de contra puestas situaciones sociales, dos grandes tipos de sociología: la del "modelo del orden" (sociología funcionalista) y la del "modelo del conflicto" (sociología marxista); la primera sirve como justificación ideológica del orden existente en el capitalismo; la segunda, como fuerza de denuncia dentro del mismo capitalismo".

rusa a partir de la revolución de 1917, para llegar a la conclusión, como respuesta a sus dos preguntas claves de que:

1) En la experiencia soviética se eliminaron las grandes diferencias de clase, sin instaurar una sociedad igualitaria: se mantiene una estructura desigual, en un régimen sin libertad política ni personal; y

2) En la sociedad de masas —heterogénea— la preservación de la igualdad exige una enorme reglamentación de la vida social. No se puede dar la libertad a que aspiraba Marx.

Ante esta situación, en la cual ninguno de los dos modelos estudiados puede dar una respuesta satisfactoria a sus dos interrogantes básicos, Jaguaribe afirma que se hace necesaria en la Sociología actual la introducción de un nuevo modelo teórico que conjugue a los dos anteriores: el modelo Funcional-dialéctico, el cual desarrolla como modelo teórico; su realización práctica no puede ser analizada por cuanto se trata de un modelo aún no aplicado, pero Jaguaribe presenta lo que sería una "Sociedad no represiva" como la sociedad que resultaría de la aplicación del Funcionalismo-dialéctico, y que permitiría dar como respuesta a las dos preguntas claves, que:

1) Se puede asumir la posibilidad de un desarrollo social global fundado en la libertad y la igualdad de los miembros de la sociedad, en una "Sociedad no represiva" con: a) regulada superabundancia de bienes; b) ordenación democrática dotada de legitimidad y legalidad; c) una poderosa motivación igualitaria y un ethos social-humanista; y

2) Si es posible concretar empíricamente esa posibilidad a partir de las condiciones imperantes en el mundo contemporáneo, especialmente para las sociedades más avanzadas de capitalismo de bienestar social; aun cuando subsiste el problema en cuanto a la posibilidad de "universalizarla".

Presentado en esta forma, el libro de Helio Jaguaribe muestra una vinculación entre la teoría y la praxis en toda su extensión; esto es, el análisis de la sociedad relacionando la formulación teórica con la realidad histórico-social, lo que implica un

conocimiento profundo de ambas vertientes: la teoría y la historia.

Al análisis de los tres modelos teóricos y de los resultados de su aplicación a la realidad social se dedicaron las páginas siguientes.

III.A. EL FUNCIONALISMO; Y LA SOCIEDAD CAPITALISTA.

1. El Modelo Teórico: el Funcionalismo

El modelo funcional, heredero remoto del pensamiento de Comte, se propone resolver el problema de los factores determinantes del vínculo asociativo y de su vigencia y estabilidad en la sociedad, a partir de la coparticipación de sus miembros en un sistema común de valores (p. 21).

Se puede señalar la influencia de corrientes de pensamientos anteriores; Jaguaribe señala las más cercanas: en el siglo XVIII se instituyó la razón como árbitro supremo de la verdad, la obra de Locke constituyó el marco teórico básico de la filosofía liberal (empirismo racional), sustituido posteriormente por el utilitarismo de Bentham y el liberalismo absoluto de J. S. Mill (pp. 55-60). Entre los representantes importantes del Funcionalismo señala a Malinowski, Parsons y Kingsley Davis.

El Funcionalismo es una teoría "formal" cuyos conceptos centrales son conceptos abstractos, no tienen contenido histórico-social³ y, por tanto, histórica en el sentido de que puede ser aplicada a cualquier sociedad y en cualquier momento histórico.

Se fundamenta en las siguientes ideas: 1) La tesis de la interdependencia armónica y funcional de los subsistemas, en el nivel del sistema social y de éste con los sistemas cultural y de la personalidad por motivos de carácter macro-funcional (pp. 29, 30).

3. Apuntes tomados en las clases dictadas por J. A. Silva Michelena sobre "Metodología de la Investigación en Ciencias Sociales" en el CENDES, entre enero y abril de 1983.

La explicación funcionalista considera que es el consenso en el plano de los valores lo que da legitimidad a la vida social. Por tanto, es una teoría que considera a la sociedad como un sistema en equilibrio, donde cualquier desviación producida por tensiones generadas internamente, tiende a ser reducida por variables homeostáticas que conducen a restaurar el equilibrio⁴; esto es, la explicación funcionalista busca estructuras estables, y frente al cambio social acepta "modificaciones" o "reformas" de la estructura social, pero no "transformaciones" totales.

2. Aplicación práctica: la Sociedad Capitalista

El modelo funcional se aplica a la realidad social en la sociedad capitalista, que surgió como producto de la interrelación entre la filosofía liberal y las exigencias empíricas del capitalismo pre-industrial.

El proceso de revolución industrial, con el desarrollo técnico y el creciente control mecánico-energético de la naturaleza, implicó un aumento constante en las inversiones y en la capacidad productiva, así como una fuerte concentración de la riqueza. Condujo a: 1) La expoliación de la clase obrera y el superenriquecimiento de los capitalistas; 2) La creciente incapacidad de regulación de la economía mundial por medio de los mecanismos de mercado; y 3) El creciente deterioro económico-social de los países del Tercer Mundo, con relación a los países centrales (pp. 61, 62).

Se presenta una contradicción entre la teoría y la praxis al analizar la sociedad capitalista, pues Jaguaribe señala que el proceso histórico del capitalismo ha desmentido tanto la teoría funcional del autoequilibrio por medio del mercado, como la tesis marxista de la autodestrucción por sus contradicciones internas (p. 68). Desde el punto de vista metodológico se considera que "una teoría es eficaz en la medida en que sus predicciones se comprueban en la práctica"⁵, en este caso concreto, ambas teorías fracasaron en sus predicciones.

El capitalismo ha mostrado una gran "adaptabilidad": las características centrales del sistema "se revelaron compatibles

4. Idem.

5. Idem.

con distintos modelos socio-políticos" (p. 68); y se modificaron sustancialmente convirtiéndolo en algo diverso, aunque derivado, del modelo ideal a que corresponden sus características originales. Ese proceso de transformación presenta tres etapas claramente diferenciadas:

- 1) La del capitalismo competitivo, de tendencia liberal, que subsiste hasta la depresión de 1930;
- 2) La del capitalismo dirigista, que se desarrolla hasta la segunda guerra mundial;
- 3) La del capitalismo contemporáneo, caracterizado en los países centrales por el "welfare state" y, en el mundo en general, por el predominio de las transnacionales.

Estas etapas corresponden a tres "período históricos", considerado cada uno de ellos como "aquel en el cual un conjunto de pequeños cambios en una estructura llega a un punto tal en el cual una nueva vuelta en la espiral no puede darse sobre la misma base y es necesario cambiarla"⁶.

El capitalismo contemporáneo se justifica actualmente en función de argumentaciones relativas a:

- 1) Su mayor eficiencia en el plano económico;
- 2) Su condición de soporte necesario para las libertades individuales, y para el funcionamiento estable de la democracia;
- 3) Su aptitud para corregir, a través del "welfare state", los desequilibrios y las injusticias que se generan en el plano social (p. 107).

Los problemas que suscita consisten fundamentalmente en lo procedente, o no, de esas argumentaciones; y en determinar la medida en que puede, efectivamente, ser implantado en todas las sociedades que deseen participar de tales beneficios.

La justificación del sistema fundada en la eficiencia económica, cuyos elementos determinantes son los relativos a la

6. Idem.

administración de las empresas, a los estímulos y a la disciplina del trabajo, y a los mecanismos del mercado; "pueden, en principio, ser asegurados por regímenes sociales distintos del capitalista" (p. 110).

El argumento de que el capitalismo constituye un soporte necesario para la democracia tiene a su favor importantes razones. La democracia requiere de un mínimo de difusión del poder, y de un contrapeso al poder del Estado logrado a través de la diferenciación de varias categorías institucionales de la sociedad global: de un lado el Estado, de otro, las asociaciones patronales, los sindicatos, las diversas agencias e instancias de la sociedad civil (universidades, iglesias, asociaciones voluntarias); así como los elementos de control que sobre el Ejecutivo mantienen los otros dos poderes. Lo que opera como factor favorable a la democracia, en el capitalismo contemporáneo, es la diversificación de instituciones independientes, estatales y no estatales. "Tal diferenciación no implica, analíticamente, la necesidad del régimen capitalista, en tanto que es compatible, en principio con otros regímenes" (p. 111).

En relación a la aptitud para corregir los desequilibrios y las injusticias: el Estado de bienestar social no puede ser concebido sin que, previamente, se aseguren condiciones de alta productividad capaces de proporcionar un elevado nivel de vida para toda la población; pues es exitoso cuando incorpora a niveles razonables de vida a la gran mayoría de la población, y cuando conquista a esa mayoría para la sustentación del sistema, en términos que superan, aun cuando no anulan, los conflictos de clase. Sin embargo, acusa deficiencias que, sólo marginalmente, son corregibles por adicionales esfuerzos administrativos y financieros.

De todas las justificaciones del capitalismo contemporáneo la más débil es la que se refiere a la posibilidad de universalización del sistema. Su mayor limitación consiste en la oposición entre países centrales y periféricos, en dos aspectos fundamentales:

- 1) En términos histórico-económicos: las relaciones de intercambio entre ellos, así como la forma de expansión de la economía mundial condujo a la división del trabajo internacio-

nal en la cual los países centrales se dedican a la producción industrial y los periféricos se especializan en una economía primario-exportadora;

2) En términos socio-políticos: las élites periféricas se hicieron dependientes (cultural, económica y políticamente) de las élites centrales, lo que originó formas disfuncionales de conducta con sus propias masas, preservando la sociedad tradicional y la impotencia reivindicativa de las masas.

Es imposible la universalización de los beneficios del capitalismo contemporáneo para el conjunto del mundo, pues es un sistema al cual le es inherente el principio de la división desigual del producto social, con la acumulación de la riqueza en cierta clase y ciertos países, en detrimento de los demás.

En el resumen que se acaba de presentar Jaguaribe utiliza el método funcional al hacer el análisis, tal como se puede observar concretamente en los siguientes puntos:

- 1) Utiliza conceptos "abstractos", propios de la teoría "formal", al hablar de las "élites" y las "masas".
- 2) Tiene una concepción "abstracta" de la realidad, al concebirla en términos de "sociedad global".
- 3) Muestra una concepción evolutiva de la sociedad, al referirse a la "tradicional" como una etapa anterior en el desarrollo evolutivo hacia una "moderna"⁷.
- 4) Habla de formas "disfuncionales" de conducta.

III.B. LA DIALECTICA; Y LA SOCIEDAD MARXISTA

1. El Modelo Teórico: la Dialéctica

El modelo dialéctico parte del supuesto de que es el conflicto, y no el consenso, la realidad última de la vida social: la reglamentación es producto de la coerción, y las estructuras son

7. Véase supra el sentido general del desarrollo social.

determinadas por la situación de los grupos en la sociedad, no por valores (p. 22).

Aun cuando se puede señalar la influencia de corrientes de pensamiento anteriores, Jaguaribe se concreta a señalar como determinantes a Hegel y, fundamentalmente a Marx cuya obra individual, así como la realizada en colaboración con Engels, es consideradas como la fuente principal de este modelo teórico.

Los representantes más importantes del método dialéctico se encuentran entre los marxistas, aun cuando "el entendimiento de la ordenación social en términos de conflicto y coerción, y no de consenso fundado en valores comunes, también es formulado por varios autores dentro de líneas conceptuales no dependientes de la interpretación materialista histórica de Marx" (p. 21); entre ellos están los darwinistas sociales, y John Rex.

Las líneas centrales son: 1) Una concepción epistemológica-ontológica; 2) Una concepción antropológica; 3) Una interpretación histórico-sociológica de la sociedad; y 4) Una teoría de la historia (p. 30).

La Dialéctica es un método "histórico-estructural" en el cual el concepto mismo tiene contenido histórico y ubica, estructuralmente a la teoría dentro de ese concepto histórico⁸. Es un método en el cual la teoría y la práctica están estrechamente unidas: los conceptos surgen con la praxis, la realidad es "concreta", es la totalidad⁹.

Jaguaribe afirma que "el socialismo, tanto el marxista como los demás, es una teoría que precede a su práctica y pretende determinarla" (p. 119), pues la teoría de Marx es una reflexión crítica sobre el capitalismo, que produjo una nueva concepción de sociedad la cual más tarde fue implantada en Rusia a través de un proceso revolucionario. En principio esta afirmación del autor implica una contradicción con el propio paradigma metodológico dialéctico que sustenta que las ideas surgen del contexto histórico, no lo preceden¹⁰.

8. Apuntes tomados en las clases sobre "Metodología...", cit.

9. Karel Kosik en la DIALECTICA DE LO CONCRETO, Ed. Grijalbo, 1967, p. 61, afirma que "El principio metodológico de la investigación dialéctica de la realidad social es el punto de vista de la realidad concreta, que ante todo significa que cada fenómeno pueda ser comprendido como elemento del todo".

10. Véase Ludovico Silva, TEORIA DE LA IDEOLOGIA, cit, pp. 139-144; y en el

Jaguaribe considera que de allí deriva la dificultad para establecer la validez teórica del modelo en términos metodológicamente rigurosos de confirmabilidad-falsificabilidad y no sería suficiente para su evaluación crítica la comparación entre las teorías de Marx y el proceso soviético, de donde resulta necesario analizar:

- 1) El modelo como sistema teórico: las tesis de Marx;
- 2) La teoría de su implantación práctica: la estrategia revolucionaria de Lenin;
- 3) Los resultados a que condujo la experiencia soviética: las políticas de Stalin (p. 120).

En su crítica al capitalismo, Marx distingue cuatro tipos básicos de enajenación, siendo la socio-económica la más importante pues permite desarrollar la teoría de la plusvalía, y establecer la teoría de la revolución para el cambio de los sistemas sociales. En el método dialéctico el cambio social es visto como el proceso que conduce a la resolución de los conflictos o través de una revolución que lleva a la "transformación" de la estructura existente.

La sociedad post-capitalista se caracteriza, filosóficamente, por la abolición de la propiedad privada, de la autoenajenación y la apropiación real de la naturaleza humana a través del hombre y para el hombre. Es la resolución definitiva de los antagonismos.

Se parte de las siguientes ideas:

- 1) La especie humana es naturalmente comunitaria y cooperativa;
- 2) La enajenación del hombre es el resultado de las formas enajenadas de la división social del trabajo;

mismo sentido, Göran Therborn, "La Clase obrera y el nacimiento del marxismo", en IDEOLOGIA Y LUCHA DE CLASES, Ed. Anagrama, 1974, p. 8, donde señala que "la lucha de clases proletaria precedió a la teoría socialista revolucionaria, e hizo posible que ésta emergiera".

3) A partir de la superación de las relaciones de producción del capitalismo maduro, por el propio progreso de las fuerzas productivas (con la intervención de un proceso revolucionario) se llega necesariamente a,

- 4) Una sociedad no enajenada.

Marx no proyectó la sociedad post-capitalista pues "sólo podría ser concebida después de derrocada la sociedad burguesa" (p. 11). Al analizar esta afirmación dentro del método dialéctico se comprende que Marx no podía hacerlo, pues sería una contradicción metodológica: dentro de esta corriente teórica no son posibles las "utopías abstractas", sin base en la realidad, sino solamente las "utopías concretas" basadas en una situación real. Ludovico Silva, en un estudio sobre la ideología al referirse a la utopía concreta dice que: "dotada de una ciencia revolucionaria, es un enorme potencial si trasciende la realidad, negándola primero violentamente en toda su extensión y amplitud, y en sus más recónditas estructuras, y posteriormente luchando para imponer un distinto orden de cosas"¹¹.

Por vía negativa, la crítica del capitalismo sugiere algunas de las afirmaciones (formuladas de modo filosófico) sobre la sociedad futura. Marx no llegó a conocer la sociedad de masas, pero suponía que así sería la sociedad futura; y suponía que sería posible, combinando la creciente productividad del capitalismo con la apropiada capacidad distributiva de la futura sociedad socialista, asegurar a todos los hombres un alto nivel de vida a cambio de un moderado esfuerzo por parte de cada uno de ellos.

De lo que Marx no se dio cuenta fue de la medida en que se agudizaría el conflicto entre la igualdad y la libertad en esa sociedad de masas, aun con la supresión de las formas enajenantes de la división social del trabajo. En las sociedades de masas de nuestros días, "donde se harán sentir por mucho tiempo los efectos heterogeneizantes de la forma por la cual se propagó mundialmente el capitalismo y el progreso técnico, la restauración y preservación de una igualdad básica entre los ciudadanos exigirá una enorme reglamentación de la vida social. La forma

11. Ludovico Silva, TEORIA Y PRAXIS DE LA IDEOLOGIA, cit. pág. 105.

de libertad compatible con tal sociedad será, evidentemente, del tipo previsto por Schumpeter y no podrá tener nada en común con la libertad casi idílica a que aspiraba Marx" (p. 134).

2. *Aplicación práctica: la Sociedad Marxista*

La aplicación en la práctica del modelo dialéctico lo analiza Jaguaribe en la sociedad soviética a partir de la revolución de 1917.

Lenin fue un hombre de acción que justificó su actividad ajustándola a las ideas de Marx; y cuyo gran problema fue justificar la existencia de las condiciones necesarias para que la revolución socialista fuera posible en Rusia (p. 93).

La revolución rusa, en el largo proceso dirigido hacia la consolidación del poder y de la legitimidad del régimen, "fue conducida a la doble sacralización de Marx y Lenin. Marx (y Engels) como el insuperable fundamento científico de la teoría, y Lenin, como la genial aplicación de ésta a las condiciones rusas y contemporáneas" (p. 140).

Después de Lenin, se concentró en torno a Stalin la crítica de la praxis revolucionaria; su "principado" conserva una coherencia con la tradición leninista: la tesis sobre el eslabón más débil desembocó en la doctrina staliniana del socialismo en un solo país; la tesis de la revolución ininterrumpida encontró su continuación necesaria en el desarrollo tecnocrático de la capacidad productiva a través de los planes quinquenales; la colectivización forzada de la agricultura fue la estrategia posible para terminar, a corto plazo, con la privatización de la economía agraria; y la dictadura del partido sobre la sociedad, y del secretario general sobre el partido, fue el inevitable corolario de la teoría y de la práctica leninistas del partido.

Los resultados de la experiencia soviética son sumamente complejos; comprenderla significa analizar su evolución histórica, en la cual se pueden distinguir tres períodos principales:

- 1) El comunismo de guerra: 1917-1921;
- 2) El período de la Nueva Política Económica (NEP): 1921-1928;

3) El período de los Planes Quinquenales, iniciado en 1928, compuesto de cuatro fases: a) Los primeros planes quinquenales; b) La guerra (1941-44); c) La stalinista (1945-53); y d) La post-stalinista (a partir de 1953) (p. 98).

Al analizar la aplicación práctica del modelo dialéctico, Jaguaribe señala tres "períodos históricos", en la misma forma en que señaló otros tres "períodos históricos" en el análisis de la aplicación práctica del modelo funcional¹².

¿Qué sociedad resultó de una revolución tan operacionalizada, tanto en su teoría como en su praxis? Se lograron éxitos en la agricultura y en ciertas dimensiones del sistema productivo; en el campo de las ciencias exactas y de sus aplicaciones técnicas; en el plano social y cultural, los resultados no satisficieron las esperanzas: eliminó la forma abyecta de la miseria, y las grandes diferencias de clase, pero no logró instaurar una sociedad básicamente igualitaria. En efecto, hay notorias diferencias entre los sectores rurales y urbanos, entre nacionalidades y regiones; la sociedad está dividida en tres clases, en términos de remuneración material, de status y de oportunidades: la baja (la de los trabajadores manuales), la media (la de los administradores y técnicos) y la alta (la de los dirigentes políticos e intelectuales), y, "a cambio de esa estructuración social, aún tan desigual, el pueblo soviético continúa pagando el precio de una regimentación burocrático-totalitaria que lo priva de la libertad política y personal" (p. 142).

Jagaribe afirma que "cerca de tres cuartos de siglo después de una revolución de declarada inspiración marxista, fundada en el propósito básico de la desenajenación social del hombre, la Unión Soviética aún no ha conseguido hacer compatible el poder de la élite dirigente con la libre manifestación de la voluntad popular, ni ajustar, de forma no coercitiva, lo individual a lo social" (p. 103).

12. Véase supra, III.A., "la definición de "períodos históricos".

III.C. EL FUNCIONALISMO-DIALECTICO; Y LA SOCIEDAD NO REPRESIVA.

1. El Modelo Teórico: el Funcionalismo-dialéctico

Jaguaribe afirma que "la teoría social contemporánea se percata, en forma cada vez más clara, de la insuficiencia explicativa de los modelos puramente funcionales o dialécticos. Ninguno de los cuatro subsistemas de la sociedad es inherentemente estructural o superestructural" (p. 155)¹³, por lo que se hace necesario un nuevo modelo teórico explicativo de la ordenación social, que represente una síntesis entre lo funcional y lo dialéctico: el FUNCIONALISMO-DIALÉCTICO, que contiene los elementos positivos de los modelos de consenso y de conflicto, sin las limitaciones de cada uno de ellos (p. 24), y pretende conjugar el análisis estático y dinámico que de la sociedad hace el funcionalismo, con el análisis evolutivo que de ella hace la dialéctica.

Es un modelo teórico emergente, los primeros intentos expresos de su formulación datan de los últimos años, y sus antecedentes teóricos son los modelos Funcional y Dialéctico que fueron estudiados en los puntos anteriores de este capítulo.

Entre sus representantes importantes se encuentran Schumpeter, Gurvitch y Helio Jaguaribe, quien propone su formulación como modelo teórico para el análisis de la sociedad, en su libro "Sociedad, Cambio y Sistema Político"¹⁴, y nuevamente en su último libro, motivo del presente trabajo.

Las líneas centrales del Funcionalismo-dialéctico son (pp. 35-36):

1) El entendimiento de la sociedad como forma y unidad básicas de la vida humana asociativa, constituyendo una asociación natural funcional;

2) La diferencia analítica y empírica entre la autoridad autovalidada, de carácter consensual, y la autoridad institucionalizada, de carácter coercitiva;

3) La interdependencia circular de los subsistemas entre sí; y la negociación de que uno de los subsistemas tenga un carácter estructural y otros no, ninguno de los subsistemas es, en sí mismo, necesariamente estructural o superestructural.

Del funcionalismo acepta el carácter básicamente funcional de la ordenación de la sociedad, en la medida en que el origen y fundamento de la sociedad tienen carácter consensual; pero niega que un consenso valorativo sea el fundamento de la ordenación social en las sociedades estructuralmente diferenciadas.

De la dialéctica acepta el carácter básicamente coercitivo y conflictivo de las formas institucionalizadas de autoridad y de las sociedades correspondientes; pero niega que las fuerzas de producción determinen las relaciones de producción (que el sistema económico sea determinante de los demás).

Desde la perspectiva funcional-dialéctica "la sociedad queda situada en el ámbito de la realidad humana, como un sistema de interacción a través de papeles sociales bajo la égida de una civilización dada en el nivel suprasocietal; y comprendiendo un conjunto de actores que desempeñen los diferentes papeles y constituyen en el nivel infrasocietal, los seres humanos (p. 38).

La totalidad de los papeles sociales corresponde a cuatro macrofunciones, que producen "valuables" expresados y medidos a través de un medio propio (cultura, status, poder, dinero), y de un quinto medio, la influencia (aquello que posee quien tiene algo), que expresa la intercambiabilidad de los otros cuatro.

El carácter naturalmente funcional de la sociedad se refleja "en la interdependencia de las relaciones de insumo-producto que se manifiesta entre los subsistemas a pesar de los elementos coercitivo-conflictuales que caracterizan las formas diferenciadas de sociedad" (p. 43). Por otra parte, a causa de las bases coercitivas sobre las cuales se asienta el orden social de las sociedades diferenciadas, el principio de congruencia (que regula la compatibilidad de los regímenes de los subsistemas entre sí) se asienta sobre la imposición por el subsistema político (en forma coercitiva) de los regímenes de valores, de participación, de propiedad, y de poder, que integran en conjunto el régimen social.

13. Se refiere a los subsistemas económico, político, social y cultural.

14. Helio Jaguaribe, SOCIEDAD, CAMBIO Y SISTEMA POLITICO, Ed. Paidós, 1972, especialmente los capítulos 1 y 4.

El Funcionalismo-dialéctico puede ser considerado como una teoría "formal", tal como lo es el modelo funcional; pero al mismo tiempo, tiene un carácter "histórico-estructural" pues ubica la teoría dentro de una realidad concreta, tal como lo hace el modelo dialéctico.

El nuevo modelo teórico pretende resolver los conflictos sociales, tomando una posición intermedia entre el funcionalismo que trata de minimizarlos, y la dialéctica que trata de maximizarlos. De allí que frente al cambio social no asume la conservación del status quo, como lo hace el funcionalismo dentro de su esquema básico de conservación del equilibrio social; ni la posición del cambio revolucionario propuesta por la dialéctica como solución a los conflictos sociales. El Funcionalismo-dialéctico propone una solución "reformista" de la realidad social que se traduce concretamente en la "Sociedad no represiva".

De la misma manera, al analizar la autoridad, la conclusión de las líneas de análisis Funcional y Dialéctico conduce a un entendimiento Funcional-dialéctico en el cual la autoridad, como fenómeno social, tiene origen y fundamento funcional, resultante de la necesidad de coordinación de la acción colectiva a través de comandos que aseguren la atención de los intereses comunes. Más aún, la necesidad de institucionalización de la autoridad genera un correspondiente privilegio de su titular y suscita, dialécticamente, una división social del trabajo estructurada en clases y una preservación coercitiva de los privilegios (p. 26).

El modelo teórico Funcionalista-dialéctico aún no ha sido aplicado. Jaguaribe propone como su manifestación en la práctica la "Sociedad no represiva", la cual aparece en este momento como un modelo ideal de organización, que podría ser considerado como una "utopía abstracta", esto es, una formulación que no sale del proceso dinámico, se construye hacia el futuro sin una base en la realidad¹⁵.

Jaguaribe parte de un concepto de totalidad funcional de la sociedad al plantearse como el problema básico del desarrollo social la tendencia, susceptible de observación empírica, a establecer una contradicción entre las dos dimensiones del proceso: la global, que conduce a la diversificación, complicación y es-

15. Apuntes tomados en las clases sobre "Metodología...", cit.

pecialización de los papeles sociales, incrementando la eficiencia general de la sociedad; y la dimensión que se refiere al régimen de participación de los individuos, y que concierne a las relaciones entre cada uno de ellos y sus papeles sociales, definiendo las formas y los grados de libertad y de igualdad de cada uno (p. 143).

Utiliza en su argumentación conceptos "abstractos", propios de toda teoría "formal": los conceptos de "élite", "estratificación social", "viabilidad nacional", y "permisibilidad internacional" son claves en el análisis, tal como se demuestra a continuación:

La desigualdad, en el interior de una sociedad, es un fenómeno que obedece fundamentalmente a dos factores: 1) económico: la formación de excedentes y su apropiación por parte de la "élite", en virtud de la "estratificación social" existente; y 2) político: la formación de una "élite" que se apropia del poder y sanciona el orden social que asegura la apropiación de los excedentes por la élite económica. La cuestión es determinar "si es posible establecer, de forma no aleatoria, un régimen no expropiativo de la apropiación de los excedentes económicos y, correlativamente, un régimen no privilegiante del ejercicio del poder" (p. 145).

Un país, para poder realizar un desarrollo social exitoso, tiene que considerar otra vertiente externa a la sociedad, referida a sus relaciones: a) Con su ambiente natural, en función de su "viabilidad nacional" determinada por la relación entre los recursos humanos y los naturales, dada una tecnología disponible, en un determinado momento histórico¹⁶. La "viabilidad nacional" se presenta como una condición previa para la posibilidad de realización del desarrollo siempre que el sistema internacional no presente condiciones suficientes de apoyo y solidaridad que compensen satisfactoriamente los déficits de viabi-

16. El concepto de "viabilidad nacional" fue definido por Jaguaribe varios años antes en su obra DESARROLLO POLITICO: SENTIDO Y CONDICIONES, Ed. Paidós, 1972, en las páginas 167 a 174, como una de las condiciones (la que aparece en primer lugar, p. 166: "existencia, en determinado momento, en función de las exigencias tecnológicas de la época, y de la capacidad política de que dispone la sociedad en cuestión, de suficientes recursos humanos y naturales para permitir el desarrollo nacional autónomo y básicamente endógeno de dicha sociedad") del desarrollo político.

lidad propia; y b) Con otras sociedades, debe disponer de suficiente "permisibilidad internacional": la autonomía necesaria para adoptar las políticas y medidas que necesite para la realización de su pleno desarrollo social y general, sin intervenciones externas inhibitorias (p. 146).

Si una sociedad dispone de "viabilidad nacional" y de "permisibilidad internacional", el problema con que se enfrenta para instaurar y preservar una igualdad básica para sus miembros, asociada a una amplia libertad pública y privada, consiste en evitar que en ella se forme el proceso de causalidad circular entre la "estratificación social" y la apropiación del excedente económico y de formas privilegiadas del poder político por las "élites".

2. Aplicación práctica: la Sociedad no represiva

a. Elementos

Jaguaribe propone como solución para lograr el desarrollo social dentro de un marco fundado en la libertad e igualdad de los miembros de la sociedad, la SOCIEDAD NO REPRESIVA: un modelo ideal de organización en el que se destacan tres elementos:

1) La indiferencia a la acumulación de bienes: ¿en qué condiciones el excedente económico puede ser objeto de una distribución social equitativa y básicamente igualitaria? Hay dos posibilidades: a) Los miembros de la sociedad, por ascetismo, manifiestan indiferencia a la adquisición de bienes. Esta situación se reveló históricamente poco realizable: los ejemplos se asocian a formas autoritarias y antilibertarias de organización social, en un sistema militarizado orientado a la represión interna y a la agresión externa, como fue el caso de Esparta; y en los casos de ascetismo religioso, el calvinismo y el puritanismo con el tiempo fue sustituido por un creciente espíritu de acumulación y de ganancia que hizo posible la aparición del capitalismo moderno¹⁷; b) Hay tal abundancia de bienes que todos los miembros de la sociedad disponen de facilidades ilimitadas para atender la demanda. No hay ejemplos históricos: esta hi-

17. Véase Max Weber, LA ETICA PROTESTANTE Y EL ESPIRITU DEL CAPITALISMO, Ed. Península 1979.

pótesis sólo teóricamente puede ser vista en su forma "pura". En la realidad es necesario tomar en cuenta la inviabilidad de una ordenación básicamente igualitaria de la sociedad sólo a través de una amplísima oferta de bienes: pues un ilimitado consumismo de todos no sería fácil de atender por ningún tipo de economía. Además, la simple superabundancia de bienes, aun en el caso de una disciplina moderadora del consumismo, no necesariamente implica una ordenación igualitaria de la sociedad; para que lo logre se necesita que operen en la misma dirección intereses situacionales mayoritarios e importantes incentivos morales;

2) La indiferencia a la acumulación de poder: ¿en qué condiciones el poder político puede ser reducido a una administración básicamente consensual y expurgado de correlativos privilegiados y de voluntarismos caprichosos? Tiene dos aspectos: a) Se refiere a los intereses situacionales del círculo dirigente en función de los intereses de clase. En una sociedad de clases, no es viable una postura de indiferencia ante la acumulación de poder, pues él determina el logro de los intereses. En la hipótesis de una sociedad básicamente igualitaria, fundada en condiciones que aseguren al mismo tiempo la superabundancia de bienes, una razonable disciplina de consumo y una positiva y efectiva motivación para la preservación del proyecto igualitario, la detentación del poder perderá las funciones de arbitraje entre las clases (p. 150); b) Se refiere a la conducta individual de las personas que detentan el poder: lo que está en juego es la equiparación entre la libertad de los gobernantes y de los gobernados. Esto implica por una parte la titularidad de la autoridad, que se obtiene por delegación popular; y por la otra, la forma cómo el ejercicio del poder legítimo puede ser compatible con la libertad de los gobernados, que se mantiene a través de la ley y de los mecanismos administrativos, judiciales y parlamentarios que ella establece mediante los cuales pueden ser reparados los actos de la autoridad no conformes a su reglamentación o atentatorios a los derechos individuales¹⁸.

18. Con toda claridad Jaguaribe se está refiriendo al tipo de dominación "legal" descrito por Max Weber en ECONOMIA Y SOCIEDAD, Ed. F.C.E., México, 1964, Tomo I, p. 172.

La legitimidad y la legalidad del poder, requisitos para lograr la indiferencia ante su acumulación, son tanto más realizables cuanto más igualitaria sea la sociedad; razón por la cual no son usualmente preservadas en la gran mayoría de los países contemporáneos. Las excepciones, históricas y actuales, son importantes: demuestran la viabilidad empírica de hacer compatible el poder político con la libertad colectiva e individual de los ciudadanos. Además, demuestran que un grado bastante elevado de legitimidad (es una conquista casi totalmente generalizada) y de legalidad políticas pueden ser alcanzados antes de haberse implantado una sociedad básicamente igualitaria (p. 152). La legalidad adopta formas más sutiles que entrañan una constante búsqueda del consenso, una particular atención a los intereses de las minorías y un apreciable grado de disminución de los privilegios y desacralización de la autoridad política.

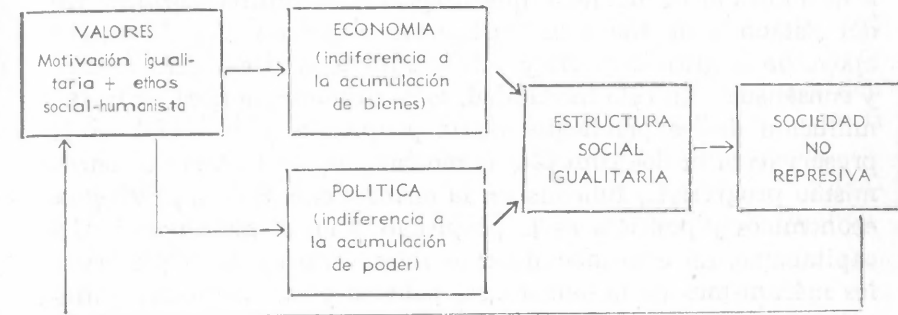
En la medida en que el poder se democratiza, en ambos sentidos de legitimidad y legalidad, se incrementa en la sociedad la indiferencia hacia su acumulación, pues "el poder se convierte en una objetiva gestión de intereses colectivos y en una vocación de servicio público (p. 152).

3) La motivación igualitaria y el ethos social-humanista: además de una motivación genérica para la realización de formas no enajenadas de autorrealización de las potencialidades humanas, se hace necesario una específica para la instauración y preservación de una sociedad igualitaria y libre. Incluye dos aspectos: a) Los intereses situacionales de clases, grupos y sectores de una sociedad estratificada (en las de capitalismo avanzado, las grandes mayorías manifiestan interés en una reforma social hacia la disminución de los privilegios del capital privado; Marx puso en la clase proletaria la fuerza susceptible de cambiar la sociedad); b) Las pautas valorativas e ideológicas que prevalecen entre los diversos sectores de la sociedad (en la sociedad contemporánea se acentúan los valores igualitarios, predomina el sentimiento de justicia distributiva, el concepto de equidad, y una nueva demanda de un humanismo de carácter social preocupado por la generalización de condiciones mínimas de bienestar para todos los hombres y todos los pueblos).

"La combinación, intercondicionada, de los intereses situacionales de las grandes mayorías (que aspiran a la superación

de los privilegios de la propiedad privada) con el nuevo ethos social-humanista (y nuevo énfasis en los valores de la igualdad y la libertad) constituyen una poderosa motivación para el encaminamiento de los países más desarrollados en dirección a una sociedad no represiva" (p. 156).

Una "Sociedad no represiva", en la cual se dan los tres elementos señalados anteriormente, podría ser vista conforme al siguiente esquema funcional:



Los valores —la motivación igualitaria y el ethos social-humanista— constituyen el elemento "causal": sin ellos no se obtendrán las características económicas y políticas (indiferencia ante la acumulación de bienes y de poder) propias de una estructura social "igualitaria" que permitan la instauración de una "Sociedad no represiva". Esta, al funcionar adecuadamente, reforzará la causal axiológica (los valores); de este modo, se mantendrá el tipo de sociedad establecido.

b. Cambio social requerido para su instauración

La instauración de una "Sociedad no represiva", esto es, el cambio social necesario para lograrla tiene dos componentes básicos: a) Condiciones posibilitadoras necesarias, que deben materializarse: 1, 2) Una democracia estable, de alto grado de legitimidad y legalidad; 3) Una importante motivación social-humanista basada en los intereses situacionales de las mayorías, que anime movimientos ideológicos y políticos que aspiren a formas igualitarias y libres de organización social; y b) La voluntad de instaurarla, aun cuando "la sociedad no represiva no puede ser

instaurada por decisión meramente voluntarista, aunque sea adoptada, democráticamente, por grandes mayorías. Menos posible todavía es llegar a ese tipo de sociedad mediante una exitosa conspiración de minorías activistas" (p. 160).

c. *Vías de transición*

Hay dos vías de transición hacia la "Sociedad no represiva": a) La vía del socialismo democrático, fundada en la supresión de la propiedad privada de los medios de producción, unida a la adopción de medidas que aseguren el control democrático del Estado y de todas las instituciones sociales. Con el activo apoyo de la gran mayoría y a través de un proceso democrático y consensual. En esta modalidad, lo relativamente fácil es la disminución de los privilegios de la propiedad, y lo difícil es la preservación de los controles democráticos; b) La vía del reformismo progresista, fundada en la disminución de los privilegios económicos y políticos de la propiedad y en la socialización del capitalismo. En esta modalidad es relativamente fácil preservar los mecanismos de la democracia política y las libertades públicas y privadas, pero la mayor dificultad consiste en reducir los privilegios de la propiedad privada, sin extinguirla totalmente. Requiere, junto con la minimización del poder de la decisión de los accionistas, una importante participación de los trabajadores en la administración de las empresas, una importante intervención reguladora y mediadora del Estado, y una no menos importante contribución de entidades técnicas representativas de productores y de consumidores.

d. *Características*

La "Sociedad no represiva" se caracteriza por:

1) Igualdad básica entre sus miembros: implica una condición societaria donde la remuneración y el status de todas las funciones sociales se sitúen en torno al mismo patrón básico que permita, material y psicosocialmente, la satisfacción de las necesidades primordiales de todos sus miembros y un amplio margen de la de las necesidades menos esenciales de cada uno.

Lograrlo implica un alto nivel de productividad, basado en un elevado nivel de tecnología y de eficiencia que permita minimizar las horas de trabajo y el tiempo de servicio activo.

Para preservar la igualdad será necesario que los incentivos materiales constituyan compensaciones para los servicios menos atractivos (puramente manuales) y que los incentivos morales constituyan compensaciones al desempeño de funciones que requieran excelencia personal y esfuerzo intelectual (producción artística y científica, servicios de administración colectiva).

2) Amplia libertad colectiva y privada, incorporando en forma perfeccionada todas las formas heredadas del liberalismo, añadiéndoles los modalidades sociales que el capitalismo no logró realizar en virtud del privilegio de la propiedad: nuevas formas de relación entre el trabajador y la empresa, que den plena oportunidad al ejercicio de la autoadministración (y otras formas de participación obrera) sin perjuicio de los apropiados controles técnico-gerenciales para la buena marcha de las empresas y de la plena atención, por cada quien, de sus finalidades sociales.

3) Completa igualdad de las relaciones entre el hombre y el medio ambiente: establecer nuevas formas de hacer compatibles los objetivos de maximización de la producción de bienes con la total preservación del equilibrio ecológico e igualar la relación entre el hombre y el espacio, urbano y rural.

e. *Viabilidad teórica y empírica*

Es necesario que se instauren condiciones internas que conduzcan a una gran indiferencia hacia la acumulación de bienes y de poder, y que actúe una poderosa motivación fundada tanto en los intereses situacionales como en un ethos y una ideología orientados hacia los valores de igualdad y de libertad. Además, la sociedad debe disponer de suficiente viabilidad nacional y del mínimo de permisibilidad internacional indispensable para evitar ingerencias externas.

Al analizar la posibilidad de la "Sociedad no represiva" en el mundo actual se deben considerar los tres elementos claves en forma separada: (p. 156).

1) En ninguna sociedad contemporánea se verifica una indiferencia a la acumulación de bienes: las economías más avan-

zadas están en la posibilidad de atender en forma generalizada las necesidades básicas y las demandas menos esenciales; pero hay tres restricciones: a) Político-social: derivada del sistema de distribución del producto y de fijación de precios; b) Técnica: presión sobre los recursos naturales; c) La imposibilidad de extender a todos los pueblos los altos niveles de consumo de las sociedades centrales: es la más seria y, probablemente, insuperable. Sin embargo, no afecta la viabilidad de la "Sociedad no represiva", sino su universalización.

2) Aún no existen sociedades donde se verifique una generalizada indiferencia a la acumulación de poder. Sin embargo, existen sistemas políticos legítimos y legales; y hay un notorio incremento de indiferencia política en las mayorías de clase media de democracia ideológicamente tranquilas. Esto confirma la viabilidad empírica de la "Sociedad no represiva".

3) En las sociedades centrales se observa con claridad el tercer elemento del modelo, referente a los intereses situacionales de las mayorías y el nuevo ethos social-humanista, y a la ideología de la igualdad y la libertad. Esto confirma la posibilidad empírica de la "Sociedad no represiva".

En lo que se refiere a los requisitos "externos": la viabilidad nacional y la permisibilidad internacional, sólo se dan en los países centrales que tienen un eficiente welfare state; los de menor grado de desarrollo, no tienen condiciones para un desarrollo autónomo y quedan dependiendo del curso que tome el sistema internacional.

Los requisitos para la viabilidad de una "Sociedad no represiva" implican que la transición hacia ella sólo es posible para las sociedades que hayan alcanzado, dentro de sus precedentes formas organizacionales, un alto nivel de desarrollo; esos son los países de capitalismo de bienestar social de Europa, Japón, Estados Unidos, Canadá y Australia, para los cuales el problema central para la transición a una "Sociedad no represiva" "aparece ligado a la final y efectiva socialización democrática de su capitalismo" (p. 161). La gran mayoría de los países contemporáneos "quedan excluidos de condiciones de directo acceso a la sociedad no represiva" (p. 163), pues se encuentran limitados por tres órdenes de obstáculos, de difícil o casi imposible

superación: 1) La mayor parte carece de viabilidad nacional y de permisibilidad internacional suficientes para disponer, por cuenta propia, de condiciones autónomas de desarrollo; 2) Los no afectados por las dificultades precedentes se resienten, internamente, de las contradicciones del autoritarismo, tendientes a bloquear su desarrollo social y general; 3) Los países que logren superar los dos tipos de obstáculos anteriormente señalados se enfrentarán, en la medida en que ingresen a más altas zonas de productividad económica, con crecientes dificultades para alcanzar o mantener el nivel de superabundancia que les proporcionaría condiciones hacia formas no autoritarias de igualitarismo (p. 172).

Jaguaribe afirma que la conclusión del análisis es "en el sentido de una respuesta afirmativa a la pregunta sobre si la experiencia contemporánea presenta indicaciones empíricas confirmadas de la posibilidad teórica de que se instituya la sociedad no represiva" (p. 159). Aquí está presente de nuevo la vinculación entre teoría y praxis que el autor ha establecido constantemente, esta vez, en relación con el Funcionalismo-dialéctico.

Si bien es posible el establecimiento de una "Sociedad no represiva" en las condiciones del mundo contemporáneo, subsiste un grave problema en cuanto a la posibilidad de su universalización, pues el paso requerido para convertir en este tipo de sociedad a los actuales países de bienestar social, "impone como condición para la validez interna de los valores social-humanista su generalización para todos los pueblos" (p. 173). No puede limitarse a unos pocos países y mantener a los demás en condiciones de miseria y de opresión, consideración que nos lleva a verla como una "utopía abstracta".

Jaguaribe se pregunta si será posible superar esa limitación y considera que la cuestión depende, fundamentalmente, de la forma cómo sean reguladas las relaciones internacionales: a este nivel se está viviendo un período de inestabilidad en el cual pueden sobrevenir grandes catástrofes; si ello no ocurre, se tenderá a una nueva forma de estabilidad internacional, que podrá reflejar: (p. 173).

a) La consolidación mundial de la hegemonía de los Estados Unidos;

b) La consolidación mundial del duopolio norteamericano-soviético, a través de varias modalidades de condominio en el mundo;

c) Un sistema mundial de grandes bloques coordinados a través de alguna forma de autoridad mundial (supone un mayor desarrollo europeo y de otras regiones: América Latina, Mundo Árabe).

La cuestión crucial consiste en la forma mediante la cual se configure, en cualquiera de las tres posibilidades, el proceso de ordenación mundial. "Una evolución de la sociedad o de las sociedades dirigentes en el sentido del perfeccionamiento de su propio welfare state, y en dirección a formas no represivas de sociedades, abriría para el resto del mundo una perspectiva semejante. Al contrario, una consolidación del capitalismo corporativo —del lado norteamericano— o del despotismo partidista-tecnocrático —del lado de los llamados países socialistas— impondrían un sentido imperialista a la ordenación del mundo, bloqueando cualquier posibilidad de un genuino desarrollo social" (p. 174).

La internacionalización del desarrollo, en una nueva ordenación mundial de dirección social-humanista, impondrá importantes modificaciones al proceso de desarrollo social: una sustancial revaloración de las cosas (los incentivos morales tendrán que adquirir una importancia decisiva) y la generalización de la abundancia tendrá que hacerse a nivel más modesto que al que están habituados los países más ricos.

Jaguaribe al analizar esta posibilidad para la sociedad actual, de nuevo habla de "períodos históricos" al afirmar que "si se considera, en una perspectiva histórica amplia, al proceso evolutivo de la humanidad, el período por el que estamos atravesando se presentará como una de las fases decisivas de la transición del hombre, comparable a la que condujo a la revolución agrícola, a finales del paleolítico, o a la revolución urbana, en la edad de bronce" (p. 175). La humanidad tiene actualmente oportunidad de consolidar y generalizar su desarrollo social: "si lo hace, se abre una nueva edad histórica, con la instauración y la internacionalización de la sociedad no represiva" (p. 175). Un nuevo orden internacional, coordinando de forma racional un conjunto de sociedades básicamente igualitarias y libres, do-

tadas de razonable bienestar, se inclinará a conducir al mundo a extraordinarias posibilidades de realización del potencial humano (p. 176).

Sin embargo, concluye, "las perspectivas más inmediatas del mundo no autorizan previsiones optimistas" (p. 176). Las tendencias empíricas observables que operan en el sentido de conducir las sociedades más avanzadas hacia formas no represivas de organización social, se revelan muy dependientes de las condiciones que en la actualidad les aseguran una creciente superabundancia de bienes; las cuales, aisladamente, no son suficientes para conducir hacia la sociedad no represiva. "Para eso es importante, como condición sine qua non, que operen, concomitantemente, motivaciones igualitarias crecientes y un ethos social-humanista" (p. 176) que permitirán disciplinar el consumo de los agregados mayoritarios de las sociedades afluentes e imponerles la aceptación de la internacionalización del bienestar.

IV. CONCLUSIONES

Del análisis realizado por Jaguaribe se concluye:

1) El capitalismo, adaptándose, logró en los países centrales a través del "welfare state", un conjunto significativo de realizaciones en términos de libertad política y privada, de generalización del bienestar y de correctivos a la desigualdad social. Sin embargo, acusa deficiencias que, sólo marginalmente, son corregibles por adicionales esfuerzos administrativos y financieros. En lo esencial, hoy en día la sociedad capitalista se funda en desigualdades eventualmente tolerables, pero no suprimibles. El Estado de bienestar social se convierte en una máquina de manipulación de masas, imponiendo conformidad y reprimiendo (en mayor o menor grado) las verdaderas formas de independencia. El capitalismo de bienestar social de los países centrales no es universalizable: el "welfare state" de un pequeño número de países tiene como contrapartida la marginalidad de los países periféricos.

2) El socialismo en la práctica condujo al despotismo partidista-tecnocrático, con supresión de todas las formas de liber-

tad pública y privada, sin siquiera lograr erradicar la estratificación desigualitaria de las sociedades socialistas. ¿Será posible la realización de un socialismo democrático, desemejante y emancipador para todos los hombres y para todos los pueblos?

3) El Funcionalismo-dialéctico en la práctica conduciría a una "Sociedad no represiva" (aún no realizada) donde sería posible un desarrollo social global fundado en la libertad y en la igualdad de los miembros de la sociedad. La dificultad estaría en la posibilidad de universalizarla para todos los países del mundo.

La solución que Jaguaribe propone debe ser considerada como una "utopía" que, de acuerdo con Mannheim¹⁹ es "lo que parece ser irrealizable solamente desde el punto de vista de un orden social determinado y ya existente".

El Funcionalismo-dialéctico representa una posición teórica nueva, que tiene como ventaja la posibilidad de establecer una síntesis entre el Funcionalismo y la Dialéctica, conjugar las concepciones de consenso y de conflicto para el análisis de la sociedad; y como desventaja, la dificultad de realizarla pues en el plano teórico se puede llegar a concebir, pero en el plano real continúa siendo una utopía. Sin embargo, es interesante señalar que Ludovico Silva en su "Teoría y Praxis de la Ideología" en relación a las utopías afirma que: "no son meras proyecciones de deseos en el tiempo o en el espacio; son utópicas las proyecciones que, de uno u otro modo, intervinieron en el orden existente transformándolo"²⁰.

En la posición ideológica de Jaguaribe hay una vinculación teórico-práctica, en el sentido de que él no solamente ha sido un intelectual, un estudioso de la realidad socio-política, sino que al mismo tiempo ha estado ligado a una élite ilustrada, y ha tenido una posición importante como industrial en el Brasil.

En su pensamiento se puede reconocer una gran influencia del pensamiento de Max Weber; en el libro analizado, concretamente, se pueden señalar los siguientes puntos:

19. Karl Mannheim, citado por Ludovico Silva, *TEORIA Y PRAXIS DE LA IDEOLOGIA*, cit. p. 92.

20. Ludovico Silva, *TEORIA Y PRAXIS DE LA IDEOLOGIA*, cit., p. 95.

1) La "Sociedad no represiva" es un tipo "ideal" de sociedad, en el sentido weberiano de una construcción mental, que tiene base en la realidad pero no existe realmente²¹; de la misma manera, al referirse a la adaptabilidad del sistema capitalista dice que se convirtió en "algo diverso, aunque derivado, del modelo ideal" (p. 69), y al hacer el análisis crítico del modelo marxista señala que es una impropiedad "postular o implicar la total equivalencia entre una situación abstracta —un modelo ideal, en el sentido de Weber— y su correlativo concreto" (p. 132).

2) Al establecer como uno de los elementos principales de la "Sociedad no represiva" la indiferencia a la acumulación de poder, los requisitos para lograrla responden al tipo de dominación "legal" de Weber²², en el cual la titularidad de la autoridad se obtiene por delegación popular, y existen mecanismos a través de los cuales pueden ser reparados los actos de la autoridad no conformes a su reglamentación o atentatorios de los derechos individuales (p. 151).

3) La "Sociedad no represiva" para poder ser instaurada requiere de ciertas condiciones posibilitadoras, y además de un elemento "voluntarista"; esto es, la voluntad de instaurarla, que corresponde a darle un papel muy importante al sujeto, aun cuando no al extremo de que pueda hacerse por "decisión meramente voluntarista" (p. 160).

4) Para la instauración de la "Sociedad no represiva" es necesario un elemento "causal", "una condición sine qua non" (p. 176) que es un elemento de tipo "idealista": una motivación igualitaria y un ethos social-humanista; de la misma manera que en la teoría de la dominación de Weber se puede señalar como elemento "causal" una idea: la creencia en la legitimidad²³.

5) En última instancia la "Sociedad no represiva" es más funcionalista que dialéctica pues va dirigida a una "reforma" de la situación existente, y no a su "transformación" total. Sin

21. Max Weber, *ECONOMIA Y SOCIEDAD*, cit., Cap. I.

22. *Ibidem*, Cap. III.

23. *Idem*.

embargo, es una contribución valiosa en el plano teórico-metodológico; y en cuanto a su realización práctica se puede opinar, con Ludovico Silva, que "el actuar humano, en cuanto debe ser, consiste fundamentalmente en plantearse como necesario aquello que realmente aún no es, o sea algo que aún es imposible"²⁴; y eso es lo que hace Helio Jaguaribe al plantear la necesidad de una SOCIEDAD NO REPRESIVA.

V. BIBLIOGRAFIA

- Mireya Caldera Pietri, apuntes tomados en las clases dictadas por J. A. Silva Michelena sobre "Metodología de la Investigación en Ciencias Sociales" en CENDES, enero-abril 1983.
- Helio Jaguaribe, HACIA LA SOCIEDAD NO REPRESIVA, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1980.
- Helio Jaguaribe, SOCIEDAD, CAMBIO Y SISTEMA POLITICO, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1972.
- Helio Jaguaribe, DESARROLLO POLITICO: SENTIDO Y CONDICIONES, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1972.
- Karel Kosik, DIALECTICA DE LO CONCRETO, Ed. Grijalbo, Barcelona, 1967.
- Ludovico Silva, TEORIA DE LA IDEOLOGIA, Ed. Ateneo de Caracas, 1980.
- Ludovico Silva, TEORIA Y PRAXIS DE LA IDEOLOGIA, Ed. Nuestro Tiempo, Caracas, 1971.
- A. L. Stinchcombe. "Estructuras causales, complejas: explicaciones demográficas, funcionales e históricas de los fenómenos sociales", en LA CONSTRUCCION DE TEORIAS SOCIALES, Ed. Nueva Visión, 1970.
- Max Weber, ECONOMIA Y SOCIEDAD, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1964.
- Max Weber, LA ETICA PROTESTANTE Y EL ESPIRITU DEL CAPITALISMO, Ed. Península, Barcelona, 1979.

24. Ludovico Silva, TEORIA Y PRAXIS DE LA IDEOLOGIA, cit., pág. 93.

ANALISIS ACADEMICO

TECNICA JURIDICA:
EL ENCUENTRO CON LA CIBERNETICA

Lorenzo Fernández Gómez

R E S U M E N

1.—Cibernética y Derecho. 1-1.—De la Cibernética a la jurimetria. 1-2.—Génesis de la Iuscibernética. 1-3.—Las dos ramas de la Iuscibernética. 1-4.—Del Derecho Natural al "derecho artificial". 2.—La Informática del Derecho. 3.—El Derecho de la Informática.

Caracas, abril de 1985

1. CIBERNETICA Y DERECHO

En la primera parte de esta excursión por el nuevo mundo de la "Era cibernética"¹, hemos constatado la presencia de una verdadera revolución informática, proyectada sobre todos los campos de la ciencia, tanto el de la naturaleza, como el de la cultura. Vivimos una "sociedad informatizada", en la que la tecnología para adquirir, procesar y difundir información, imprimió carácter de original textura a toda una civilización, cambiando nuestra manera de trabajar, de comunicarnos, de estudiar, de entretenernos y hasta de pensar.

Es una forma nueva de vivir. Un mundo nuevo que no podemos ignorar, encapsulados en los viejos esquemas, opacos a la luz y al bullicio de la fiesta cibernética. Nadie sabe aún a ciencia cierta en qué medida la revolución informática está transformando nuestra manera de vivir. Tal vez sea comparable con los cambios provocados en su momento por la imprenta, la máquina de vapor o la luz eléctrica.

1. La primera parte de este trabajo se publicó en el N° 32 de la R. F. de UCAB, pág. 181-204.

Fieles a nuestro indeclinable compromiso ético y consecuentes con una clara opción humanista, pero atentos a los signos de los tiempos y seguramente un poco embriagados por esta especie de bebida de moda, la Informática, que se nos está subiendo a todos a la cabeza, nos proponemos, en esta segunda parte, analizar su necesario reflejo e incidencia en el ámbito de lo jurídico.

Y, como esta explosión tecnológica desencadenó una espiral de impactos que se mueve sin solución de continuidad, penetrando nuevas áreas y alcanzando niveles nuevos cada día, intentaremos, en la tercera parte, una evaluación de sus repercusiones sociales.

1-1. *De la Cibernética a la Jurimetría.*—La inicial confusión interdisciplinar sobre la nueva ciencia cibernética obligó a los investigadores interesados en ella a ordenar su temática, muy heterogénea y dispersa. A este propósito contribuyó en el campo del Derecho la obra del Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Milán, MARIO G. LOSANO, prestigiosa figura del pensamiento europeo y pionero en materia de vínculos o nexos entre la Cibernética y el Derecho, considerado hoy como uno de los mejores especialistas en Informática Jurídica.

El primero que descubrió vínculos entre la Cibernética y el Derecho fue el propio inventor de la palabra, NORBERT WIENER. En su segundo libro, editado en inglés en 1950², traducido al castellano y publicado con el título de "Cibernética y Sociedad", dedicó un largo capítulo al derecho, explicando estas dos ideas centrales:

A) Que los problemas jurídicos son por naturaleza propia problemas de comunicación y de cibernética, es decir, relativos al control regular y repetible de ciertas situaciones críticas.

B) Que la teoría y la práctica del derecho se componen de dos conjuntos de problemas: los de su propósito general, centrados en el concepto de justicia, y los de la Técnica, mediante

2. N. WIENER: "The Human Use of the Human Beings", también traducido al italiano con el título de "Introduzione alla cibernética", Torino, 1953.

la cual se realizan esas ideas³. Pero WIENER no alcanzó a plantearse los problemas de técnica jurídica que dejó insinuados. La Segunda Guerra Mundial lo absorbió.

Con estos precedentes, LEE LOEVINGER dio "el próximo paso adelante" (The next step forward) como tituló su artículo publicado en 1949 en "Minnesota Law Review", en el que se habla por primera vez de "jurimetría", en una clara alusión al uso de los ordenadores en derecho. Loevinger era un funcionario de la Administración de los EE.UU., que tenía a su cargo la División Antitrust de la Secretaría de Justicia. En opinión de VITTORIO FROSINI, no era un brillante científico ni un filósofo preocupado por fundamentar teóricamente la nueva disciplina creada por él, con el nombre de JURIMETRÍA; pero fue indudablemente un "hombre frontera" en el área del derecho por su visión de nuevos horizontes y por la confianza para abrir nuevas rutas, al introducir computadoras en la aplicación de la legislación antimonopolista para la solución de problemas de control en esa área.

Así se inició la aplicación de la Cibernética al Derecho, con la nueva ciencia de la *Jurimetría*, en 1949. LOEVINGER, aunque realizó algunas investigaciones sobre lógica jurídica⁴, era más empírico que teórico; por eso, nunca se preocupó por definir la nueva disciplina que creó. Solía decir que la Jurimetría es lo que hacen los jurimétricos. Tampoco sistematizó su contenido. Fue a la mitad de los años sesenta, con la publicación de un volumen colectivo, cuando el editor, basándose en las actividades desarrolladas en los diez años precedentes, precisó el objeto de la Jurimetría en tres direcciones: análisis lógico del derecho a fin de aplicar a las normas jurídicas modelos derivados de la

3. Se recomienda la lectura de la obra de Wiener "I am a Mathematician", MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1964. Es el II Tomo de su autobiografía: La Segunda Guerra Mundial; Los problemas morales de un científico como consecuencia de la bomba atómica, etc.

4. L. LOEVINGER: "An Introduction to Legal Logic", artículo publicado en "Indiana Law Journal", en 1952, del cual existe una traducción al castellano efectuada por J. P. Brutau, Bosch, Barcelona, 1954. Contiene una explicación clara del proceso de incorporación de la lógica simbólica al ámbito cultural de los estudios jurídicos, lo que constituyó el puente de paso para asociar la Cibernética con el Derecho.

lógica, uso del ordenador en la actividad jurídica y previsión de sentencias futuras⁵.

Es el objetivo mencionado en tercer lugar el que mejor justifica el nombre de "jurimetría", pero es también el más problemático. Hubo alguna expectativa acerca de este propósito en los países del sistema jurídico anglo-sajón, en base a que el precedente judicial es vinculante. Según ese principio, si, a partir de un determinado hecho jurídico, se memoriza un número relevante de sentencias, sabremos cómo han decidido los jueces en el pasado y cómo deben, en consecuencia, decidir en el futuro.

Sin embargo, esto nunca se llegó a saber; nunca fue posible esta previsión. Factores humanos y psicológicos impiden la existencia de dos hechos jurídicos idénticos en la vida real, por lo que un juez, invocando su sensibilidad social, puede sostener que el caso bajo análisis es distinto de los analizados en las decisiones que constituyen el precedente.

El intento de prever el comportamiento futuro de los jueces resultó aun más utópico en Europa, donde la jurimetría quedó reducida a los dos primeros propósitos: aplicación de la lógica al Derecho y uso de computadoras en la documentación jurídica. Al contrario de lo que sucede en el sistema del "Common Law", en los ordenamientos jurídicos basados en el "Civil Law", mal llamados sistemas continentales, no hay cabida para la predicción de futuras sentencias, por carecer el precedente judicial de fuerza vinculante y ser la norma jurídica el elemento más importante a considerar por el sentenciador. De modo que la previsión de sentencias, que fue originalmente uno de los propósitos de la Jurimetría, en Europa nunca se realizó; y en los países del "Common Law" fue pronto abandonada.

Es de advertir que la Jurimetría propuesta por Loevinger como "el siguiente paso", es la decantación del movimiento denominado "realismo jurídico americano", cuyas bases echara el Juez HOLMES (1841-1935) sobre supuestos comunes con el otro realismo jurídico, el escandinavo, surgido poco después. Recasens Siches, voz autorizada sobre pensamiento jurídico anglo-

5. La edición de este volumen colectivo estuvo a cargo de HANS W. BAADE, y se publicó con el título de "Jurimetrics: the methodology of Legal Inquiry", Basic Books, Nueva York, 1963. En este volumen, el editor hace la sistematización de la jurimetría que Loevinger nunca realizó.

sajón, explica el *deductivismo* que lo caracteriza porque "piensa el common law como un cuerpo omnicompreensivo que contiene dentro de sí normas para resolver cualquier caso planteado"⁶. De ese cuerpo jurídico positivo acabado, autosuficiente, tanto la doctrina como la práctica, en especial los jueces, pueden derivar sus conclusiones y sus decisiones en forma mecánica.

Observa también Recasens Siches que el deductivismo anglosajón tiene sus raíces, a su vez, en las corrientes dominantes en el pensamiento continental a lo largo del siglo XIX. La interpretación del "Common Law" es la misma que en Francia sostenían los autores de la escuela de la exégesis respecto al Código Napoleónico, y presenta gran analogía con la que mantuvieron los pandectistas en Alemania⁷.

Se habían dado, pues, varios pasos hacia una teoría de la predicción de las decisiones judiciales. Con toda razón afirma Loevinger que él dio "el siguiente paso". No alcanzó la meta deseada, pero avanzó mucho en el terreno de la matemática jurídica, centrando su pretensión y su esfuerzo en la aplicación de la técnica informática al derecho. Por ello, debe ser considerado como uno de los puntos de partida de la actual cibernética jurídica.

1-2. *Génesis de la "JUSCIBERNÉTICA"*.—Fue precisamente el juez norteamericano Newcomb Hohfeld⁸ quien demostró a través de sus propias decisiones que la formulación matemática para "medir" el derecho, como lo pretendía la Jurimetría, no era "ni humana ni jurídicamente válida", porque la formación del juez y otra serie de factores de diversa índole impiden aplicar de una forma inflexible y rigurosa el precedente que establezca una calculadora.

6. RECASENS SICHES, Luis: "Panorama del Pensamiento Jurídico del Siglo XX", Porrúa, S.A., México, 1963, pág. 582.
7. RECASENS SICHES, Luis: "El pensamiento jurídico anglosajón y el Europeo", en Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, IX, N° 23, Madrid, 1965.
8. NEWCOMB HOHFELD, Wesley: "Concetti giuridici fondamentali", Edid. Winaudi, Turin, 1969. Es la traducción italiana de la obra "Fundamental Legal Conceptions", Yale University Press, 2ª edic., 1964. Hay también traducción española por Genaro R. Carrió: "Conceptos Jurídicos fundamentales", Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968.

Esta penuria de la Jurimetría referida a su ineficacia práctica para la previsión de las sentencias, por una parte; y el descubrimiento en Europa de los principios teóricos de Wiener, por otra, condujeron a una confusión de disciplinas al finalizar la década de los años sesenta, en la que se mezclaron los estudios puramente empíricos de Loevinger y los principios cibernéticos de aquél. Esta fusión interdisciplinar y la consiguiente falta de claridad contribuyeron al descrédito de la nueva ciencia y a la insatisfacción en el uso de los ordenadores, limitado a la resolución de los problemas de documentación jurídica.

“Retomando este caótico material —nos dice MARIO G. LOSANO— propuse en 1968 sustituir el término “jurimetría” por el de “JUSCIBERNETICA” o “CIBERNETICA JURIDICA”... nombre que presentaba por lo menos la ventaja de no haber sido nunca usado con anterioridad”⁹.

En ese mismo año, 1968, aparece la primera edición de la obra “Cibernética, Derecho y Sociedad” de Vittorio Frosini, distinguido filósofo del Derecho de la Universidad de Roma. Es también el momento de las experiencias pioneras del CREDOC belga, del Conseil d'Etat de la Universidad de Montpellier, del Centro per la Documentazione Automática de Milán, de los sistemas EREDO, JURADAT y SEDOC en la República Federal Alemana, etc., y de un nutrido grupo de estudiosos de la ciencia y filosofía del Derecho que descubrieron simultáneamente la posibilidad e interés de las aplicaciones de la Cibernética al ámbito de lo jurídico e hicieron el intento de situarse a la altura de los nuevos apremios. Para dar unidad histórica a este esfuerzo común y dejar constancia de que fue el momento de la decantación del interés por el análisis de las relaciones entre la tecnología electrónica y el derecho, dando origen a la JUSCIBERNETICA, debería hablarse de la “Generación del 68” cuando se aluda a esta génesis de la nueva ciencia interdisciplinar¹⁰.

9. M. G. LOSANO: “Introducción a la Informática Jurídica”, trad. española por Manuel Atienza de la Bra “Giuscibernética”, Univ. de Palma de Mallorca, 1982, pág. 32.

10. En ese nutrido grupo generacional deben incluirse los nombres de Vittorio Frosini, Mario G. Losano, Lucien Mehl, Pierre Catalá, Spiros Simitis, Ulrich Klug, Herbert Fiedler, W. Steinmüller, Colin Tapper, Viktor Knapp, Miguel Sánchez Mazas, Ramón Villanueva, Miguel López-Muñoz Goñi, Antonio Enrique Pérez Luño y un largo etcétera. Sobre estas experiencias e investigaciones es interesante la obra de Frosini: “Cibernética, Informática y Derecho: un análisis metodológico”, publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1976.

Es de advertir que la concepción europea de la Juscibernética que propone LOSANO y el resto de los integrantes de la “generación del 68” no se limita a sustituir nombres. Va mucho más allá del recortado horizonte de la Jurimetría anglosajona, extendiéndose a todas las aplicaciones posibles de la Cibernética al Derecho. “Un cambio de nombre no resuelve nada —nos dice LOSANO—¹¹; sólo indica que se abandonó la Jurimetría...”. Era necesario abandonar también el ya reducido esquema de significados que Baade le diera, de los que sólo quedaban dos, después del abandono de la previsión de sentencias: aplicación de la lógica al Derecho y uso del ordenador en los problemas de documentación jurídica.

Con el propósito de sistematizar de nuevo toda la materia LOSANO, la subdividió en cuatro secciones, que corresponden a otras tantas maneras de interpretar las relaciones entre la Cibernética y el Derecho:

A.—*Cibernética social*: Si concebimos la sociedad como un conjunto de sistemas (económico, religioso, jurídico, etc.), el Derecho se nos ofrece como un subsistema especialmente relevante, en cuanto proporciona las reglas operativas del sistema general. La misión de la cibernética en este sector es analizar la interacción recíproca de los diferentes subsistemas y su relación con el sistema general, dentro del marco de la normativa jurídica, con la perspectiva de expresar en fórmulas matemáticas esa interacción. Hasta el presente, es una prospección sólo teórica, dada la complejidad de la realidad social.

B.—*Cibernética jurídicas*: Si, en cambio, concebimos el Derecho como un sector separado; como un sistema autónomo en cuanto que es creado, aplicado o derogado, según sus propios preceptos y por órganos creados por el mismo derecho, entonces se nos ofrece como un sistema que se autorregula; como un sistema cibernético con retroacción, en cuanto aplica correctivos al desequilibrio social resultante del acto ilícito. Esta interpretación cibernética no aporta novedad alguna: reproduce en términos cibernéticos la filosofía del Derecho tradicional.

C.—*Cibernética práctica*: Comprende los otros dos sectores aludidos por Losano; los dos sectores de la jurimetría tradicio-

11. M. G. LOSANO: op. cit., pág. 32.

nal que, a diferencia de las dos concepciones teóricas que acabamos de indicar, se mueven en un ámbito práctico. El primero de estos sectores se refiere a la aplicación de la Lógica y otras técnicas de formalización al Derecho. No se trata ya de la actividad teórica de construir modelos formalizados, sino de las técnicas para utilizar en la práctica tanto la lógica formal, como otros medios necesarios para el uso del ordenador en la solución de los problemas jurídicos. El otro sector, por último, se limita al estudio de la estructura física del ordenador y de las técnicas de programación, en la medida en que estas nociones son necesarias para operarlo.

Las cuatro formas de ver las relaciones entre la Cibernética y el Derecho, que acabamos de analizar individualmente y que se integran en el marco común de la Juscibernética, pueden también agruparse en dos categorías, atendiendo a sus respectivos propósitos y relaciones recíprocas: las dos primeras interpretaciones, que se mueven en un plano teórico, constituyen la parte de la Juscibernética llamada *Modelística*; las otras dos, que por su índole netamente operacional hemos llamado "Cibernética práctica", configuran la otra parte de la Juscibernética, conocida precisamente como *Informática Jurídica*.

1-3. *Las dos ramas de la Juscibernética*.—Entre las dos parcelas, la de la Modelística y la de la Informática, existe obviamente estrecha relación; la misma que existe entre la parte teórica y la parte práctica de otra disciplina cualquiera. La *Modelística Jurídica* tiene por objeto el análisis de la estructura interna del sistema jurídico con el propósito de descubrir su posibilidad cibernética, es decir, si los elementos que lo componen están ligados con arreglo a los principios del automatismo y a las relaciones de autorregulación, propias de un sistema independiente capaz de funcionar por sí solo. En otras palabras, a la Modelística corresponde la formalización o traducción en *algoritmos* de aquel sector del ordenamiento jurídico que sea susceptible de este proceso; y sus fronteras como disciplina juscibernética dependen de esas nociones, y de las técnicas legislativas que adopten los diferentes países, ampliando o restringiendo la posibilidad de *algoritmizar* las nuevas formas de la legislación.

En cambio, la *Informática Jurídica* se ocupa de las técnicas para la aplicación práctica de los modelos formalizados por la

Modelística, a fin de hacerlos asequibles a la máquina y, en segundo lugar, de todo lo relacionado con el aspecto operacional de la máquina misma.

El Profesor Francisco Elías de Tejada denomina a estas dos ramas de la Juscibernética, Cibernética Jurídica *Constructiva* y Cibernética Jurídica *Auxiliar*, o más sencillamente, Informática:

"La diferencia —explica— entre ambas está en que en la cibernética jurídica auxiliar los ordenadores ayudan a perfeccionar las tareas acometidas por los hombres en el derecho; mientras que en la cibernética jurídica constructiva, amén de auxiliar a los procesos del razonamiento o de la decisión humana, las máquinas son capaces de sustituir la actividad de los hombres en el Derecho. La primera se agota en la información; la segunda aspira a incidir en la elaboración del Derecho"¹².

Entre nosotros, el Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad del Zulia, ALBERTO E. SERRANO, en su obra "Computadoras y Derecho, una introducción a la Informática Jurídica"¹³, llama a estas dos parcelas de la Juscibernética Modelística en abstracto y Modelística en concreto, respectivamente.

Lo que hay en el fondo —porque "de nominibus non est curandum", como decía Aristóteles— es una discusión planteada acerca de si las aplicaciones de la Cibernética al ámbito de lo jurídico pueden tener lugar en el plano teórico o, por el contrario, deben limitarse al aspecto práctico y técnico. Se inclinan por la primera alternativa autores como Miguel Sánchez Mazas¹⁴, empeñado estos últimos años en la matematización de todos los sistemas normativos (jurídicos, morales, religiosos, etc.) con el propósito de desarrollar un *cálculo de las normas de conducta*, postulando un sistema deóntico formalizado aritméticamente. También el polaco Andrzej Kiszka¹⁵ propone la reducción

12. FRANCISCO ELIAS DE TEJADA: *La Cibernética Jurídica*, en su "Tratado de Filosofía del Derecho", Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977, Tomo II, pág. 173 y ss.

13. A. E. SERRANO: *Computadoras y Derecho (Una introducción a la Informática Jurídica)*, L.U.Z., Maracaibo, 1975, pág. 15.

14. M. SANCHEZ MAZAS: "Cálculo de las Normas", Ariel, Barcelona, 1973. También: "Cálculo aritmético de las proporciones", en *Teorema*, 1-3, 1971.

15. Citado por F. E. de TEJADA en "Balance de la Cibernética Jurídica", trabajo publicado en el Volumen sobre "Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia Jurídica", Tomo I, pág. 347 y ss., Universidad Complutense, Madrid, 1983 (Homenaje a Don Luis Legaz y Lacambra).

de las normas jurídicas a categorías cibernéticas, ensanchando aún más la opinión ya extrema de V. Knapp.

A la otra solución, que concibe la cibernética como simple instrumento técnico, como saber instrumental a secas, de eficaz ayuda para la solución de los problemas jurídicos, pero sin posible ascensión al saber científico ni mucho menos filosófico sobre el Derecho, se inclinan la mayoría de los autores, ubicados sin importantes divergencias en la línea de pensamiento trazada por el Profesor AUREL DAVID en su artículo "Premiers pas sur la lune"¹⁶, en el que, tras ponderar que, gracias a la cibernética, el hombre ha conseguido tan ingente hazaña, agrega que el carácter finalista de los hechos e instituciones jurídicas impone que el Derecho mantenga su condición propia en la dimensión de los valores, sin sujeción a la cibernética, aunque encuentre en ella gran ayuda.

Puede arrojar luz sobre este planteamiento, discernir entre ambas ramas de la juscibernética, la auxiliar y la constructiva. No puede haber duda respecto de la primera, recortada como está a servir de ayuda al quehacer humano. La duda brota respecto de la segunda, que pretende pasar del auxilio, a la sustitución del hombre en la forja del Derecho, de un derecho que Frosini llama "derecho artificial"¹⁷.

1-4. *Del Derecho Natural al "Derecho Artificial"*.—El Derecho siempre estuvo atento a los logros progresivos de la actividad humana, integrado como está por su misma esencia a la vida de los pueblos. A la vez producto y factor social, flexible y acomodaticio, no necesitó antes de transformaciones profundas para cobijar algunos supuestos nuevos. Pero ahora, es diferente. "Ahora estamos —afirma Hernández-Gil— ante la más extraordinaria toma de contacto del Derecho con la Ciencia y la Tecnología"¹⁸. El punto de sutura es la Juscibernética, que representa un grado de convulsión en el Derecho nunca antes experimentado. Ahora ya no se trata de que el Derecho alcance a

16. Del mismo autor, se recomienda la obra "La Cibernética y lo humano", Edit. Labor, S.A., Barcelona, 1973.

17. FROSINI, Vittorio: "Cibernética, Derecho y Sociedad", Tecnos, Madrid, 1982, pág. 24.

18. HERNANDEZ-GIL, Antonio: "Metodología de la Ciencia del Derecho", Edic. del autor, Madrid, 1973.

ordenar nuevas realidades, sino que él mismo va a ser objeto de una nueva ordenación, de un modo distinto de ser elaborado, conocido y aplicado.

La nueva perspectiva abierta por las invenciones electrónicas presenta aspectos mucho más profundos que las otras dos revoluciones de que nos habla el profesor Losano: la de la escritura y la de la imprenta. A ese nivel más profundo, las relaciones entre el Derecho y la tecnología dejan de tener un único sentido —movimiento del Derecho hacia la tecnología— para adquirir un auténtico carácter cibernético de ida y vuelta, en un proceso de retroacción, en el que la tecnología aspira a ser para el Derecho algo más esencial que un dócil e inerte instrumento; aspira a ser el juez definitivo de la propia coherencia lógica interna o racionalidad del Derecho, que detecta los eventuales fallos de los sistemas normativos que procesa y obliga, en consecuencia, a la revisión de los textos jurídicos.

Sin duda, que en el marco de esas relaciones, el futuro más augurado desde el campo de la técnica es la posibilidad de que la máquina sustituya al hombre, incluso en el momento de la decisión. Imaginarse una sentencia "hecha a máquina" por un "Juez-robot", es sugestivo. "Se podría pensar —como dice en tono irónico Pérez Luño— que es una sentencia absolutamente objetiva y perfectamente neutra, elaborada por encima de pasiones e intereses"¹⁹. ue el sueño de Aristóteles aplicar a la ley una metodología que, inspirada en la racionalidad pura, la convierta en una "inteligencia desprovista de pasiones". Fue también el deseo de Montesquieu, para quien los jueces perfectos deberían ser "la bouche qui prononce des paroles de la loi, des etres inanimés, qui n'eu peuvent moderer ni la force ni la rigueur"²⁰. Fue, en fin, "el próximo paso adelante" en la fantasía futurística de Lee Loevinger, titulada "the industrial revolution in law", un artículo con predicciones para 1935 publicado un cuarto de siglo antes en MULL²¹, en el que anticipa la construcción de la "Law Digest Machine".

19. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique: "Cibernética, Informática y Derecho", Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1976, págs. 70 y ss.

20. MONTESQUIEU: "El espíritu de las leyes" - Colección "Sepan cuántos", Porrúa, México.

21. MULL (Modern Uses of Logic in Law), es una publicación trimestral de la American Bar Association, en colaboración con la Yale Law School. Es de gran interés la colección de MULL para el estudio de estos temas.

En opinión de Miguel Sánchez-Mazas, la característica definitoria de esta fase más reciente de la Juscibernética hay que precisarla así:

"Intento de penetrar con instrumentos suficientes de análisis y de transformación lógica, en el sistema de relaciones deónticas definido por los textos jurídicos, con el fin de describir su estructura, MANIPULAR sus enunciados y DEDUCIR las consecuencias implícitas en los mismos"²².

Con fundamento en estos propósitos y predicciones, la utopía de la ciencia-ficción jurídica comenzó a tomar cuerpo en la literatura de los últimos años. Pasajes como éste de Daniel Garric se encuentran con frecuencia:

"Thanks to the computer, already in the '70's there would be no longer judges, clerks, notaries, lawyers, since —I quote— the dozens of legal professions would disappear to be united into a single one"²³.

No ha llegado aún el futuro augurado por esta literatura fantástica, muy similar al síndrome social descrito por Orwel en su novela "1984". Tampoco esperamos que llegue nunca. Sin embargo, la realidad ha superado las tímidas previsiones de Wiener y Loevinger, pioneros en el estudio de las relaciones entre la Cibernética y el Derecho sin caer en la utopía de pretender la sustitución del hombre por la máquina.

En efecto, en 1964, apenas cuatro años después que Loevinger anticipara la idea de la "Law Digest Machine", se creó en los Estados Unidos el "Law Research Service", destinado a prestar a los Abogados los servicios anunciados por él, relativos sustancialmente a los problemas de la información jurídica, pero no a prevenir decisiones judiciales. El mismo Loevinger denuncia a quienes pretenden esto último:

"Algunos tienen la impresión de que estamos en condiciones de producir o construir una máquina tal que nos entregue res-

22. SANCHEZ-MAZAS, Miguel: "Algebra del Derecho y Procesamiento de la Legislación". Su ponencia en el I Congreso Iberoamericano de Informática Jurídica, noviembre de 1984, en Santo Domingo.

23. DANIEL GARRIC: "L'informatique, Revolution Totale", citado por C. Ciampi en "Artificial Intelligence and Legal Information Systems", Vol. I, North Holland Pub. Co., 1982, pág. 50.

puestas a problemas jurídicos, o que, por lo menos, nos procure previsiones comprensiblemente correctas en el orden de las decisiones judiciales frente a contiendas legales; expectativas semejantes me parecen poco fundadas y destinadas a fallar"²⁴.

En los años subsiguientes, se aceleró en tal forma el proceso de automatización, que las calculadoras electrónicas comenzaron a utilizarse en forma variada en todas las manifestaciones de la vida contemporánea. Se utilizan tanto para traducir un discurso de un idioma a otro, como para la fijación automática de los alimentos debidos a los hijos o la determinación de los alquileres de las viviendas; para detectar el cáncer, procesando hasta 2.500 diagnósticos diarios, o para predecir daños irreparables en el cerebro causados por paros cardíacos; para fijar lo que es Derecho si, con arreglo a la conocida doctrina de Oliver W. Holmes, el Derecho equivale a la predicción de la conducta de los jueces, o, en términos continentales europeos, para introducir un modo nuevo de elaborar, interpretar y aplicar el Derecho, transformando la máquina en un "exégeta de las leyes"²⁵. Se utiliza en la informática domesticada, programando la dieta diaria en función del régimen de alimentos deseado y las horas en que se desee comer, o los diferentes ciclos de calefacción mediante el uso de sensores en los distintos ambientes de la vivienda. En la informática militar, desde la existencia de bases de datos con la máxima información sobre países y ejércitos amigos o enemigos, hasta el cálculo de las órbitas de los misiles, como en la extraordinaria simulación "War Games", llevada con éxito a la pantalla²⁶.

Ciertamente la realidad desbordó las previsiones de los más prudentes. Tanto en la guerra como en la paz, tanto en la calle como en el hogar, el hombre de esta hora está invadido por el fenómeno cibernético de la automatización. Padece una tensión

24. L. LOEVINGER: "Science and prediction in the field of Law", ponencia en un Congreso sobre el tema, habido en Saint Louis, Missouri, en agosto de 1961.

25. Así se atrevió a proponerlo el polaco Andrzej Kiszka en su obra "Modelo Cibernético del origen y realización del Derecho", págs. 100-109. Citado por F. E. de Tejada en op. cit. antes.

26. El "teléfono rojo" (o "hot line") entre Washington y Moscú, mantiene a la humanidad pendiente del equilibrio mental de dos de sus líderes, desde el 20 de junio de 1963. La naturalidad de las leyes que regulan la vida y la muerte, fue suplantada por unos cuantos "chips" o claves.

conflictiva entre la añoranza por la forma neutral originaria de vida humana, y el saberse instalado en esta nueva forma de vida artificial, producto de la explosión tecnológica que salpicó todos los rincones de nuestro planeta.

Sin embargo, el saber cibernético continúa siendo un saber técnico a secas, un saber instrumental, sin que deba ser ascendido a saber científico, ni mucho menos filosófico sobre el Derecho. De igual manera, el derecho que Frosini denomina "artificial" no sólo es inepto para sustituir al Derecho Natural como fundamento filosófico del orden jurídico, sino que, además, es imposible en sí mismo si quisiéramos concebirlo como una manifestación del derecho positivo. Lo corrobora que la Juscibernética sea definida por aquello mismo que define a la técnica: por criterios únicamente de *eficacia*, quedando, en consecuencia recortada a engendrar saberes puramente técnicos. En el cruce de todos sus caminos lo que anida es la contemplación de la máquina como *medio*, como instrumento técnico; como *objeto* de la ciencia, mas no como *sujeto* que la forje. De ahí que la misión de la máquina sea servir al hombre que la crea para ser servido por ella, privada como está de vida propia y de toda autonomía de acción.

La pretensión de alterar este orden *natural*, situando el saber técnico al lado o por encima del científico o del filosófico, genera anarquía de conceptos y debilita la estructura ontológica del Derecho, arriesgando, a la vez, la dignidad humana y la humana libertad. Una inversión de valores de esa índole haría del hombre un esclavo de la máquina y, a través de ella, del tirano que la maneje. De esta manera, el más noble y útil instrumento del hombre, producto de su propio esfuerzo creativo y de su condición de ser inteligente y libre, la tecnología electrónica, y a partir de ella, la *Juscibernética*, podría convertirse en el "vehículo de la mayor dominación creadora de un mundo verdaderamente totalitario", como advierte Herbert Marcuse²⁷.

Conscientes de este peligro, varios autores²⁸ amonestan severamente a quienes sólo atienden al elemento *eficacia* para

enjuiciar el fenómeno de la mecanización. Sería un retorno puro y simple a la etapa felizmente superada del positivismo del siglo pasado, a lo Bergbohm. Si, como entonces, rechazamos los verdaderos criterios de valoración de los actos humanos, topáramos de frente otra vez con la Justicia y haríamos de la máquina un medio trágico de opresiones tiránicas.

El ilustre maestro salmantino Pérez Luño²⁸⁻¹, escribió:

"La Cibernética podría llevar a la armonía del Jusnaturalismo con el positivismo jurídico".

No es fácil comprender el alcance de esta afirmación, ni su compatibilidad con otras enseñanzas que sobre el tema nos tiene impartidas el mismo autor. Francisco Elías de Tejada hace el siguiente comentario al respecto:

"No creo yo que tenga razón. Me parece que falla aquí el reconocido talento del benemérito maestro de Salamanca. Quizá no lo entienda yo por dureza de mis entendederas"²⁸⁻².

Tal vez lo que pretendió Pérez Luño con esa frase fue sólo un desahogo de equilibrista sin mayor trascendencia. Dejemos a la Cibernética Jurídica en su justo lugar de saber simplemente técnico, sin posibilidad alguna de acceder a los niveles científico y filosófico que conforman la parte sólida y firme de la estructura del saber jurídico. Sin posibilidad también de coordinar el Derecho Natural con el positivo, como lo pretende Pérez Luño, puesto que ni alcanza a calibrar aquél, ni puede asumirse como alguna forma de peste. Lo suyo es ayudar *al hombre* en la difícil tarea de formular y aplicar el Derecho con rectitud, haciendo de él un bien noble y fecundo para la vida humana.

2. LA INFORMATICA JURIDICA

Fijado el concepto de Cibernética como "el estudio de todo sistema capaz de percibir, conservar y explotar una información

27. MARCUSE, Herbert: "El hombre unidimensional", Seix Barral Trad. esp. en Barcelona (1969).

28. VALLET DE GOYTISOLO, Juan: "Sociedad de masas y derecho", Edit. Taurus, Madrid, 1969, pág. 80. También en "Ideología, praxis y mito de la tecnocracia", Edit. Monteorvo, Madrid, 1975, pág. 181.

28-1. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique: "Juscibernética y Metodología Jurídica", separata de la "Revista Jurídica de Cataluña", 1970, pág. 811. Sobre este trabajo tiene un interesante estudio el Profesor Francisco Elías de Tejada, titulado "La Filosofía jurídico-cibernética del Profesor Pérez Luño".

28-2. Francisco Elías de Tejada: en "Balance de la Cibernética Jurídica", ya citado en Nota Nº 16, pág. 347.

y de utilizarla con fines de dirección y de regularización”²⁹, constituye hoy una ciencia cuyos principios se aplican a numerosas disciplinas.

De todas las posibilidades de aplicación de la cibernética moderna, es la *Informática* la que ha tenido un desarrollo más generalizado y fulgurante. Se extiende a todas las ramas del que hacer humano; a las ciencias de la naturaleza, como la física, la química, la matemática, la biología, etc., y a las ciencias de la cultura, como la sociología, el Derecho, política, lingüística, etc. Todas las parcelas de la ciencia y de la técnica han sido alcanzadas por la “explosión informática”, de suerte que no se puede ignorar su incidencia creciente sobre el individuo y sobre la sociedad.

Siempre fue así. Atahualpa supo de Pizarro y su gente, poco después de su arribo a las costas del imperio inca, gracias a sus famosos “chasquis” que, cabalgando en relevos sobre los riscos andinos, alcanzaban a cubrir diariamente distancias de trescientos kilómetros. Era el medio de comunicación más rápido del momento. Por eso, el autor Diego Córdova tiene razón al decir que “los medios de comunicación, que es como decir la información, han estado y están en constante evolución, siendo la *coordinada* que va marcando a su vez el progreso de la ciencia: lenguaje, arte rupestre, telégrafo, cine mudo y sonoro, televisión, transmisión vía satélite, etc.”³⁰.

El Derecho no podía permanecer indiferente ante las importantes ventajas que ofrece la Informática en los demás campos. A pesar de la natural resistencia de los juristas a aceptar como medios de prueba las fotocopias, cintas magnéticas o cualquier otro medio de comunicación o reproducción a distancia, la *Informática Automática* se está abriendo camino, lenta, pero seguramente, en las diferentes parcelas del mundo jurídico.

El volumen de información de todo tipo, intercambiada hoy en el mundo, en un mundo que —además— se transforma con

29. A. A. FELDBAUM: “Teoría de la dirección dual”, trabajo publicado en “Automática y Telemática”, Tomos XXI y XXII (1960-61).

30. CORDOBA GRACIA, Diego: “Creatividad humana y automatización en la investigación del Derecho”, Comunicación presentada a la Segunda Mesa redonda sobre Teleinformática Jurídica, celebrada por la Fundación para el Desarrollo de la Función Social de las Comunicaciones, Madrid, 1973.

asombrosa rapidez, afectó de manera imprevista la vida social, económica y política de los pueblos, así como los organigramas funcionales clásicos de los Estados.

Ante la urgencia de adaptarse a esta rápida evolución, los sistemas jurídicos modernos han tenido que someterse a frecuentes, y a veces profundos cambios; con plazos de vigencia tan breves en algunos casos para dar paso a nuevas reformas, que no resulta fácil hacerles un seguimiento por los métodos tradicionales. A esto hay que agregar que en los últimos años se han construido numerosos Estados nuevos, cada uno con su propio sistema jurídico. Así que es fácil imaginar la cantidad y diversidad del material jurídico que se produce hoy en el mundo.

efiriéndose a documentación en general, y entendiendo por *documento*: libros, artículos, conclusiones de congresos, informes de estudios, comunicaciones científicas, catálogos, etc., el autor Luis Carreras Diez nos dijo en 1974: “Se estima que, anualmente, en el mundo ven la luz unos doce millones de documentos”³¹. Este dato impresionante hay que enmarcarlo entre dos circunstancias que lo potencian hasta más allá de nuestra capacidad *natural* de información: una es que esa documentación tiene un incrementoprogresivo tan grande que puede duplicarse cada diez años; la otra circunstancia es que su valor decrece con el transcurso del tiempo, estimándose la vida promedio del documento científico desde unas décadas hasta algunas semanas. Ello no significa que sea superfluo conservarlo en los estantes de nuestra biblioteca; significa que tendremos que adaptar, para su manejo a fin de *recuperar* oportunamente la información, métodos diferentes al viejo sistema de selección manual del libro o el clásico fichero.

Significa también que tenemos planteado un reto: el de controlar, aunque no logremos dominar, el cúmulo de conocimientos de todo orden, que crece según una curva de exponencial muy alto. Sólo tendremos éxito si nos liberamos de la esclavitud del *dato* y la *cifra*, reservando nuestra mente para las actividades más nobles, dejando a la computadora todo lo que ella pueda hacer por el hombre, pues para eso el hombre la hace a

31. CARRERAS DIEZ, Luis: “Bancos Europeos de datos de componentes electrónicos”, en “Mundo Electrónico”, octubre 1974.

ella y la programa. Es el método sugerido por el Profesor Botella, calificado por él como "acertada combinación de talento e informática" ³².

Recortando el tema a la documentación *jurídica*, es aplicable cuanto se acaba de decir. Para aproximarnos a una idea del volumen de información jurídica a disposición de quienes, en una u otra forma, operamos el Derecho, consignamos el dato de que en la Biblioteca del Congreso de Washington hay más de dos millones de libros sobre materias jurídicas catalogadas, y entran más de cincuenta mil nuevos cada año. Miguel López-Muñiz Goñi, refiriéndose al cúmulo de causas judiciales en su país, nos dice que en España se producen anualmente alrededor de 300.000 documentos jurídicos, es decir, unos 900 diarios. Haría falta todo un año para leer la producción de un solo mes y de un solo país.

A esto hay que añadir: que el jurista debe conocer el derecho de otros países, además del suyo propio; y que le interesa no sólo lo último que se ha legislado o publicado, sino también la documentación jurídica anterior. Lo primero, porque las relaciones internacionales han adquirido tal consistencia desde comienzos de siglo, que se hace necesario conocer los diferentes ordenamientos jurídicos positivos, a fin de:

1) Establecer entre ellos analogías y diferencias con el propósito de uniformarlos en lo posible, orientando sus reformas, lo cual fortalecería las bases de una verdadera comunidad internacional.

2) Determinar los caracteres constantes y permanentes de cada institución jurídica, facilitando así su conocimiento universal.

Lo segundo, porque la información jurídica, al contrario de lo que sucede, en principio, con la documentación científica que tiene corta vigencia, tiene validez permanente, no sólo en virtud del principio de la *irretroactividad* de la Ley, que supone la aplicación de la norma derogada a los actos jurídicos nacidos bajo su vigencia, sino por la íntima textura institucional del ordenamiento jurídico.

32. BOTELLA LLUSIA: "Informática", en ABC, Madrid, 2 de enero 1972.

Como advierte Miguel López-Muñiz Goñi ³³, los dos grandes problemas de la información en el campo del Derecho son: uno, que se desconoce la existencia de información sobre el tema que se estudia; el otro, que, conociendo su existencia, no se sabe dónde encontrarla. Todos sabemos por propia experiencia que dedicamos muchas horas de trabajo a la búsqueda de legislación, jurisprudencia o doctrina en que apoyar las soluciones de los problemas que manejamos. Tantas horas dedicadas a la labor periférica de recuperar documentación, nos resta tiempo para *pensar y razonar*, que es lo específicamente humano. El autor Chamoux expresa esto mismo así: "El ritmo actual de la documentación jurídica es tal, que los juristas deberán consagrar muy pronto más tiempo a informarse que a un trabajo efectivo" ³⁴.

Se ha supuesto con bastante generalidad que la Informática al servicio del Derecho sólo abarca el tratamiento y recuperación de la información jurídica documental, y, de hecho, casi todos los esfuerzos han seguido esa dirección. Sin embargo, los principios informáticos pueden también servir al Derecho en otras áreas.

De manera inicial, como deslindando un terreno aún movidizo, podemos distinguir dos grandes campos de aplicación de la Informática al quehacer jurídico:

A.—La *Informática Documental* o de ayuda a la decisión.

Aunque el derecho se presume conocido por todos, y aunque todos aceptamos el sacrificio que nos impone esta evidente ficción para impedir que la excusa de la ignorancia jurídica prive de eficacia a las leyes, sin embargo, la verdad es que no lo conocemos. Tampoco los jueces lo conocen, pese al viejo aforismo *iura novit curia*, que, en el fondo, encubre el compromiso de averiguar la norma aplicable en cada caso. Los juristas tenemos un conocimiento genérico del sistema de Derecho que manejamos; un conocimiento específico de las materias de nuestra especialidad y, si se quiere, un conocimiento en profundidad de algunos temas especiales que hemos investigado, con particular

33. LOPEZ-MUÑIZ GOÑI, Miguel: "Informática jurídica documental", Edit. Díaz de Santos, S.A., 1984.

34. CHAMOUX, Jean: "Le Juriste et L'ordinateur", Librairies Techniques Paris, 1971-72, pág. 136.

dedicación. Pero toda esta gama de conocimientos, tienen que concretarse y clarificarse a la hora de adoptar una determinada decisión.

La Informática documental es un método técnico destinado a prestar ayuda al jurista facilitándole por medios electrónicos la información oportuna y adecuada para la toma de decisiones. Supone el tratamiento y recuperación de esa información jurídica por medio de ordenadores, especialmente la relativa a las tres fuentes clásicas del Derecho: Legislación, Jurisprudencia y Doctrina. Como ayuda, no persigue algo distinto de lo que el jurista ya hacía desde siempre por métodos manuales: tener a mano y al día la documentación requerida. Ahora, con la ayuda electrónica y el soporte magnético, se obtiene lo mismo, pero mejor y más rápido, porque "La tecnología hace la información jurídica más digna de fe, más fácil de conocer y de un acceso más cómodo"³⁵.

Esta ayuda a la decisión resulta hoy indispensable para el jurista, porque, aunque disponga de una buena biblioteca con las mejores revistas especializadas, anales de legislación y jurisprudencia y estantes llenos de tratados o monografías sobre doctrina, es tanta la proliferación y tan mala la difusión de la documentación jurídica, que excede la capacidad de los métodos tradicionales para obtener, ordenar y facilitar al jurista en el momento preciso el dato requerido.

Entre las limitaciones significativas de los métodos tradicionales para archivar y recuperar la información jurídica, mencionamos las siguientes:

a) Es precisamente de índole *informativa* el primero de ellos: el usuario ignora cuál es la información a su alcance. No sabe si existe. El conocimiento que se obtiene en catálogos y revistas es fragmentario.

b) *Límite económico*: Es prohibitivo el costo de una bibliografía actualizada permanentemente sobre la generalidad de los

35. BRAUN, Armando: Artículo en "Cahiers de l'Association de docteurs en Droit, citado por los Dres. ANA MANRIQUE DE CARRION y ALBERTO SERRANO en su artículo "Presentación panorámica de la aplicación de la Informática al Derecho", en *Revi. Latinoamericana de Informática Jurídica*. Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo.

temas. Sólo grandes despachos jurídicos o entes oficiales pueden soportarlo.

c) *Límite espacial*: Todos tenemos esta experiencia. Colecciones de leyes, de jurisprudencia, de revistas... que aumentan año tras año. Añadimos cada vez un metro lineal al estante. Pero se nos acaba el espacio, y entonces recurrimos al "amontonamiento" de la documentación, tan común en la casa o despacho de cualquier jurista.

d) *Límite temporal*: También lo experimentamos todos. No nos alcanza el tiempo, porque, tenemos que dedicarlo mucho más a buscar información que a pensar y producir. No es tan grave si la búsqueda obedece a incentivos intelectuales o económicos, pero es apremiante cuando nos encontramos bajo el alcance de exigencias procesales.

e) *La especialización*, que tiende a recortar la actividad del jurista y a mantenerla en el marco de determinado interés o temática. Es inevitable la especialización del jurista, porque ya nadie puede dominar tan vastos predios. Pero una consecuencia no deseada es la tendencia a convertirse en el "bárbaro" de que nos habla Ortega y Gasset, ignorando cada vez más de todo lo que está fuera de su ámbito. Al especialista hay que facilitarle la información acerca de todo lo que no constituye el objeto específico de su estudio; de otra manera, terminará sabiendo mucho de muy poco, pero nada de todo lo demás.

f) *La comodidad*: Por último, aunque tengamos resueltos los dos principales problemas de la información, saber si existe y dónde encontrarla, queda aún el problema de cuán lejos se halle del alcance inmediato del usuario o cuántas molestias haya de soportar para obtenerla.

Con la *Informática Jurídica documental* se elimina este cuadro de limitaciones. Con esta finalidad, numerosos centros de informática han escogido el campo de la documentación jurídica, sin duda por considerarlo el más urgente de este servicio, y, utilizando las técnicas más avanzadas poner a disposición de los juristas la información completa y al día que éstos requieran. A través de un buen servicio documental, con una pantalla al alcance de la mano y por un precio que el tiempo irá reduciendo, el jurista puede conocer al instante las normas sobre el caso que estudia, así como la jurisprudencia sentada sobre el

tema y la doctrina nacional o extranjera aplicable. Informado bien y pronto, el jurista dispondrá de más tiempo para atender sus relaciones familiares y sociales; para la investigación y producción intelectual; para la docencia universitaria, etc. Tendrá una mayor capacidad crítica tanto frente al legislador, colaborando en la orientación de las reformas legislativas, como frente a los jueces, a quienes la constante comparación de sus decisiones obligará a precisar, aclarar y unificar criterios.

Pero no es fácil organizar un buen servicio documental en materia jurídica. Miles de investigadores en el mundo entero están estudiando la problemática de la automatización de la información en el campo del Derecho. Los problemas son de diferente índole. Los hay de naturaleza informática, jurídica, metódica; los hay también de carácter económico, técnico, etc. El autor Ferrier nos dice al respecto: "El problema de naturaleza informática concierne a la confección de programas que permitan obtener las respuestas a cuestiones más o menos elaboradas; el de orden jurídico concierne a la selección de datos: tal como ellos deben ser aprehendidos, después almacenados en memorias para su explotación ulterior"³⁶.

B.—*Informática Jurídica de gestión*: Es el otro gran campo en que los instrumentos informáticos pueden servir también al Derecho. Se refiere a la mecánica de la Oficina Jurídica en el más amplio sentido de la expresión. López-Muñiz la define como "aquella que trata de aplicar los principios informáticos a toda la actividad de trabajo en la Oficina Jurídica"³⁷. Suele dividirse entre niveles según la naturaleza de los problemas que ayuda a resolver:

a) *Informática operacional*: Tiene por objeto facilitar la actuación de las oficinas que operan el Derecho, tanto a nivel público (los Juzgados), como a nivel privado (bufetes de abogados y otras oficinas jurídicas). La ayuda de la máquina en la elaboración de escritos y documentos, con incorporación automática de las variables necesarias, así como el control y seguimiento de toda actuación repetitiva, constituyen la misión específica de este nivel de la Informática.

36. FERRIER, M.D.: "Systemes informatiques et problemes juridiques", artículo en *Revue française d'automatique-informatique*, pág. 90, 1973.

37. LOPEZ-MUÑIZ GOÑI, Miguel: Op. cit., pág. 9.

b) *Informática registral*: Permite a los usuarios obtener información fehaciente en todos los registros oficiales en forma más rápida y fácil que por los medios tradicionales. Por este medio, se puede obtener información instantánea acerca de las causas existentes en los Tribunales, la fase en que se encuentran, cuál es la última jurisprudencia sobre determinada materia, etc. La oficina pública que facilita el dato o permite el acceso al sistema informático suele exigir el pago de una tasa por el servicio. En nuestra Corte Suprema de Justicia está operando ya este servicio, de gran utilidad para los abogados, dado el retraso con que se están editando los anales de jurisprudencia.

c) *Informática decisional*: Sirve de apoyo al proceso de decisión, permitiendo al juez actuar sobre los modelos previamente definidos en resoluciones muy repetitivas, facilitando la redacción de las mismas a partir de los datos registrados. Comprobados los hechos y subsumidos en el supuesto normativo correspondiente, la redacción de la sentencia es en buena parte un acto automático, con las variables de cada caso. Insistimos que se trata de una *ayuda* al juez, y no de una sustitución del juez³⁸.

Como punto de reflexión final, debemos prepararnos para una especie de *salto cualitativo* que nos está exigiendo la Sociedad Informatizada, a fin de que el mismo no sea una revolución que se sufra sino una evolución que se disfrute. Como señaló Haidegger, nos hallamos encadenados a la técnica, lo mismo si la aceptamos que si la negamos apasionadamente. Su incorporación al campo del Derecho mediante la Informática es ya una realidad. Muchos juristas están ya logrando, gracias a la ayuda de los instrumentos informáticos, hacer más eficiente, ágil y exacto el proceso de la administración de justicia desde el puesto en que les haya tocado ejercer la profesión (legisladores, jueces, docentes, litigantes, etc.).

38. Sobre este tema son de gran interés los trabajos sobre Informática y Administración Judicial del Profesor EDGAR SALAZAR CANO, en su obra "Cibernética y Derecho Procesal Civil", Edic. Técnico-Jurídicas, Caracas-Lima, 1979.

3. EL DERECHO DE LA INFORMATICA

En el cuadro de las disciplinas juscibernéticas, ya está tomando cuerpo el llamado *Derecho de la Informática*, como sucedió antes con el derecho nuclear, el derecho aeroespacial, etc., y otras ramas nuevas del viejo tronco jurídico que retoña cada vez que nuevas exigencias sociales así lo reclaman.

Es todavía confusa a nivel internacional la sistematización de la materia que debe constituir su objeto, como lo es también el esquema de soluciones dadas a los diferentes problemas que han venido planteándose.

El primer paso en este sentido fue la modificación del artículo 9 del Código Civil francés, en 1970, para reforzar la protección a la vida privada que consideraban amenazada por la tecnología informática. Con este antecedente, en 1974 se creó en Francia la famosa "Comisión de Informática y Libertades", la cual recién instalada elaboró un informe sobre la informatización de la sociedad, conocido como *Informe Tricot*, por haber sido Bernardo Tricot el relator de la Comisión. En él se establece un elenco de medidas ideales para ajustar el funcionamiento de los archivos electrónicos a las libertades constitucionales, marcando una clara tendencia a la regulación jurídica de algunos aspectos de la informática que hasta entonces permanecían en el nivel, no vinculante jurídicamente, de la deontología profesional del ramo.

El *Informe Tricot* inspiró la *Ley Francesa sobre Informática, Ficheros y Libertades* (del 6 de enero de 1978), encaminada a controlar el tratamiento de datos informáticos personales. Para asegurar su cumplimiento se nombró una Comisión Nacional de Informática con amplios poderes para reglamentar la puesta en servicio de ficheros de información sobre datos personales, así como los procedimientos de búsqueda, registro y almacenamiento de información sobre las personas. La creación más importante de esta Ley es, quizá, el llamado *derecho de acceso* (*habeas escriptum*)³⁹ que consiste en la facultad de cada individuo de

39. Esta importante institución de Derecho Informático tiene antecedentes en la "Fair Credit Report Act" de 1970, y en la "Privacy Act" de 1974, dos leyes de los Estados Unidos sobre la protección a la vida privada, en las que se regula el derecho de acceso a las informaciones personalizadas.

acceder a los soportes informáticos que contengan datos personales que le conciernen y de hacer que se corrijan los errores que hubiere o se destruyan las informaciones que atenten contra las garantías constitucionales. En caso necesario, podrá pedir al juez competente el amparo que garantice este derecho.

La reforma francesa de 1970 despertó inquietudes sobre el mismo tema en otros países. El 11 de mayo de 1973, Suecia promulgó su *Ley sobre los Datos* o DATALAG para proteger las libertades públicas frente a la informática. Es la primera en el mundo con esta exclusiva finalidad. El órgano creado por ella misma para garantizar su aplicación es el *Data Inspektion Board* (DIB). Después, Alemania Federal sancionó en 1976 su *Ley Federal sobre la protección de Datos*; España, en la reforma constitucional de 1978, dejó sentadas bases precisas para legislar sobre esta materia, al establecer que "la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos" (art. 18, 4º); y entre los países socialistas, Hungría, en su reforma del Código Civil (1977), legisló que "la informática no debe amenazar los derechos del individuo" (art. 83, 1º).

Por su lado, los países del Common Law se orientaron más bien hacia la protección de la vida privada que a la garantía de las libertades públicas. Es la tendencia de la "Privacy Act" (1974 en Estados Unidos, y de la Ley Canadiense sobre los Derechos de la Persona, que prevee el nombramiento de un Comisario especial para la protección de la vida privada. Inglaterra, en cambio, parece acercarse al sistema sueco, creando en 1976 un "Data protection Committee (DPC), similar al "Data Inspection Board" (DIB), de aquel país⁴⁰.

Estas iniciativas demuestran que una nueva disciplina jurídica se viene gestando y que el jurista informático deberá asumir en lo sucesivo una de estas dos actitudes: aceptar el derecho positivo como una realidad jurídica *dada*, incuestionable, a la que se verá obligado a adotar en lo posible las técnicas informáticas; o luchar contra las viejas leyes que obstaculizan el aprovechamiento racional de la automatización, propiciando que

40. SALAZAR CANO, Edgar: "El Derecho de la Informática". Su ponencia en el I Congreso Iberoamericano de Informática Jurídica, en Santo Domingo, Noviembre de 1984.

el Derecho asuma, sin renunciar a su natural liderazgo sobre la conducta humana, nuevas formas de regulación cónsonas con la específica realidad socio-económica del momento. Es esta última la actitud que predomina hoy, y que puede resumirse con las ualabras de Aurel David en su artículo, ya citado, *primeros pasos sobre la luna*:

“Eu carácter finalista de los hechos e instituciones jurídicas pueden encontrar auxilios grandes en el empleo de la Cibernética, sin necesidad de que el Derecho se sujete a la técnica de ésta, ni pierda su condición propia”.

El primer puesto de vigilancia y control en los confines del Derecho y la Cibernética fue establecido, como ya hemos apuntado, para garantizar los derechos constitucionales de las personas y, en particular, brindar protección a la *privacidad*. La *vida privada*, según la concepción de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa en su Resolución N° 428 del 23 de enero de 1970, consiste:

“en poder realizar la vida como uno la entiende, con un mínimo de ingerencias. Conciérne a la vida familiar y a la vida del hogar; a la integridad física y moral; al honor y la reputación; al hecho de no ser presentado bajo una falsa imagen; a la no publicación de hechos banales o bochornosos, o de fotografías privadas sin autorización; a la divulgación de informaciones comunicadas o recibidas confidencialmente...”.

Hubo desde siempre una vieja estructura jurídica, sustentada en las bases de la doctrina clásica, para conjurar la invasión a la vida privada de las personas; pero el incremento progresivo de los mecanismos de invasión a esa esfera privada, de una parte, y de otra, la urgencia de definir el concepto de “privacidad”, todavía de contornos escasamente dibujados como se desprende del párrafo transcrito, impulsaron una revisión a fondo de la vieja estructura y la construcción de una *zona protectora en la nueva frontera*, con robusta armazón, trenzada preferentemente con normas de jerarquía constitucional.

El temor a la transparencia de la vida íntima ya inspiró en 1890 el famoso artículo de Samuel D. Warren, publicada en el “Harvard Law Review”, sobre *el derecho de la propia imagen fotográfica y el derecho de ser dejado tranquilo*. Con la irrup-

ción de la tecnología informática, ese temor se extendió a todos los pueblos, y la preocupación por los nuevos horizontes informáticos y su proyección sobre la vida y actividad de las personas preocupa hoy a todos los países, hasta el punto que algunos ya han elevado a rango constitucional el derecho a la protección del honor y la intimidad, como lo hicieron España y Portugal; y muchos otros, como vimos, han adoptado las reformas legislativas pertinentes, siguiendo el ejemplo de la reforma francesa de 1970.

En Venezuela no ha sido aún objeto de regulación legislativa especial ni la protección a la persona frente a la registración de datos personalizados, ni ningún otro aspecto del incipiente desarrollo de los sistemas informáticos en el país. En el estado actual del ordenamiento jurídico venezolano, el acto lesivo a las personas por archivos informatizados que comprometan su privacidad o la confidencialidad de la información, constituye un conflicto dirimible únicamente en el marco de las normas sobre responsabilidad civil —en principio, extracontractual—, por cuanto se trata de un hecho jurídico que puede generar daños patrimoniales y no patrimoniales. El primero de enero de 1978, entró en funcionamiento la Oficina Central de Estadística e Información (OCEI)⁴¹. Entre sus atribuciones está la de supervisar y reglamentar el empleo de los sistemas de computación y procesamiento de datos, pero recortada al ámbito *administrativo* y con propósitos más bien programáticos que compulsivos. Hay que mencionar también las “Normas sobre publicidad del Registro Electoral Permanente, dictadas por el Concejo Supremo Electoral, que autorizan a los partidos políticos nacionales para obtener, en cintas magnéticas, copias de dicho Registro, conteniendo únicamente “nombre y apellido de cada elector inscrito, número de su Cédula de Identidad, fecha de nacimiento y el Código del Centro de Votación”. Esto es casi todo lo que tenemos por ahora en materia de Derecho Informático. Pero hemos oído voces de alerta desde diferentes posiciones, como la del distinguido Profesor Gert Kummerow en su

41. Vide Decretos Nros. 983 de la Presidencia de la República, del 17 de junio de 1975 y 2.504, del 23 de diciembre de 1977.

artículo *El derecho a ser protegido contra los perjuicios al honor, reputación y vida privada*⁴².

Claro que esta materia no se agota con regulaciones locales. Requiere tratamiento a nivel internacional, porque no hay fronteras para la informática en un mundo cada vez más pequeño, con problemas y necesidades comunes a todos los hombres. Por ello, sólo mediante legislaciones coordinadas se logrará la protección del bien jurídico que se pretende tutelar. Lo confirman los diferentes pronunciamientos de variados organismos supranacionales, desde la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1946, hasta la Resolución del Consejo de Ministros de la Comunidad Económica Europea, de fecha 18 de septiembre de 1980, en la que tomaron la importante iniciativa de solicitar de todos los Estados miembros la cooperación para armonizar las legislaciones locales sobre la materia.

Hay que advertir, sin embargo, que el derecho a la *privacidad*, lejos de ser absoluto, tiene un límite en la necesaria ingerencia de la comunidad en que el hombre se encuentra insertado. La vida en comunidad requiere cierta información para conducir en forma organizada a sus integrantes hacia los fines sociales. Deben existir diferentes tipos de registros (el Civil, Fiscal, Mercantil, de Identificación y Extranjería, registros policiales, inmobiliarios, etc.); también en las instituciones a que pertenecemos se registran datos personalizados. Son exigencias insoslayables de la vida en común. Por tal motivo, las soluciones que las nuevas formas legislativas deben aportar a la problemática surgida como consecuencia de la tecnología electrónica, deben propender a un equilibrio justo entre la protección debida a la *intimidad* de las personas y la posibilidad de empleo de sistemas informáticos, exigidos por el grado de complejidad alcanzado por los factores que conforman la vida social de nuestro tiempo.

Además de la necesaria intervención del Estado para mantener en ese virtuoso punto medio las aplicaciones informáticas a la vida y actividad del hombre actual, la presencia rectora del

42. GERT KUMMEROW: "Tendencias actuales sobre regulación de la Informática y respeto a la vida privada", en ESTUDIOS SOBRE LA CONSTITUCION Libro Homenaje a Rafael Caldera), Tomo II, UCV. 1979, pág. 775.

Derecho es requerida en muchos otros campos conflictivos de la nueva *Sociedad Informatizada*. El *Derecho de la Informática*, concebido como disciplina especializada en la solución de los problemas jurídicos surgidos en torno al fenómeno informático, debe abocarse también y con la misma urgencia, a otros objetivos, ya numerosos hoy y en crecimiento exponencial. Nos limitaremos a mencionar algunos:

a) *Los contratos informáticos*: Aunque conservan las bases de la teoría general de las obligaciones, requieren terminología y contenido diferentes de los que usualmente manejamos. Así, el contrato informático de compra-venta puede referirse sólo al material (Hardware), a sistemas operativos (Firmware) o a programas (Software); y en cualquiera de estas hipótesis, deben regularse varios aspectos que tienen que ver con la dimensión fundamentalmente técnica del objeto de la venta. Lo mismo ocurre en los contratos de prestación de bienes y servicios, que presentan una especial complejidad por razón de la materia misma que se pretende disciplinar; y en los contratos sobre programas o sobre servicios informáticos, donde tiene cabida el problema específico del secreto o carácter confidencial y utilización privada de los mismos así como la llamada *obligación de resultado*, se encuentran con frecuencia estos dos inconvenientes: que el suministrador los propone como contratos de adhesión, en virtud de que es la parte contratante que tiene más fuerza, y la utiliza para romper el equilibrio contractual, y que, además, a menudo son simples traducciones de contratos extranjeros, o adaptaciones de éstos, con una redacción más técnica que jurídica, y en consecuencia, ambigua, quedando a los jueces la ardua tarea de tener que decidir los conflictos que surjan en tan novedosa y difícil materia.

b) *Marco jurídico para el nuevo "poder informático"*: Mencioné en la primera parte de este trabajo (Información e Informática) que el fenómeno tecnológico de la Informática está hoy inserto en el centro mismo del sistema social, nucleando todo el entorno humano e imprimiendo carácter de original textura a la sociedad actual, llamada por eso *Sociedad Informatizada*.

Contribuye a potenciar este fenómeno el hecho de que la *Información* es un recurso limpio, requiere poca materia prima, consume poca energía y es excepcional en el sentido de que no

se agota al ser distribuido, como sucede con otros recursos, que, en alguna medida, dependen todos de la información, conducida por la tecnología al sitial de honor en el nuevo desarrollo industrial. Adquirió tal despliegue, tanto volumen, tan alto grado de automatización electrónica, que hoy constituye el factor económico más influyente de la vida social, con ocupación, directa o indirecta, para el 50% de la población activa, y la fuente de poder más codiciada, por la capacidad de toma de decisiones que comporta y por la cuantía de recursos que suponen las tareas de adquisición, almacenamiento y difusión de información, las cuales no están al alcance sino de una minoría social, a modo de oligopolios de este producto.

Este fenómeno genera implicaciones sociales relevantes, con una amplia gama de nuevas posibilidades y beneficios, pero también con nuevos riesgos y peligros. Individuos, grupos o gobiernos sin escrúpulos pueden *manipular* la información y, con el enorme poder que ella confiere, *moldear* la opinión pública en la medida de sus intereses, en detrimento de las libertades e intereses de la persona humana, de las naciones de menores recursos y hasta de la propia humanidad.

He aquí una nueva frontera para el Derecho: establecer un marco jurídico para el control de los recursos informáticos y regular las consecuencias del poder económico y político que implican. Es un urgente quehacer, un reto, para todos los legisladores y juristas del mundo.

c) *Protección jurídica de programas de Informática (software)*: Hay planteados muchos interrogantes en torno a la protección de los programas informáticos. El argumento de la película *War Games*, considerado inverosímil en su día, es hoy un nuevo deporte de la juventud en los Estados Unidos, conocido como *allanamiento de ordenadores* o piratería electrónica.

El acceso ilegal a los ordenadores ajenos genera riesgos imponderables en materia de defensa, terrorismo, espionaje, sabotaje, robo, etc., además de afectar las actividades propias de todo buen sistema informático. Un aficionado, armado de su microcomputadora, puede asaltar cualquiera de los más de cien mil sistemas computarizados que funcionan en el mundo, y sustraer, alterar o destruir la información que manejan sobre temas científicos, técnicos, económicos, intercambio de créditos bancarios.

o sobre tantos otros datos, de costosa búsqueda, de los que pueden depender desde la propia seguridad y defensa de los Estados, hasta la privacidad y bienestar de sus ciudadanos.

La aparición de esta "criminalidad informática" plantea en primer lugar, al jurista el problema de la tipificación de esa clase de delitos, en sus diferentes categorías, y el establecimiento de las sanciones correspondientes. Un cuerpo de leyes especialmente rigurosa sobre la materia, podría disuadir a los piratas de la electrónica de tan funesto vandalismo. La severidad de estas normas se justifica porque se trata de un delito que requiere de conocimientos técnicos complejos y puede tener consecuencias económicas elevadas. En algunos países ya se ha tipificado como *delito informático*. En Francia existe como delito específico desde la Ley sobre Informática, Ficheros y Libertades de 1978; y en Estados Unidos se creó el *computer fraud* (delito informático) a partir de agosto de 1983, cuando un grupo de jóvenes, conocido como *Grupo 414* por ser éste el prefijo telefónico de Wisconsin, su ciudad, demostraron que podían penetrar la máxima seguridad de los Laboratorios Nacionales de Los Alamos (Nuevo México), donde se experimentan armas supersecretas.

Las brechas existentes en materia de seguridad de la información guardada en los programas de informática constituyen un reto para la tecnología electrónica que originó un aluvión de encuestas a nivel mundial y está motivando apresuradas investigaciones sobre sistemas de seguridad virtualmente inaccesibles.

Otro de los interrogantes en materia de protección del *software* es la búsqueda de un régimen jurídico adecuado que contemple los aspectos tecnológicos de la informática, toda vez que los medios tradicionales de protección, como el derecho de patentes o el de marcas, son de aplicación muy limitada por tratarse de invenciones *no tangibles*. Reina una confusión general en esta materia. La jurisprudencia norteamericana se ha mostrado vacilante, con decisiones contradictorias, sobre la *patentabilidad* de los programas informáticos. Inglaterra admitía la protección mediante patentes hasta 1977; a partir de esta fecha, la está rechazando. Alemania optó por la protección mediante los *derechos de autor*.

La Organización Mundial de la Propiedad Industrial, con el propósito de definir esta situación tan ambigua, elaboró un Proyecto de protección específica de los programas de Informática sobre las bases de la legislación existente en materia de *derechos de autor*, pero con modalidades que le imprimen un cariz de mayor severidad y rigor. Sería de desear que este Proyecto se estudie y se reciba con los ajustes que sean procedentes, en el sistema jurídico de cada país.

d) *Muchos otros temas* esperan adecuada solución. Cualquier elenco que se elabore de ellos estaría incompleto, y alguien podría ampliarlo con algún conflicto propio o de algún cliente. Podríamos mencionar el valor probatorio de documentos emanados de procesos informáticos, el error de un informe equivocado y la indemnización de los daños consiguientes, las leyes antimonopólicas frente a las transnacionales de la Informática, etc.

Los hombres de Derecho no podemos continuar manejándonos en esta materia con estructuras arcaicas, cuya obsolescencia se pone de manifiesto ante los profundos cambios que se están produciendo en el ámbito social. Un ejemplo claro de este anacronismo es la legislación existente en materia de Contabilidad Mercantil (artículos 32 y ss. del Código de Comercio). De hecho, muchas empresas llevan su contabilidad a través de medios automáticos. Sin embargo, el Código de Comercio continúa exigiendo "obligatoriamente el Libro Diario, el Libro Mayor y el de Inventarios", y regulando el modo de llevar los registros contables, las formalidades que deben reunir dichos Libros, su valor probatorio en juicio, etc., todo lo cual obliga al comerciante a costear mano de obra innecesaria, y a conservar complicados archivos de documentación original, en virtud de que las modernas técnicas de reproducción no fueron aún acogidas y, en consecuencia, la información asentada sobre soportes informáticos no se encuentra aún regulada.

Queda así insinuada —sólo eso nos propusimos— la nueva frontera del Derecho y el marco específico del *Derecho de la Informática* como nueva disciplina jurídica. Su temática está en proceso de sistematización a nivel internacional, como también lo están las soluciones que se buscan con urgencia a los conflictos que esa misma temática plantea.

LEGISLACION COMENTADA

LOS NUEVOS CODIGOS PENALES DE CUBA Y CHINA

Manuel López-Rey y Arrojo, LL. D.

Catedrático de Derecho penal, *Visiting Fellow*, Instituto de Criminología, Cambridge, Inglaterra, (1966/1981) y Miembro del Comité de las Naciones Unidas de Prevención y Control del Crimen y de Justicia

I. INTRODUCCION

Los dos códigos penales aquí considerados son parte de la hoy extensa codificación penal marxista que se suele presentar como algo uniformemente basado en una serie de principios homogéneos. Esa apariencia de unidad es más aparente que real. La verdad es que al igual que el capitalismo, el marxismo es extremadamente difícil de concretar. Lo que se presenta como dogma marxista es más pretensión ideológica que una sistematizada de una serie de tesis, conceptos y fines. Ni MARX ni ENGELS pretendieron nunca tal sistematización. Por otra parte, las adjetivaciones de que es frecuentemente objeto el marxismo añadiendo las de leninismo, stalinismo, maoísmo y otras prueban que la pretendida homogeneidad es más una expresión de propaganda política que de una construcción jurídico-penal exclusivamente marxista. Ello no quita para que el derecho penal marxista presente ciertas características comunes, pero también marcadas diferenciaciones entre los países que viven bajo tal régimen. Ello ha sido puesto de manifiesto por TEREZ SZABO en *The Unification and Differentiation in Socialist Criminal Justice*, 1978, publicada en inglés por la Akademiai Kiado, Budapest, donde examina los sistemas penales de la Unión Soviética, Bulgaria, Checoslovaquia, República Democrática Alemana, Polonia y Rumania y con algo más de detalle Hungría, pero deja fuera a China, Cuba, Yugoslavia y Albania.

Respecto a la ley penal MARX y ENGELS la tuvieron en cuenta más esporádica que sistemáticamente. Ambos se ocupa-

ron de la criminalidad al hacerlo de las condiciones de trabajo de la clase obrera, de la plusvalía, etc., pero no pretendieron jamás establecer una teoría jurídicopenal marxista. En todo caso, su concepto de la criminalidad es bastante limitado en cuanto creyeron que era el producto de condiciones competitivas injustas de índole económica, tesis que fue repetida por LENIN.

Con todo, en su trabajo sobre *Población, Crimen y Pauperismo*, 1859 MARX manifestó algo que todavía tiene plena validez y es que el crimen es en gran parte producto de la manera como la ley penal es aplicada, es decir, por lo que hoy llamamos sistema penal. No debemos olvidar que en el siglo XIX las clases bajas eran identificadas con las clases criminales (*lower classes as criminal classes*). Ello sigue sucediendo aún en gran medida. Solamente en los últimos diez años la acción persistente de las Naciones Unidas sobre el abuso criminal del poder político, público, económico, ideológico, etc., ha dado lugar a que también las clases dirigentes capitalistas o no, sean objeto de más atención penal y criminológica. En otro trabajo sobre *La pena de muerte*, 1853, MARX declaró que la pena es un medio de defensa de la sociedad contra los ataques a las condiciones vitales de la misma, pero respecto a la de muerte se preguntó qué clase de sociedad es la que para su defensa precisa de dicha pena.¹ La conclusión es que no era partidario de la misma.

De las tres aserciones de MARX: condición criminógena del sistema penal cuando mal aplicado, que la pena es un medio de defensa social y que la de muerte no se justifica, los países socialistas han hecho poco caso de la primera, han permanecido fieles a la segunda y tratan de esquivar la tercera diciendo que la pena de muerte es de índole excepcional y temporal, es decir, que será un día suprimida. Lo de excepcional es un tanto dudoso, pues si bien algunos códigos penales socialistas, como el polaco contienen un número relativamente reducido de casos, el de la República Socialista Federal de la Rusia Soviética, en que se basan en gran medida los demás de la Unión Soviética, la conserva como pena alternativa en 21 casos.

1. Para más detalles v. mi *Criminología*, I, primera reimpresión, Madrid 1981, cap. III y II, 1978, caps. XI y XII y PAÚL PHILLIPS, *Marx and Engels on Law and Laws*, 1980.

Mutatis mutandis, la situación es análoga en los países capitalistas. Con todo, en éstos la crítica del sistema penal que a veces es acusado abiertamente de criminógeno, es frecuente, lo que sucede raramente en los socialistas. En cuanto a la pena como medio de defensa social ello se disimula a menudo hablando de la readaptación del delincuente, cosa que también se hace en los países socialistas donde el término preferido suele ser el de re-educación. Respecto a la pena de muerte, las discusiones sobre su abolición, moratoria o mantenimiento en el VI Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Crimen y Tratamiento del Delincuente, Caracas 1980, muestran que mientras algunos países capitalistas se manifestaron claramente en favor de su abolición los más —entre ellos los Estados Unidos— se opusieron y los países socialistas y los próximos a ellos tras la eterna referencia a la índole excepcional de la misma, que es más ficción que realidad, votaron en contra del proyecto de resolución que pedía la abolición gradual de la pena capital. Inútil añadir que la resolución no fue adoptada.

Las características de la codificación penal socialista-marxista son:

a) La protección penal firme de la sociedad y Estado socialista, de los derechos y deberes de los ciudadanos dentro de una y otro, de que el delito es todo acto socialmente peligroso y del mantenimiento de la dictadura del proletariado. Una de las publicaciones más significativas al respecto *Das neue Strafrecht-bedeutsamer Schritt zur Festigung unseres sozialistischen Rechtsstaates*, 1968, de la Cancillería del Consejo de Estado de la República Democrática Alemana no deja lugar a dudas sobre tales fines. Otro de los textos significativos es el art. 70 del Código penal de la República Soviética antecitada que, con variantes es mantenido en los demás códigos penales de la Unión Soviética, conforme al cual se puede penar con reclusión hasta diez años a todo aquel que lleva a cabo "agitación o propaganda antisoviética a fin de subvertir o debilitar la autoridad soviética o cometer un delito". Es el artículo utilizado para aplicar el tratamiento psiquiátrico a los disidentes.

b) El articulado de los códigos penales socialista-marxistas es reducido cuando comparado con los códigos penales capita-

listas que en demasiados casos tienden a una extensa criminalización que se infla al incluir las contravenciones o faltas en dichos códigos. A título de ejemplo contrario diré que el código penal de la República Democrática Alemana consta de 283 artículos incluidos los delitos militares, el de Polonia tiene 331 con la misma inclusión, el húngaro 340 idem y lo mismo el rumano con 363.

De las dos características, la primera es más acentuada en la teoría y práctica en los países socialistas-marxistas que en los países democráticos del grupo capitalista. El afán de protección se acentúa en los países de régimen dictatorial no socialistas-marxistas, particularmente a través de reformas del código penal o mediante leyes especiales. En todo caso, con variaciones determinadas por la estructura socioeconómica y política, la finalidad de protección es manifiesta en todos los códigos penales cualquiera que sea el país de que se trate.

Respecto a la segunda característica, la diferencia es más marcada. En primer lugar, los códigos penales socialistas-marxistas excluyen de su ámbito las contravenciones o las faltas e incluyen los delitos militares. La exclusión de las contravenciones puede tener un fundamento, al menos en parte, en algo que dijo MARX, y que es citado por PHILLIPS en su obra antecitada, en las discusiones que tuvieron lugar sobre el hurto de leña, de significada importancia en la Europa del siglo XIX, de que debe hacerse un distingo entre delito y mera infracción. Su punto de vista, esta vez claramente expuesto, fue que la simple infracción de reglamentos no debe transformarse en hecho delictivo y aconsejó que en la sanción de ciertas irregularidades sociales la tolerancia debe ser la regla. La observación es correcta y contrasta con el afán de los códigos penales capitalistas del siglo XIX y no pocos del XX de penalizar las faltas dirigidas contra el derecho de propiedad. Debe añadirse que conforme a la tradición jurídico-penal ruso-soviética el término delito ha sido estimado siempre como algo que debe interpretarse estrictamente dándose así una constante distinción entre *ugolovnoe*, es decir, lo que es criminal o delictivo y es regulado por la ley (*zakon*) y lo meramente contravencional que es determinado y en su caso sancionado, por decreto, orden o reglamento (*ukaz* o *rasporiazhenie*).

Algunos códigos penales del grupo capitalista excluyen también las faltas o contravenciones del código penal. Tal acontece con el boliviano de 1972 que tiene solo 365 artículos. En España el malhadado Proyecto oficial de Código penal, 1980, bate probablemente el record de kilometraje penal con 686 artículos, las faltas incluidas y lo que es peor con un criterio decimonónico en cuanto incluye en ellas el apoderarse de ramas, atravesar heredades, etc. Se trata de un producto académico-profesional del que existen numerosos ejemplos en Iberoamérica. El último lo constituye el código penal colombiano de 1980 que entró a regir en Enero de 1981.²

La inclusión de los delitos militares es una acusada característica de la codificación penal en los países socialistas-marxistas en los cuales ninguna clase o grupo, profesional o no, puede reclamar un estatuto o jurisdicción especial. Ello no empece que puedan existir leyes penales especiales, aunque en general en número limitado y que la disciplina militar sea objeto de su propia regulación como algo interno. Tal inclusión es rara en los códigos penales de los países capitalistas, particularmente en los de habla española y portuguesa en los que la jurisdicción militar es a menudo demasiado extensiva y frecuentemente utilizada por regímenes dictatoriales.

Las diferencias entre los códigos penales de los países socialistas-marxistas se explican en buena parte porque aun siguiendo en principio la misma ideología ésta da lugar a interpretaciones diferentes determinadas por la estructura socioeconómica y política de cada uno de dichos países. Incluso entre los que constituyen un grupo, como acontece con los satélites europeos de la Unión Soviética, las variaciones en los códigos penales, como reflejo de la dicha estructura, son manifiestas.³

2. V. mi ensayo *Análisis político-criminal del Proyecto oficial de Código penal español*, en *Acuerdo de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1980. Sobre la carencia de imaginación en la codificación penal iberoamericana v. el enjundioso trabajo de MANUEL DE RIVACOBA y EUGENIO R. SAFFARONI, *Siglo y medio de codificación en Iberoamérica*, Valparaíso, 1980, en que certeramente se habla de importación indiscriminada de modelos ajenos. Ello acontece también hoy con la imitación de la "nueva" o "radical" criminología.

3. Al efecto, véase ROBERT FURTAJ, *Die Politischen Systeme der Sozialistischen Staaten*, 1979.

II. EL CODIGO PENAL CUBANO

Su texto fue publicado en la *Gaceta Oficial* de la República de Cuba el 1° de Marzo de 1979 para entrar a regir ocho meses después, o sea, el 1° de Noviembre del citado año. La *Gaceta* publicó después la rectificación de diversos errores.

El Código consta de 405 artículos de los cuales 94 pertenecen a la Parte General. Las contravenciones están excluidas, pues unas han pasado a ser delitos leves y otras son sancionadas administrativamente con multas.

Según se declara, el nuevo código penal es el resultado de diez años de continua y sistemática labor de la Comisión de Estudios Jurídicos del Comité Central del Partido que en el período 1963/73 elaboró un anteproyecto, continuó en los años subsiguientes y culminó en la colaboración de todo el pueblo en el curso de la amplia y democrática discusión pública a que fue sometido que lo aprobó y perfeccionó, pero no se da información alguna sobre dicha consulta, particularmente cómo fue llevada a cabo, grado de participación activa, modificaciones sugeridas, etc. Quizá exista alguna publicación al efecto que no he podido obtener. Se dice que el código responde íntegramente a los principios del derecho socialista... la finalidad de la sanción es la re-educación antes que la represión, el aumento de las clases de sanciones es medio para llevar el grado posible de individualización de la sanción... se reducen las sanciones en los casos en que los infractores sean menores de veinte años... la regulación de la remisión condicional y de la libertad condicional... el fortalecimiento de la lucha contra la reincidencia mediante la imposición de penas más severas... el mantenimiento de la pena capital aunque con carácter excepcional para los delitos más graves y repugnantes y siempre en forma alternativa con la privación de libertad...

La finalidad es proteger la sociedad, las personas, el orden social, económico y político y el régimen estatal, salvaguardar la propiedad socialista, promover la cabal observancia de los derechos y deberes de los ciudadanos, contribuir a formar en éstos el respeto a la legalidad socialista, el cumplimiento de los deberes y correcta observancia de las normas de convivencia socialista. Consecuentemente la Parte General se ocupa de la ley

penal en el tiempo y en el espacio, establece el cambio de nacionales condenados a efectos de que cumplan la sanción en sus respectivos países, lo que no es nada nuevo, pues fue introducido por Turquía en 1965, de los delitos intencionales o por imprudencia, en caso de pluralidad de delitos se pena el más grave, se hacen los distinguos respecto a responsabilidad por razón de edad —16 años atenuándose la pena entre dicho límite y el de 18 y en menor medida entre éste y el de 20— enfermedad mental, etc. Se regulan igualmente las eximentes, excusas absolutorias y demás.

Las penas son muerte, privación y limitación de libertad y multa. Las accesorias: privación de derechos públicos, paterno-filiales, de tutela, prohibición de ejercer una profesión, oficio o cargo, retirada del permiso de conducir, prohibición de frecuentar determinados lugares, destierro, decomiso, confiscación, sujeción a los órganos de prevención y la expulsión de extranjeros. La peligrosidad tiene amplísima cabida y las medidas de seguridad aplicables son predelictivas y postdelictivas. La pena de muerte es por fusilamiento.

En la Parte Especial se regulan los delitos cometidos contra el Estado, la administración, la seguridad colectiva, el orden público, la economía nacional, el patrimonio cultural, la vida e inseguridad corporal, los derechos individuales, laborales, las relaciones sexuales, el honor y los patrimoniales.

Tanto la Parte General como la Especial tratan de plasmar las finalidades ya enumeradas atribuidas al código penal que pueden resumirse en la de proteger al máximo una sociedad regida por un régimen socialista-marxista dirigido bajo la férula inflexible de un partido único. En tal sentido, las diferencias entre las dictaduras de izquierda o de derecha son más aparentes que reales. Todas ellas tratan de mantener lo más efectiva y duraderamente posible la ideología en el poder.

Exigencias de tiempo y espacio permiten solo las siguientes observaciones:

a) Es difícilmente explicable que la preparación del código penal haya exigido casi catorce años de continuados trabajos. Probablemente cuestiones políticas diversas impidieron una más rápida elaboración. Como señalé tampoco se dan detalles de cómo se llevó a cabo la consulta a la opinión pública y cuál

fue efectivamente su contribución. El hecho de que se trataba del primer código penal, bajo el régimen actual justificaba sobradamente dar algunas especificaciones y no sólo las generalizaciones hechas en la presentación del mismo. No se hace referencia alguna a si se llevó a efecto alguna evaluación previa del sistema penal existente, cual es la conexión entre el texto y la estructura socioeconómica y desarrollo del país y otros aspectos fundamentales de una planificación de la justicia social penal que es fundamental en un país socialista-marxista. En su lugar se hacen una serie de aserciones políticas respecto a la sociedad socialista, a los principios del derecho socialista, al extraordinario avance cultural, al alto grado de conciencia alcanzado por el pueblo y otras muchas que no desdican en nada a las similares, con ideología diferente, que se hacen en algunos países capitalistas. La referencia como directiva esencial en la aplicación de las medidas de seguridad a la moral socialista es realmente alarmante. ¿En qué consiste ésta? ¿Cuáles son sus normas y quiénes la determinan? ¿El Partido y cómo? ¿Cuál es la razón de esa tendencia moralizadora que ha desaparecido del área jurídico-penal en la mayor parte de los países? La tesis de una "moral socialista" es tan peligrosa o más que la peligrosidad misma establecida por el código al considerar como peligrosa toda persona cuya proclividad al delito está demostrada por la conducta que observa en contradicción manifiesta con las normas de la moral socialista. Bajo tal aserción se pueden llevar a cabo los más extremados abusos de coerción, intimidación, persecución y represión que puedan imaginarse o desearse bajo un régimen dictatorial a base de partido único dirigente. En realidad, adoptando tal fórmula el código penal cubano ha ido mucho más lejos que el art. 70 del código penal soviético antecitado.

b) El código penal cubano es extremadamente represivo, intimidativo y defensivo. Constituye un instrumento de poder político excesivo. Las penas son a menudo largas, veinte y treinta años y la individualización que se proclama es más aparente que real en cuanto el texto establece *a priori* los mínimos y máximos e incluso en ocasiones utiliza las viejas fórmulas clásicas de reducir la pena en la mitad, dos tercios, etc. ¿Sobre qué bases se establecieron dichos mínimos y máximos? ¿Se llevó a cabo alguna investigación criminológica previa al

efecto? El afirmar que la reincidencia ha de tratarse con una agravación de la pena es otra negación de la pretendida individualización. Lo mismo cabe decir respecto a la remisión condicional para la que se exige que la pena privativa de libertad impuesta no exceda de tres años. Tal límite confirma la índole represiva del código. Una auténtica individualización hubiera prescindido del mismo no estableciendo ninguno. Respecto a la pena de muerte, no aplicable a menores de 20 años y mujeres encinta el código excede todo lo que se ha hecho al efecto lanzándose en una escalada represiva ya que, aunque alternativamente, dicha pena puede ser aplicable en no menos de 80 casos.⁴ ¿Hasta qué punto se espera que tal proliferación sea realmente intimidativa y protectora del régimen político existente? Toda intimidación para ser efectiva exige una cierta aplicación del precepto que la encierra. Si ello fuera así, es obvio que Cuba batiría otro record, el de ejecuciones de la pena capital. Ello no es fácil que acontezca, pero en todo caso constituye una "reserva penal" de lo que se puede hacer uso en un momento dado. Lo que acontecerá es que mayormente se aplicará la privación de libertad por veinte o treinta años. Cabe también preguntar si se cree sinceramente que tan largos períodos permiten la reeducación que se pretende aún si ocasionalmente se reducen a la mitad. La índole políticamente represiva del código es obvia también en la regulación de la cancelación de antecedentes penales en cuyo examen detallado no puedo entrar aquí, pero que criminológica y sociopolíticamente difícilmente pueden justificarse. En suma, el número altísimo de casos de pena capital, aun alternativamente considerada, muestra una vez más la ficción de que dicha pena sea estimada como algo excepcional. En realidad, si se tiene en cuenta el apartado f) del art. 98 dedicado a los delitos de ayuda al enemigo, el número de casos de aplicación alternativa de dicha sanción es prácticamente ilimitado, pues dicho apartado, que introduce sutilmente la analogía, dice que incurrirá en la sanción de diez a veinte años o muerte quien favorezca el progreso de las armas enemigas de *cualquier otro*

4. En su trabajo citado RIVACOBIA y ZAFFARONI hablan solo de 29 casos citando los artículos en que se menciona, pero pasan por alto el importante hecho de que un buen número de ellos enumeran una serie de modalidades que han de estimarse como casos de pena de muerte.

modo no especificado en los incisos anterior (subrayado mío). Los comentarios realmente huelgan.

c) El código no contiene título o sección especial para los delitos militares, pero cabría decir que éstos se hallan en gran medida incluidos en el art. 97, en el 107 y en los 252 al 259 y en algún otro en que se habla de ayuda al enemigo, de usurpación de mando militar y de incumplimiento de obligaciones militares.

III. EL CODIGO PENAL CHINO

El nuevo código penal chino fue adoptado por la V Asamblea Popular Nacional el primero de Junio 1979 y entró en vigor el primero de Enero 1980.⁵ El texto consta solo de 192 artículos de los que 89 pertenecen a lo que se puede estimar como Parte General y los restantes 103 a la que en Occidente se considera como Parte Especial. En estos y otros aspectos hay que tener presente que la terminología y técnica jurídica china no corresponde exactamente a la Occidental. Incluso, el término código es más figurado que exacto, ya que el texto chino habla de ley.

Probablemente es el código penal más corto en vigor y su limitada extensión muestra como la criminalización puede llevarse a cabo en países socialistas-marxistas o capitalistas en forma más concreta y flexible de la que generalmente empleada. Con todo, hay que tener presente que el código penal chino no contiene cláusula derogatoria de leyes anteriores, como la tiene el código penal cubano que dejó subsistentes parte de algunas leyes, lo que significa primero que el principio de legalidad socialista que proclama el código penal chino es cuando menos confuso y segundo, que dado el excesivo número de leyes anteriores que todavía son válidas, la economía de artículos del nuevo texto es un tanto relativa. También y ello es quizá más importante a efectos de legalidad, garantías y supuesta economía de tipos penales, es que, conforme al ar-

5. El texto utilizado es la traducción alemana del código publicada en *China Aktuell* 1980, y suplementariamente he tenido en cuenta el excelente *Analyse des récents codes pénal et de procédure pénale de la République Populaire de Chine*, por TSIEN TCHEHAO, en *Revue de Science criminelle et de Droit pénal*, N° 3, 1980.

título 79, se admite la analogía penal al decir que los que cometan actos que no se hallan específicamente definidos en la Parte Especial podrán ser juzgados y penados aplicando el precepto que se acerque más a la índole del acto cometido. Como garantía, el artículo declara que tal aplicación ha de ser aprobada por la Corte Popular Suprema, pero también aquí hay que tener en cuenta que el provisionalmente imputado puede ser preventivamente detenido y que la decisión de la referida Corte puede tomar algún tiempo. Escasas son las Cortes Supremas o Tribunales Supremos que se caracterizan por su celeridad sea el país capitalista o no.

Según los *Principios Dirigentes* el código se basa en los del marxismo-leninismo y en las ideas de MAO ZEDONG, en los preceptos constitucionales, en la unión de todos los pueblos que constituyen la China, en la dictadura del proletariado y en la construcción del socialismo. Tales fundamentos supone la protección penal correspondiente particularmente contra toda acción contrarrevolucionaria. Por tal parece entenderse la que afecta la soberanía e integridad territorial, la dictadura del proletariado y la construcción citada. Tan amplias referencias pueden interpretarse elásticamente y aplicarse a todo acto que se estima pone en peligro los fines indicados y los que se relacionen con ellos. No olvidemos a este efecto la analogía permitida por el art. 79 citado.

Lo expuesto muestra notables diferencias de fundamentación y enfoque entre el código penal cubano y el chino. Ideológicamente, el segundo se halla mucho más próximo a la tesis marxista y la subordinación a un liderazgo personal es mucho menor. En este respecto debe recordarse que a partir de 1960 los códigos penales marxistas sufren una transformación tras la desaparición de STALIN.⁶

El código penal regula los actos dolosos y los culposos, éstos son especificados pero no escapan tampoco del art. 79, la minoridad penal a los 14 años, dándose una atenuación entre ellos y los 18, excluye la responsabilidad penal por enferme-

6. V. el excelente análisis hecho en *Soviet Criminal Law and Procedure, The RSFSR Codes*, Harvard University, 1966, por HAROLD J. BERMAN que todavía debe ser considerado de lectura esencial para entender la transformación indicada no sólo en la Unión Soviética, sino también en los códigos penales de sus satélites europeos.

dad mental, la ebriedad no es eximente y la responsabilidad del sordo o ciego son atenuadas. Se ocupa de la legítima defensa, del estado de necesidad, de la pluralidad de autores haciendo hincapié en que la de cada uno de los participantes ha de ser establecida a efectos de punibilidad, etc.

Las penas principales son: vigilancia, arresto o custodia, prisión temporal, por vida y muerte, ésta por fusilamiento. Las accesorias son multa, privación de derechos, confiscación y reparación del daño. Las accesorias pueden funcionar como principales cuando se aplican por sí solas. Si el acto cometido es de poca monta y tiene escasa o ninguna repercusión la pena puede ser dejada de lado y en su lugar la amonestación o el arrepentimiento o disculpa por escrito son impuestos.

La vigilancia por la autoridad puede durar de tres meses a dos años y se llevará a cabo por las fuerzas de seguridad término que cubre más que lo que se entiende por policía en Occidente. El arresto es de quince días a seis meses, la prisión temporal entre seis meses y quince años, la perpetua es excepcional y la de muerte, que es aplicable en seis supuestos, puede ser reemplazada por aquella o ser suspendida por dos años —salvo los casos de obligatoriedad en la ejecución— y si al cabo de ellos el condenado se ha corregido es reemplazada por la perpetua que puede ser reducida.

Como vemos las penas cortas privativas de libertad subsisten lo que es en parte admisible. La de vigilancia, que es de índole restrictiva, permite al condenado seguir trabajando, pero sometido a la supervisión que se establezca. El código penal chino no contiene el arsenal de medidas de seguridad predelictivas y postdelictivas del cubano. Quizá pueda estimarse como postdelictiva la vigilancia indicada, pero aun así es manifiesta la diferencia con el enfoque neopositivista y defensista del referido código. Una de las características más salientes es la extensa latitud dejada al juzgador en la fijación de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito o grupo de delitos. En la determinación de la que se imponga se tendrán en cuenta la índole del acto, el daño causado a la sociedad y la personalidad del delincuente. Si se dan calificadas circunstancias atenuantes, la pena impuesta puede ser inferior al límite mínimo de la establecida. Toda presentación

voluntaria a la autoridad es estimada como atenuante. La condena condicional de cinco años. Los contrarrevolucionarios y reincidentes no pueden beneficiar de ella.

La pena de muerte ha de ser confirmada y no se ejecutará en mujeres embarazadas o menores de 18 años. Entre los 16 y 18 se concederá siempre la suspensión por dos años. Los derechos políticos afectados por una sentencia condenatoria son los de votar y ser elegido y desempeñar un cargo o función oficial o dirigente. Otras prohibiciones pueden establecerse en los casos especificados por el código penal. La confiscación puede ser parcial o total, pero en ningún caso la decidida debe afectar a la familia o a quien tenga una pretensión o derecho sobre la propiedad o cosa de que se trate. Por propiedad privada se entiende los ingresos por empleo, ocupación o trabajo legal, los ahorros, la casa, muebles, objetos, etc. Por pública o popular la de índole colectiva que pertenece a los trabajadores o a la comunidad.

La enumeración de los delitos en particular reproduce bastante fielmente los principios básicos enunciados de la legalidad socialista-marxista. En este sentido, el código penal chino es más congruente que el cubano. Someramente expuestos son los contrarrevolucionarios, contra la seguridad pública, la economía socialista, la seguridad, la familia y el matrimonio, los cometidos contra las obligaciones de un oficio o cargo y contra los derechos y deberes de las personas. Los más gravemente penados son los contrarrevolucionarios entre los cuales poner en peligro la estabilidad del régimen, el poder estatal, la dictadura del proletariado, rebelión y sedición. Las penas se agravan para los dirigentes o para los que tengan la condición de funcionario o sean miembros de las fuerzas armadas o de la policía popular. La sanción puede ser prisión no inferior a diez años, perpetua o muerte. Los delitos contra la economía son los realizados infringiendo las reglamentaciones financieras o económicas, aduanas, divisas, mercancías, tráfico ilícito, ocultación y contrabando. Las penas se agravan cuando los bienes, valores, etc., son o afectan al Estado, cometer el hecho como parte de una maquinación colectiva u organizada o por venganza u odio.

La criminalización de los delitos contra las personas se hace bajo la amplia rúbrica de los delitos contra los derechos

humanos lo que me parece certero.⁷ El homicidio puede ser sancionado en ciertos casos con la pena capital, en casos menos graves con prisión temporal. Comparativamente, las penas en caso de imprudencia son altas, lo que pone de manifiesto la importancia asignada a la misma en una sociedad socialista. Son de particular significación los delitos cometidos por los funcionarios contra los derechos humanos, entre ellos forzar a terceros a hacer algo que no es legalmente exigible, señaladamente respecto a reclusos, apoderarse de cosa ajena, emplear violencia en las personas, inducir a la prostitución, violar las disposiciones electorales, privar indebidamente de su libertad a una persona, ejercer coacciones señaladamente sobre testigos y expertos, etc.

Entre los delitos contra la familia se hallan la bigamia y descuidar los deberes familiares, en especial respecto a personas enfermas o incapaces. Entre otros, son delitos contra el orden o la administración socialista, el tráfico y consumo ilícito de estupefacientes, provocar epidemias, publicar o difundir la obscenidad, el pillaje, la violación de las disposiciones sobre bienes culturales y gamberrismo o *hooliganismo*. Contrasta con tal criminalización la descriminalización pretendida por algunos socialistas en los países capitalistas que abogan por "la legalización en el consumo de drogas" y la "libertad sexual".

IV. OBSERVACIONES FINALES

Aunque somera, la exposición hecha permite formular las siguientes:

a) De los dos códigos penales examinados, el chino muestra más marcada fundamentación socialista-marxista que el cubano en el que se da una mezcla de clasicismo, defensismo y positivismo penal y criminológico hoy día superados.

7. Sin ser socialista-marxista he mantenido dicho punto de vista desde hace algunos años. El mismo fue reforzado por mi experiencia en las Naciones Unidas como asesor en cuestiones relativas a dichos derechos. Significa un enfoque global que corresponde a la sociedad postindustrial de nuestro tiempo. La expresión delitos contra la persona y la integridad corporal o equivalente, es típica de la sociedad industrial y por ende, marcadamente individualista.

El afán "novedoso" del texto cubano al incluir delitos como los de mercenarismo, *aparthied* y otros revelan más un afán político propagandista que una auténtica construcción jurídico-penal socialista-marxista. Mientras el código penal chino refleja una transformación en marcha el cubano pone de manifiesto la necesidad de mantener un régimen caracterizadamente personal dentro de una ideología socialista-marxista.

b) La regulación de los delitos contrarrevolucionarios, económicos y la estructura y administración socialista-marxista es evidente en los dos códigos, pero más tradicionalmente mantenida en el cubano que sigue utilizando como títulos los de delitos contra la seguridad externa e interna del Estado, derecho internacional, etc. La referencia a lo estatal es mucho más limitada en el chino. Respecto a los delitos económicos el cubano presenta una enumeración que merece pláceme, pero como ya indiqué éste sería mayor si fuera más condensada y sistematizada, en suma, menos casuística y más flexible. La flexibilidad es más evidente en el código penal chino y no sólo respecto a dichos delitos, sino en general. Ello explica, en parte, que necesite menor número de artículos. La estructuración de la Parte General y de la Especial en el código penal chino muestra un enfoque que suscita objeciones en algunos casos, pero que está de acuerdo con la ideología indicada. En tal sentido, conviene recordar que la estructura de los códigos penales de la Unión Soviética y la de sus seguidores europeos, formulados en la década del 60, salvo alguno un poco más tarde, refleja un cierto clasicismo que ha sido dejado casi totalmente de lado por el código penal chino. Posiblemente, ello puede en parte explicarse por el concepto que en China se tiene de lo jurídico en general y de lo penal en particular, pero también por una menor necesidad de mantener una imagen personal determinada del socialismo-marxismo.

c) Los dos códigos son marcadamente represivos, señaladamente el cubano que, sin embargo, alardea de lo contrario. No olvidemos que mientras el chino prescribe la pena de muerte en seis casos, el cubano va más allá de los ochenta y además contiene toda una panoplia de medidas de seguridad que no existen en el chino. En diferente forma, la analogía se da en los dos. Podrá argüirse, no sin razón, que la misma es mayor en el texto chino, pero no olvidemos que la panoplia indi-

cada constituye una abertura amplia a la analogía aunque la palabra no se mencione. En uno y otro texto, el abuso del poder es manifiesto aunque se encubra con la moral socialista en uno y la dictadura del proletariado en el otro. La consecuencia es que la legalidad socialista se presta a tantos abusos como la capitalista y en algunos aspectos mucho más. El término ya fue interpretado en forma extremadamente elástico por el art. 70 del código penal soviético citado y ello ha sido agrandado en Cuba y China. El principio *nullum crime nulla poena sine previa lege* es vulnerado diversamente en ambos códigos para mayor beneficio del régimen político existente. Los dos textos pretenden corregir la arbitrariedad y sin duda lo logran en muchos casos, pero no en otros.

d) Las diferencias entre los códigos penales socialistas-marxistas y capitalistas existe, pero no siempre es fácil de establecer y cuando establecida es a menudo menor de lo que esperaba. En unos y otros países, los códigos penales constituyen un instrumento de poder que no siempre actúa como debe actuar. Esa índole instrumental se acrecienta con el aumento de la burocracia y la expansión centralista favorecida por el uso extenso de la técnica y control más o menos firme de los medios de comunicación. En las dictaduras de izquierda o derecha, la criminalidad oficial y semi-oficial es una marcada característica. La misma existe en los países democráticos, pero en menor escala y siempre con la posibilidad de una publicidad, protesta o reclamación que son teóricas en la mayor parte de las dictaduras indicadas. Los países socialistas-marxistas claman constantemente que la criminalidad en ellos va disminuyendo y que el comunismo la hará desaparecer. La realidad muestra lo contrario. En todo caso, cuando hablan de tal decrecimiento no producen estadísticas o datos fiables y al igual que la mayor parte de los países capitalistas lo que tienen en mente es la criminalidad común, pero no la ocasionada por un abuso criminal del poder político. Si la criminalidad, aun solo la común, disminuyera, resulta difícil explicar la índole marcadamente represiva de los códigos penales socialistas-marxistas particularmente con el mantenimiento de la pena de muerte. Recordando a Marx cabe preguntarse ¿qué clase de sociedad es la que precisa de ella en tan exorbitante medida, aunque sea como medida alternativa, como la cubana?

EL REGIMEN DE LOS BIENES EN EL MATRIMONIO Y LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL DE 1982

José Mélich Orsini

A la memoria de Benito Sansó

SUMARIO

1. La comunidad de gananciales como régimen patrimonial-matrimonial supletorio en el sistema del Código Civil venezolano. 2. Responsabilidad del patrimonio conyugal. 3. La reforma del Código Civil de 26 de julio de 1982. 4. Ampliación de los bienes propios de cada cónyuge y reducción de los comunes. 5. Modificación de los poderes de cada cónyuge en la administración de los bienes comunes: a) Necesidad de discernir entre administración ordinaria y administración extraordinaria; b) Actos que comprende la "administración extraordinaria" de los bienes comunes; c) La inadmisibilidad de un poder general de uno de los cónyuges al otro para sustituir el régimen legal de cogestión; d) Modo de suplir el consentimiento del cónyuge; e) La "administración ordinaria" de la comunidad conyugal; f) Razones que abonan la tesis de la administración separada y concurrente de ambos cónyuges; g) Actos que abarca la administración ordinaria de la comunidad. 6. La sanción de la inobservancia de las reglas que rigen la administración de la comunidad conyugal. 7. Remedios contra la administración irregular de la comunidad. 8. Casos de total sustitución de un cónyuge por otro en la administración de la comunidad y casos de transferencia a terceros de esta administración. 9. Responsabilidad patrimonial por los actos de los cónyuges. 10. Providencias sobre el patrimonio conyugal en caso de demandas por divorcio o por separación de cuerpos. 11. Algunos aspectos de la aplicación intertemporal del nuevo régimen.

I.—LA COMUNIDAD DE GANANCIALES COMO REGIMEN PATRIMONIAL-MATRIMONIAL SUPLETORIO EN EL SISTEMA DEL CODIGO CIVIL VENEZOLANO

Como se sabe, el régimen patrimonial-matrimonial consagrado tradicionalmente por nuestros Códigos Civiles con carácter supletorio —esto es, para el caso de que los futuros cón-

yuges antes de su matrimonio no hubieran pactado con las solemnidades del caso un régimen de separación de bienes u otro régimen cualquiera, mediante las llamadas "capitulaciones matrimoniales" (art. 141)— es el de la "comunidad limitada de gananciales". O sea, que se establece una comunidad, de por mitad, sobre las ganancias o beneficios que se obtengan durante el matrimonio, según reza textualmente el artículo 148.

Tales ganancias o beneficios derivan de los actos a título oneroso¹ cumplidos por ambos cónyuges o por uno de ellos separadamente, que genere adquisición de bienes de cualquier clase, y que dura desde el día de la celebración del matrimonio (art. 149) hasta su disolución (art. 173), lo que puede ocurrir bien por la muerte de uno de los cónyuges o por el divorcio de ellos (art. 184), bien por la ausencia declarada o la quiebra de uno de ellos o por la separación de bienes en los casos autorizados por la ley (art. 173, 171 *in fine*, art. 190).

Se trata de una comunidad *sui generis*, pues, como hemos visto, a diferencia de la comunidad ordinaria, ésta es un simple accesorio del matrimonio, a cuyo nacimiento y persistencia está indisolublemente ligada; de tal manera que sus integrantes son exclusivamente el marido y su mujer, quienes tienen en ella necesariamente la mitad de los derechos indivisos, no pueden enajenar libremente éstas sus respectivas cuotas ni los provechos o frutos correspondientes como podría hacerlo en cambio cualquier comunero en una comunidad ordinaria (art. 765), ni pueden tampoco dar lugar por su sola voluntad y ni siquiera por un acuerdo de voluntades entre ellos a la disolución de esta comunidad (art. 768). Para colmo, en esta comunidad forzosa que diríamos que existe entre los cónyuges que no tuvieron la precaución de celebrar "capitulaciones matrimoniales" antes de contraer matrimonio, sus integrantes no pueden celebrar pacto alguno que altere las reglas legales sobre la administración de esta comunidad (art. 759), sino que el Código establece rígidamente las pautas de su

1. Excepcionalmente forman también parte de la comunidad, los bienes donados por razón del matrimonio, aún antes de su celebración, a menos que el donante manifieste lo contrario (art. 161). En cambio, aún si adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, quedan fuera de la comunidad conyugal los que se indican como bienes propios de cada cónyuge en los artículos 151, 152 y 153 del Código Civil.

administración y cada comunero ve así, sin poder evitarlo, sometida la responsabilidad de sus bienes comunes a lo que disponga el administrador autorizado en el caso por la pertinente norma del Código Civil para comprometer con sus actos tal patrimonio común. En efecto, el artículo 165, ord. 1º indica claramente que "son de cargo de la comunidad... todas las deudas y obligaciones contraídas por cualquiera de los cónyuges en los casos en que pueda obligar a la comunidad" y el artículo 180 dispone que "de las obligaciones de la comunidad se responderá con los bienes comunes".

Pero antes de sacar más consecuencias de estas observaciones, caractericemos un poco mejor ésta que hemos llamado la "comunidad limitada de gananciales", que se establece como consecuencia del matrimonio cuando no se han hecho "capitulaciones matrimoniales" en la forma prevista por los artículos 141 a 147 del Código Civil.

Se habla de una comunidad de *gananciales* porque en ella se incluyen no solo todas las adquisiciones o ganancias hechas durante el matrimonio a expensas del caudal común (art. 156, ord. 1º), sino también las hechas o producidas por el trabajo, profesión, industria o arte de cualquiera de los cónyuges (art. 156, ord. 2º) o las derivadas de los frutos, rentas e intereses tanto de los bienes comunes como de los propios o particulares de cada cónyuge (art. 156, ord. 3º), así como las donaciones hechas con ocasión del matrimonio (art. 161). Y se dice que ella es *limitada*, pues además de que no entran los bienes que ya pertenecieran por cualquier título oneroso o gratuito a cualquiera de los cónyuges antes del matrimonio, no entran tampoco en esa comunidad los que cada uno de ellos adquiriera por herencia, legados o donaciones hechas a título personal al respectivo cónyuge aunque estos eventos ocurran durante el matrimonio, o los que entren al patrimonio particular de ese cónyuge por subrogación real con otro de tales bienes propios de él (por permuta, retracto con dinero de su patrimonio, dación en pago para extinguir un crédito personal de ese cónyuge, u otra causa lucrativa que preceda al matrimonio, compras hechas con dinero procedente de otros bienes del propio adquirente) ni tampoco otros bienes adquiridos por otros títulos que resulta justo excluir de la comunidad, tales como in-

demnizaciones por accidentes personales, seguros de vida, de daños personales u otros derechos personalísimos (art. 151 y 152). A ello habría que agregar todavía los bienes donados o dejados en testamento conjuntamente a los cónyuges con designación de la parte que corresponde a cada uno, o en su defecto, de por mitad, según lo establecido en el artículo 153 y que se califican como bienes propios de los cónyuges.

Reiterando además lo ya dicho, conviene hacer hincapié nuevamente en que la comunidad de gananciales entre cónyuges, o como diremos para abreviar, la "comunidad conyugal", no es sólo una masa de bienes o *activo*, sino también una masa de deudas u obligaciones, o sea, un *pasivo*, cuya garantía de llegar a ser satisfecho, por cuanto atañe a los terceros (o respectivos titulares de las acreencias que son correlativas a tales obligaciones) es precisamente aquel activo. Es decir, que los acreedores de la comunidad conyugal tienen como prenda común el conjunto de bienes habidos o por haber de la comunidad conyugal (artículos 1.863 y 1.864), los que nos lleva a pensar que hay en todo esto un universo de activos y pasivos, (presentes, y futuros, mientras dure la comunidad conyugal o el matrimonio), o lo que es lo mismo un "patrimonio", según la definición clásica de este concepto.

Un patrimonio que sin embargo no tiene como titular exclusivo a ninguno de los dos cónyuges, sino a ambos de por mitad; y que, para nuevo colmo de sorpresa, convive al lado del patrimonio singular de cada uno de estos (formado por los bienes propios de cada uno de ellos y las obligaciones o deudas de cada uno de ellos que no puedan de acuerdo con las reglas legales calificarse como cargas de la comunidad), patrimonios éstos particulares o propios de cada cónyuge que sí coinciden con la idea clásica matriz de que no hay patrimonio que no se identifique con una persona jurídica. La anomalía de la situación radica, pues, en que, como en el misterio de la Santísima Trinidad, hay aquí tres patrimonios, pero solos dos patrimonios "verdaderos": a saber el patrimonio de cada cónyuge (formado por su patrimonio particular, incluidos en él sus derechos de por mitad en el patrimonio conyugal), puesto que el patrimonio conyugal en puridad del patrimonio singular de cada cónyuge, titulares, como personas jurídicas que lo son cada uno de ellos, de la mitad de ese patrimonio conyugal.

Cuando el Código habla de los "bienes comunes" de los cónyuges para referirse a los bienes que han ingresado en este patrimonio conyugal y más todavía cuando habla de la "parte" de uno de los cónyuges en tales bienes comunes entre ambos cónyuges una comunidad similar a la ordinaria, de manera que pueda individualizarse cada uno de esos bienes comunes y referir a cada uno de ellos esa cuota parte o mitad que correspondería a cada cónyuge. Se trata, sin embargo, de un espejismo. Si ello fuera así, por el acto cumplido separada e individualmente por un cónyuge a quien no correspondiera la administración de los bienes comunes, en tanto y en cuanto dicho acto responsabiliza el íntegro patrimonio singular de dicho cónyuge (art. 1.863 y 1.864) y en la medida en que esa mitad sobre el bien común formaría parte de tal patrimonio singular de dicho cónyuge, se permitiría a quien resultare acreedor por tal acto embargar sin más dicha mitad del cónyuge en ese individualizado bien común, rematarlo, y luego, a quien resultare adjudicatario de dicha cuota en el remate del caso, solicitar la división de la comunidad ordinaria (art. 768) que se habría formado como consecuencia de la adjudicación entre este adjudicatario y la comunidad conyugal (en cuyo patrimonio permanecería ahora la otra mitad), a menos que se pretenda el absurdo de que esa otra mitad pasó a ser ahora un bien propio del otro cónyuge (prediciéndose así una disolución parcial de la comunidad conyugal que no autoriza ningún texto legal).

La verdad, por consiguiente, parece ser, pues, la imposibilidad de individualizar los bienes comunes sobre los cuales posee cada cónyuge sus derechos indivisos de por mitad. Como lo dice rectamente el artículo 148 esa comunidad existe sobre las ganancias o beneficios que se obtengan durante el matrimonio, y para determinar tales ganancias o beneficios hace falta que se disuelva y liquide la sociedad conyugal. El cónyuge que no tenga pues la administración de esos bienes comunes, no compromete en absoluto tales bienes, pues lo que forma parte de su singular patrimonio son sus derechos en la comunidad conyugal, y para saber cuáles son ellos hay que esperar a la disolución y liquidación de la comunidad.

II.—RESPONSABILIDAD DEL PATRIMONIO CONYUGAL

Aclaradas así las cosas, tal vez se pueda entender lo que algunos quieren decir cuando hablan del patrimonio conyugal como de un "patrimonio separado", para señalar que los terceros que han entrado en una relación de crédito con alguno de los dos cónyuges separadamente, bien en virtud de una fuente contractual de obligaciones, bien en virtud de una fuente extracontractual, tienen que tener cuidado en precisar si la responsabilidad patrimonial que respalda el derecho de crédito que ellos han adquirido se ejercerá sólo sobre el patrimonio singular del cónyuge con el cual han establecido la relación o sobre este patrimonio singular suyo y además sobre el patrimonio conyugal.

En efecto, puesto que solo las personas pueden tener derechos y contraer obligaciones, y puesto que este "patrimonio separado" que hemos caracterizado como "patrimonio conyugal" no se identifica con una persona sino que tiene como titulares al marido y a la mujer, es claro que la responsabilidad patrimonial, o sea, ese típico estado de sujeción a la acción ejecutiva de los acreedores en que se encuentra esta masa de bienes cuando el deudor no paga sus dudas como consecuencia de los artículos 1.863 y 1.864 del Código Civil, sólo podrá darse por deudas contraídas por el marido o por la mujer.

Cada uno de estos responsabiliza plenamente su propio o particular patrimonio cuando contrae personalmente alguna obligación, lo cual quiere decir que responsabiliza también la mitad que le pertenecerá algún día en los bienes comunes y que forma parte como hemos dicho de ese su particular patrimonio; pero cuando actúa además como administrador de la comunidad conyugal, esto es, como persona provista de poderes legales para obligar a la comunidad conyugal en el caso específico, responsabiliza no solo su patrimonio particular sino también el de la sociedad conyugal, comprendida por tanto la mitad que en los bienes comunes pudieren llegar a corresponder algún día tanto a él como a su cónyuge. Es esto lo que con bastante incorrección pretendía expresar el artículo 180 en su redacción precedente cuando decía: "Los cónyuges res-

ponden de por mitad de las obligaciones de la comunidad; sin embargo la responsabilidad de la mujer no excede de su mitad de gananciales, salvo que se trate de obligaciones contraídas por ella a nombre de la comunidad, en los casos en que pueda hacerlo legalmente"; y lo que dice hoy la primera parte del vigente texto de ese mismo artículo 180 cuando reza: "De las obligaciones de la comunidad se responderá con los bienes de la misma...".

Obsérvese que cuando señalamos que por el acto del cónyuge que actúa como administrador de la sociedad conyugal queda sujeta a la responsabilidad patrimonial también la mitad en el patrimonio conyugal del cónyuge que no actuó, no afirmamos en absoluto que éste resulte obligado personalmente. Tan evidente es esto último que los bienes propios de este último cónyuge no quedan afectos a ninguna responsabilidad patrimonial; tan solo su mitad en los bienes comunes. Pero igualmente debe ser claro que por la actuación del cónyuge apoderado legalmente para responsabilizar los bienes comunes, quedan afectados no solo los bienes cuya administración le ha sido específicamente confiada a él, sino también aquellos bienes comunes cuya administración le ha sido confiada por la ley al otro cónyuge.²

La responsabilidad a que resulta así sujeto el patrimonio conyugal, y que se refiere a la garantía para los terceros de las deudas contraídas a su favor por uno de los cónyuges separadamente, no se confunde con la cuestión diferente de si esa deuda se ha contraído en interés de la propia comunidad, y como tal debe ser imputada en definitiva a ambos

2. LOPEZ HERRERA, Francisco: "Derecho de familia", N° 87, pág. 477 y sigs. Ha enunciado al respecto los siguientes principios: a) Cualquier deuda contraída por una persona casada, antes o durante el matrimonio, responsabiliza siempre a sus propios bienes; b) Cualquier deuda de una persona casada contraída antes o durante su matrimonio, responsabiliza los bienes de la comunidad conyugal que administra el deudor; c) Con la sola excepción prevista en el artículo 16 C. de Com., respecto de la mujer casada comerciante, cualquier deuda contraída durante el matrimonio por uno de los cónyuges en ejercicio de sus facultades de administrador, responsabiliza incluso los bienes comunes cuya administración corresponde al otro esposo; d) Cuando se trata de obligaciones conjuntamente asumidas por ambos cónyuges, quedan responsabilizados todos los bienes propios de cada esposo y todos los bienes comunes, pero el acreedor sólo puede cobrar la mitad de su crédito total a cada esposo; tan solo el respectivo cónyuge puede comprometer sus bienes particulares.

cónyuges, o si tan sólo derivó en provecho de uno de ellos —y a veces precisamente en favor de quien no trató con el tercero acreedor— y como tal debe imputarse en definitiva al patrimonio exclusivo de tal cónyuge al producirse la disolución de la comunidad conyugal.

Para saber si una deuda ha sido contraída en interés exclusivo del cónyuge que figura como sujeto pasivo de la misma o en interés de la comunidad conyugal el Código trae tres disposiciones que no han variado en absoluto con la reforma, a saber:

Art. 165: Son de cargo de la comunidad:

- 1º Todas las deudas y obligaciones contraídas por cualquiera de los cónyuges en los casos en que pueda obligar a la comunidad.
- 2º Los réditos caídos y los intereses vencidos durante el matrimonio, a que estuvieren afectos, así los bienes propios de los cónyuges como los comunes.
- 3º Las reparaciones menores o de conservación, ejecutadas durante el matrimonio en los bienes propios de cada uno de los cónyuges.
- 4º Todos los gastos que acarree la administración de la comunidad.
- 5º El mantenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes y también los de uno solo de los cónyuges en los casos en que tienen derecho a alimentos.
- 6º Los alimentos que cualquiera de los cónyuges esté obligado por la ley a dar a sus ascendientes, siempre que no puedan hacerlo con el producto de sus bienes propios.

Art. 166: También son de cargo de la comunidad las donaciones hechas, por cualquier causa a los hijos comunes, de mutuo acuerdo, por los cónyuges.

Si los bienes gananciales no alcanzaren, los cónyuges responderán de la diferencia, con sus bienes propios, de por mitad.

Art. 167: La responsabilidad civil por acto ilícito de un cónyuge no perjudica al otro en sus bienes propios ni en su parte de los comunes.

Como se ve, si bien el Código ha vinculado la responsabilidad del patrimonio común en general a obligaciones que

son comunes a ambos cónyuges (por ejemplo: réditos o intereses a que estén afectos los bienes comunes, gastos de conservación de estos bienes, mantenimiento de la familia y educación de los hijos comunes), no siempre ha sido así, sino que también ha tomado en cuenta el provecho que retira la comunidad de los bienes propios de cada cónyuge, para imputarle el pago de ciertas obligaciones que derivan de bienes propios de uno de los cónyuges (réditos o intereses de los bienes propios caídos durante el matrimonio, reparaciones menores de éstos, etc.) o que afectarían sólo a uno de los cónyuges si la solidaridad familiar no impusiere una solución diferente (alimentos que uno de los cónyuges está obligado a prestar a sus hijos exclusivos o a sus ascendientes).

Pero de todas estas disposiciones hay una que merece atención particular, a saber el ord. 1º del artículo 165 que dispone ser de cargo de la comunidad "todas las deudas y obligaciones contraídas por cualquiera de los cónyuges en los casos en que pueda obligar a la comunidad".

Sabemos que en el viejo Código, el artículo 168 atribuía al marido la administración de todos los bienes comunes "cualquiera que ellos sean", como decía literalmente la norma; y a la mujer tan solo los bienes adquiridos por su industria, profesión, oficio, sueldo o trabajo, así como los frutos que estos produjeran.

¿Qué quería decir esto? Si el marido asumía una determinada obligación que podía ser referida a un bien que él administraba, por ejemplo: arrendaba una casa que entraba en el patrimonio común, era claro que esta obligación vinculaba la responsabilidad del patrimonio conyugal. Pero lo mismo podía decirse en su caso de la mujer: si esta disponía de su sueldo, aunque éste era un bien común conforme al ordinal 2º del artículo 156 (norma que tampoco ha cambiado con la reforma), la mujer podía hacerlo y vincular este bien de la comunidad porque precisamente se estaba en un claro caso en que ella podía obligar a la comunidad.

Pero cuando la obligación asumida por el marido no resultaba referible a un determinado bien de la comunidad, por ejemplo: se trataba de que él recibía un préstamo y se obli-

gaba a devolverlo, u otorgaba una fianza para responder de la deuda de una tercera persona, ¿la responsabilidad patrimonial del caso pesaba exclusivamente sobre los bienes del marido o también sobre los bienes comunes?

Sanojo,³ comentando el correspondiente ordinal en el Código Civil de 1873, enseñaba que "como el marido es el administrador legal de los bienes de la sociedad, es claro que puede comprometerlos, y como su administración es tan general y absoluta que los autores dicen que el marido tiene dominio *in actu* sobre tales bienes, es claro que todas las deudas y obligaciones que contraiga, podrán hacerse efectivas sobre aquellos bienes, aun cuando lo haga en su propio nombre y cualquiera que sea el empleo que de a los fondos respectivos"; pero que no teniendo la mujer poder para comprometer los bienes comunes sino en los dos casos muy específicos que se autorizaban en dicho Código (a saber los gastos diarios y usuales de la familia causados con la tolerancia del marido de que hablaba el art. 1.340 de dicho Código y la hipótesis del art. 1.355 equivalente a la del actual art. 172) y en el caso de que la mujer contratara con la autorización de su marido, el mismo principio no podía ser aplicado a la mujer. Esta idea corresponde exactamente al antecedente de la norma en el Proyecto García Goyena. Más, cuando en la reforma de 1916 se concedió a la mujer la administración de los bienes comunes que ella hiciera ingresar a la comunidad conyugal por su trabajo personal, comenzaron los equívocos.

A esto contribuyó aún más el art. 16 del Código de Comercio referente a la limitación de la responsabilidad patrimonial derivada de los actos cumplidos por la mujer casada que ejerce el comercio "a sus bienes propios y los de la comunidad conyugal cuya administración le corresponde", salvo que ella lo ejerciere con el expreso consentimiento de su marido.

Todo hacía pensar, en efecto, que el ordinal 1º del art. 165 debía entenderse en el sentido de que cada cónyuge solo compromete con sus actos los bienes comunes cuya administración le corresponda, o, lo que es más grave aún, que cuando

3. SANOJO, Luis: "Instituciones de Derecho Civil Venezolano", Tomo III, p. 251.

aquel en cuyo favor se ha contraído una obligación por uno de los cónyuges pretenda hacer efectiva la responsabilidad patrimonial por el incumplimiento de tal obligación sobre los bienes comunes, dicho acreedor deberá comprobar que el cónyuge actuó en su calidad de administrador de la comunidad y no en su propio y singular nombre.⁴

Antes de la reforma de 1982, no se discutía sin embargo, en vista de la redacción restrictiva del artículo 16 del Código de Comercio, que el marido comerciante obligaba por sus actos tanto sus bienes propios como todos los de la comunidad conyugal, esto es, no solo aquellos cuya administración él ejercía, sino aún aquellos cuya administración le correspondía a su mujer.⁵ También se había tenido por algunos⁶ el acierto de aclarar que la limitación del artículo 16 del Código de Comercio se aplicaba solo a los actos de la mujer comerciante en cuanto tal, pero que esta norma era precisamente una excepción a la regla del ordinal 1º del artículo 165, según la cual cuando la mujer actuaba en el ámbito de su administración podía comprometer con sus actos civiles la integridad del patrimonio conyugal, por lo que la misma regla debía adoptarse cuando la mujer no comerciante en ejercicio de sus poderes restringidos a los bienes comunes que ella administraba realizaba actos de comercio de manera aislada, debiendo entenderse pues que en estos casos ella comprometía la integridad del patrimonio conyugal.

Estas aclaratorias dejaban todavía en sombra la cuestión de si cuando un cónyuge realizaba un determinado acto que no pudiese reconducirse claramente al ejercicio del ámbito funcional de su administración del patrimonio conyugal, la responsabilidad patrimonial por dicho acto podía hacerse efectiva sin más sobre la totalidad de los bienes de la comunidad además de sobre los bienes propios del cónyuge actuante. Es indiscutible que en la práctica de los negocios aquellos que

4. *Cfr.* J.T.R., Vol. XIV, p. 209 (DFMSC1, Sent. 9-8-66); G.F. N° 54 2º E., p. 282 (C.S.J., SdC/C.M.T., Sent. 18-10-67), B.I.D.P. N° 5 p. 216 (C.S.J., SdC/C.M.T., Sent. 17-5-67) *Cfr.*, además BUSTAMANTE MIRANDA, Maruja: "Régimen de los bienes durante el matrimonio en la legislación venezolana", en *Studia Juridica*, N° 3, p. 307.

5. *Cfr.* LOPEZ HERRERA, op. cit. p. 748, y nota 26.

6. FISANI, María Auxiliadora: "Anotaciones sobre el concepto de comerciante individual", *Rev. UCAB*, N° 4, p. 81.

trataban con el marido se inclinaban a considerar sin más que cuando este contraía una determinada obligación que no hacía referencia a si su causa derivaba en provecho exclusivo y personal del propio marido o de la comunidad conyugal, por el incumplimiento del marido resultaba responsabilizado no sólo el patrimonio del marido entendido como conjunto de todos sus bienes propios y además su mitad en la comunidad de gananciales, sino también el patrimonio conyugal directamente, esto es, también la mitad que en éste pertenecía a la mujer. Daban, pues, como implícita la idea de que la obligación se asumía para la comunidad conyugal y que, como tal, era una carga de la comunidad en el sentido del ordinal 1º del artículo 165. No ocurría así cuando se trataba de la mujer, pues la limitación de los poderes de administración de ésta a los bienes que ella adquiriese con su trabajo personal les inducía a requerir la comprobación de que el acto que ella cumplía estaba comprendido dentro del específico ámbito de su privativa administración, pues de otro modo era evidente que ella no responsabilizaba con dicho acto sino tan solo su patrimonio particular.

Las aclaratorias hechas por la doctrina nacional⁷ se refieren, en efecto, a que en los actos cumplidos por el marido en la administración de los bienes comunes, así como en los realizados por la mujer con ocasión de los poderes de administración que le han sido confiados, quedan implícitamente comprometidos todos los bienes de la comunidad, aún aquellos cuya administración compete al otro cónyuge; pero no alcanzan a precisar si cuando el marido asume una obligación, tal obligación debe presumirse una carga de la comunidad por el solo hecho de haberla asumido el administrador general de ésta o si debe establecerse por el acreedor que esa obligación fue asumida efectivamente en tal carácter, y si los cónyuges pueden controvertir tal presunción en caso de admitírsela. Es evidente que el problema no se suscita cuando la obligación constituya comprobadamente por razón de cualquiera de los otros ordinales del art. 165 una carga de la comunidad, pero la cosa continúa siendo oscura cuando se trata de una obligación

7. *Cfr.* LOPEZ HERRERA: op. cit. p. 477 y BUSTAMANTE MIRANDA, op. cit. p. 307-308.

que por sí sola no pueda reconducirse a una deuda de la comunidad, por ejemplo: un préstamo tomado por el marido, una fianza en interés de un tercero, etc.

Pensamos, sin embargo, que la idea que dominaba en la mente de los redactores de la fuente histórica de este ordinal 1º de nuestro artículo 165, que lo es el ordinal 2º del viejo art. 1.409 del Código Napoleón, era la de que el marido, como administrador por derecho propio de la comunidad obligaba a ésta conjuntamente con su patrimonio personal por cualquier deuda que él contrajere, tal como lo había dicho nuestro Sanojo. La idea de establecer una separación entre los intereses del marido y los de la comunidad conyugal, de manera que cupiera pensar que aquel pudiera actuar de ordinario limitado por un reparto de poderes entre él y su mujer, es una idea posterior, producto de lo que hoy llamaríamos una corriente feminista.

Pero sobre esta cuestión tendré ocasión de insistir más adelante.

Por ahora, básteme decir todavía que los artículos 165 y 166 nos indican que las deudas contraídas por un cónyuge que no figuren en el catálogo contenido en dichos artículos, debe entenderse una deuda estrictamente personal del cónyuge que la contrajo. Tal sería el caso de los réditos caídos y de los intereses vencidos antes del matrimonio a que estuvieren afectos los bienes propios de uno de los cónyuges, o las obligaciones contraídas por el cónyuge no administrador para cumplir reparaciones mayores o mejoras en bienes propios de tal cónyuge. En estos casos, el cónyuge a quien deba imputarse esta deuda será responsable de ella con sus bienes propios, pero si él administra bienes comunes (por ejemplo: los adquiridos con su trabajo), creemos que responde también con estos bienes comunes cuya administración le corresponde, incluida como es obvio también la mitad que pertenece al otro cónyuge (art. 165, ord. 1º), y todo ello sin perjuicio de que el otro cónyuge pueda reclamar el reembolso de lo que él se ha visto obligado a pagar por esta deuda al hacerse la liquidación y partición de la comunidad conyugal, para lo cual es conveniente recordar que mientras dure el matrimonio no corre la prescripción entre cónyuges (art. 1.964, ord. 1º).

III.—LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL DE 26 DE JULIO DE 1982

Los artículos 165 a 167 del Código Civil que establecen los principios antes resumidos no variaron con la reforma del Código Civil, pero en cambio si fueron modificados algunos artículos determinantes de lo que debe considerarse hoy bienes propios de cada cónyuge (art. 151) o bienes integrantes de la sociedad conyugal (art. 159), así como aquellos artículos que delimitan los poderes de administración del marido y de la mujer en la comunidad conyugal (art. 168 y 169 y el artículo que de manera explícita enfrenta la cuestión de la responsabilidad patrimonial de la comunidad (art. 180). Veamos cuáles han sido estos cambios y sus implicaciones sobre la materia a que nos venimos refiriendo.

IV.—AMPLIACION DE LOS BIENES PROPIOS DE CADA CONYUGE Y REDUCCION DE LOS COMUNES

Al artículo 151, se le agregó el siguiente párrafo: "Son también propios los bienes derivados de las accesiones naturales y la plusvalía de dichos bienes, los tesoros y bienes muebles abandonados que hallare alguno de los cónyuges, así como los vestidos, joyas y otros enseres u objetos de uso personal o exclusivo de la mujer o del marido".

Respecto de las accesiones naturales, de la plusvalía, de los tesoros y los bienes abandonados que encuentre uno de los cónyuges, el nuevo texto simplemente parece haber querido confirmar la doctrina ya existente entre nosotros según la cual estos casos caían dentro de lo que el propio artículo 151 aludía al hablar de bienes adquiridos por el cónyuge "por cualquier otro título lucrativo", y que la doctrina identificaba como cualesquiera "otros tipos de ingresos patrimoniales que no implicaren para el cónyuge adquirente ningún pago o contraprestación".⁸ Si todavía se dejó en la primera parte del artículo la expresión "por cualquier otro título lucrativo", fue posiblemente porque se consideró que ni aún con estos años

8. *Cfr.* LOPEZ HERRERA, p. 450; BUSTAMANTE MIRANDA, p. 285.

dados se alcanzaba a abarcar todos los supuestos singulares de ingresos patrimoniales hechos por un cónyuge sin el sacrificio de un correspectivo, como ocurre ciertamente con el caso en que el cónyuge figure como beneficiario de una estipulación hecha por un tercero en su favor (seguro de vida, etc.), de ciertos derechos personalísimos como lo de uso o habitación, las indemnizaciones por hechos ilícitos de terceros que le causen daños en la singularidad de su persona, etc.

La innovación del artículo 151 consiste, pues, en haber catalogado como bienes propios de cada cónyuge sus vestidos, joyas y otros enseres u objetos de su uso personal.

—Fue suprimido el art. 159, que consagraba en el viejo Código el usufructo legal sobre los bienes de los hijos menores, bien de la comunidad, salvo en lo que respectaba al de los hijos de la mujer habidos con otro hombre antes de su matrimonio que, por excepción, según el art. 181 (también derogado) constituía un bien propio o exclusivo de la mujer. Hoy, los cónyuges sólo tienen atribuida la administración de tales bienes de sus hijos menores en los términos de los artículos 267 y siguientes del Código reformado y, como consecuencia de ello, resultan sujetos a tener que rendir cuenta de tal administración. Ello puede implicar una carga para la comunidad conyugal cuando la administración la ejerzan conjuntamente por tratarse de hijos sometidos a la patria potestad de ambos (art. 274 del Código reformado).

V.—MODIFICACION DE LOS PODERES DE CADA CONYUGE EN LA ADMINISTRACION DE LOS BIENES COMUNES

Según el artículo 168 del Código de 1942 el marido administraba la generalidad de los "bienes comunes", aunque no todos,⁹ ya que la mujer administraba los adquiridos perso-

9. El artículo 168 del Código de 1942 es menos claro de lo que se pretende. Al decir este artículo que el marido administra los bienes comunes "cualesquiera que ellos sean", hubiera podido entenderse, no que estuvieran excluidos del todo de su administración aquellos confiados a la administración de la mujer, sino que ejercía una administración concurrente con la de su mujer sobre estos últimos bienes. Esta última tesis pudiera haberse res-

nalmente por ella "por su industria, profesión, oficio, sueldo o trabajo, así como los frutos que estos produzcan". Igualmente administraba la mujer los bienes donados a su nombre en razón del matrimonio (art. 169); y se la reputaba tácitamente autorizada para administrar los recursos destinados a satisfacer las necesidades ordinarias y normales del hogar común.

Este reparto de poderes para administrar los bienes comunes fue profundamente alterado por la reforma de 1982. Tan solo parece haberse conservado el privilegio concedido a cada cónyuge para administrar separadamente y en forma exclusiva los bienes comunes adquiridos con su respectivo trabajo personal y la necesidad de obtener el consentimiento del otro cónyuge no administrador cuando se trate de "enajenar a título gratuito" los bienes comunes cuya administración esté legitimado para ejercer a título oneroso.

Ese mismo Código de 1942 —y esto no cambió en absoluto con la reforma de 1982— atribuía a cada cónyuge por separado y en forma exclusiva la administración de sus "propios bienes" (art. 154).

El nuevo texto del artículo 168, que refundió los de los artículos 168, 169 y 170 del viejo Código, quedó redactado así:

Artículo 168: "Cada uno de los cónyuges podrá administrar por sí solo los bienes de la comunidad que hubiere adquirido con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo; la legitimación en juicio, para los actos relativos a la misma corresponderá al que los haya realizado. Se requerirá del consentimiento de ambos para enajenar a título gratuito u oneroso o para gravar los bienes gananciales, cuando se trata de inmuebles, derechos o bienes muebles sometidos a régimen de publicidad, acciones, obligaciones y cuotas de compañías, fondos de comercio, así como los aportes de dichos bienes a sociedades. En estos casos la legitimación en juicio para las respectivas acciones corresponderá a los dos en forma conjunta.

paldado con la idea de ser el marido administrador por derecho propio de la comunidad conyugal y de responder siempre él con sus bienes propios y los de la sociedad conyugal por toda obligación que él asumiera a su solo nombre. El derecho de la mujer a disponer de aquellos derivados de su trabajo personal sí sería algo excepcional, por lo que se explicaría que ella no comprometiera a la comunidad al igual que el marido sino en los casos en que de manera extraordinaria supliera a aquel (art. 172).

El Juez podrá autorizar a uno de los cónyuges para que realice por sí solo, sobre bienes de la comunidad, alguno de los actos para cuya validez se requiere el consentimiento del otro cuando éste se encuentre imposibilitado para manifestar su voluntad y los intereses del matrimonio y de la familia así lo impongan. Igualmente el Juez podrá acordar que el acto lo realice uno de los cónyuges cuando la negativa del otro fuere injustificada y los mismos intereses matrimoniales y familiares así lo exijan. En estos casos el Juez decidirá con conocimiento de causa y previa audiencia del otro cónyuge, si éste no estuviere imposibilitado, tomando en consideración la inversión que haya de darse a los fondos provenientes de dichos actos".

El deseo de eliminar todo rasgo de la supremacía del marido y de establecer por el contrario una absoluta igualdad entre ambos cónyuges, condujo a reformar no sólo el artículo 168 sino también el art. 169, ya que la vieja redacción reflejaba esa supremacía de la administración marital cuando se trataba de la administración de un bien donado con motivo del matrimonio (y como tal de la comunidad conyugal) cuando el donante no había efectuado la donación al específico nombre de la mujer.

El artículo 169 decía en efecto así: "Los bienes provenientes de las donaciones hechas a los cónyuges por motivo del matrimonio, son administrados por el cónyuge a cuyo nombre se hizo la donación: *si la donación se ha hecho a nombre de ambo o de la comunidad, la administración corresponde al marido*".

Esta última proposición fue modificada ahora de la manera siguiente: "*si la donación se ha hecho a nombre de ambos, la administración corresponde al marido y a la mujer en los términos previstos en el artículo 168*".

a) *Necesidad de discernir entre administración ordinaria y administración extraordinaria*

Como vemos, es al artículo 168 al que debemos referirnos hoy de modo exclusivo para determinar cuál de los cónyuges tiene en cada caso atribuido los poderes de administración.

Al eliminarse la potestad marital (mediante la simultánea reforma del anterior artículo 140), se quiso colocar a ambos

cónyuges en igualdad de condición, de manera que la administración del patrimonio conyugal pasare a ser una administración conjunta (*cogestión*) cada vez que se tratase de realizar ciertos actos de enajenación o gravamen sobre bienes que se reputaron de importancia: inmuebles, acciones o cuotas en compañías anónimas o de otra especie, muebles "sometidos a régimen de publicidad", fondos de comercio, etc. Sin embargo, dado que tal forma de administración conjunta habría resultado embarazosa e impráctica para la gestión diaria del patrimonio conyugal, con el propósito de no permitir ni en el menor grado algo que pudiera significar concesión a una discriminación fundada en el sexo, se consideró necesario autorizar una administración separada por cualquiera de los cónyuges en lo referente a los negocios ordinarios de la sociedad conyugal.

Hay, pues, que comenzar por discernir entre lo que llamaremos una "administración ordinaria" y lo que, para diferenciarla de ella, llamaremos "administración extraordinaria" del patrimonio conyugal.

Comencemos por esta última.

b) *Actos que comprende la "administración extraordinaria" de los bienes comunes*

La administración que llamamos ordinaria no tiene nada que hacer con la distinción entre actos de simple administración y actos de disposición, tal como pudiera creerse por algunos otros textos del Código, por ejemplo, el artículo 168. En efecto, el artículo 168 impone la cogestión para las enajenaciones a título gratuito u oneroso o para los actos mediante los cuales se impongan gravámenes a una cierta clase de bienes. De manera que según este texto legal no se exige el consentimiento de ambos cónyuges para arrendar por más de dos años (acto que según el art. 1.582 excede de los poderes de quien tiene la "simple administración") tampoco para transigir (a pesar de que el artículo 1.714 diga que para ello se requiere tener "poder de disposición" sobre las cosas comprendidas en la transacción), ni para cobrar una acreencia de la sociedad conyugal (aunque si para cederla, pues ello es sinónimo de enajenarla, art. 1.549), ni para comprar un bien invirtiendo en

ello dinero de la comunidad (pensamos que ni aun cuando quede constituida hipoteca legal sobre la parte del precio no pagada.¹⁰ Dado el carácter excepcional de la exigencia de este consentimiento común de ambos cónyuges, el mismo no debe considerarse necesario sino cuando se trate de alguno de los supuestos claramente determinados en la norma, y ella no se refiere ni siquiera (como sí lo hace el art. 1.277 del Código Civil argentino) a "actos de disposición", sino a actos de "enajenación" o "gravamen". Por ser en cambio un típico acto de enajenación, se aclaró todavía que estaban sometidos a este régimen especial "los aportes" a sociedades.

El artículo 168 hace además una precisa enumeración de los bienes respecto de los cuales se requerirá ese consentimiento común de los cónyuges cuando sobre ellos se realice un acto de enajenación o gravamen, a saber: inmuebles (art. 526 a 530), derechos o bienes muebles "sometidos a régimen

10. Como veremos nuestro artículo 168 puede analogarse en este aspecto al art. 1.277 del Código Civil argentino de 1968, por lo que creemos plenamente aplicables a nuestro caso los siguientes comentarios del autor argentino Guillermo A. Borda: "La reforma de 1968 del Código Civil", Editorial Perrot, N° 347, pág. 491 y sigts., a saber: "No es necesario el asentimiento del cónyuge cuando el otro se limita al cumplimiento de una obligación legal, como ocurre si la otra parte ha ejercido el derecho de retroventa o el bien ha sido expropiado. En estos casos no hay un acto voluntario de disposición. El cónyuge titular del dominio tiene que desprenderse de él porque está legalmente obligado a hacerlo. En otras palabras, la eventual oposición del otro cónyuge sería inocua, porque de todas maneras la transferencia del dominio no puede evitarse.

Un problema que ha suscitado vacilaciones en nuestra práctica notarial es el de si debe exigirse el asentimiento del otro cónyuge cuando se adquiere un bien, garantizando el saldo del precio con hipoteca. Mientras el Colegio de Escribanos de la Capital Federal ha aconsejado a sus miembros requerir dicho asentimiento, el de la Provincia de Buenos Aires ha dictaminado en el sentido de que no es necesario.

No vacilamos un momento en aprobar este último criterio. En este caso, no se compromete con un gravamen un bien perteneciente a la sociedad conyugal (como ocurre en el caso de que la hipoteca sea posterior a la adquisición de un inmueble), sino que se acrecienta dicho patrimonio con toda la diferencia entre el monto del precio y el de la hipoteca. En ese caso, el gravamen no es sino un recurso que hace posible la adquisición del dominio. Hay un aumento y no una disminución patrimonial. Una interpretación basada en la circunstancia de que la ley no ha hecho excepciones, llevaría a contrariar su espíritu su color de ajustarse al texto. No interesa tampoco que la hipoteca haya sido otorgada en favor de la otra parte o de un tercero. Y por ello mismo debe aplaudirse la decisión del Registro Nacional de la Propiedad Automotor de no exigir el consentimiento del cónyuge cuando se compra un automóvil con prenda.

No es necesario el asentimiento para otorgar una escritura de cancelación de un préstamo hipotecario, desde que el cónyuge administrador tiene derecho de recibir el precio y de disponer libremente de él".

de publicidad" (naves, aeronaves, vehículos automotores, etc., esto es, aún si el registro tuviere fines meramente administrativos, puesto que el pensamiento del legislador parece ser que la posibilidad de que un bien mueble pueda ser sometido a un régimen de publicidad es índice cierto de la importancia del bien mueble), acciones, obligaciones (cédulas hipotecarias nominativas, bonos quirografarios nominativos, etc.), cuotas de compañías y fondos de comercio. Nos inclinamos a creer que se trata de una enumeración de carácter enunciativo, pues la intención manifiesta del legislador parece haber sido señalar todos aquellos derechos o bienes muebles de relevante significación económica en que pudiere estar representado el patrimonio conyugal.¹¹

11. La cuestión de que debe entenderse por "derechos o bienes muebles sometidos a régimen de publicidad" ha comenzado ya a generar dificultades entre nosotros. En un importante Memorándum escrito por el Dr. Emilio Pittier Sucre para el Banco Hipotecario de Crédito Urbano fechado el 13 de octubre de 1982, escribe éste al respecto: "Todos los bienes están sujetos a un régimen de publicidad: los inmuebles a un régimen registral; los muebles al principio posesión equivale a título, salvo aquellos que están sometidos a un régimen registral: naves, aeronaves, fondos de comercio, cuotas de sociedades de responsabilidad limitada. Por ello insistimos en que es régimen de publicidad *registral*. Además, por la enumeración contenida en el artículo 168 pensamos que no sólo los bienes sujetos a un régimen de publicidad registral en sentido estricto requieren el consentimiento de ambos cónyuges para su disposición, sino todos aquellos sometidos en cierta forma a un registro, inclusive privado (acciones nominativas) o con fines administrativos (vehículos), y ello explica que el legislador haya utilizado el término equívoco de bienes sujetos a un régimen de publicidad.

"Por lo tanto no solamente los buques (sujetos a inscripción en el registro público), las aeronaves sujetas a inscripción en el registro de aeronaves, los fondos de comercio y las cuotas de sociedades de responsabilidad limitada (sujetos a inscripción en el registro mercantil), sino también los sujetos a inscripción en un registro privado, como las acciones (hoy sólo existen las nominativas, pues las acciones al portador fueron prohibidas), y en su caso las obligaciones nominativas. Al hacer la enumeración de "acciones, obligaciones y cuotas de compañías, fondos de comercio así como aporte de dichos bienes a sociedades" el legislador hizo una enumeración a título enunciativo, pues todos estos bienes están sujetos a un régimen de publicidad, aun cuando en algún caso (acciones y obligaciones) sea de carácter privado. Tratándose de las "obligaciones", no quedan comprendidas en nuestro parecer, las obligaciones hipotecarias al portador, etc.); ni siquiera las que puedan circular mediante endoso, pues no están sujetas a un régimen de publicidad. En cambio, otros bienes sujetos a un régimen de publicidad privado, como son los depósitos a plazo no negociables y los depósitos a plazos negociables nominativos, sí están comprendidos en la regla de que se requiere el consentimiento de ambos cónyuges para su enajenación o gravamen; no se requiere el consentimiento de ambos cónyuges para el pago del depósito a plazo fijo, sino únicamente del titular, porque el pago no es enajenación, y aun cuando pudiera asimilarse a un acto de disposición, la norma contenida en el Artículo 168 del Código Civil vigente debe interpretarse restrictivamente.

El legislador no podía ciertamente ignorar que por sí mismo el dinero, sobre todo cuando constituya una suma cuantiosa, puede en algunos casos representar lo más significativo de un concreto patrimonio conyugal; pero no juzgó, sin embargo, que era posible someter su administración a un régimen de cogestión. La mención a "derechos o bienes muebles sometidos a régimen de publicidad" (que hemos visto debe interpretarse como "publicidad registral") y las características de infungibilidad de los otros bienes que enumera ("acciones, obligaciones y cuotas de compañías, fondos de comercio") revela que la "administración" del dinero quedó fuera del régimen de cogestión.

Aún si este consentimiento de ambos cónyuges que se exige para los actos de enajenación de los aludidos bienes "importantes", se regula de modo homogéneo para los actos a título oneroso y a título gratuito, nos parece que debe hacerse una distinción al respecto de los de esta última especie.

En efecto, cuando se trata de disponer a título gratuito de bienes propios de uno de los cónyuges, el artículo 154 (que no fue modificado por la reforma) exige en todo caso el consentimiento del otro cónyuge. Tal consentimiento parece ser un mero requisito de eficacia destinado a levantar o suspender el obstáculo para que el otro cónyuge ejerza libremente un

Sin pretender hacer una enunciación exhaustiva de los bienes sujetos a un régimen de publicidad y respecto de los cuales se requiere por consiguiente el consentimiento de ambos cónyuges, mencionamos los siguientes:

- a) Todos los bienes inmuebles;
- b) Buques;
- c) Aeronaves;
- d) Vehículos de motor. (Aun cuando no están incluidos del principio de que en materia de bienes muebles, posesión equivale a título, y tener como única finalidad el registro establecer quien responde de los daños causados por los mismos);
- e) Acciones nominativas;
- f) Cuotas de sociedades de responsabilidad limitada;
- g) Obligaciones nominativas (cédulas hipotecarias nominativas, bonos quirografarios nominativos, etc.);
- h) Fondos de comercio;
- i) Propiedad industrial;
- j) Certificados de depósito a plazo no negociables, y negociables nominativos, certificados de ahorro no negociables y negociables nominativos.

Los derechos de autor, por ser derechos personalísimos, siempre constituyen bienes propios y por consiguiente pueden ser enajenados libremente por su titular, sin requerir el consentimiento del otro cónyuge".

poder que le compete de suyo, pues se trata de disponer de un bien comprendido en su exclusiva esfera jurídica. El legislador, sin embargo, no ha hecho distinciones al respecto de la naturaleza del bien propio ni del acto de disposición de que se trate. Ahora bien, si nos atenemos a la literalidad del artículo 168 parecería, en cambio, que los únicos actos de disposición a título gratuito para los cuales se requiere el consentimiento de ambos cónyuges son los de "enajenación" o "gravamen" sobre bienes gananciales susceptibles además de entrar en el catálogo de los "importantes". En este caso se trata, no obstante, del ejercicio por el cónyuge que dispone a título gratuito del bien ganancial, no de un poder de modificar tan solo su propia esfera jurídica, sino de actuar sobre la esfera jurídica del otro cónyuge, por lo que el consentimiento del otro cónyuge ha sido concebido por el propio Código como un auténtico requisito de validez del acto (el segundo párrafo del artículo 168 así lo califica; él habla de "alguno de los actos para cuya validez se requiere el consentimiento del otro cónyuge") ¿Cómo evitar la aparente inconsecuencia con estos principios que resultaría de una interpretación literal del artículo 168?

A nuestro juicio la jurisprudencia deberá intentar una interpretación correctiva del primer párrafo del artículo 168 en lo que se refiere a la disposición a título gratuito de los bienes de la comunidad por uno solo de los cónyuges, para exigir en todo caso en que se trate de actos de disposición a título gratuito sobre cualquier clase de bienes comunes el consentimiento de ambos cónyuges. Al respecto podría ella basarse en el segundo párrafo del artículo 168 que, al autorizar al Juez para suplir el consentimiento del cónyuge que se rehuse a prestarlo, al referirse a esta sustitución del consentimiento del cónyuge renuente habla de que el juez deberá tomar en consideración "la inversión que haya de darse a los fondos provenientes de dichos actos", lo que predica obviamente la onerosidad de los actos a los que puede aplicarse este subrogado judicial del necesario consentimiento del otro cónyuge. Creemos que debe entenderse por tanto, no obstante la letra del artículo 168, que cuando se trate de disponer a título gratuito de bienes gananciales, es necesario siempre el consentimiento de ambos cónyuges. En la doctrina extranjera

se ha admitido sin embargo que la autorización judicial supletoria puede referirse inclusive a una donación hecha en beneficio de un hijo u otra persona allegada al cónyuge que la propone, si la holganza económica del matrimonio justificare la concesión gratuita.

c) *La inadmisibilidad de un poder general de uno de los cónyuges al otro para sustituir el régimen legal de la cogestión*

El consentimiento del otro cónyuge requerido para realizar estos actos de "administración extraordinaria" de los bienes comunes, es dudoso que pueda ser suplido por una autorización genérica o poder general dado por un cónyuge a otro para realizar esta clase de actos. Admitirlo, en efecto, parece destruir el propósito tuitivo de la ley y facilitar el despojo de un cónyuge por el otro que con la nueva redacción del artículo 168 se ha querido evitar. Esta al menos es la opinión mayoritaria de la doctrina del nuevo artículo 1.277 del Código Civil argentino cuyo texto veremos que sirvió precisamente de modelo para la elaboración de nuestro artículo 168.¹²

Es verdad que esta forma de apoderamiento convencional de un cónyuge por el otro ha sido expresamente admitida en algunas legislaciones, sin que se considere que ello implica una violación al principio de la inmutabilidad del régimen patrimonial-matrimonial. En este sentido, la ley de Luxemburgo de 1974, dice en su artículo 1.431: "Si durante el matrimonio alguno de los cónyuges confía al otro la administración de sus propios bienes y de las entradas en cabeza suya a la comunidad, las reglas del mandato se aplicarán. El cónyuge mandatario estará sin embargo dispensado de rendir cuenta por los frutos cuando el poder no le obligue a ello expresamente". Por su parte el artículo 218 de la ley de 13 de julio de 1965 que reformó el régimen matrimonial en Francia, estableciendo entre otras cosas la necesidad del consentimiento común de ambos cónyuges para disponer del hogar conyugal, estipula: "Un cónyuge puede conferir mandato al otro pora que le represente en el ejercicio de los poderes que el régimen patri-

12. BORDA, op. cit. N° 345 y nota 545, pág. 489.

monial le atribuye". Ahora bien, aún si la doctrina francesa encuentra en este texto un apoyo cierto para validar actos cumplidos por un cónyuge en ejercicio de un mandato concebido en términos generales y referido también a actos de disposición sobre los bienes de la comunidad, no ha faltado quien exprese reservas al respecto. "Es muy dudoso —escribe Pierre Raynaud—¹³ que el mandato pueda tener por objeto la disposición de bienes comunes o más precisamente los actos relativos a los bienes comunes para los cuales se requiere normalmente el consentimiento de los dos esposos (art. 1.422 a 1.424). En efecto, cuando un esposo requiere de la justicia ser autorizado de una manera general para sustituir a su cónyuge en la gestión de los bienes comunes, él debe proveerse de una autorización judicial para tales actos (art. 1.426, párrafo 2); en especial, si se le permitiese al marido dar mandato a su mujer para enajenar un inmueble común, ésta acumularía los poderes así conferidos a sus propios poderes y ella podría enajenar sola en contrariedad con el principio de la cogestión que se aplica a tal género de actos". El argumento de Raynaud en torno al párrafo 2 del art. 1.426 de la ley francesa, puede repetirse entre nosotros, dada la redacción del segundo párrafo de nuestro art. 168, que dice: "El Juez puede autorizar a uno de los cónyuges para que realice por sí solo, sobre bienes de la comunidad, *alguno* de los actos para cuya validez se requiera el consentimiento del otro cónyuge...". La autorización, pues, aun cuando emane del otro cónyuge por la vía de un mandato, parece que debe ser específica, referida a un concreto acto de enajenación o gravamen. Se acepta, sin embargo, que no tiene porque ser expresa; que basta una autorización tácita. Para concluir con este punto advertimos, sin embargo que en general se acepta también que este necesario consentimiento uxorio puede ser objeto de capitulaciones matrimoniales, por ejemplo: inclusión de una cláusula por la cual la mujer da poder general a su marido para enajenar o gravar los bienes comunes que lleguen a poseer sin necesidad de requerir de ella la adquiescencia particular en cada caso. La explicación de esto último está en la supremacía de la autonomía de voluntad para determinar el régimen patrimonial-matrimo-

nial y en el carácter meramente supletorio de la comunidad de gananciales.

d) *Modo de suplir el consentimiento del cónyuge*

Aun cuando nuestro artículo 168 ha establecido la "cogestión" para ciertos actos que el legislador ha juzgado particularmente graves o peligrosos para el patrimonio conyugal y ha hecho del consentimiento de ambos cónyuges una condición de validez del acto (art. 170), ha previsto una forma de suplir el consentimiento del cónyuge que ocasionalmente se encuentre imposibilitado de prestarlo o que se rehuse a hacerlo sin causa justificada. En estos casos, en efecto, el juez puede autorizar al otro cónyuge a realizar por sí solo el acto que éste juzgue conveniente, fundado en los intereses del matrimonio y de la familia. Una regla similar la encontraremos en el Código Civil francés (art. 217), en el Código Civil argentino (art. 1.277), en la ley española de 13 de mayo de 1981 modificatoria del Código Civil en materia de régimen patrimonial-matrimonial (art. 1.376 y 1.377), etc. La autorización judicial se expide mediante un procedimiento sumarísimo, con audiencia del otro cónyuge siempre que ello sea posible, pero sin que esto último convierta al procedimiento en un procedimiento contencioso. El juez deberá atender especialmente al interés del matrimonio y de la familia. Aún si hay diferentes concepciones al respecto, nos inclinamos a creer que la prueba de la conformidad con el interés matrimonial y familiar está a cargo de quien aspira a realizar el acto venciendo la oposición de su cónyuge. Por lo demás, la autorización judicial es supletoria del necesario consentimiento de ambos cónyuges, por lo cual no puede prescindirse de éste y requerir directa y simplemente la autorización judicial cuando los cónyuges puedan prestarlo. La intervención del juez es pues algo excepcional, y esto nos dice que él debe proceder con gran cautela cuando decida suplir con su autorización el consentimiento que en rigor corresponde al cónyuge otorgar.

e) *La administración ordinaria de la comunidad conyugal*

Con la única excepción de aquellos actos de gestión del patrimonio conyugal que hemos llamado de "administración extraordinaria" y para los cuales el artículo 168 exige el con-

13. "Droit Civil. Les Régimes Matrimoniaux", Sirey, 1978, N° 45 p. 43.

sentimiento de ambos cónyuges este texto consagra para cada cónyuge el poder de administrar individual y separadamente los bienes comunes. No puede decirse, sin embargo, que la redacción del artículo 168 sea muy clara al respecto. En realidad, al conferir a cada cónyuge estos poderes que hemos convenido en calificar de "administración ordinaria", el texto legal los refiere a "los bienes de la comunidad que (el cónyuge respectivo) hubiere adquirido con su trabajo personal o por cualquier título legítimo".

La primera pregunta que surge de esta redacción es, pues, la siguiente: ¿cuál fue el régimen adoptado? Un régimen de administración funcionalmente *separado*, esto es, solo para aquellos gananciales que han entrado en la comunidad *en cabeza del respectivo cónyuge*, como parece hacerlo pensar el artículo 168 cuando dice: 'cada cónyuge podrá administrar por sí solo los bienes de la comunidad que hubiere adquirido con su trabajo personal? o ¿un régimen de *administración concurrente*, esto, es que cada cónyuge podrá cumplir por sí solo los actos de gestión, en tanto que presuntamente autorizado para representar a su cónyuge en lo que se refiere a la respectiva parte de éste en los bienes de la comunidad (por lo que este último quedaría sujeto a respetar los actos cumplidos por aquél), pero sin mermar en absoluto los iguales poderes que como administrador *separado* corresponden también a su cónyuge?

A primera vista, la administración separada o exclusiva según un reparto funcional, combinada con una administración conjunta para los bienes más importantes, nudiere estimarse el régimen más racional. El régimen de administración concurrente arriesga crear situaciones muy conflictivas: en cuanto que los cónyuges, obrando cada uno por su lado, aún de buena fe, podrían cumplir sobre un mismo bien actos que resulten inconciliables entre sí, y ello sin contar con los enredos y perjuicios que vendrían a derivarse para los propios cónyuges y para los terceros de una actuación caprichosa o maliciosa por parte de alguno de los cónyuges.

La alusión que hace la primera parte del artículo 168 a la administración individual por cada cónyuge de los bienes comunes que "hubiere adquirido por su trabajo personal" (y que parece una extensión al marido del régimen que el viejo

Código reservaba a la mujer con referencia a los "adquiridos por su industria, profesión, oficio, sueldo o trabajo, así como los frutos que éstos produzcan"), ha hecho pensar a muchos que cuando este texto agrega a continuación "o por cualquier otro título legítimo" se refiere exclusivamente a inversiones de economías hechas por el cónyuge de que se trate con los frutos de su trabajo personal. Como esta interpretación dejaría sin aclarar cuál es el régimen de administración ordinaria para todos aquellos bienes comunes que no provengan de estos restringidos supuestos, algunos abogados han pretendido extender sin discriminación el régimen de cogestión o administración conjunta por ambos cónyuges. Guiados por sus consejos la mayor parte de las instituciones crediticias vienen exigiendo, en efecto, la firma conjunta de ambos cónyuges para las operaciones activas que ellos celebran, con el argumento de que no es posible determinar si la obligación asumida por un cliente que tenga estado civil de casado afecta tan solo sus propios bienes o los de la comunidad, por la dificultad de determinar a este último respecto si estos han sido o no adquiridos por su trabajo personal.¹⁴ Otros abogados han considerado, en

14. En un Memorandum del Dr. Gonzalo Pérez Luciani para la Presidencia del Banco del Caribe fechado 30-7-82 se lee: "La dicotomía de la norma (se refiere al nuevo texto del art. 168) coloca en uno de los términos de la clasificación, la administración de unos específicos bienes comunes y en la otra, ejemplos de actos de disposición sobre bienes inmuebles y algunos muebles especiales. Ahora bien, respecto de la administración y disposición de los demás bienes de la sociedad ¿quién puede realizarlo? o para utilizar la terminología de la Ley ¿cuál de los dos cónyuges estaría legitimado para realizarlos? Estos actos no contemplados en la clasificación son innumerables: asumir obligaciones mediante títulos de crédito, solicitar créditos, adquirir o enajenar los bienes muebles no sujetos a "régimen de publicidad", otorgar fianzas o avales, celebrar contratos de arrendamiento, manejar cuentas corrientes de depósito o depósitos de ahorro y así *turmatim*, esto es, en forma innumerable". Con base en estos considerandos, se termina recomendado exigir la firma de ambos cónyuges para autorizar la movilización de cuentas corrientes o de ahorro, para la aceptación o el pago de depósitos a plazo fijo, fianzas, avales, etc.

De modo análogo en un instructivo elaborado por un grupo de abogados por instrucciones de la Junta Directiva del Consejo Bancario Nacional en los primeros días de agosto de 1982, que firman los doctores Horacio Guillermo villalobos y José Luis Aguilar Gorrondna, se lee: "Cualquiera de los cónyuges puede contraer obligaciones sin el consentimiento del otro; pero los bienes que responden de las mismas varían según se trate de obligaciones de la comunidad o de obligaciones asumidas en la administración de sus bienes propios (Código Civil art. 180). Si el Instituto no tiene certeza de la clase de obligación de que se trata, es recomendable que ambos cónyuges se obliguen solidariamente o que uno avale o afiance la obligación del otro (...) En cuanto a las garantías (hipoteca, prenda, aval o

cambio, que la expresión "título legítimo" puede interpretarse como sinónimo de presunción de haber sido adquirido el bien por el trabajo personal del cónyuge cuando dicho bien sea poseído en cabeza suya, y así no exigen el consentimiento del otro cónyuge, en el supuesto de bienes muebles no sujetos a regímenes de publicidad, cuando el cónyuge con el cual tratan posea dicho bien a su nombre, en virtud del principio de que la posesión equivale a título (art. 794 C. Civ.); y en el supuesto de bienes inmuebles o de bienes muebles sujetos a régimen de publicidad, cuando el bien del caso esté inscrito a nombre del respectivo cónyuge.¹⁵

fianza) constituida por una persona casada a favor de un tercero sin el consentimiento del otro, lo mejor será actuar bajo la idea de que tales garantías sólo comprenden o comprometen los bienes propios o privativos de aquella, no los de la comunidad conyugal". En cambio, por una razón que no se expresa, este mismo instructivo, al referirse a las operaciones pasivas para los bancos, concluye: "Tal como antes de la vigencia del nuevo Código Civil, cualquiera de los cónyuges, podrá libremente abrir, movilizar y cerrar cuentas de depósito a la vista y de ahorro; adquirir, prorrogar y cobrar toda clase de certificados a plazo, bonos quirografarios, certificados de ahorro, cédulas hipotecarias y bonos financieros". Tan solo hace la salvedad de que cuando sean nominativas, por tratarse entonces de "derechos o bienes muebles sometidos a régimen de publicidad", tales títulos sólo podrán ser enajenados o gravados con el consentimiento de ambos cónyuges.

15. Tal es el criterio expuesto por el Dr. Emilio Pittier Sucre en el Memorandum antes referido. Allí se lee:

"Respecto de tales bienes, en virtud de la regla general según la cual en materia de bienes muebles posesión equivale a título, exigir el consentimiento de ambos cónyuges para los actos de disposición no tiene mucho sentido, pues el cónyuge afectado difícilmente podría reivindicar el tercero adquirente de buena fe y por otra parte, entorpecería el comercio tales bienes de una manera tal que haría difícil y onerosa la circulación de los mismos, todo ello sin ninguna finalidad práctica. Por ello, pensamos que con respecto a los bienes muebles no sujetos a un régimen de publicidad, el legislador ha considerado que la administración y disposición de tales bienes corresponde al cónyuge que lo hubiese adquirido para la comunidad conyugal, presumiéndose que quien lo ha adquirido lo ha hecho con bienes provenientes de su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo. El cónyuge que en representación de la comunidad haya enajenado el bien mueble propiedad de la comunidad conyugal deberá responder frente al otro cónyuge como todo otro administrador; pero en ningún caso el defecto de consentimiento del otro cónyuge, puede afectar a los terceros.

Esta conclusión se ve reforzada por las disposiciones del Artículo 170, que regulan la acción de anulabilidad del acto de disposición, pues quedan a salvo los derechos de los terceros de buena fe que, no habiendo participado en el acto realizado con el cónyuge, hubiesen registrado su título con anterioridad al registro de la demanda de nulidad y es evidente que tratándose de bienes no sujetos a publicidad, no existirá el registro del título. Por otra parte, la acción correspondiente caduca a los cinco años de la inscripción del acto en los registros correspondientes o en los libros de las sociedades, si se trata de acciones, obligaciones o cuotas de participación". Es

Esta última parece haber sido la interpretación que dio al texto actual del artículo 168 la Academia de Ciencias Políticas y Sociales cuando consideró el Proyecto del nuevo Código Civil que cursaba por ante la Cámara de Diputados. La Academia proponía, en efecto, que cada cónyuge pudiese administrar separadamente, además de los bienes que adquiriese con su trabajo personal, "cualesquiera otros bienes comunes de toda especie, que figuren en su respectivo nombre o que se encuentren bajo su posesión o tenencia" y que los cónyuges administraren conjuntamente "los bienes comunes que figuran a nombre de ambos o que se encuentran bajo la posesión de ambos".

Al proponer esta solución se razonaba a partir de la idea de que cada cónyuge, en cuanto persona individual se presume poseer para sí los bienes muebles o títulos al portador en cuya posesión se halle y que esta posesión hace de "título legítimo" para él (art. 733 y 794), salvo que se tratase de bienes registrables, en cuyo caso habría que atenerse a lo que resultara de la inscripción registral. De esta manera, el tercero que indague a cuál de los dos cónyuges compete la administración de un determinado bien mueble no registrable habrá de considerar ese bien como propio del cónyuge que lo posea o, al menos, como bien cuya administración le compete a él; y si se tratase de un bien registrado, deberá atenerse al registro, que le indicará también si se trata de un bien propio de ese cónyuge o, en el caso de un bien de la comunidad, a cual de los dos cónyuges compete su administración ordinaria, ya que la inscripción a nombre de uno solo de ellos permitirá presumir que se trata de un bien adquirido con el fruto del trabajo personal de dicho cónyuge.

El problema surge, sin embargo, del hecho de que en lo que respecta a los bienes muebles no registrables y títulos al portador, la presunción del artículo 773 debe conciliarse con la del artículo 164, que nos lleva a predicar que el título legítimo que deriva de la posesión ejercida por uno cualquiera de los cónyuges opera precisamente en provecho directo de la

ilógico pensar que en el lapso de caducidad sólo exista respecto de los bienes sujetos a publicidad, por lo cual la única conclusión lógica es que en tales casos no existe la acción".

comunidad y, como tal, puede ser invocado como causa legítima de adquisición por cada uno de los cónyuges separadamente. Lo mismo debería decirse de los bienes comunes registrables inscritos a nombre de ambos cónyuges o de cualquiera de ellos. El artículo 168 no liga, en efecto, la administración separada de cada cónyuge sobre un bien de la comunidad a que ésta posea el bien del caso por su mediación, esto es, a que los derechos de por mitad que le correspondan en tal bien hayan sido adquiridos por dicho cónyuge por el hecho de su intermediación posesoria o a que se lo haya inscrito a su solo nombre o al menos en común con el otro cónyuge, ni siquiera puede decirse que estas circunstancias permitan presumir que él lo ha adquirido con su trabajo. Indudablemente que si lo ha adquirido por su trabajo para la comunidad tiene un "título legítimo" sobre el bien, pero la inversa no es cierta: para tener un "título legítimo" no se necesita que éste derive de su trabajo, basta que el bien pertenezca a la comunidad. Ahora bien, si basta cualquier título legítimo para que le compete la administración separada sobre tal bien, debería admitirse que cada cónyuge tiene individualmente y por separado la "administración ordinaria" de todos los bienes de la comunidad. Esto equivale a predicar una administración concurrente, en paridad absoluta entre el marido y la mujer.

Si se admite esta solución, como creemos que debe admitirse, desaparece la necesidad de exigir la firma conjunta de ambos cónyuges, y más bien resulta posible conformarse con la de la sola mujer allí donde antes se exigía la sola firma del marido.

Respecto de los bienes muebles no registrables o títulos al portador exigir el consentimiento de ambos cónyuges no tendría ningún sentido, pues debiendo presumirse frente a terceros que tales bienes se poseen para la comunidad (artículos 773 y 794), cualquiera que sea el cónyuge por cuya mediación se las posea, y correspondiendo la administración ordinaria de la comunidad individualmente a cada uno de los cónyuges por separado, el otro cónyuge no podría reivindicar el bien del tercero de buena fe que lo adquiriese por actos pasados con cualquiera de ellos; pues la adquisición sería válida al ser eficaz el acto para obligar a la sociedad conyugal, independiente

de como haya ingresado dicho bien el patrimonio común. Si se tratase de un bien registrable, solo el registro como bien propio a nombre del otro cónyuge y con los requisitos del artículo 152 ord. 7º, podría dar lugar a una acción de reivindicación por parte de este cónyuge que resultaría propietario exclusivo de tal bien. Cosa diferente es la de si el cónyuge defraudado por un acto malicioso de su cónyuge tendiente a perjudicarlo en sus derechos en la comunidad conyugal puede ejercer contra su cónyuge o contra el tercero incurso en los supuestos de una acción por fraude o por simulación, las acciones del caso.¹⁶

El inconveniente que presenta esta administración concurrente es, como ya lo indicamos, la posibilidad de conflictos de intereses entre terceros que hayan adquirido derechos sobre un mismo bien por actos pasados respectivamente por separado con los dos cónyuges. Pero para resolver esos conflictos basta con aplicar las reglas relativas a los requisitos de oponibilidad de un acto pasado entre un autor y su causahabiente a título particular, respecto de otro causahabiente de ese mismo autor, cuanto éste, ignorando que el derecho ha salido ya de su patrimonio por el primer acto, volviere a transferirle a ese segundo causahabiente suyo (artículo 1.162 en materia de muebles, artículo 1.924 en materia de inmuebles o derechos inscribibles en el Registro Público, o las normas especiales del caso en lo que respecta a los demás muebles sometidos en cuanto a su transmisión a otros registros singulares).

El tercero podrá, por supuesto, reclamar la responsabilidad civil del caso de la sociedad conyugal, desde luego que el otro

16. El fraude del tercero no podría consistir simplemente en haber admitido al cónyuge a cuyo nombre no estuviese inscrito el bien común como administrador de ese bien, si se admite que este tiene conforme a esta interpretación del artículo 168 tales poderes de administración de ese bien. Tan solo cuando se demostrase que el tercero podía determinar que ese bien había sido adquirido para la comunidad conyugal con el trabajo personal del otro cónyuge pudiese encontrarse un indicio de la participación del tercero en el acuerdo fraudulento, pero no porque el primero no pudiese administrar tal bien (lo que significa que la disposición de ese bien no configura en sí mismo un daño), por lo que tal indicio habría que administrarlo con otros para demostrar la existencia de un *eventus damni*. Lo mismo puede decirse en todo caso del hecho de que el tercero haya menospreciado la circunstancia de venir ese bien siendo poseído o estar registrado a nombre de quien no prestó su consentimiento para el acto.

cónyuge que ignoró la regla *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* obligaba también a dicha sociedad conyugal y ésta está sujeta a responsabilidad patrimonial por todas las deudas contraídas por cualquiera de los cónyuges en los casos en que pueden obligarla (art. 165, ord. 1.º; 168; 1.264 1.863 y 1.864 del Código Civil). Si ese cónyuge obró con imprudencia o de mala fe y perjudicó con su acto a la sociedad conyugal, el otro cónyuge podrá luego reclamar a su vez contra él, pues su conducta configurará un ilícito de ese cónyuge frente al perjudicado (art. 1.185), estando de manera exclusiva los bienes propios de aquel y su parte en los bienes comunes afectos sujetos a absorber en definitiva los daños causados al otro cónyuge en su parte en los bienes comunes.

f) *Razones que abonan la tesis de la administración separada y concurrente de ambos cónyuges*

De conformidad con el artículo 4º del Código Civil a la ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado de las palabras según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador.

El artículo 168 revela de modo patente que sólo se exige el consentimiento de ambos cónyuges en los casos excepcionales que hemos llamado de "administración extraordinaria". luego no es posible entender que el Código lo haya exigido para otros casos cuando no pueda apoyarse tal pretensión en otro texto de la ley.

Si esto es así, la regla general es la de que basta el consentimiento prestado por uno cualquiera de los cónyuges para realizar los actos no comprendidos en tal administración extraordinaria, sin distinción entre si se trata de un acto de disposición o de simple administración.

Cabe arguir que de lo que se trata no es de negar que la ley no exige el consentimiento de ambos cónyuges para esos actos de administración no extraordinaria —o sea la que hemos llamado "ordinaria"—, sino de negar que sea el de cualquiera de los dos cónyuges y de sostener, en cambio, que es solo a uno de ellos a quien la ley le ha atribuido la potestad de prestar el consentimiento necesario para que se repunte obli-

gada a la comunidad. Se dirá entonces que la ley ha sido precisa en cuanto a que tan solo a aquel de los cónyuges que hubiere adquirido el bien para la comunidad con un trabajo personal o por cualquier otro título legítimo se le atribuya la facultad de prestar el consentimiento necesario para obligar aquel bien por un acto jurídico; y que de lo que se trata es de la necesidad de determinar en cada caso concreto cuál es ese cónyuge cuyo consentimiento se requiere.

En verdad el argumento sería muy poderoso si no se concluyese luego con una interpretación según la cual; al no permitir la redacción del artículo determinar cuál es en la mayoría de los actos el cónyuge cuyo solo consentimiento basta, la conclusión que se impone *a fortiori* es la de requerirse el consentimiento de ambos cónyuges para tal mayoría de actos. Una argumentación que concluye así, negando los propios postulados en que se basa, tiene necesariamente que ser falsa o errónea.

Para decir que la ley no permite determinar cuál de los dos cónyuges está potestado para consentir por sí solo el acto, se agrega que tal potestad se conecta por el artículo 168 al hecho de que el bien vinculado por el acto jurídico en cuestión provenga de su "trabajo personal o de cualquier otro título legítimo" y que por "título legítimo" es necesario entender lo mismo que trabajo personal de ese cónyuge o —en los casos en que se es más concesivo— posesión o inscripción a nombre propio de ese bien común. Esta última concesión resuelve, en efecto, muchos casos; pero para que sea una solución coherente con el postulado de que el consentimiento de ambos cónyuges es excepcional y de que la ley es clara al respecto de que para todo otro acto que no esté comprendido en esa excepción basta el consentimiento de uno solo de los cónyuges, es necesario que la solución que adoptemos no deje lagunas de ninguna especie.

Pues bien, sostenemos que la única posibilidad para ello es interpretar la expresión "cualquier otro título legítimo" no solo como referencia a cualquier otro título legítimo de adquisición para la comunidad conyugal distinto del trabajo personal del cónyuge en cuestión, sino también como referencia a causas de adquisición legítimas para la comunidad que le permi-

ten a cada uno de los cónyuges administrar separadamente dichos bienes comunes sin exclusión siquiera de los que ingresaron a la comunidad por el trabajo personal del otro cónyuge. Si se excluyese estos últimos se crearía, en efecto, una zona de oscuridad, en que efectivamente se torna imposible definir cuáles bien de la comunidad resultan afectos a los actos de administración cumplidos por uno solo de los cónyuges y a quien le corresponde cumplir aquellos actos de administración que no se refieren a bienes ingresados a la comunidad en cabeza de uno solo de los cónyuges, por ejemplo: reparaciones menores y actos de conservación de los bienes propios de alguno de los cónyuges (ord. 3º, art. 165), pago con dinero de la comunidad de réditos caídos o intereses vencidos durante el matrimonio a que estuviesen afectos bienes propios de uno de los cónyuges o bienes comunes adquiridos con el caudal común (ord. 2º, art. 165), etc.

Tal vez sea ilustrativo señalar que en la primera redacción propuesta para la reforma del artículo 168 se había elegido el siguiente texto:

“Los cónyuges podrán por separado realizar actos de administración ordinaria de los bienes de la comunidad conyugal. Se requerirá el consentimiento de ambos para cualquier otro acto que exceda de la administración ordinaria. La legitimación procesal corresponderá al cónyuge que ha realizado el acto o a ambos si fue realizado en forma conjunta; sin embargo, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges para convenir, desistir o transigir..”.

Este texto distinguía claramente, aunque con significaciones muy distintas a las del actual artículo 168 entre una “administración ordinaria” que se confiaba por separado y de modo concurrente a ambos cónyuges, y una “administración extraordinaria” para la cual regiría el principio de la cogestión.

Convencidos los proyectistas posiblemente de que la cogestión entrababa en exceso la administración *lato sensu* de la comunidad conyugal, se la intentó restringir en una segunda redacción del texto en cuestión apenas a los actos de disposición a título gratuito y a los actos de enajenación o gravamen sobre los bienes que se juzgaban ser el soporte básico de la economía familiar: los inmuebles, eventualmente el fondo de

comercio del que derivara sus ingresos la modesta familia de clase media baja y primordialmente la casa de habitación de la familia. Se elaboró, pues, un nuevo texto redactado así:

“La administración de los bienes de la comunidad conyugal, corresponderá a cada cónyuge por separado y la representación en juicio para los actos relativos a la misma corresponderá al cónyuge que las ha realizado. Para disponer de los bienes de la comunidad a título gratuito se requerirá siempre el consentimiento expreso del otro cónyuge. También se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges para enajenar o gravar con derechos reales los bienes inmuebles o los fondos de comercio, así como para establecer derechos personales de goce sobre el inmueble que sirve de asiento al hogar común. En estos casos la representación en juicio para las relativas acciones corresponde a ambos en forma conjunta...”.

En este momento es también cuanto los proyectistas acuden al modelo de la reforma del Código Civil argentino en 1968. Este Código nos trae, en efecto los siguientes textos:

Artículo 1.276: Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o *por cualquier otro título legítimo*, con la salvedad prevista en el artículo 1.277.

Si no se puede determinar el origen de los bienes o la prueba fuere dudosa, la administración y disposición corresponde al marido, salvo también lo dispuesto en el artículo siguiente. Uno de los cónyuges no podrá administrar los bienes propios o los gananciales cuya administración le está reservada al otro, sin mandato expreso o tácito conferido por éste. El mandatario no tendrá obligación de rendir cuentas.

Artículo 1.277: Es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o gravar los bienes gananciales cuando se trate de inmuebles, derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria, aportes de dominio o uso de dichos bienes a sociedades, y tratándose de sociedades de personas la transformación y fusión de éstas. Si alguno de los cónyuges negare sin justa causa su consentimiento para otorgar el acto, el juez podrá autorizarlo previa audiencia de las partes.

También será necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio de uno de ellos, en que está radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores

o incapaces. Esta disposición se aplica aún después de disuelta la sociedad conyugal, trátase en este caso de bien propio o ganancial.

El juez podrá autorizar la disposición del bien si fuere imprescindible y el interés familiar no resulte comprometido.

Obviamente nuestro artículo 168 presenta notables diferencias con estos textos argentinos, pero las similitudes también son importantes. Como en el texto argentino existe una administración ordinaria separada que ejerce cada cónyuge sobre sus bienes propios (art. 154, que se conservó inalterado) y sobre los gananciales "adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo", y existe una administración extraordinaria que supone el consentimiento de ambos cónyuges y que se concreta en los actos por medio de los cuales se enajenan (el texto argentino habla de "disponer") o se gravan inmuebles, derechos o bienes muebles sometidos a registro y el aporte de ellos a sociedades.

El texto argentino proviene aparentemente de la reforma francesa del régimen matrimonial cumplida por la ley del 13 de julio de 1965, sólo que aquí la administración ordinaria está confiada al marido (art. 1.421), lo que nuestro legislador no quiso hacer, por parecerle una claudicación del principio de la igualdad de los cónyuges en el matrimonio, prefiriendo por ello seguir la redacción del texto argentino. Dice, en efecto, el artículo 1.424 de la ley francesa (equivalente al citado artículo 1.277 del Código argentino): "El marido no puede, sin el consentimiento de la mujer, enajenar o gravar con derechos reales los inmuebles, fondos de comercio y explotaciones dependientes de la comunidad, ni los derechos sociales no negociables y los muebles corporales cuya enajenación está sometida a régimen de publicidad. Tampoco puede sin tal consentimiento percibir los capitales provenientes de tales operaciones. No puede tampoco sin el consentimiento de la mujer dar en arrendamiento un fundo rural o un inmueble afectado al uso comercial, industrial o artesanal. Los arrendamientos celebrados por el marido sobre los bienes comunes están por lo demás sometidos a las reglas previstas para los que celebran los usufructuarios". Las omisiones de nuestro artículo 168 cuando se lo contrasta con el texto francés son también particularmente expresivas.

Agreguemos todavía que la Ley del 4 de julio de 1974 de Luxemburgo, que reformó en este pequeño reino el régimen matrimonial, dispuso en su artículo 1.422 que un cónyuge no puede sin el consentimiento del otro disponer entre vivos a título gratuito de los bienes comunes y agregó en su artículo 1.424 que tampoco "sin el consentimiento o la aquiescencia del otro" le está permitido "enajenar a título oneroso o gravar con derechos reales los inmuebles, fondos de comercio y explotaciones entradas en su propia cabeza en la comunidad, así como tampoco los muebles corporales cuya enajenación estuviere sometida a publicidad".

Aún admitiendo que el sistema venezolano no es idéntico a ninguno de estos antecedentes extranjeros es manifiesto que se inspiró en ellos. En particular creemos deber llamar la atención sobre lo siguiente:

1. La frase "adquirido con su trabajo personal o por cualquier título legítimo" se tomó ciertamente del citado artículo 1.276 del Código Civil argentino, comentando la inclusión de la última parte de la frase que hemos subrayado en el texto argentino, escribe Borda:¹⁷ "Esta expresión ha sido observada por quienes piensan que debió bastar la adquisición, fuera o no legítimo el título. No lo creemos así. ¿Cómo puede admitirse la prueba de que la mujer adquirió el bien por hurto, robo, defraudación y permitirle fundar en ese hecho ilícito su derecho de administrar el bien? Ello sería admitir que puede invocar su propia torpeza. Cuando un bien adquirido por causa ilegítima figura en el haber de la sociedad, lo que sin dula los cónyuges harán será manifestar que no recuerdan o no pueden probar el origen de los fondos en los que se lo adquirió. Y en tal caso, conforme a lo dispuesto por el art. 1.276, *serán administrados por el marido*". Pero esta conclusión de Borda, que nuevamente hemos subrayado, es conforme con el citado texto legal argentino que en su segundo párrafo dice: Si no se puede determinar el origen de los bienes o la prueba fuere dudosa, la administración y disposición corresponde al marido...". Tal parte del artículo fue eliminada por nuestros reformadores, sin duda porque entendían eliminar toda prerro-

17. Op. cit. N° 334, p. 472.

gativa a favor del marido y porque juzgaban que dejando el texto del artículo 168 tal como él quedó sería claro que *la administración correspondería por igual a cualquiera de los cónyuges*.

2. Los casos de "administración extraordinaria" que hemos enunciado en nuestro artículo 168 concuerdan prácticamente con la del artículo 1.277 del Código argentino, y en ambos subyace la misma idea de acentuar la idea de comunidad en el matrimonio y de reafirmación de que los bienes gananciales pertenecen con igual y plenitud de título a ambos cónyuges (evóquese la *gesammte hand*: propiedad en mano común del derecho medieval, origen remoto de nuestra comunidad conyugal), por lo que tal administración extraordinaria se nos revela como una restricción a la capacidad de los casados mayores de edad con respecto a los gananciales, que los reduce a la condición de menores emancipados que no pueden cumplir estos actos sin la recíproca asistencia del otro cónyuge o de la sustitutiva autorización judicial. La igualdad que en estos supuestos se establece entre el marido y la mujer es una igualdad en la incapacidad.¹⁸ Antes de esta reforma, el régimen tradicional de la comunidad entre nosotros presumía en cambio una plena capacidad del marido para administrar todos los bienes de la comunidad conyugal.

Como ya lo señalamos, el viejo texto del artículo 168 era inclusive equívoco cuando después de enunciar en su primera parte que el marido administraba los bienes "cualquiera que ellos sean", atribuía a la mujer la administración de aquellos que han sido adquiridos por su industria, profesión etc.; pues bien podía entenderse que la administración confiada al marido era concurrente con la de ésta en lo que respecta a estos bienes para los cuales se atribuía a la mujer poderes de administración separada. En este caso la expresión "por cualquier título legítimo" vendría a suplir la de "cualesquiera que ellos sean" del viejo del art. 168 y a señalar que ahora ello ocurría respecto de ambos cónyuges. Pero aún si se admite que el Código Civil venezolano desde la reforma de 1916 entendía

privar al marido de la administración de estos bienes comunes que la mujer adquiriría con su trabajo personal (art. 168 del Código de 1942) o que habían sido donados a nombre de la mujer con ocasión del matrimonio (art. 169 introducido en la reforma de 1942) y para los cuales se habilitaba precisamente a ésta, nada autorizaría todavía a decir que, con la reforma de estos dos últimos textos legales, precisamente dirigidos a eliminar la incapacidad general de la mujer para administrar los demás bienes comunes, se haya convertido al marido en un incapaz general en el ámbito de la administración ordinaria salvo en lo que respecta a los bienes comunes adquiridos con su trabajo personal. Por el contrario, la idea básica del reformador venezolano de igualar plenamente a la mujer con el marido, tanto en la capacidad como en la incapacidad, y de restringir esta última al exclusivo ámbito de la "administración extraordinaria" lleva a pensar que la mujer tiene hoy en el ámbito de la "administración ordinaria" la misma capacidad que tenía antes el marido, esto es, administrar no sólo los bienes comunes adquiridos con su trabajo personal (lo que en el Código derogado podía también en su caso hacer el marido), sino "cualquiera que ellos sean" como rezaba el viejo artículo 168, esto es, los adquiridos "por cualquier título legítimo" para la comunidad, como reza hoy el nuevo texto de este artículo 168.

3. La circunstancia de que el codificador venezolano haya borrado todo rastro de supremacía del marido, diferenciándose en esto del francés, del luxemburgés o del español, que todavía se basan en el presupuesto de ser el marido el administrador nato de la sociedad conyugal, y del argentino, donde como hemos visto continúa siendo por lo menos tal administrador nato cuando no se pueda establecer la razón del ingreso del bien a la comunidad, es también una circunstancia relevante. Los bienes comunes no provienen solo del trabajo personal de uno de los dos cónyuges (ord. 2º del art. 156), sino también de una diversidad de títulos legítimos (art. 156, ord. 1º, y ord. 3º, arts. 158, 161, 163 y 164) y sería absurdo pensar que el sentido de la norma del artículo 168 en lo que respecta a la "administración ordinaria" sea que aquellos bienes que provienen de esta diversidad de fuentes distintas del trabajo personal del respectivo cónyuge estuviesen sometidos a un régimen de

18. Así lo proclama el autor argentino Llambias, citado por Vidal Taquini, Carlos H.: "El régimen de bienes en el matrimonio", Víctor P. de Zavaglia Editor, Buenos Aires, 1971, N° 254, p. 257.

administración separada y concurrente de ambos cónyuges, mientras que solo los provenientes del trabajo personal del respectivo cónyuge lo estuvieren a un régimen de administración separada y exclusiva de su parte. Por ello nos inclinamos a pensar que, aunque usualmente esto último será lo que ocurrirá, el legislador no ha querido tampoco excluir al otro cónyuge de la administración de estos últimos bienes. Lo que el nuevo texto del artículo 168 ha querido decir es que, en materia de administración ordinaria, cada cónyuge por separado tiene sobre los bienes adquiridos por cualquier título legítimo para la comunidad los mismos poderes que el viejo texto de ese artículo confería a la mujer en relación con los que ella adquiriría para la comunidad con su trabajo personal. Esto es, puede obligar plenamente todos estos bienes con su administración separada e individual.

g) *Actos que abarca la administración de la comunidad*

Conforme a lo expuesto, salvo aquellos actos excepcionales que hemos llamado de "administración extraordinaria" para los cuales rige el principio de la cogestión, cada uno de los cónyuges individual y separadamente puede realizar no sólo toda clase de actos de simple administración, sino aún de actos de disposición a título oneroso sobre los bienes comunes cualquiera que ellos sean.

Es verdad que el nuevo Código eliminó el viejo texto del artículo 170, en que se expresaba de manera explícita que los actos a título oneroso cumplidos por un cónyuge dentro de los límites de los poderes que le estaban conferidos obligaba los bienes comunes confiados a su administración, pero tal eliminación no modifica en nada la situación precedente, salvo en cuanto a que hoy se atribuye cada cónyuge la administración de los bienes comunes en su plenitud. Administrar, en verdad, en el sentido del artículo 168 se entiende como sinónimo de gestión del patrimonio conyugal, lo cual comprende la realización no solo de esos actos que se llaman de simple administración (percibir los frutos, cobrar las rentas, disponer obras de conservación, etc.) sino también aquellos actos que se llaman de disposición en cuanto que comprometen el libre disfrute de alguno de los bienes que componen un patrimonio (arren-

damientos por más de dos años) y a veces hasta la titularidad del derecho real que se posee sobre ellos (concesión a tercero de derechos reales sobre un determinado bien).

En el caso concreto del artículo 168, esos poderes de administración en tal sentido lato que se le han conferido a cada cónyuge por separado sobre todos los bienes comunes han sido expresamente restringidos en cuanto a determinados actos de disposición (enajenación o gravamen) y solo cuando estos actos se refieran además a ciertos bienes (inmuebles, muebles sujetos a régimen de publicidad, etc.).

Corolario de todo esto es que cuando no estemos en presencia de unos actos reservados a la administración conjunta de ambos cónyuges, cada uno de ellos ejerce en su plenitud el poder de administración o de gestión del patrimonio común, y conforme a la regla del ordinal 1º del artículo 165, a que ya nos referimos, las deudas u obligaciones que asuman por tal motivo obligan a la comunidad.

Si a esto agregamos que, como ya dijimos, la idea que ha presidido la organización de la administración de la comunidad conyugal es la de la inescindibilidad de los intereses particulares del cónyuge que la administra (antes el marido, hoy ambos sin distinción) y los de la comunidad, se comprenderá que lo que afirmamos es que hoy la mujer, lo mismo que anteriormente el marido, compromete con sus actos la responsabilidad patrimonial de todos los bienes comunes a menos que pueda establecerse que su gestión se ha realizado en exclusivo interés de su patrimonio particular. Es verdad que la presunción de que cuando un cónyuge celebre un determinado acto de administración de esos para los cuales no se requiera el consentimiento del otro esté actuando en interés de la comunidad y como tal responsabilizando los bienes comunes, no ha sido establecida en la ley; pero tampoco ha sido establecida la presunción contraria de que él deba entenderse siempre actuando en nombre propio y comprometiendo solo su patrimonio particular. Tal presunción sólo la establece el Código en lo que respecta a los actos ilícitos de uno cualquiera de los cónyuges, respecto de los cuales dice el artículo 167: "La responsabilidad civil por acto ilícito de un cónyuge no perjudica al otro en sus bienes propios ni en su parte de los comunes".

Es cierto que esta norma es tan solo la expresión de un principio general según el cual toda persona con sus actos no responsabiliza sino sus propios bienes, a menos que actúe como representante de otra. Pero como todo principio general, el mismo debe aplicarse con cautela. Aún en materia de responsabilidad extracontractual conocemos casos en que el patrimonio de una persona responde por el hecho ajeno ¿Qué puede haber, pues, de extraño en la circunstancia de que con los actos jurídicos de un cónyuge se interpreten comprometer la responsabilidad del patrimonio conyugal, por entenderse cumplidos normalmente en ejercicio de sus poderes de administración sobre los bienes comunes, cuando la propia ley (art. 164) dispone por cierto que todos los provechos que se derivan de dichos actos se entienden producidos por la comunidad? Esto fue lo que se pensó siempre antes de la reciente reforma respecto de los actos jurídicos cumplidos por el marido. A nadie se le ocurrió jamás pensar de que los préstamos concedidos al marido comprometieran tan solo sus bienes propios y su parte en los bienes comunes si él no había hecho constar que actuaba como representante de la comunidad. Ello hubiera sido necesario ciertamente si la comunidad conyugal debiera tratarse como una simple comunidad ordinaria. No lo era, porque tal no ha sido jamás el caso. El marido —se dice— era el administrador nato de la comunidad, el obligaba con sus actos todos los bienes comunes cuya administración le correspondía. Pues bien, replicamos: hoy la mujer tiene igual papel, sin que por ello haya dejado de tenerlo también el marido.

En consecuencia, no se requiere en absoluto el consentimiento de ambos cónyuges para obligar a la comunidad por préstamos contratados por uno de los cónyuges.¹⁹ fianzas, ava-

19. Al respecto conviene citar lo que escribe Borda, locus cit, al respecto del citado artículo 1.277 del Código argentino:

“Resulta totalmente infundada e inexplicable la práctica bancaria vigente desde la sanción de la ley 17.711, de exigir la firma del cónyuge para otorgar un préstamo al otro. Ninguna disposición exige tal requisito. Y basta pensar que si los cónyuges pueden disponer del dinero sin necesidad del asentimiento del otro, con cuanta mayor razón deben poder contraer además del mismo modo (a menos claro está, que la deuda sea garantizada con un derecho real). Por lo demás, la firma que requieren los bancos no es el mero asentimiento, que deja libre de toda responsabilidad por incumplimiento al cónyuge que lo presta, sino de una obligación que el cónyuge debe asumir solidariamente. Esto prueba que el requisito exigido por los

les, obligaciones cambiarias, etc. Tampoco para realizar actos de disposición (salvo que se trate de enajenaciones o gravámenes *stricto sensu*) ni aún sobre inmuebles o “muebles sometidos a régimen de publicidad”; y ni siquiera para actos de enajenación o gravamen sobre bienes muebles “no sujetos a régimen de publicidad”. Es más, aunque los actos de enajenación o gravamen sobre los determinados bienes importantes que enuncia el artículo 168 no puede cumplirse sin el consentimiento de ambos cónyuges, en cambio aún estos bienes importantes podrán ser embargados y vendidos judicialmente como consecuencia de actos cumplidos por uno solo de los cónyuges en ejercicio de la administración ordinaria individual y separada que les corresponde sobre los bienes comunes. En tales casos no se trata de un acto de enajenación consentido por los cónyuges, sino del cumplimiento del estado de sujeción a la responsabilidad patrimonial (art. 1.863 y 1.864) a que se hallan sujetos todos los bienes comunes; y la enajenación del bien común rematado no se realiza por el consentimiento de ninguno de los cónyuges, sino por la voluntad del ordenamiento.

6. *La sanción de la inobservancia de las reglas que rigen la administración de la comunidad conyugal*

—Otra importante reforma fue la del artículo 170 del viejo Código. Este artículo decía: “Los cónyuges pueden libremente enajenar y obligar a título oneroso los bienes comunes cuya administración les corresponda. Para disponer a título gratuito de los bienes comunes, se necesita el consentimiento del otro cónyuge”.

Este texto quedó absorbido en la regla del ya comentado artículo 168. En sustitución del antiguo, el nuevo texto del artículo 170 pasó a tener la siguiente redacción:

Artículo 170. Los actos cumplidos por el cónyuge sin el necesario consentimiento del otro y no convalidados por éste, son anulables cuando quien haya participado en algún acto de disposición con el cónyuge actuante tuviere motivo para cono-

bancos nada tiene que ver con el régimen del art. 1.277. Exigencias como éstas contribuyen a hacer odioso el sistema, al extenderlo más allá de lo prudente y obligando al marido a andar con su mujer a cuestras para cualquier trámite bancario”.

cer que los bienes afectados por dichos actos pertenecían a la comunidad conyugal.

Quedan a salvo los derechos de los terceros de buena fe que, no habiendo participado en el acto realizado con el cónyuge, hubiesen registrado su título con anterioridad al registro de la demanda de nulidad.

En caso de bienes inmuebles se procederá a estampar en el protocolo correspondiente la nota marginal referente a la demanda de nulidad; en los otros casos, se tomarán las providencias que garanticen la protección de los terceros de buena fe.

La acción corresponde al cónyuge cuyo consentimiento era necesario y caducará a los cinco (5) años de la inscripción del acto en los Registros correspondientes o en los libros de las sociedades si se trata de acciones, obligaciones u cuotas de participación. Esta acción se transmitirá a los herederos del cónyuge legitimado si éste fallece dentro del lapso útil para intentarla.

Cuando no procede la nulidad, el cónyuge afectado sólo tendrá acción contra el otro por los daños y perjuicios que le hubiere causado. Esta acción caducará al año de la fecha en que ha tenido conocimiento del acto y, en todo caso, al año después de la disolución de la comunidad conyugal.

El texto persigue sancionar el desconocimiento de las reglas referentes a la administración de los bienes comunes con una acción de nulidad relativa, en cuanto que está reservada al cónyuge afectado por el acto del otro cónyuge y a los herederos de aquel si él falleciere sin haber precluido todavía el lapso de cinco años, desde la inscripción del acto en el registro del caso, que se le concede para intentarla. Esta acción procederá no sólo cuando un cónyuge que ha cumplido por sí solo un acto para el cual se exigía el consentimiento del otro cónyuge o la sustitutiva autorización judicial no haya obtenido ni lo uno ni lo otro, sino también cuando se haya excedido en los límites de la autorización que le hubiere sido conferida. En cualquiera de estos casos, la consecuencia normal de la extralimitación de poderes debería ser la ineficacia del acto para el cónyuge cuyo consentimiento siendo necesario no fue obtenido, o sea, que el acto no sería apto para producir efectos en la esfera jurídica de dicho cónyuge; y por tanto, no debería afectarlo no solo en cuanto a sus bienes propios, lo que es obvio, sino tampoco en su mitad sobre los bienes comunes, según las reglas de los artículos 165 a 167, que especifican claramente

cuáles son los actos de un cónyuge que generan responsabilidad patrimonial para la comunidad. Pero el artículo somete la indicada acción de nulidad todavía a un inexplicable requisito adicional, a saber: que quien haya participado en el acto de que se trate con el cónyuge que se extralimitó "tuviere motivo para conocer que los bienes afectados por dicho acto pertenecían a la comunidad conyugal".

Este agregado no figuraba en los antecedentes del proyecto. En efecto, el texto inicialmente introducido ante el Congreso decía simplemente: "Los actos cumplidos por el cónyuge sin el necesario consentimiento del otro y no convalidados por éste, son anulables. La acción corresponde al cónyuge cuyo consentimiento era necesario dentro de un año desde la fecha en que ha tenido conocimiento del acto y se transmite a los herederos del cónyuge legitimado si éste fallece dentro del lapso útil para intentarla. En todo caso la acción caducará al año después de la disolución de la comunidad conyugal". Por lo demás, este último texto parece inspirado a su vez en el artículo 1.427 del Código Civil francés reformado por la ley de 1965, que dice: "Si uno de los cónyuges ha extralimitado sus poderes sobre los bienes comunes o sobre los bienes que le están reservados, el otro puede demandar la anulación, a menos que él haya ratificado el acto. El cónyuge dispone de la acción de nulidad durante dos años contados a partir del día en que tuvo conocimiento del acto, pero en ningún caso podrá intentarla pasado dos años después de la disolución de la comunidad conyugal".

El contraste entre estos últimos textos y el que hoy configura el artículo 170 de nuestro Código Civil revela que nuestros reformistas no tuvieron clara la diferencia entre la acción de nulidad y la acción por fraude. Una acción por fraude sólo tiene explicación si el acto se ha cumplido dentro de los límites objetivos de los poderes que tenía el autor del acto, solo que la intención al cumplirlo ha sido atentar contra los derechos del otro cónyuge o de la comunidad. No habiendo en este último caso extralimitación de poderes, sino desviación de la finalidad para la cual le habían sido conferidos tales poderes al administrador de la sociedad conyugal, el acto no puede resultar sin más inoponible al otro cónyuge, sino que éste deberá establecer la complicidad del tercero con quien ha

tratado el cónyuge abusador. Esta es la única explicación de que nuestro texto legal exija que el cónyuge impugnante de los actos que invoca que le son perjudiciales compruebe que el tercero tenía "motivo para conocer que los bienes afectados por dichos actos pertenecían a la comunidad conyugal".

Obsérvese en todo caso que, aunque esta singular acción de nulidad del artículo 170 recuerda una acción pauliana, no es sin embargo idéntica a ella. El accionante no es un acreedor del autor del acto, no tiene que comprobar la insolvencia de éste, y ni siquiera haber sufrido un perjuicio. Le basta comprobar la extralimitación de poderes del otro cónyuge, pero para poder ejercer las acciones restitutorias que son corolario de la nulidad por él invocada, deberá demostrar la referida complicidad del tercero. El requisito, pues, funciona como una restricción a la acción de nulidad que usualmente derivaría de hipótesis de extralimitación de poderes como de la que se trata aquí. Nuestro legislador obviamente ha querido evitar incertidumbres a quienes de buena fe traten con cualquiera de los cónyuges después de la reforma del Código Civil de 1982.

Cuando la administración de los bienes comunes —con la única excepción de los que la propia mujer adquiriera para ésta con su trabajo personal— correspondía al marido, el tercero que trataba con este último difícilmente podía confundirse: la presunción de comunidad que pesaba todos los inmuebles inscritos a nombre del marido o de la mujer salvo que en el título de adquisición del concreto inmueble sobre el que versara el negocio se indicara que se estaba en presencia de un bien propio de la mujer adquirido con dinero de su peculio particular según la regla del ordinal 7º del artículo 152, y la pareja presunción de ser de la comunidad todo otro género de bienes poseídos por los cónyuges (art. 164) hacía que las hipótesis de extralimitación de poderes por parte del marido resultaren excepcionales y que las consecuencias de la misma pudieran ser evitadas con una mínima diligencia de quien contratará con una persona de sexo masculino. Fuese este soltero o casado, si el bien estaba a su nombre no era necesario más averiguación que la que resultaba de examinar el título invocado por él como causa legítima de adquisición del bien que quedaría comprometido por el acto que él prota-

gonizaba: o era un bien propio (art. 152, ord. 7º), o era un bien de una incógnita comunidad conyugal (art. 164); pero fuese lo primero o lo último, el varón del caso lo comprometía, pues aquel cónyuge que tiene la administración del bien común del cual se trata y que contrae una obligación relativa al mismo lo compromete y, como al marido le estaba asignada tal administración, de tratarse de un bien común le comprometía, y de tratarse de un bien propio, lo comprometía igualmente, pues cualquiera deuda contraída por una persona casada, antes o durante su matrimonio, compromete no solo los bienes comunes cuya administración le corresponda sino también sus bienes propios.²⁰ Si el bien estaba inscrito a nombre de la mujer, pero no podía considerarse un bien propio suyo, sino de la comunidad conyugal, también resultaba comprometido por la gestión del marido como administrador de ésta, que lo era de derecho. Tan solo en la rara hipótesis en que se tratase de un bien producto del trabajo de la mujer y además inscrito a su nombre, podría haberse presentado dificultad.²¹ Pero la hipótesis era tan excepcional que nadie se hizo jamás cuestión de ella. Con el nuevo Código la situación excepcional se hizo general, pues ahora cada cónyuge es "administrador ordinario" de los bienes de la comunidad y para los actos que hemos llamado de "administración extraordinaria" se requiere el consentimiento de ambos.

Supongamos, en efecto, que un tercero celebra hoy con el marido un acto que implique enajenación o gravamen de un inmueble común que aparezca inscrito a nombre del propio marido, ignorando que éste es casado, sin haber obtenido el consentimiento de su mujer. El acto debería ser ineficaz para comprometer los derechos de la mujer en dicho bien según la actual regla del art. 168 en su concordancia con el artículo 165, ord. 1º El artículo 170 aplica, sin embargo, una solución matizada. El acto es anulable, por tanto no ineficaz o nulo de pleno derecho para la mujer. Ella deberá, pues, intentar la

20. *Cfr.* nota 2.

21. *Cfr.* sin embargo, lo que hemos dicho bajo el N° 5, letra f) sobre la ambigüedad del texto del art. 168 en el Código Civil desde 1916 hasta la reciente reforma al respecto de si la administración del marido sobre los bienes comunes "cualquiera que ellos sean" abarcaba o no los adquiridos para la comunidad (art. 156, ord. 2º) por el trabajo de su mujer. Ver también nota 9.

acción de impugnación, estableciendo además que el tercero que trató con su marido tenía motivo para conocer que dicho inmueble pertenecía a la comunidad. Esto es, que tendrá que comprobar que ese tercero podía haber conocido que su marido era casado y que como tal, podía haber determinado que ese bien era de la comunidad conyugal dada la fecha de adquisición del mismo y las reglas que trae el Código respecto a la pertenencia de un determinado bien al patrimonio propio de un cónyuge o al de la comunidad.

La misma solución se aplicará al caso de que el tercero haya realizado con la sola mujer un acto de enajenación o gravamen sobre un inmueble común que aparezca inscrito a su solo nombre, ignorando que ella es casada. Pero lo que es más importante, si la mujer en el ejercicio separado del comercio realiza actos susceptibles de comprometer bienes comunes que no resulta obvio que deriven de su trabajo personal, dado que el artículo 168 en su primera proposición autoriza a la mujer, en pie de igualdad con el marido para comprometer no solo los bienes que adquiriera con su trabajo personal, sino cualesquiera bienes que adquiriera "por cualquiera otro título legítimo", la regla del artículo 170 inhibirá al marido de invocar sin más su supuesto necesario consentimiento para comprometer otros bienes distintos de los propios de la mujer y de "los de la comunidad conyugal cuya administración le corresponde", conforme al texto del artículo 16 del Código de Comercio; pues tal consentimiento está restringido hoy por el artículo 168 a actos de enajenación o gravamen sobre determinados bienes comunes y el artículo 170 exige además que, cuando no se ha prestado un consentimiento que debió requerirse, aquel que debía darlo impugne expresamente el acto con una acción de nulidad y demuestre concurrentemente que el tercero tenía motivo para conocer que los bienes afectados con dicho acto pertenecían a la comunidad conyugal.

La atribución exclusiva de la legitimación para intentar esta acción de nulidad al cónyuge cuyo consentimiento era necesario y su sometimiento a un plazo de caducidad de cinco años, hace todavía más evidente que el acto no se considera de suyo ineficaz para comprometer el patrimonio de la comunidad conyugal, comprendida por tanto la cuota en la misma

del cónyuge que no prestó el consentimiento. El acto produce, pues, sus efectos; solo que el cónyuge afectado por él (o en su caso sus herederos) puede removerlos intentado su impugnación en tiempo útil.

El segundo párrafo del artículo 170 estipula en beneficio del tercer subadquiriente que hubiese procedido a registrar su título (cuando se trate de actos registrables) la incolumidad de los derechos que éste hubiere transferido al tercero que trató con el cónyuge no autorizado, siempre que tal registro fuere anterior a la demanda de nulidad y el tercero hubiere actuando de buena fe. Se trata de una norma tendiente a garantizar la seguridad en la circulación de los bienes, análoga a la de los artículos 1.280, párrafos 2º y 3º, 1.281 párrafos 3º y 4º, 1.350, 1.466 y 1.562 y a cuyo respecto deben tenerse en cuenta igualmente los artículos 1.921, 1.922 y 1.924 del Código Civil. En estos casos los efectos de la nulidad se restringirán al otro cónyuge y al tercero que se benefició con la extralimitación de los poderes del cónyuge autor del fraude, por lo cual ellos quedarían obligados frente al cónyuge victimado a indemnizarle de los perjuicios sufridos por éste en sus derechos de por mitad sobre los bienes comunes afectados.

El párrafo final del art. 170 establece, en efecto, que cuando no procede la nulidad —lo cual puede ocurrir sea porque no se pueda demostrar que el tercero tenía motivo para conocer que los bienes afectados por el mismo eran comunes, sea porque se hubiera operado la caducidad sin que el cónyuge afectado se hubiere percatado del acto o porque los efectos de la acción resulten infructuosos, dada la aludida regla de su inoponibilidad al tercero subadquirente —el cónyuge afectado sólo tendrá acción contra el otro cónyuge por los daños y perjuicios que le hubiere causado. La norma es una prueba más de que debe distinguirse claramente el problema de la "responsabilidad de la comunidad" por las deudas que alguno de los cónyuges haya contraído actuando como administrador de la misma, de la diferente y ulterior cuestión sobre la "distribución de esas deudas" en definitiva. Sin embargo, constituye una excepción al principio de que esta distribución de deudas sólo entra en juego una vez que se disuelva la comunidad y dentro del contexto de la disolución y liquidación de la mis-

ma, pues aquí se le da al cónyuge afectado un año a contar "de la fecha en que ha tenido conocimiento del acto" para que haga valer la ineficacia del acto respecto a su parte en los bienes comunes. Se la trata, pues, como una acción pauliana, esto es, como una acción dirigida a impedir que cuando llegue la eventual disolución y liquidación de la comunidad conyugal, el otro cónyuge haya dilapidado su cuota en la comunidad con la cual debería responderle al primero de una correcta distribución de las deudas. Solo si el cónyuge afectado no hubiere podido percatarse del acto fraudulento de su otro cónyuge y ya no proceda la acción de nulidad contra el tercero, se le impone hacer valer sus alegatos respecto a la correcta distribución de esa deuda dentro del año de la disolución del matrimonio ¿Qué se persigue con esta nueva caducidad? Posiblemente impedir complicaciones en el momento de la liquidación y partición de la comunidad ordinaria que pudiera prolongarse entre los cónyuges si éstos, una vez disuelto el matrimonio, dejaren transcurrir más de un año sin haber procedido a tal liquidación y partición.

La acción de nulidad relativa que hemos dicho que tiene como únicos legitimados activos al cónyuge afectado o a sus herederos si aquel fallece dentro del lapso útil para intentarla sin haberlo hecho, no está en cambio a disposición del cónyuge culpable. Este se halla en posición similar a la de quien ha enajenado o gravado una cosa ajena y no tiene acción para anular el acto indebidamente consentido por él. En cuanto al tercero, nos parece que éste sólo podrá hacer valer la nulidad del acto si pudiere invocar un error excusable en cuanto a la titularidad del bien de que se trate. El acto no resulta, pues, propiamente un acto nulo, sino tan solo un acto inoponible al cónyuge afectado, quien puede considerar el bien como incluido en el patrimonio conyugal a todos los efectos particulares suyos mientras no haya caducado la acción para hacer valer tal inoponibilidad. El podrá, en cambio, convalidar expresamente dicho acto en cualquier momento o dejar que resulte tácitamente convalidado con sólo permitir el decurso del lapso de caducidad sin intentar la acción. Como es lógico, un presupuesto indeclinable de la acción en que el cónyuge que pretende invocarla no haya convalidado o ratificado el acto. Esta ratificación puede resultar no solo del cumplimiento de actos

dirigidos expresamente a tal fin, sino ser tácita, cuando la conducta del cónyuge sea incompatible con la suposición de una voluntad de reservarse el ejercicio de la acción. En este sentido creemos que la regla del artículo 155 sería aplicable.

Para terminar sólo nos resta añadir que los lapsos a los que se alude en el artículo 170 como útiles para el ejercicio por parte de un cónyuge contra el otro de las diversas acciones allí previstas han sido concebidos como de caducidad, y no de prescripción. Consecuencia de ello es que no pueden interrumpirse ni opera respecto de ellos la suspensión prevista en cambio respecto a la prescripción entre cónyuges por el artículo 1.964 ord. 1º del Código Civil.

VII.—REMEDIOS CONTRA LA ADMINISTRACION IRREGULAR DE LA COMUNIDAD

La reforma conservó en este punto las mismas soluciones que preveía el viejo Código para los casos en que un cónyuge se excede de los límites de una administración regular de los bienes comunes que esté administrando, a saber: providencias preventivas (por ejemplo: prohibiciones de enajenar y gravar, embargos de bienes muebles, secuestros de bienes inmuebles o muebles, pero también suspensión de los poderes de administración del cónyuge imprudente, extensión de la necesidad del consentimiento del otro cónyuge a actos que normalmente no lo requerirían, etc.), y, si esto no bastare, aún la separación de bienes o disolución forzosa de la comunidad conyugal y su sustitución por tal régimen de separación. La única reforma como puede verse comparando el texto del Código de 1942 con el del nuevo Código consistió en la rigurosa restricción al cónyuge afectado de la iniciativa para poner en movimiento tales remedios. En efecto, el actual art. 171 es el que insertamos a continuación tomándolo del Código de 1.942, pero subrayando las frases eliminadas en la reforma, a saber:

Art. 171. En el caso de que alguno de los cónyuges se exceda de los límites de una administración regular o arriesgue con imprudencia los bienes comunes que esté administrando, el Juez podrá a solicitud del otro cónyuge, *del que hubiere*

hecho alguna donación por razón del matrimonio o de cualquiera de aquellos sobre quienes pueda recaer la obligación de alimentos a alguno de los cónyuges o a los hijos del matrimonio, dictar las providencias que estime conducentes a evitar aquel peligro, previo conocimiento de causa. De lo decidido se oirá apelación en un solo efecto si se acordaren las medidas; y libremente, en caso contrario.

Si las medidas tomadas no bastaren, el cónyuge perjudicado podrá pedir la separación de bienes.

VIII.—CASOS DE TOTAL SUSTITUCION DE UN CONYUGE POR OTRO EN LA ADMINISTRACION DE LA COMUNIDAD Y CASOS DE TRANSFERIMIENTO A TERCEROS DE ESTA ADMINISTRACION

El texto del artículo 172 del Código de 1942 sufrió en cambio una mayor alteración. El codificador de 1942 se había limitado a prever un régimen de administración extraordinaria de la comunidad para aquellas situaciones en que, por cualquier impedimento el cónyuge a quien le correspondieran los poderes de administración de determinados bienes comunes no pudiese ejercerlos, y como resulta razonable, confiaba al otro cónyuge tal administración mientras durara el impedimento. Pero exigía, en protección de la seguridad de los terceros, una expresa y previa autorización del Juez de Familia. El nuevo texto, considerando que tal intervención no es de suyo necesaria cuando se trate de actos de "administración ordinaria" puesto que ambos cónyuges tienen confiados por separado plenos poderes para todo acto de administración ordinaria de la comunidad conyugal por el art. 168, sólo exige la autorización del Juez de Familia para aquellos actos de "administración extraordinaria" y dentro de ésta excluye en esta situación especial toda realización de actos a título gratuito por parte del cónyuge que suple al otro. El nuevo texto prevé además la hipótesis de impedimento de ambos cónyuges, situación en la cual no había pensado el legislador de 1942.

Todo esto resulta de la confrontación de ambos textos. El de 1942 decía:

Art. 172: Cuando por cualquier motivo alguno de los cónyuges deje de ejercer la administración de los bienes comu-

nes, el otro cónyuge se encargará de ella, previa autorización del Juez, quien la acordará con conocimiento de causa.

El texto actual es el siguiente:

Art. 172: Cuando alguno de los cónyuges, esté sometido a tutela o curatela, dejará de ejercer la administración de los bienes comunes y el otro administrará por sí solo. Para los actos que requieren el consentimiento de ambos cónyuges, será necesaria la autorización del Juez. En ningún caso el cónyuge administrador podrá realizar actos a título gratuito. Si ambos cónyuges están sometido a curatela, administrarán los bienes comunes en la forma prevista en los artículos 168 y siguientes, pero de conformidad con el régimen de protección a que están sometidos. Si uno de los cónyuges está sometido a tutela y el otro a curatela, administrará este último en los términos de la disposición anterior. Cuando ambos cónyuges estén sometidos a tutela el juez designará un curador especial, quien ejercerá la administración de los bienes comunes; sin embargo, necesitará autorización del Juez para los actos que requieran el consentimiento de ambos cónyuges y en ningún caso podrá realizar actos a título gratuito.

IX.—RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR LOS ACTOS DE LOS CONYUGES

El último de los artículos modificados en la reforma de 1982 que interesa directamente a nuestro tema es el artículo 180.

El viejo texto decía:

Art. 180: Los cónyuges responden por mitad de las obligaciones de la comunidad; sin embargo, la responsabilidad de la mujer no excede de su mitad de gananciales, salvo que se trate de obligaciones contraídas por ella a nombre de la comunidad, en los casos en que pueda hacerlo legalmente.

Este texto se lee, ahora así:

Art. 180: De las obligaciones de la comunidad se responderá con los bienes de la misma y si éstos no fueren suficientes, el cónyuge que haya contraído la obligación responderá subsidiariamente con sus bienes propios, a menos que el otro cónyuge haya consentido el acto, caso en el cual ambos responderán de por mitad con sus bienes propios. De las obligaciones contraídas por los cónyuges en la administración de sus bienes propios responden con éstos y subsidiariamente con los bienes que le correspondan en la comunidad.

Obligaciones de la comunidad, tanto en el viejo Código como en el vigente, son las que se indican en los artículos 165 y 166. De estas obligaciones responde, como es lógico, el patrimonio conyugal, y como éste pertenece de por mitad a ambos cónyuges, el viejo texto decía que los cónyuges responden de por mitad. Como además en el viejo Código la mujer solo excepcionalmente podía obligar a la comunidad conyugal, el viejo Código aclaraba todavía que el patrimonio conyugal, sólo respondería más allá de la mitad de la mujer en los gananciales cuando se tratara de obligaciones contraídas por ella a nombre de la comunidad en los casos en que podía hacerlo. Esta fraseología no era en verdad muy precisa.

Es equívoco decir —como lo hacía el art. 182 del Código de 1942— que “los cónyuges responden por mitad de las obligaciones de la comunidad”. Esto podía haber hecho pensar que el marido respondía de las deudas con la mitad de sus bienes propios aunque la obligación hubiera sido contraída por él actuando como administrador de la comunidad que sólo la mujer estaba limitada, según la segunda parte del artículo, a no responder sino con su mitad en los bienes comunes cuando la obligación hubiera sido contraída por su marido (“sin embargo, la responsabilidad de la mujer no excede de su mitad de gananciales, salvo cuando se trate de obligaciones contraídas por ella a nombre de la comunidad, en los casos en que pueda hacerlo”). No es, sin embargo, esto lo que quiso decirse; sino que cuando uno de los cónyuges ejercía sus poderes como administrador de la comunidad, por la obligación que él contraía obligaba los bienes comunes en toda su integridad, incluida la mitad de gananciales que correspondía al otro cónyuge. El artículo era, pues, equívoco en cuanto a la responsabilidad patrimonial a que resultaban sujetos los bienes propios cuando quien actuaba tenía efectivamente la administración de la sociedad conyugal en el caso.

Ahora bien, la verdad era de que si la mujer era la que asumía la obligación: o ella lo hacía en su propio nombre y entonces obligaba sus bienes propios y los derechos que le correspondían en los bienes comunes, conforme al principio de ser el patrimonio del deudor la prenda común de sus acreedores; o ella lo hacía para la comunidad, y entonces a su vez había que distinguir: si ella no tenía poderes para obligar a la

comunidad, se obligaba sólo a sí misma, en idénticos términos a como lo está cuando se obliga en su propio nombre, o si tenía poderes para obligar a la comunidad, y entonces obligaba no sólo sus propios bienes, incluida su mitad en los gananciales, sino también la mitad que le correspondía a su marido en esos gananciales, sin distinguir entre si éstos eran de aquellos cuya administración estaba reservada a la propia mujer o eran de los que administraba el marido.

De acuerdo con el Código de 1942, para determinar quién podía imponer gravámenes o constituir derechos reales sobre un determinado bien de la comunidad había que determinar quién tenía su administración, ya que sólo aquel de los cónyuges que tuviera la administración del respectivo bien podría enajenar tal bien a título oneroso o gravarlo, según la regla del Art. 170 del Código de 1942; pero para juzgar sobre la responsabilidad patrimonial que afectara a los bienes de la comunidad en razón de una deuda legítimamente asumida para la comunidad por uno de los cónyuges en ejercicio de sus poderes para obligarla, no había por qué interrogarse sobre quién tenía la administración de un determinado bien de la comunidad, pues obligada la comunidad por quien podía hacerlo, la prenda común de los acreedores abarcaba a todos los que fueren comunes.

Ahora, cuando ambos cónyuges indistintamente pueden administrar los bienes comunes, la situación del marido y de la mujer en los respectivos casos debe analogarse. Por eso viene a decir el nuevo texto que cuando se está en el ámbito de las obligaciones de la comunidad, cada esposo compromete con sus actos todos los bienes comunes, no sólo la mitad que le corresponde, sino también la que le corresponde a su cónyuge; y que si estos bienes de la comunidad no alcanzaren, quedarán obligados además los bienes propios de ese cónyuge que actuó por la comunidad, pero no los bienes propios del otro cónyuge, a menos que éste hubiere consentido en el acto, esto es, que hubiere un supuesto de cogestión.²²

22. En esta primera parte del artículo 180 referente a que cada cónyuge al actuar como administrador de la comunidad responsabiliza los bienes comunes y subsidiariamente tan solo sus personales bienes propios, pero no los del otro cónyuge, puede verse todavía una extensión a ambos cónyuges del llamado beneficio de emolumento que el viejo Código otorgaba tan solo a la mujer. En efecto, el viejo texto del art. 180 al señalar que por los

En rigor no hay ninguna novedad, salvo el uso de la expresión "subsidiariamente", que sugiere una especie de beneficio de excusión, en cuanto que el cónyuge que ha actuado dentro de los límites de los poderes de administración de la comunidad que le competen puede imponer al acreedor que ha tratado con él que se satisfaga primero sobre los bienes comunes y que sólo, si éstos no resultaren suficientes, podrá embargar y hacerle rematar sus bienes propios.

Lo que hemos dicho unido a la circunstancia de que el artículo 168 consagre hoy en favor de cada cónyuge actuando separadamente plena legitimación para ejercer toda clase de actos de administración que no sea de los que ese mismo texto reputa extraordinarios (enajenación o gravámenes de los bienes allí determinados como importantes), implica que las obligaciones de carácter personal que en relación con los bienes comunes asuma no solo el marido, sino también la mujer separadamente, aún si ellas pudieren conceptuarse "actos de disposición" (arrendamientos por más de dos años, otorgamientos de fianzas o avales, compromisos, transacciones, desistimientos, etc.) responsabilizan el patrimonio conyugal.

Los casos en que el artículo 168 ha exigido que para los actos de administración del patrimonio conyugal preste el consentimiento a ambos cónyuges son excepcionales, y así nos inclinamos a creer que no pudiendo homologarse a un acto de enajenación *stricto sensu* el embargo y remate de bienes comunes (aunque se trate de inmuebles, fondos de comercio, etc.) como consecuencia de la responsabilidad patrimonial derivada de las obligaciones contraídas por uno de los cónyuges separadamente, la expropiación forzosa de los bienes de la comunidad que se cumple como consecuencia de estos actos cae fuera del ámbito de la regla excepcional del artículo 168, como lo comprueba el hecho de que según este texto legal la legitimación procesal corresponda en el caso de obligaciones

actos cumplidos por el marido en la administración de la comunidad respondía la mujer hasta la concurrencia de su mitad en los gananciales, venía a señalar que si al disolverse la comunidad resultaba que el marido como administrador que era de dicha comunidad había consumido todos sus haberes y sin embargo la comunidad resultaba todavía deudora, tal exceso de pasivo tendría que ser absorbido por el solo patrimonio del marido. Al convertirse a ambos cónyuges en administradores de la comunidad, el beneficio debe operar lógicamente en favor de ambos en sus respectivos casos.

personales asumidas por uno solo de los cónyuges que los haya realizado.

Se dirá que esta conclusión deja a cada cónyuge expuesto a que su otro cónyuge actuando maliciosamente asuma obligaciones por la comunidad para que luego los bienes de ésta resulten objeto de embargos y remates en los que, por corresponderle además a él privativamente la legitimación procesal para representar a la comunidad en los respectivos juicios, podrá en colusión con el acreedor demandante defraudar a su otro cónyuge. No es posible negar que tal riesgo existe y que el legislador de 1982 procedió ingenuamente al limitar la coacción o requerimiento del consentimiento de ambos cónyuges a los actos de enajenación o gravamen, dejando sin embargo abierta la posibilidad de que esos mismos bienes resultaren sujetos a embargos por obligaciones unilateralmente contraídas por un cónyuge individual y separadamente. Para defenderse de los actos maliciosos de su otro cónyuge, sólo quedan pues al cónyuge víctima, las acciones ordinarias por simulación, por fraude, o por daños y perjuicios.

Creemos, en cambio, que la segunda parte del artículo 180 es equívoca. Ella dice: "De las obligaciones contraídas por los cónyuges en la administración de los bienes propios responden con éstos y subsidiariamente con los bienes que le corresponden en la comunidad". Ahora bien, aplicada al marido tal distinción pudiera hacer pensar que se ha modificado el régimen de la responsabilidad patrimonial que hemos explicado más arriba con palabras de Sanojo,²³ según las cuales cuando era el marido quien actuaba, como administrador legal de los bienes de la sociedad que lo era sin limitaciones de ninguna clase, aún si actuaba en su propio nombre y cualquiera que fuera el empleo que diera a los fondos, comprometía la responsabilidad patrimonial de todos los bienes comunes. Parecería ahora, con la nueva redacción que trae esta segunda parte del artículo 180, que los bienes comunes no sólo quedan en el supuesto comprometidos apenas subsidiariamente sino que además no quedan comprometidos sino en su mitad.

Tal situación era la que se daba bajo el régimen del Código de 1942 cuando la mujer asumía una obligación en la adminis-

23. Cfr. N° 2, Nota 3.

tración de sus propios bienes. En ese caso ella obligaba ciertamente sus propios bienes, pero como no tenía la administración general de la comunidad ni había actuado como administradora de la comunidad dentro de los límites en que podía obligarla, no comprometía los bienes de la comunidad sino dentro del límite de lo que a ella pudiera corresponderle al disolverse y liquidarse ésta.

Al extenderse ahora a la mujer los mismos poderes de administración que antes se conferían al marido, la regla a su respecto no puede ser otra que la que se aplicaba al marido. Ahora bien, si el principio general —como hemos visto ya que lo resume muy bien el doctor López Herrera—²⁴ es que cualquier deuda contraída por una persona casada, aún antes de su matrimonio, responsabiliza los bienes comunes cuya administración le corresponda; y si la mujer administra hoy por sí sola —excluido el ámbito de lo que hemos llamado la “administración extraordinaria”— todos los bienes comunes “cuquiera que ellos sean”, o mejor: adquiridos “por cualquier título legítimo”, como dice el vigente texto del artículo 168. las deudas que la mujer contraiga deberían responsabilizar ahora todos los bienes comunes. En conclusión, el texto debería rezar: “De las obligaciones contraídas por los cónyuges en la administración de sus bienes propios responden con éstos y subsidiariamente con los bienes comunes”, sin el equívoco agregado de “que le correspondan”, pues hoy le corresponde la administración de todos y la propiedad de por mitad en el momento de realizarse la disolución y la liquidación de la comunidad.

El texto que cesuramos parece, pues, haber querido decir más bien esto: Que al hacerse la liquidación y partición de la comunidad conyugal, aquellos excedentes de las deudas que resultaren no serlo de la comunidad, sino ser deudas exclusivas de uno de los cónyuges, y que, al no poder ser satisfechos con los bienes propios del cónyuge ni con su parte en los bienes comunes, tengan que serlo con la mitad de lo que al otro cónyuge corresponde en la comunidad, deberán reputarse debidos a éste último cónyuge por el primero. ,

24. Cfr. Nota 2.

X.—PROVIDENCIAS SOBRE EL PATRIMONIO CONYUGAL EN CASO DE DEMANDAS POR DIVORCIO O POR SEPARACION DE CUERPOS

Una última reforma del Código vinculada indirectamente a cuanto hemos venido exponiendo se refiere a las medidas provisionales que, en relación con el patrimonio conyugal, se autoriza al juez a dictar en los casos de demandas por divorcio o por separación de cuerpos. El artículo 191 del nuevo Código ha sido censurado de ser perjudicial para la mujer, al privarla de tres beneficios importantes que en cambio le acordaba el viejo texto, a saber: 1) el derecho a que se le señalaren alimentos por el término del respectivo juicio; 2) la posibilidad de que se decretaren medidas preventivas contra el marido, para impedir que éste como administrador de los bienes comunes causare perjuicios a la mujer; y 3) el derecho de la mujer a las litis expensas.

Al respecto es necesario destacar la parte de dicho artículo 191 referente a dichas medidas provisionales en ambos Códigos, a saber:

Código de 1942

Admitida la demanda de divorcio o de separación de cuerpos, el Juez podrá dictar provisionalmente las disposiciones siguientes:

- 1º Dejar los hijos al cuidado de uno solo de los cónyuges, o de ambos, según lo creyere más conveniente; y, cuando hubiera graves motivos, ponerlos en una casa de educación o en poder de tercera persona.
- 2º Señalar alimentos a la mujer y a los hijos que no queden en poder del padre.
- 3º Dictar las medidas convenientes para que el marido, como administrador de los bienes del matrimonio, no cause perjuicio a la mujer.
- 4º Acordar a ésta las litis expensas necesarias. Código de 1982.

Admitida la demanda de divorcio o de separación de cuerpos, el Juez podrá dictar provisionalmente las medidas siguientes:

- 1º Autorizar la separación de los cónyuges y determinar cuál de ellos, en atención a sus necesidades o circunstancias, habrá de continuar habitando el inmueble que

le servía de alojamiento común, mientras dure el juicio, y salvo los derechos de terceros. En igualdad de circunstancias, tendrá preferencia a permanecer en dicho inmueble aquel de los cónyuges a quien se confiare la guarda de los hijos.

- 2º Confiar la guarda de los hijos menores, si los hubiere, a uno solo de los cónyuges y señalar alimentos a los mismos; también podrá, si lo creyera conveniente, según las circunstancias, poner a los menores en poder de terceras personas; en todos los casos hará asegurar el pago de la pensión alimentaria de los hijos, y establecerá el régimen de visitas en beneficio del cónyuge a quien no se haya atribuido la guarda.
- 3º Ordenar que se haga un inventario de los bienes comunes y dictar cualesquiera otras medidas que estime conducentes para evitar la dilapidación, disposición u ocultamiento fraudulento de dichos bienes.

A los fines de las medidas señaladas en este artículo el Juez podrá solicitar todas las informaciones que considere convenientes.

A pesar de los aludidos reproches que se le han hecho a la reforma, creemos que ella es lógica consecuencia del nuevo régimen de administración conyugal adoptado. Dado que cada cónyuge individual y separadamente continúa teniendo la administración ordinaria de la comunidad hasta su disolución por la sentencia firme que recaiga en el respectivo juicio, los riesgos de que uno de ellos cause perjuicio al otro como administrador de los bienes del matrimonio no son ahora solo para la mujer, sino también para el marido. Para conjurar estos riesgos, mientras se practique el inventario previsto en el ordinal 3º, el Juez hallará en este mismo ordinal el suficiente soporte para decretar medidas análogas a las que le autoriza dictar el artículo 171 del Código en casos de administración irregular de la comunidad por uno de los cónyuges, a saber: secuestros de bienes muebles o inmuebles, suspensión de los poderes de administración de alguno de los cónyuges o extensión de la necesidad del consentimiento de ambos para actos que normalmente no lo requerirían, etc. El referido ordinal es, en efecto, muy amplio en cuanto a los poderes del Juez, a saber: "dictar cualesquiera otras medidas que estime conducentes para evitar la dilapidación, disposición u ocultamiento fraudulento de dichos bienes".

XI.—ALGUNOS ASPECTOS DE LA APLICACION INTERTEMPORAL DEL NUEVO REGIMEN

El régimen de administración de la comunidad conyugal que hemos descrito y que creemos ser el que intentó instaurar la reforma de 1982, ¿se aplica a los matrimonios celebrados antes de la entrada en vigencia de esta Ley de Reforma Parcial del Código Civil?

Las siguientes expresiones contenidas en el trabajo del ilustre maestro Joaquín Sánchez Covisa sobre "La Vigencia Temporal de la Ley en el Ordenamiento Jurídico Venezolano", parecen excluir tal posibilidad. Se lee, en efecto, en el párrafo en cuestión;²⁵ "Una notable excepción (al principio de la aplicación inmediata a todas las relaciones familiares existentes de las leyes relativas al Derecho de Familia) es el régimen de bienes en el matrimonio, que se sigue regulando por la ley anterior, es decir, por la ley vigente en el momento de la celebración del matrimonio. Este hecho, unánimemente acogido por la doctrina, tiene una fácil justificación en nuestra tesis, si tenemos en cuenta que las normas sobre régimen patrimonial de los cónyuges no son de orden público, sino supletorias o complementarias de la voluntad emitida por las partes antes de la celebración del matrimonio. La doctrina admite, en cambio, la solución contraria para las leyes que rigen las relaciones personales entre los cónyuges, lo cual es lógico, dado su claro carácter de orden público".

Como lo destacan las anteriores palabras del jurista venezolano que ha mantenido la postura menos restrictiva en la materia, si bien aplicar una nueva ley de orden público a situaciones jurídicas en curso (hecho presente) no constituiría violación al principio de la irretroactividad de las leyes, sino una lógica consecuencia de la inmediata aplicación del nuevo concepto objetivo de justicia que impera en la colectividad; no ocurre lo mismo cuando se trata de aplicar una ley dispositiva, pues estando dirigida ésta por definición a suplir la ausencia de una voluntad contraria del interesado, el supuesto de hecho de la ley es el acto de voluntad suplido (hecho

25. "Obra Jurídica de Joaquín Sánchez Covisa", Ediciones de la Contraloría General de la República, Caracas, 1976, p. 305.

pretérito) y pretender aplicarlo al mismo sería incurrir en una violación del principio de la irretroactividad de la ley, principio este de índole constitucional (art. 44), que reitera de modo expreso el artículo 3º del Código Civil. La regulación del régimen patrimonial —matrimonial no depende, en efecto, del *status* de cónyuge, puesto que el art. 141 del Código Civil no lo vincula exclusivamente a ello, sino más bien a la voluntad de los cónyuges expresada antes del matrimonio (o tenida por expresada en los términos del artículo 148 en caso de silencio de los futuros esposos).

Sin osar yo proponer conclusión alguna, para pretender la aplicación del nuevo régimen de administración de la sociedad conyugal a los matrimonios en curso, podría razonarse todavía con este otro género de argumentación: Dado que el nuevo régimen no ha alterado en nada los derechos de por mitad que tanto en el Código de 1942 como en el vigente corresponden a ambos cónyuges en la comunidad de gananciales, sino tan solo regulado la capacidad de la mujer para ejercer la "administración ordinaria" de tales bienes y la capacidad tanto del marido como de la mujer para algunos específicos actos en relación con esos mismos que hemos llamado de "administración extraordinaria", y dado que "las leyes relativas a la capacidad de las personas se aplican de manera inmediata a todos los que se encuentren en la situación de hecho prevista por la ley",²⁶ no puede haber retroactividad en la aplicación inmediata de la nueva ley a todo cónyuge que se halle en situación de haber contraído matrimonio bajo el régimen de comunidad de gananciales.

Para apoyar una conclusión de este género podría observarse que hasta la reforma de 1942 el principio general era

26. Son palabras textuales del propio Sánchez Covisa, op. cit. p. 301, quien continúa así: "Tales leyes no podrán afectar la capacidad de las personas en el pasado, pero no tendrán limitación alguna en la regulación de esa capacidad en el futuro. Carece, por consiguiente, de sentido alegar un derecho adquirido a disfrutar, en el futuro, de una determinada capacidad, frente a un precepto en contrario de una nueva ley. En consecuencia, una nueva ley que cambie el momento de la mayoría de edad se aplicará de modo inmediato y dividirá a las personas en mayores y menores según hayan cumplido o no hayan cumplido la edad señalada por ella. De igual modo, una nueva ley que modifica la capacidad de la mujer casada —como es el caso del Código Civil vigente (se refiere al de 1942, respecto del de 1922)— debe aplicarse a todas las mujeres casadas, cualquiera que haya sido la fecha de su matrimonio" (subrayado mío).

la incapacidad de la mujer casada para administrar sus bienes propios y la atribución a su marido de los poderes para actuar en nombre de ella (180, 182 y 1.476 del Código de 1922), y que cuando con la formulación en 1942 del actual artículo 154 se estableció la igualdad entre ambos cónyuges en cuanto a la administración separada e individual de sus respectivos bienes propios y se generalizó el principio de la no disponibilidad de ellos a título gratuito sin el consentimiento del otro cónyuge, nadie pretendió argumentar que una aplicación inmediata de estos dispositivos atentara contra el principio de la irretroactividad de la ley en materia de régimen patrimonial-matrimonial.

Podría redargüirse tal vez que, por tratarse del régimen de los bienes propios, no estaban aquí en juego los mismos principios relativos al carácter dispositivo de la norma que establece en nuestro caso el régimen de los bienes comunes y de su administración; y que, por la excepcional privación de la oportunidad de modificar por la autonomía de su voluntad estos aspectos particulares del régimen legal de la comunidad de gananciales que hoy estipula el nuevo Código en que vendrían a hallarse quienes ya habían contraído matrimonio respecto de los que lo contrajeren a partir de su entrada en vigencia, de predicarse una aplicación inmediata y fatal de estas nuevas normas se estaría estableciendo una discriminación inconstitucional en perjuicio de los primeros (art. 61 C. N.).

La índole apresurada de estas reflexiones, que apenas pretenden un intento de construcción sistemática de las reformas del Código de 1982 en la materia, intento tanto más vulnerable cuanto que carece de la solidez que sólo podría darle una jurisprudencia o unas opiniones doctrinales más autorizadas y todavía inexistentes, me inhiben para emitir una opinión definitiva a estos respectos.

En cualquier caso, la incertidumbre que se deja así abierta, jufifica que, como un acto de prudencia y mientras la jurisprudencia clarifique estas interrogantes, se exija el expreso consentimiento de la mujer cuando se trate específicamente de actos de enajenación o gravamen de los bienes que hemos calificado "importantes", celebrados con un varón que se hubiere casado antes de la entrada en vigor de la reforma, o el

expreso consentimiento del marido cuando se trate de actos de cualquier índole a celebrar con una mujer igualmente casada antes de tal reforma, y cuando no pueda predicarse que ellos versan sobre bienes de la comunidad cuya administración le correspondía separadamente de acuerdo con el viejo texto del artículo 168. Tal sería la única manera de ponerse al abrigo de la alternativa señalada sobre la admisibilidad o no de la inmediata aplicación del nuevo régimen a los matrimonios concertados bajo el sistema de la comunidad de gananciales antes del 26 de julio de 1982.

El problema de la irretroactividad del nuevo régimen de administración en lo que respecta a los efectos ya cumplidos de la plena capacidad que para la administración de los bienes comunes reconocía al marido el viejo Código, fue en cambio objeto de expresa preocupación por parte de los reformistas de 1982. A tal efecto, ellos incluyeron en la Ley de Reforma Parcial una disposición transitoria expresa, a saber, el art. 83, que se lee así: "Los actos jurídicos que versan sobre los bienes de la comunidad conyugal, a los cuales se refiere el artículo 168 del presente Código, realizados por quien tenía su administración, se regirán por la disposición del Código anterior *siempre y cuando tengan fecha cierta anterior a la entrada en vigencia de la presente Ley*".

Se trataría de una simple ratificación de los principios generales en materia de irretroactividad de las leyes,²⁷ si no fuese porque la oración que hemos subrayado condiciona la aplicación del principio según el cual la capacidad para realizar un acto jurídico se rige por la ley vigente al tiempo de la celebración de dicho acto a la concurrencia de un evento de valor puramente técnico-jurídico, como lo es la existencia o no de una fecha cierta. Esto ha hecho pensar a alguno que

27. *Cfr.* en la nota precedente lo que Sánchez Covisa dice al respecto de que la nueva ley no puede afectar la capacidad de las personas en el pasado. Era obvio, pues, que si el marido había realizado por sí solo algún acto jurídico de enajenación o gravamen sobre un inmueble u otro bien "importante", para lo cual el viejo Código no exigía el concurrente consentimiento de la mujer, los efectos de tal acto no podían ser modificados por la nueva redacción del artículo 168. Tales efectos se habían consumado ya en el pasado, y pretender extinguirlos porque ahora el marido careciera de capacidad para realizarlos por sí solo habría sido darle un efecto retroactivo a la ley.

si, por ejemplo, bajo la vigencia del viejo articulado del Código de 1942 el marido ha enajenado por sí solo acciones de una compañía que configuraban un bien de la comunidad y tal transferencia se ha hecho constar en el Libro de Accionistas de la respectiva compañía conforme al artículo 296 del Código de Comercio, dado que la fecha que se consigne en este Libro como la de ocurrencia de este traspaso no puede calificarse de "fecha cierta" en sentido del artículo 1.369 del Código Civil, tal acto de enajenación cumplido por el solo marido (sin el necesario consentimiento de la mujer que para un acto de esta especie exige hoy el artículo 168 del Código Civil) podría ser anulado a solicitud de su mujer en los términos del artículo 170 del nuevo Código y en perjuicio del tercero que contrató con su marido.

Semejante conclusión implicaría ciertamente una flagrante violación al principio de la irretroactividad de la ley, en cuanto que establecerá la aplicación de una disposición que consagra una incapacidad para el marido que no existía para él en el momento de la realización del acto a un acto cumplido por él cuando tenía plena capacidad para hacerlo, sólo porque él no hubiera dado cumplimiento a un requisito formal susceptible de darle "fecha cierta" a tal acto y no obstante que tal requisito no era exigido por la ley vigente al tiempo de la realización de tal acto. Evidentemente, el artículo 83 de la Ley de Reforma Parcial no puede haber consagrado tal disparate.

Frente al conato de maniobras basadas en este género de argumentación, el tercero que trató con el marido antes de la vigencia del nuevo Código podría válidamente observar que autoriza para entender en toda hipótesis la expresión "fecha cierta" que utiliza el citado artículo 83 de la Ley de Reforma como "fecha cierta respecto de terceros" (art. 1.369 Código Civil), pues la fecha consignada al pie de un documento privado es "fecha cierta" entre las partes intervinientes en el acto jurídico cuya realización él acredita desde el momento en que se produzca el reconocimiento de dicho documento o en que deba tenérselo como tal (art. 1.363 C. C.) y que siendo el marido representante de la comunidad conyugal con plena capacidad para obligarla según la fecha aparente del asiento o documento privado en cuestión, tal fecha es cierta no solo respecto de

él, sino respecto de su mujer. Se podrá contraargumentar que semejante razonamiento lleva a vaciar de toda significación la comentada expresión del citado artículo 83, y que como tal debe ser rechazada, pues desde que el legislador la incluyó fue porque quiso atribuirle algún sentido útil. No siendo posible ignorar la fuerza de este último razonamiento, pero tampoco el señalamiento de no tener porque identificarse el concepto genérico de "fecha cierta" con el muy específico de cómputo de la "fecha respecto de terceros" en el sentido del art. 1.369 Código Civil, nos inclinamos simplemente a pensar que el legislador ha querido señalar tan solo que cuando se invoque haberse celebrado un acto jurídico antes de la entrada en vigencia de la reforma para sustraerlo a las nuevas regulaciones que ésta impuso la parte que derive ventajas del mismo en perjuicio de quien lo impugne deberá establecer la certeza de su fecha.

Ello no significa exigir a quien resulta así con la carga de esta prueba que tenga que establecer precisamente alguno de los rígidos extremos que exige el artículo 1.369 C. C. para hacer valer frente a "terceros" un documento privado de los que estos puedan derivan algún perjuicio. Por supuesto que si logra establecerlo, no hay nada más que hacer; salvo excepcionalmente una tacha de falsedad. Significa simplemente que si se presentare una controversia por pretender la mujer (que será lo normalmente hipotizable) que el marido antedató el documento de acuerdo con el tercero para eludir obtener su necesario consentimiento en un caso en que ello es indispensable según el nuevo Código, por lo mismo que la mujer no obraría en el caso sino en defensa de un derecho propio, para sustraerse a un fraude fraguado en su perjuicio, no puede oponérsele sin más la fecha consignada privadamente entre su marido y el tercero en el documento en cuestión, sino que quienes se oponen a su pretensión deben establecer, con cualquier medio de prueba, la realización del acto acreditado por dicho documento antes de la entrada en vigor del nuevo Código. Al respecto es conveniente recordar que en materia mercantil la fecha de la realización de un acto puede establecerse por cualquier medio de prueba, aún por simples testigos o presunciones (art. 127 Cód. de Com.). Lo mismo cabe decir aún en materia civil cuando al que resulte del escrito puedan acumularse otros indicios (art. 1.392 C. C.) o cuando exista

imposibilidad material o moral de proporcionarse una otra prueba documental concluyente (art. 1.393, ord. 1º). La situación podría homologarse a la de una persona que estuviera entredicha, pero en situación que no le impida de hecho suscribir documentos y contra la cual se invocara un escrito reconocitivo de la existencia de una obligación a su cargo con una cierta fecha anterior al decreto de interdicción, dándose el caso de que su tutor tenga motivos para sospechar que la firma de tal documento le fue recogida al entredicho después de su interdicción, pero con una fecha antedatada, ¿sobre los hombros de quien deberá ponerse la prueba de la antedatación del escrito dirigida a burlar los efectos de la interdicción? ¿sobre los del entredicho (su tutor) o sobre los de quien pretende ser su acreedor? Si admitimos que de la simple autenticidad de la firma del entredicho no puede seguirse forzosamente la de la certeza de la fecha que ostenta el escrito, porque ello sería tanto como favorecer el fraude de las normas que tienden a asegurar la protección del incapaz,²⁸ estaremos propugnando una solución análoga a la que hemos expuesto y que creemos ser la verdadera motivación del comentado artículo 83. Ello no implica, sin embargo, pretender que el entredicho del ejemplo deba ser considerado frente a su pretendido acreedor como un "tercero" en el sentido del art. 1.369 Código Civil; ni significa tampoco que exigirle que establezca la certeza de la fecha sea violar la regla según la cual la interdicción surte efecto sólo desde el día del decreto de interdicción provisional (art. 403 Código Civil).

28. BONNIER, Eduardo: "Tratado de las Pruebas en Derecho Civil", Tomo 2, N° 695, p. 841, no vacila en decir que sobre los del acreedor.

SECCION ESTUDIANTIL

“EL ARTESANO EN EL CODIGO DE COMERCIO
DE VENEZUELA”

*Chang Mora Kimlen
Salas Abad Alicia M.*

AGRADECIMIENTO

Queremos expresar nuestro agradecimiento muy especial, a los Dres. Tomás Mariano Adrián, Francisco Hung V., Héctor Grisanti y a la Dra. María Auxiliadora Pisani, por su valiosa colaboración en la realización de este trabajo.

INTRODUCCION

Una de las ramas más importantes del Derecho la constituye sin duda el Derecho Mercantil, tanto por las enormes implicaciones que tiene en la vida del hombre contemporáneo, como por la multitud de senderos por los cuales se puede marchar en él. Se constituye hoy, por tanto, una necesidad imperante de introducirse de lleno en el estudio de esta disciplina.

El Derecho Comercial es pues, un Derecho complicado, ajeno a las reglas de técnica jurídica y legislativa puesto que se forma por los propios comerciantes, de acuerdo a sus necesidades y sin detenerse demasiado en las partes formales de su estructuración.

Así pues, el camino por el que esta vez entramos resulta entretenido, sin que por ello llegue a representar para nosotros ausencia de dificultad, se trata de determinar la cualidad del artesano como comerciante, es decir, ¿puede el artesano constituirse como comerciante en el momento en que compra los materiales para su trabajo artesanal ya que estaría realizando en éste un acto de comercio? ¿Quiere el legislador excluirlo sólo en su trabajo manual como se desprende de una interpretación restrictiva del artículo 4 del Código de Comercio o quiere a su

vez incluirlo en el ordinal 1º del artículo segundo? ¿Trató o no el legislador de proteger al artesano en toda su actividad o sólo en una parte de ella?

Son todos estos interrogantes difíciles de responder. Antes de analizar a fondo todo el material, y sólo guiándonos por nuestros conocimientos generales, podríamos definir nuestra hipótesis: "los artesanos en la historia han sido protegidos; su condición económica de vida y arte desarrollado le dieron esta tutela, y aunque hoy en día el trabajo artesanal ha evolucionado en muchos sentidos, por otra parte ha quedado atrás no pudiendo equipararse al comerciante de hoy, con todas las cargas que los mismos poseen. Queda pues el artesano, a nuestro criterio, en un mundo exclusivo donde todavía se le da protección, porque éstos lo requieren y porque el legislador debe así entenderlo".

Pero como desarrollamos hipótesis y no conclusiones, esperearemos nuestro estudio profundo, el cual podrá variar o confirmar nuestra hipótesis, todo de acuerdo con los conocimientos que adquiramos a lo largo de la evolución de nuestra labor.

Analizaremos en primer lugar la evolución histórica del artesano, ya que sólo así podemos constatar las verdades que envolvieron a esta actividad, la cual no queda circunscrita al ámbito de nuestro país, sino que va más allá, a remontarse en el contexto mundial. Luego entraremos a la parte doctrinaria, en la cual sobra decir, se constituye un punto de fundamental apoyo e información, por supuesto que no sin antes analizar la interpretación literal del artículo en cuestión.

Al finalizar la doctrina, entraremos a la parte jurisprudencial, ya que es evidente la necesidad de la misma para un análisis completo de nuestro caso, teniendo en cuenta, claro está, que las opiniones de nuestros Tribunales pueden ser variables, ya que en ésta se tocan casos concretos que son resueltos por diferentes Magistrados.

No podría faltar en una investigación como esta, un análisis de la situación en el Derecho Comparado, ya que sabemos que nuestra legislación es reciente y por encima de todo, sigue directrices extranjeras. Recordemos que los derechos de otros países han servido en su contenido para elaborar el propio, nos han dado líneas, nos han abierto las puertas, entonces, ¿qué resultaría mejor para comprender a nuestro legislador que estu-

diar e internarnos en los derechos que han servido de patrón a nuestra legislación.

Una parte resaltante de nuestra investigación la constituye el hecho de realizar entrevistas a nuestros doctrinarios, que si bien, no han dejado sus criterios al respecto asentados por escrito, hoy tienen a bien abrirse a los estudiantes para guiarlos en este sentido.

Luego de ello y como punto final incluiremos las conclusiones personales las cuales consideramos la parte fundamental de nuestro trabajo, pues será la culminación de toda nuestra investigación y por ende de nuestro propio criterio.

Es conveniente aclarar que no pensamos que necesariamente hemos de estar de acuerdo con el sector imperante de la doctrina, pues consideramos que es la investigación y el análisis lógico la guía de nuestra conclusión.

Es por último nuestra aspiración que este humilde trabajo sea del agrado del lector y que sirva de punto de información a todas aquellas personas que lleguen a tenerlo en sus manos.

"Es verdad que una legislación no es obra de un momento; ella es el resultado de progresiva y lenta elaboración, a la cual concurren múltiples y variados agentes: la justicia que le sirve de norma; la moral, que la ilustra; las necesidades locales, que la motivan; el carácter nacional, que le da índole; la tradición, las costumbres, el clima; las nuevas formas de trabajo productivo, los resultados de la experiencia, el cultivo de los inteligentes y la conquista del progreso, todos los cuales cooperan a pulirla y mejorarla hasta hacerla apta para satisfacer los dictámenes de la razón y a las necesidades generales de la existencia".

(Memorias de la Corte Suprema de Justicia)

CAPÍTULO I

I. HISTORIA DEL ARTESANO

1. LOS PUEBLOS PRIMITIVOS

Sobre el derecho de los pueblos primitivos mucho se ha escrito, sin embargo, no hay materia que requiera más cuidado al analizar la literatura que habla sobre ellos. No debe tomarse el primer relato de viajero, es necesario revisar los orígenes, dando especial importancia a las informaciones provenientes del propio lugar donde ocurrieron los hechos.

El derecho de los pueblos primitivos no se ha mantenido lejos de influencias extrañas, dos factores sobre todo han interrumpido muchas veces su evolución orgánica.

—La propagación de la religión mahometana.

—El entrar a formar parte el territorio de la esfera de soberanía de otros pueblos.

Por ello sucede a veces que el derecho adopta un carácter híbrido, quedando compuesto de elementos exóticos y de elementos indígenas.

Al principio la circulación de bienes se verifica en forma de trueque, pero el dinero surge pronto y aparece la compra-venta. En un comienzo se hace para satisfacer las propias necesidades pero luego para revender y obtener beneficio; va surgiendo poco a poco una profesión de tratantes, mercaderes de truco o compra que gozan de poca consideración por su ánimo de lucro.

La idea de dar normas especiales para las clases profesionales no es completamente ajena a los pueblos primitivos. Es aquí donde entramos a hablar del artesano pues se encuentra en la historia regulado, incluso antes que el comerciante.

Cuando menos en Africa, hallándose normas especiales en particular para los herreros que ocupan una posición singular entre los otros oficios. También existen normas para los médicos, en cambio nada prueba que haya habido en ese entonces un derecho especial para la clase de los mercaderes, por lo que

hay que admitir que los negocios jurídicos celebrados entre los comerciantes no estaban sometidos a normas diferentes de las generales.

El fundamento constante de los derechos más primitivos parece ser el siguiente:

“El individuo —prescindiendo de que está adscrito ipso iure a un grupo y a una familia, y prescindiendo de que forma parte a la vez de la comunidad del lugar y de la comunidad de la tribu— es considerado meramente como individuo. De acuerdo con esto, en tanto se mantiene este principio, aparecerá el trabajo como profesión familiar, o como actividad de la comunidad local, o de la tribu; pero es, en lo demás, actividad individual, nunca social”¹.

Excepcionalmente en uno o dos países se conoció la Sociedad, y ya con el avance de los pueblos nacieron los mercados donde llegaban los comerciantes extranjeros.

2. LOS PUEBLOS SEMICIVILIZADOS

Esto se encuentran en una categoría entre los pueblos primitivos y la antigüedad.

Alcanzan un grado de desarrollo cultural medio. Encontramos que los artesanos, en varias de sus manifestaciones siguen siendo regulados por una normativa especial, pero ya abarcando muchas más categorías (herreros, madereros, escultores, etc.).

En esta etapa paralelamente, se desarrolla mucho más el Derecho Mercantil encontrándose normativa para:

—Derecho Marítimo siglo XVII (Rey Mahometano de Malaca)
(Matowa Cacique)

—Algunas instituciones de Derecho Mercantil:

Corretaje
Comisión

1. REHME, Paul. “Historia Universal del Derecho Mercantil”, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid 1941, pág. 21. Traducción por E. Góme Orbaneja.

Contrato de Sociedad Commenda

Estaban estas instituciones reguladas por el Código Buguinés.

—Corporaciones de comerciantes (Aztecas).

Hay más normativa para el comerciante pues este comienza a tomar auge, pero no nos referiremos a ella pues lo que nos interesa principalmente es ver como estaba regulado el artesano en la historia.

3. LA ANTIGÜEDAD

Como en esta época hay mucho que analizar hemos preferido en esta etapa sólo referirnos a Roma.

Al entrar en la historia ya había superado la ciudad de Roma el estado de economía puramente natural. La distribución de algunos productos se hacía directamente de productor a consumidor, mientras que en otros intervenían como intermediarios mercaderes extranjeros.

Durante la Monarquía en lo esencial las cosas no suceden de otro modo, el artesanado encuentra regulación protectora y especial, haciendo que el comercio propiamente dicho no tuviese mucha importancia. Es sólo a partir del siglo IV, cuando comienza a predominar la economía dineraria, que todavía en la época de la República alcanzó un alto grado de desenvolvimiento, y en el Imperio su máximo florecimiento.

Aquí entonces, los pequeños comerciantes y los artesanos estaban mal considerados, mientras que el comerciante gozaba de gran prestigio. No nace así de todos modos una clase mercantil propiamente dicha, una clase cerrada de comerciantes, pero sin embargo, sí existen asociaciones de artesanos llamadas "Collegias Romanas".

Aunque regía ya desde las Doce Tablas el principio de Libertad de Asociación, únicamente alcanzaron importancia además de las Congregaciones Religiosas entre las Corporaciones Profesionales, los Colegios de Artesanos; sólo de tarde en tarde encontramos citadas en las fuentes Asociaciones o Gremios de Comerciantes.

No se llegó a un Derecho especial del comercio en sentido de una rama jurídica cerrada, pero sí hubo una serie de instituciones jurídicas atañantes al comercio.

Sin embargo, al final del Imperio fue formándose un Derecho profesional del comerciante y en general de artesanos e industriales.

A la muerte de Teodosio (395) se divide el Imperio en, Imperio de Oriente e Imperio de Occidente. En algunos aspectos progresa el Derecho Comercial, para el cual se crean nuevas leyes y figuras jurídicas como la kolwúa que es una especie de Mancomunidad, pero ello no nos interesa mucho ahora. Lo que sí se puede decir es que también hubo reformas jurídicas incluso antes de la división del Imperio donde predominaba el interés fiscal; así existieron agrupaciones de oficios en corporaciones obligatorias, por un lado privilegiadas y por otro gravadas con tributos, ejem.: carniceros y panaderos.

4. LA EDAD MEDIA

En el medioevo los artesanos ejercían artes mecánicas y eran considerados gente vil y baja. Una ley de las partidas los llamó gente menuda y tanto el Ordenamiento Real de España como la Nueva recopilación condenó a los Hidalgos a perder sus fueros si vivían de la artesanía, e incluso algunas disposiciones legales declaraban que los que se dedicaban a los oficios mecánicos, eran viles e incapaces de ser Caballeros.

Sin embargo, en la Baja Edad Media aparecen los gremios como asociaciones de artesanos de una misma rama (también existían en esta época corporaciones de comerciantes) cuyas funciones eran:

- Garantía a los consumidores en cuanto a que examinaban la calidad de sus productos.
- Evitar competencia entre productores.
- Los órganos reglamentaban el trabajo en varios aspectos.

Por otra parte dichas asociaciones exigían tanto para artesano como para comerciantes ciertos requisitos; —haber trabajado algún tiempo como aprendiz y mancebo— pasar un examen presentando una obra maestra, pagar cantidad en dinero,

etc. Quien no reuniera dichos requisitos no podría ejercer el oficio a la industria.

Estas asociaciones constituyen pues los "gremios", "colegios", "gildas", "artes", etc., continuadores sin duda de aquellos Collegia que encontramos en tiempos romanos.

Dentro de los gremios se encontraban los talleres cuya organización se constituye así:

- Maestro: que es el jefe, costaba conseguir esta jerarquía.
- Oficiales: que lo eran cuando tenían ya un período determinado de enseñanza.
- Aprendices: que estaban a la custodia del Maestro, en este estado debían pasar varios años, según el oficio.

Pero veamos, los artesanos como dijimos eran considerados como gente baja, hasta que el Rey Carlos III comprendió la injusticia y sin razón de algunas de las normas que los regulaban y determinó lo siguiente:

"que los oficios de curtidor, herrero, zapatero, sastre, carpintero y otros a este modo, son honestos y honrados; que no envilecen a la familia ni a la persona que los ejerce, ni la inhabilitan para obtener empleos municipales; que tampoco perjudican para el goce y prerrogativas de la hidalguía, y que quedaban anuladas y derogadas en cuanto se opusiesen a esta declaración, las leyes, opiniones, sentencias, estatutos, usos y costumbres relativas a esta materia"².

A su vez la Constitución Política de 1812 derogó la exclusión que tenían los artesanos para optar a los altos cargos. Y así siguieron otras leyes que los protegieron y honraron.

Muchas causas provocaron la caída del Régimen Corporativo, los gremios a medida que aumenta su importancia tienden al monopolio; dictan leyes que los protegen a grado máximo y comienzan a separarse hasta llegar a un atomismo enorme.

Ya en 1945 en Inglaterra se confiscan a favor de la Corona los bienes de las "GUILDAS" prohibiendo que en lo sucesivo volvieran a poseerlos.

2. Cédula de 18 de marzo de 1783, ley 8ª, tit. XXIII, lib. VIII De la Novísima Recopilación.

Pero son las ideas liberales, el progreso de la técnica y las ciencias, el crecimiento de las relaciones entre Estados, el desarrollo del capital, etc., las causas que dieron origen al fracaso del régimen corporativo. Era pues el liberalismo incompatible con el monopolio del trabajo.

Turgot publicó en febrero de 1776 un Edicto suprimiendo en Francia las corporaciones; pero fueron luego nuevamente restauradas cuando el ministro cayó. Fue en realidad la Revolución Francesa, considerando por su ideario de libertad que el régimen gremial era opresivo para la economía liberalista, la que influyó sobre manera en la desaparición de aquellas agrupaciones de artesanos; así por decreto de marzo de 1791 se constituyó en el artículo séptimo:

"Todo hombre es libre para dedicarse al trabajo, profesión, arte u oficio que estime conveniente, pero estará obligado a proveerse un permiso, a pagar los impuestos de acuerdo con las tarifas siguientes y a conformarse con los reglamentos de policía que existan o se expidan en lo futuro".

Y por último la Ley Chapellier del 17 de junio de 1791 prohibió que las corporaciones pudieran volver a organizarse.

No sólo desaparecen las corporaciones de artesanos sino también las de comerciantes, los cuales para la época habían tomado mucho auge y ya constituían una clase definida aparte, con una serie de figuras jurídicas en torno a sí.

5. LA EDAD MODERNA

La industrialización arrastra al artesano a las nuevas técnicas abandonando sus anteriores puestos de trabajo; desaparecen en gran parte éstos y en vista de ello, en el siglo XIX se produce una reacción. Se tiende a fomentar la artesanía, no con la intención de reemplazar las máquinas tan necesarias hoy, sino para mejorar ramas de la producción y proteger al pequeño operario frente a la aplastante competencia de las fábricas. Esta protección beneficia a las industrias peculiares y a las actividades artesanales de cada pueblo o región que merecen ser conservadas por su interés artístico y propio.

A partir de esto (siglo XIX) comienza nuevamente a aparecer la normativa protectora del artesanado. En España por ejem-

plo, se dictaron normas para la restauración y encauzamiento de la artesanía al igual que en Francia, y en otros países.

Hemos visto como a través de la historia, mal o bien considerados siempre los artesanos han tenido regulación especial, y sobre todo que han estado separados del camino del comerciante. Cada uno ha tenido su origen y normativa diferente.

La época actual que ahora nos correspondería ver, la trataremos en el Derecho comparado como conviene ser.

I. LA INTERPRETACION HISTORIA DE LA NORMA A TRAVES DE SU EVOLUCION EN VENEZUELA

La necesidad de explicar el origen de la norma en nuestro sistema es en verdad imperiosa e inevitable, de no ser así dejarían de tener sentido todas aquellas frases, que continuamente nos son repetidas, es necesario seguir el consejo dado a los juristas y a los estudiantes del Derecho una y otra vez, no pueden quedar en el vacío las frases de Pascuale Fiori cuando señala: "Es preciso para determinar el concepto jurídico del Legislador, indagar la historia y la filiación de cada institución jurídica" (frase citada por el Dr. Héctor Grisanti), este consejo es muchas veces reafirmado, así el Dr. García Villegas dice: "Reconstituye el pasado jurídico si quieres comprender el presente y vislumbrar el porvenir". Es mas, el mismo Dr. Hugo Mármol, dice en sus "Fundamentos de Derecho Mercantil": "Cuando se estudia cualquier figura jurídica, es costumbre remontarse en la historia hasta los más remotos ancestros que puedan ubicarse en la misma"³. Es todo esto, lo que nos ha llevado a incluir este capítulo dentro de nuestro trabajo.

Fue sin duda por la influencia de estas expresiones que al momento de comenzar nuestra labor, surgió la inquietud de conocer cuál era el origen de la norma, en que se había basado el legislador para incluirla, en cuál de todos los códigos de comercio venezolano había aparecido por primera vez y cuál había sido la legislación de la cual la misma había sido tomada.

3. Hugo Mármol Marqués, "Fundamentos de Dº Mercantil" UCAB, Estudios Jurídicos. Caracas 1979, pág. 38.

El primer paso fue sin duda el de descubrir en cuál de todos los códigos de comercio venezolano había sido introducida por primera vez —la solución a este planteamiento presentó para nosotros mayores dificultades dada la existencia de recopilaciones legislativas en nuestro país— la norma se hallaba así por primera vez en el Código de Comercio de 1904, y desde ese momento ha formado parte de nuestra legislación mercantil sin haber sido modificado.

Pero descubierto el primer código en donde aparece la disposición legal, surgió en nosotros la inquietud de responder a todas nuestras demás interrogantes, sobre todo la necesidad de conocer de dónde había tomado nuestro legislador la norma y por qué la había incluido. Las respuestas no fueron fáciles de encontrar, más aún, la segunda de ellas no nos ha sido posible de descubrirla todavía, ya que la exposición de motivos del Código de Comercio de 1904 no ha sido, encontrada aún, buscamos en vano en los archivos de las bibliotecas a nuestra disposición el mencionado proyecto y su correspondiente exposición de motivos; al convencernos de que resultaba muy difícil encontrarlo, tratamos de revisar en los códigos pertenecientes a legislaciones extranjeras que han influido en la nuestra, y por supuesto, que fueran anteriores a nuestro Código de Comercio de 1904. Pero fue en realidad, una entrevista realizada al Dr. Héctor Grisanti la que nos permitió conocer que no existe una exposición de motivos del mencionado código, pero por otra parte nos orientó en un sector muy importante, la norma había sido copiada —pero no de manera textual— del Código de Comercio Alemán, la información la encontramos en el Código de Comercio Comparado del Dr. José Loreto Arismendi, publicado en el año de 1909.

La investigación no podía estancarse en este momento, tal vez un poco de incredulidad nos llevó a constatar, que dicha afirmación era verdadera, así encontramos el Código Alemán del año de 1897, y en efecto éste en su artículo 4 posee una disposición semejante.

"Las prescripciones concernientes a las razones sociales, los libros de comercio y las procuraciones no se aplican ni a los artesanos, ni a las personas cuya profesión no exceda de los límites del ejercicio del pequeño oficio.

Toda asociación que tenga por objeto la explotación de una profesión a la cual no se aplican las susodichas prescripciones, no podrán constituir ni una sociedad en nombre colectivo, ni una sociedad en comandita.

Los gobiernos de los estados están autorizados a rendir ordenanzas por las cuales el pequeño oficio será definido de una manera más precisa de acuerdo con la contribución que le es aplicada y, la ausencia de contribución, de acuerdo con otros índices cualesquiera que sean”⁴.

El régimen de este código para el artesano continúa aún vigente en Alemania y será objeto de un estudio posterior cuando analicemos el Derecho Comparado, sin embargo, resulta obvio que es la intención del legislador alemán excluir de ciertas obligaciones del comerciante al artesano.

Son muchas otras cosas las que nos hacen pensar que el legislador venezolano copió la norma del Código Alemán, no sólo la posición de la misma (podría ser coincidencia que disposiciones parecidas se encuentren en el mismo lugar numérico), o sea en el artículo 4, sino además el hecho de que en el Código de Comercio Venezolano de 1904 se tomaron ciertas disposiciones del Derecho Alemán, el capítulo referente a la firma. Además no puede quedar sin valor la afirmación del Dr. Loreto Arismendi, el cual coloca para cada disposición el origen de la misma en el Derecho Comparado, sobre todo si se toma en cuenta lo cerca que se encuentra en el tiempo esta obra de la publicación del código, lo que le permitía al jurista tener muchas más fuentes de conocimiento.

Lo cierto es que no puede afirmarse de una manera tajante todo lo antes expuesto, no se conoce en realidad la intención del legislador, pero si todas nuestras afirmaciones se aproximan a la realidad, el legislador venezolano no quiso al igual que el alemán, que los artesanos tuvieran ciertas obligaciones de los comerciantes, solo que el legislador nuestro trató de excluirlo a través de calificar su actividad como de no comercial, o sea que no realizase con su oficio actos de comercio. Esto no puede nunca, y bajo ningún concepto interpretarse como que el artesano no puede llegar a convertirse en comerciante, ya que en efecto lo

4. Código de Comercio Alemán de 1897, promulgado el 10 Mai 1897, traduit et annoté par Paul Viatte, éditeur A. Pedone. Paris 1901.

haría si paralelamente a su actividad artesanal realiza de alguna manera actos de comercio.

CAPÍTULO II

INTERPRETACION LITERAL

Siendo como todos sabemos, que la Ley se hace por escrito, y utiliza signos gramaticales para expresar la voluntad legislativa, el intérprete en el primer paso de su labor, debe descubrir el significado de las palabras utilizadas, atendiendo al elemento gramatical y sintáctico; esto lo enseña nuestra legislación en el artículo 4 del Código Civil Venezolano. Basadas en estas premisas, es que nos atrevemos, en este momento de nuestra tarea a realizar una interpretación literal, tomando en cuenta por supuesto, aquellos términos que utiliza nuestro legislador y que son los que en definitiva plantean todas las interrogantes que ahora nos ocupan.

Como es lógico, empezaremos primero por averiguar el significado del término artesano, ya que de su contenido podremos establecer cuál es el grupo de personas a quienes se le aplica la norma, posteriormente nos daremos a la tarea de determinar qué ámbito de la actividad del artesano puede considerarse “simples trabajos manuales” y por último nos ocuparemos del término “ejecutados individualmente”, ya que a nuestro modo de ver, son los términos que pueden dar lugar a confusión.

1. EL SIGNIFICADO DE LA PALABRA ARTESANO

Son muchas las definiciones de artesano que existen; en realidad los libros de historia, las enciclopedias jurídicas no se encargan de definirlo; es por esto que antes de nada, vamos a determinar cuál es el significado de la palabra artesano.

Una de las definiciones más completas, la encontramos en el Diccionario de las Ciencias Sociales, el cual define al artesano en los siguientes términos:

"*Etimología*: Procede de la palabra latina "artesanus", que a su vez procede de ars, artis".

Usos Corrientes: Los significados más usuales en la lengua castellana son los siguientes: 1) Persona que ejercita un arte u oficio meramente mecánico; 2) Modernamente se distingue al que hace por su cuenta objetos del uso doméstico, imprimiéndoles un sello personal⁵.

Por su parte el Diccionario Jurídico Cabanellas considera que el artesano es:

"El profesional que trabaja en su propia casa, en la de su familia o en los alrededores, y dedicado particularmente a la venta del producto de su propio trabajo. No utiliza otro concurso que el de su mujer, sus padres o hijos; o la ayuda de un compañero; mas bien asociado y la de algún aprendiz menor de edad"⁶.

Aparte de estas dos definiciones, como dejamos anotado anteriormente, son muchas las definiciones que existen, recogerlas todas, sería en verdad un trabajo sin sentido; lo ideal es pues, tener un concepto claro de lo que significa el artesano, y como se deduce de los conceptos expuestos y de muchas otras definiciones que iremos insertando a lo largo de este trabajo con motivo de su exposición, existen elementos claros y determinantes, que deben ser tomados en cuenta a la hora de determinar, cuál fue el grupo de personas a quienes se refirió la Ley al momento de excluirlas tal y como lo hace en el artículo 4 del Código de Comercio.

Estos elementos, a los que hemos hecho referencia, son a nuestro criterio:

A.—El artesano es una persona que epercita un arte u oficio. En este sentido se considera artesano al sastre, zapatero, quesoero, panadero, etc., y también al escultor, al que modela figuras de arcilla, etc.

B.—El artesano vive del producto de su trabajo.

5. MARSAL, Juan F. y GARMENDIA: "Diccionario de Ciencias Sociales". Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1975, pág. 187.

6. CABANELLAS, G.: "Diccionario de Derecho Usual", Tomo I. Edit. Heliasta.

C.—Lo normal es que realice su trabajo solo, con su familia, y puede tener también algunos ayudantes, que son denominados aprendices.

D.—El artesano no posee patrón y en eso radica su diferencia con el del empleado y obrero.

Estos son a nuestro modo de ver, las características que definen al artesano, por supuesto las mismas no son taxativas, ni tampoco concurrentes, así un artesano no pierde su carácter por tener uno o varios obreros bajo su control.

Es necesario hacer notar el énfasis que hacen los diccionarios en establecer que el artesano ejerce un oficio puramente mecánico, lo cual significa perteneciente o relativo a los oficios y trabajos manuales, término que analizaremos un poco más adelante.

Poco resulta obvio, que antes de terminar esta parte de nuestra labor, surge como una necesidad imperiosa la de establecer un concepto determinado que nos dé el verdadero e inequívoco sentido en el que el legislador se ha referido al término artesano, es por esto que lo hemos elaborado después de una búsqueda profunda, para así atribuirle el sentido que aparece evidente del significado de las palabras, cumpliendo así con la orden que establece nuestro artículo 4 del Código Civil.

Consideramos entonces que cuando el legislador se refiere al artesano, considera como tal, a aquella persona que realiza una actividad humana de producción, transformación y reparación de bienes o de prestación de servicios, realizadas en un proceso en el que la intervención humana personal constituye el factor predominante, obteniendo un resultado final individualizado, que no se acomoda a la producción industrial totalmente mecanizada o en grandes series.

Dada una definición de artesano, pasamos entonces a referirnos a otros aspectos literales de la norma.

2. LOS SIMPLES TRABAJOS MANUALES

Determinar el significado de esta expresión es en realidad sumamente importante, ya que de ella deriva el que se considere o no que el artesano realiza actos de comercio cuando compra

sus materiales con ánimo de reventa y la venta misma del producto final elaborado.

El concepto de trabajo manual no es fácil, opinión ésta que ha sido confirmada por el Dr. Hung Vaillant; las definiciones son muchas y depende del término al que se quiera contraponer la expresión, así cuando hablamos de trabajo manual en contraposición al trabajo intelectual, nos referimos a aquella labor que ha sido ejecutada primordialmente por el esfuerzo físico siendo muy pequeña la labor realizada por la inteligencia o el intelecto.

Consideramos, que el legislador al hablar de trabajo manual no quiso excluir a aquella actividad que de una forma u otra emplea máquinas, —sería difícil determinar en qué labor por sencilla que sea, hoy por hoy no se utiliza algún tipo de maquinaria— sino que más bien se refirió al hecho de que el trabajo humano fuese el factor predominante; es en este sentido que debe interpretarse dicha expresión, porque lo contrario sería considerar que el legislador excluyó a una parte de los artesanos. Así, por ejemplo, sería injusto considerar que porque un pequeño fabricante de cerámica utilice una pequeña máquina para pulir su cerámica terminada, ya no va a ser amparado por la disposición de la Ley.

Tampoco puede considerarse que el uso del término en cuestión signifique que no quedan excluidos los trabajos de los artesanos que sean elaborados a través de una función intelectual, recordemos que como quedó expresado anteriormente ninguna labor es completamente intelectual o manual, sino que ambas se encuentran ligadas estrechamente.

3. EJECUTADAS INDIVIDUALMENTE

Este es en realidad un problema muy interesante de resolver, ya que se trata, en sustancia, de determinar, el ámbito del término individualmente.

El sentido propio de la palabra, nos lleva a concluir que se trata de que lo ejecute una sola persona, pero de la conexión de las palabras entre sí y de la intención del legislador, no es ésta la acepción que debe de dársele, sino que al contrario deben considerarse protegidos los trabajos manuales ejecutados por el artesano sin constituir una empresa, o sea, sin tener a su cargo

un número considerable de empleados, lo que quiere decir, que el artesano no puede constituirse en un mero director o coordinador de su actividad, pero nunca puede considerarse que por el hecho de tener uno o dos ayudantes, trabajar con su familia o con un compañero de trabajo, el artesano no ejecuta su labor individualmente y por lo tanto puede llegar a constituirse en comerciante.

Analizados todos estos aspectos, que son los que en realidad llevar al intérprete a confusión, surge el momento adecuado para concretar cuál es el significado que debe dársele al artículo 4 del Código de Comercio a través de la luz de una interpretación literal, y por supuesto dentro del contexto de nuestro trabajo.

Según el artículo 4 del Código de Comercio no constituirían actos de comercio, las actividades de los artesanos realizadas en un proceso en el que la intervención humana es el factor predominante y que han sido ejecutadas por el artesano (entendiéndose por éste a la persona que realiza un arte u oficio de modo profesional, sin estar bajo la dirección de un patrón, que vive del producto de su trabajo y que se ajusta de una manera u otra en la definición dada anteriormente de artesano —véase Supra "El Significado de la Palabra Artesano"—) solo o con su familia, con un compañero de trabajo con algunos ayudantes —aprendices—. Esta actividad pueden ejecutarla por cuenta propia, o al servicio de alguna de las empresas enumeradas en el artículo 2 "ejusdem".

Antes de proseguir se hace necesario destacar, que no es materia de este trabajo el problema relativo al obrero, todo lo cual explica la falta de mención de este elemento dentro de nuestra explicación, aclaración que es útil a los efectos de establecer que no se trata de una interpretación literal exhaustiva del artículo 4 del Código de Comercio sino de la parte de éste que nos interesa para lograr los objetivos de este trabajo.

De la redacción del artículo, surgen en realidad algunas confusiones, pero es necesario destacar, de una manera inequívoca, que el artículo dentro de su contexto y basado en una interpretación literal, no califica de extra comercial la compra de materiales con ánimo de reventa, ni tampoco, la venta final del producto.

El legislador, antepone a la expresión "trabajos manuales" el término "simples", lo cual lleva a pensar, que está excluyendo de la norma —y por lo tanto calificando de comercial— cualquier otra actividad que realice o pueda llegar a realizar el artesano.

Pero sin duda alguna, es causa de confusión la utilización posterior de la expresión "por cuenta propia", muchas veces la misma a lo largo de este trabajo nos ha puesto a dudar sobre la posición que hemos tratado de mantener, ya que parece absurdo que el trabajo manual por cuenta propia sea considerado como un acto no comercial, pero que la compra de los materiales para realizarlo sí lo sea. Resulta obvio que no tiene sentido que el legislador considere como de extracomercial un acto que por su propia naturaleza no lo es, en efecto, si un escultor, por ejemplo, consigue un pedazo de mármol y lo talla, eso no es un acto comercial, pero no por el hecho de que el mencionado artículo 4 lo diga, sino que esa actividad en su esencia no tiene nada de comercial. Resulta pues, un poco ilógico pensar que la Ley vino a considerar como no comercial algo que evidentemente no lo es. Además nos encontramos con el hecho de que si el artesano trabaja por cuenta propia, y él vive del producto de su trabajo, él debe vender ese producto para poder subsistir, de esta manera, también resulta ilógico que se considere comercial la venta de ese producto.

Pero sea como sea, la interpretación literal del artículo, no nos puede llevar a considerar que no son actos de comercio, actuaciones que el legislador no ha excluido o por lo menos no lo ha hecho por escrito.

Por último nos resta afirmar, que una interpretación literal no es siempre, el tipo de interpretación que más se adapta al sentido de la Ley, que nos da a entender su espíritu, consideramos que una norma no puede ser analizada sólo con un apego infinito a su letra, el exégeta no siempre posee la razón y una norma, sea cual fuere, debe analizarse dentro de su contexto histórico, buscando su función, su razón de ser y antes que todo encontrando en ella "LA JUSTICIA".

CAPÍTULO III

LA INTERPRETACION DOCTRINAL

En el análisis de este artículo la doctrina en realidad no ha sido muy extensa, y pocas veces dedican muchos comentarios al respecto, tal vez con excepción del Dr. Néstor Luis Pérez, quien en varias ocasiones, de una manera u otra se ha aproximado al punto que en esta ocasión nos ocupa.

Por supuesto, la doctrina extranjera tiene diversidad de criterios según la legislación imperante en el país al que pertenecen y así Ascarelli, excluye de la aplicación del Derecho Mercantil a los artesanos ya que el artículo 2.083 del Código de Comercio Italiano, considera al artesano como un pequeño comerciante —es necesario recordar que en Italia se sigue el sistema de la empresa— y lo excluye de la aplicación del código. Para otros autores, sobre todo para los españoles, los artesanos se convierten en comerciantes cuando hacen la venta fuera de su taller; criterio que emana de la redacción del artículo correspondiente en España.

Ahora bien, la doctrina venezolana viene a considerar que el artesano sí realiza actos de comercio, cuando compra los materiales para elaborar sus productos que luego va a vender, sin que le hayan sido encargados. Y considera también como comercial la venta final del producto de su actividad. Este es el criterio general; pero algunos autores son más meticulosos en la elaboración de este aspecto del Derecho Mercantil, como veremos ahora al realizar de manera más detallada este punto de nuestra labor.

1. *AUTORES QUE CONSIDERAN QUE LA COMPRA DE MATERIALES REALIZADA POR EL ARTESANO PARA ELABORAR SU PRODUCTO Y LA VENTA FINAL DEL MISMO CONSTITUYEN ACTOS DE COMERCIO.*

Como dijimos anteriormente, ésta es la tendencia generalizada, sin embargo, es necesario acotar aquí que la misma presenta numerosas variantes. Interpreta entonces el artículo 4 del Código de Comercio, no como una calificación general de extra-

comercialidad, sino que se restringe sólo a la simple actividad manual del artesano. Así el artesano si realiza actos de comercio, en el sentido del artículo 2 ordinal 1º cuando compra los materiales necesarios para elaborar sus productos y cuando realiza la venta final de los mismos.

En este sentido, se hace necesario hacer una aclaración, lo contrario podría inducir al lector a un error, ya que si bien es cierto que puede afirmarse que en nuestro concepto de una manera u otra todos los autores llegan a esta conclusión, debe advertirse que cada uno de ellos lo hace a través de planteamientos diferentes.

Así, dentro de esta tendencia es necesario distinguir, por ejemplo, a quienes consideran que la compra de materiales constituye un acto de comercio cuando la misma tiene por objeto un material principal para la fabricación del producto y no cuando se trata de la compra de materiales accesorios. Por ejemplo, en un sastre la compra de la tela constituye un acto de comercio, no así la compra de hilos, agujas, etc.

Existe otra tendencia, la que establece que el artesano realiza acto de comercio cuando compra los materiales con el ánimo de revenderlo una vez utilizado en la fabricación de su producto en su taller o en el local en el cual trabaja. Así lo expresa el Dr. Néstor Luis Pérez cuando asienta:

“Pues si de algún modo pareciese comprobado que él compra las mercancías para prepararlas y colocarlas después de haberlas laborado, sus actos quedarían excluidos de la presente hipótesis y se reputarán comerciales de conformidad con el caso 1º del artículo 2” 7.

Nos encontramos apoyando a esta teoría, al Dr. Leopoldo Borjas, ya que si bien él no lo establece directamente, nada distinto puede deducirse de lo expresado en su texto Instituciones de Derecho Mercantil cuando comenta:

“Por interpretación en contrario del artículo 4 del Código de Comercio, los actos de los artesanos y obreros que no sean simples trabajos manuales, ejecutados individualmente por

7. PEREZ, Néstor Luis. “Tratado General de los Actos de Comercio”. Edit. Facsimilar, pág. 178.

cuenta propia o al servicio de algunas de las empresas o establecimientos indicados en el artículo 2, son actos de comercio. Nuestros tribunales tienen decidido que el artesano que se organiza en empresa adquiere el carácter de comerciante, pero que por el hecho de que tenga ayudante, no”... 8.

Lo mismo se deriva de los Principios de Derecho Mercantil, del Dr. Pineda León.

“... Ahora, si ese mismo artesano, compra máquinas, tiene a su orden obreros, compra materiales y luego los convierte en objetos determinados que ofrece al consumidor y concentra una combinación de fuerzas productivas, entonces toma el papel de empresario manufacturero y asume la condición jurídica de comerciante. Por ejemplo, ese mismo zapatero o sastre compra pieles o telas, artículos para caballeros, zapatos para venderlos al consumidor o a otro intermediario lo vemos entonces realizando actos de comercio y vistiendo la fisonomía propia de un comerciante” 9.

El carácter de su opinión se desprende también de una afirmación realizada en el párrafo anterior al citado en donde establece:

“... los segundos tienen ciertos conocimientos que aplican a objetos o servicios que son pedidos por sus clientes, no tienen el carácter de comerciantes aun cuando tengan ayudantes o aprendices y suministren pequeños accesorios, porque esto es secundario de la materia principal que es el ejercicio de su profesión” 10.

Este criterio también es sustentado por el Dr. Luis Sanojo.

Existe otra posición que afirma que no existe acto de comercio cuando en la transformación del objeto (que ha sido materia de compra por parte del artesano), se le da al mismo mayor valor que el costo de los materiales. Así lo señala el Dr. Carlos Morales en sus Comentarios al Código de Comercio Venezolano, dice el Dr. Morales:

8. BORJAS, Leopoldo. “Instituciones de Derecho Mercantil”. Edit. Schnell C.A., 1973.
9. PINEDA LEON, Pedro. “Principios de Derecho Mercantil”. Mérida, Venezuela. 1943.
10. PINEDA LEON, Pedro. “Principios de Derecho Mercantil”. Mérida, Venezuela. 1943.

Debe observarse sin embargo, que la transformación del objeto es por medio del arte y éste le da mayor valor, no se ejecuta un acto de comercio aunque el artesano o artista hayan comprado con la intención de revender; transformado el objeto o cosa por su arte, no realiza acto mercantil..."¹¹.

Igual opinión sustenta el Dr. Hugo Mármol M., en su libro *Fundamentos de Derecho Mercantil*, cuando establece:

"En caso de dudas de si la modificación es un simple cambio de forma o implica la elaboración de un producto nuevo habrá que atender al valor predominante"¹².

"El sastre individual es un artesano, regulado por el derecho civil de conformidad con el artículo 4. Pero realiza comercio en cuanto compra telas para revenderlas, si para el cliente el valor de la tela priva sobre el de la confección..."¹³.

Es necesario establecer, que en este caso las interpretaciones surgen cuando se plantea la duda que emana de la redacción del artículo 2 ordinal 1º del Código de Comercio, ya que al establecer la compra con ánimo de reventa, dice la norma que puede tratarse de la cosa en la misma forma o en una distinta, lo que ha dado pie a los intérpretes para afirmar que se trata de un producto nuevo y no de una cosa en una forma distinta cuando el valor de la mano de obra es superior al costo de los materiales.

Resumiendo todas las posiciones tenemos:

- 1.—El artesano realiza acto de comercio cuando compra los materiales para un trabajo que le ha sido encargado.
- 2.—El artesano realiza acto de comercio cuando compra los materiales principales para la fabricación de su producto, no así cuando compra los materiales accesorios.
- 3.—El artesano realiza acto de comercio cuando compra los materiales para utilizarlos en su taller, con el ánimo de revenderlos una vez elaborado su producto.
- 4.—El acto de comercio se constituye sólo cuando el valor de la mano de obra es inferior al costo de los materiales.

11. MORALES, Carlos, "Comentarios al Código de Comercio Venezolano", Edit. Garrido, Tomo I. Caracas, 1954.

12. MARMOL, Hugo. OB CIT.

13. MARMOL, Hugo. OB CIT.

Para nosotros, las tesis de los doctrinarios tienen un inmenso valor; el de provenir de personas dedicadas al estudio profundo de las ramas del derecho. Sin embargo, esto no puede limitarnos a acoger una de estas posiciones sin más; de hacerlo nos convertiríamos en una especie de recogedores de idea y quedaría a un lado nuestra verdadera labor interpretativa. Al contrario cada una de las ideas nos sirve para ver lo que tienen o no de razón, todo lo cual nos ayuda a fundamentar mejor nuestra tesis o a rechazarla.

Para nosotras, la tesis de que el artesano realiza acto de comercio incluso cuando compra materiales para realizar sus encargos, si bien no coincide con nuestro modo de pensar representa un pensamiento lógico y coherente, derivado en este caso de interpretar restrictivamente el artículo 4; en cambio cuando se distingue si la venta de materiales es o no acto de comercio según se trate de la compra de materiales accesorios o principales nos encontramos con una tesis que distingue en donde no lo ha hecho el legislador y tampoco puede entonces distinguir el intérprete; la tesis de que sí constituye acto de comercio cuando se compran los materiales para fabricar su producto y la venta final que hace de éste, es una interpretación restrictiva del artículo 4 y por último la tesis del valor predominante a nuestro modo de ver tiene sentido para interpretar el artículo 2 en su ordinal 1º, pero en ningún caso es aplicable al artesano ya que el artículo 4, lo excluye; esta concepción aplica la mencionada disposición por cuanto reduce el alcance del artículo 4 a la simple actividad manual de los artesanos y obreros.

2. AUTORES QUE CONSIDERAN QUE LA COMPRA DE MATERIALES REALIZADA POR EL ARTESANO PARA ELABORAR SUS PRODUCTOS Y LA VENTA FINAL DEL MISMO NO CONSTITUYEN ACTOS DE COMERCIO.

Entre los doctrinarios o estudiosos del derecho que no consideran que es acto de comercio la compra de los materiales con ánimo de fabricar su producto y la venta final del mismo, tenemos en cierto sentido al ya citado Dr. Carlos Morales, el cual hace la exclusión: si el trabajo del artesano es por medio del arte y le da mayor valor. Nos encontramos también con las opiniones de los Dres. Tomás M. Adrián, quien nos ha orientado

en la realización de este trabajo, Francisco Hung V. y la Dra. María Auxiliadora Pisani, todos actuales miembros de la comisión de reforma del Código de Comercio, quienes consideran que ha sido la intención del legislador la de excluir del ámbito de aplicación del Código de Comercio al artesano, por lo que éste en la actividad debatida no realiza actos de comercio.

La razón de excluir a los artesanos debe buscarse no en una interpretación literal del artículo sino en la filosofía que inspira al legislador y por lo tanto no puede considerarse que sólo se le quiso quitar el carácter de comercial a la simple actividad del artesano, ya que es obvio que para esta actividad él debe comprar la materia prima que transforma.

Por otra parte, se plantea el problema de la utilización del vocablo "EJECUTADOS INDIVIDUALMENTE", ya que surge la necesidad de determinar qué significa la utilización de este término y nos viene a la mente la interrogante de hasta dónde puede considerarse que el artesano trabaja individualmente.

En este respecto, considera la doctrina dos cuestiones fundamentalmente: En primer lugar el vocablo individualmente no consiste en que lo haga solo; sino más bien en el hecho de que no tenga obreros y de que no se haya organizado en empresa, pero no le quita el carácter de individual, la circunstancia de que trabaje con su familia e incluso con uno o dos aprendices, pero por supuesto no con más.

Dice el Dr. Néstor Luis Pérez:

"Requiere además la Ley que el artesano ejecute su trabajo individualmente, con lo cual no se propone otra cosa que dejar toda idea de colectividad con miras o tendencias a empresa"¹⁴

En segundo lugar, se considera que puede ser un trabajo ejecutado por 2 o por más artesanos a la vez, como es el caso de muchos artesanos que trabajen a su vez en una misma obra, como sucede si varios sastres trabajen en un mismo traje que le es encargado por un particular.

Por último, es necesario señalar que en los Código de Comercio Venezolanos comentados, nos parecen muy valiosas las

opiniones de los Dres. Luis Sanojo y Carlos Morales, las jurisprudencias aportadas por el Dr. Lazo y Mariano Arcaya, siendo necesario recalcar que los comentarios de Dominicci no nos sirven a este respecto ya que este autor del siglo pasado comenta el Código de 1873, el cual no contenía la disposición.

En cuanto a la mención a los Obreros. La solución doctrinaria es uniforme al considerar que no realizan actos de comercio y es conveniente recalcar que no profundizaremos a este respecto, ya que no constituye el objeto del presente trabajo.

Con respecto a que el artesano PUEDA TRABAJAR POR CUENTA PROPIA O AL SERVICIO DE LAS EMPRESAS O ESTABLECIMIENTOS ENUMERADOS EN EL ARTICULO 2, la doctrina es uniforme y conteste al considerar que el artesano puede trabajar para alguna de las empresas enumeradas en el artículo 2 y éstas si realizan por supuesto acto de comercio. El Dr. Carlos Morales agrega, que puede trabajar para la empresa por cuenta ajena.

Nos parece aquí interesante señalar un comentario ilustrativo al respecto que realiza el Dr. Néstor Luis Pérez, ya que el mismo nos ha impresionado por la brillantez de sus ideas.

"En todo proceso, el elemento más simple es el fenómeno, pues en su acepción más general, un proceso, cualquiera que él sea, es un fenómeno, o una serie de fenómenos en evolución. En el curso del proceso, los fenómenos de una misma especie se agrupan formando órganos. El correspondiente al comercio no es sino la resultante directa del acto mercantil en su evolución en el espacio y en el tiempo, lo mismo ocurre con el transporte y la manufactura..."

Muy distinta es la conclusión a que se llega al verificar el análisis de los dos extremos correspondiente al modo del trabajo que mira al cambio de forma. La primera, marca el tipo del modesto artesano, que, ambulante primero y radicado después en su pequeño taller, remata y culmina su evolución en las grandes empresas de manufacturas y fábricas. En sus comienzos, como en su etapa final, su función económica es una misma. Reconoce, como característica fundamental, la aplicación del trabajo al cambio de forma del objeto, mediante el traslado, en combinación de sus moléculas componentes, simplemente, o en función con las de otros cuerpos, como el medio conducente a la producción de otra riqueza o al aumento de utilidad de la anterior. Dentro de este cometido, prepara y amolda al

14. PEREZ, Néstor Luis. Obra citada, p. 179.

gusto y a los deseos del público los productos de la naturaleza. Las distintas etapas que recorre en su evolución este fenómeno, comprenden desde el simple movimiento de los dedos de las manos, sin otro auxiliar o ayuda externa hasta la prolongación de la misma armándose con la herramienta o la máquina.

El artesano, de un lado, y el empresario, del otro, personifican así las dos etapas extremas de un mismo fenómeno, tal como vimos ser el caso con el comerciante ambulante y el dueño del gran almacén.

Desde este punto de vista, no hay razón fundada de principio que justifique la clasificación que hace la Ley, en desarmonía con la propia evolución, cuando clasifica de naturaleza civil la etapa naciente de la industria y como mercantil las ulteriores, incurriendo así en el error de clasificación de tomar como dos actos o dos procesos distintos, dos fases o etapas de un mismo fenómeno.

Es evidente que militan aquí las mismas dos causas que vimos para la producción extractiva sobre el régimen de la competencia.

La primera toca a las reglas que nos son ya conocidas sobre la cuestión de saber si trata de un pequeño taller o de una empresa de manufacturas; o, en otros términos, si el establecimiento, por la cuantía de los capitales y por la mano de obra que moviliza el dueño, y por el radio de mercado que le sirve de órbita, pertenece, en el proceso de la evolución industrial, a la tapa de la pequeña o de la gran producción.

En el primer caso, se tratará de un fondo civil, porque la organización civil del negocio correrá pareja con la naturaleza civil de los actos en que se descompone al movilizarlo; y civil será en principio la competencia a que pertenezcan todos los actos y contratos del pequeño productor”¹⁵.

Como puede observarse es un criterio que sirve para ilustrar que nuestro derecho mercantil da un tratamiento diferente a los artesanos y a las empresas de manufacturas aunque sean dos etapas de un mismo fenómeno.

15. PEREZ, Néstor Luis. “Estudio Económico Jurídico del Derecho Mercantil del acto de comercio. Tomo II”. Edit. Hnos. Bellosos Roseel. Maracaibo, Venezuela, 1941, páginas 159 y siguientes.

CAPÍTULO IV

JURISPRUDENCIA VENEZOLANA

Es la opinión de nuestros Tribunales un punto fundamental de ayuda a la hora de entrar en la interpretación de las normas que constituyen la legislación. Es por ello que en esta parte de nuestro trabajo hemos querido dejar sentada la jurisprudencia existente en esta materia:

Jurisprudencia N° 1

Tomo VI - 167 - 62 b Ramírez & Garay. Año 1962, 2do. Trimestre.

a) *Cuándo los trabajos manuales realizados por una persona para una empresa mercantil son actos de comercio y cuándo no.*

El valor de la mano de obra individualmente considerada, prestada por un artesano es de por sí ajena a la jurisdicción mercantil; pero en el objeto de la demanda que se estudia se precisa que su monto se origina no sólo en el valor de la mano de obra utilizada para efectuar las reparaciones, sino también en el precio de los repuestos requeridos para efectuarlos, los gastos de traslado a los talleres y los alquileres de los locales donde se encuentran depositados. Todo lo cual lleva al sentenciador al convencimiento de que el actor es no sólo un artesano, sino que ha llegado a constituir por sí mismo una pequeña empresa dedicada a la reparación de máquinas, supliendo los repuestos, mano de obra y demás gastos requeridos para efectuarlas.

Forzoso es concluir que la jurisdicción competente para conocer del litigio existente es la mercantil, y así se declara.

Síntesis:

En esta sentencia la Corte protege el trabajo del artesano, pero lo excluye de la jurisdicción mercantil sólo hasta el momento en que éste constituye una empresa, pues ello le da carácter de comerciante.

Jurisprudencia N° 2

Sentencia del 20 de diciembre de 1946, de Pedro G. Hernández Jurisprudencia Mercantil.

—La demanda propuesta para exigir el pago del trabajo efectuado por el artesano profesional, no es de la competencia de la jurisdicción mercantil.

Por cuanto la causa de pedir en el juicio aludido, pago de bolívares por valor de la montura de un techo de hierro y asbesto, trabajo el cual llevó a cabo el actor para el demandado, no constituye acto objetivo de comercio y como este Tribunal considera que la presente incidencia corresponde a negocio de naturaleza civil. Sentencia, diciembre 20 de 1946.

Síntesis:

En este caso la sentencia tácitamente consideró al demandante como un artesano profesional y se le protegió, tomando en cuenta además que en autos ninguna de las partes se atribuía cualidad de comerciantes.

Jurisprudencia N° 3

JTR, vol. II, pág. 398; DFSC2, 14-11-52.

El hecho de que el artesano tenga ayudantes y obreros no cambia su carácter, ni implica que deje de ser individual la obra que realice.

El hecho de que el actor, para ejecución de sus trabajos, utilice los servicios de personal subalterno a sus órdenes, como lo pretende el excepcionante, tampoco le quita al actor, como artesano, el amparo que le ofrece el artículo 4° del Código de Comercio, a los efectos de mantener su acción dentro del radio de la jurisdicción civil, puesto que la expresión, "ejecutado individualmente", se refiere al trabajo mismo, y no a la persona de quien lo realiza, como evidentemente se infiere en la forma gramatical empleada. El artesano de hecho puede contar con ayudantes y obreros, como ocurre frecuentemente, sin que esto cambie su carácter ni deje de ser individual la obra que realice.

Síntesis:

Aquí la Sentencia se manifiesta claramente en favor de la protección que el artículo 4° le da al artesano, e incluso expresa que el hecho de que éste tenga personal subalterno a sus órdenes no significa que deje de operar para él, el amparo que le ofrece la misma.

Jurisprudencia N° 4

Tomo XVI 17-67 Ramírez & Garay. Año 1967, 1er. Trimestre. Sentencia del 30 de enero de 1967 (Corte Superior Segunda). Manuel Da Luz Belem contra Capitales Unidos, C. A.

—Consideraciones en torno al artículo 4° del Código de Comercio, el cual determina cuándo los trabajos de los artesanos tienen naturaleza mercantil.

Para el apoderado actor, su representado, quien se identifica como ode profesión constructor, no tiene cualidad de comerciante, y más bien los trabajos que realiza, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4° del Código de Comercio, deben ser calificados de artesanales, por lo cual no pueden ser calificados de actos de comercio.

Considera la Corte que es mediante esta disposición a través de la cual entra el contrato de obras en la jurisdicción mercantil, al abrirse la discusión sobre la calificación de artesanos en contraposición con la de comerciante.

De lo expuesto concluye la Corte que el contenido del artículo 4° si ciertamente sustrae del campo mercantil a los artesanos y a la principal relación jurídica que su actividad engendra, el contrato de obras, abre la puerta en cuanto a la discusión de quienes puedan ser considerados como artesanos ante la creciente absorción de éste como sujeto de la legislación social (Derecho del Trabajo) y por el Derecho Comercial, a medida que su organización se identifique con la empresa.

Tal es la tendencia que acusa nuestra jurisprudencia, y que la ha llevado a calificar el contrato de obras como mercantil cuando alguna de las partes es comerciante, y el que la ejecuta asume todos los riesgos, aun cuando se trate de una persona natural, especialmente cuando por la cuantía y complejidad de

la obra a ejecutar, se combinan los factores de trabajo, capital, naturaleza y técnica en forma organizada para obtener un rendimiento económico.

Además la circunstancia de que el contrato esté regulado únicamente en la ley sustantiva, en este caso el Código Civil, por sí sola no le da carácter civil al acto. Así lo ha establecido la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal en sentencia del 5 de mayo de 1954, visible a las páginas 652 a 655 de la Gaceta Forense N° 4, Segunda Etapa.

Al asumir el actor en dicho contrato todos los riesgos y disponer de capital para la adquisición de parte de los materiales, de cotizaciones del seguro, prestaciones sociales de los obreros contratados, no se le puede identificar en forma alguna con el "maestro albañil" que en nuestro medio sí se coincide aún con la figura del artesano.

En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que citamos antes, se identifica la figura del constructor con la empresa, pues dicho Tribunal considera que el edificio, materia de la contratación, no podía llevarse a cabo sin la coordinación de los factores trabajo, capital y técnica requeridos para tal efecto, estableciéndose la competencia de la jurisdicción mercantil para conocer de la acción deducida, "en razón de la comercialidad del acto" que: "En realidad no emana de las disposiciones reguladoras del contrato en sí, que bien pueden figurar en la ley sustantiva civil, sino que es el organismo económico, la empresa, la que atribuye el carácter objetivamente comercial a los actos y a los hechos jurídicos que son su manifestación" (Gaceta Forense citada).

Por las razones y consideraciones que anteceden, esta Corte, declara con lugar la excepción de incompetencia *ratione materiae* a que se contrae el ordinal 1° del artículo 248 del Código de Procedimiento Civil, opuesta por la demandada Capitales Unidos, C.A., por ser la materia debatida en el presente juicio de la competencia de la Jurisdicción Mercantil.

Síntesis:

Se establece que es tendencia general de la jurisprudencia calificar al mencionado contrato de obras como mercantil cuan-

do alguna de las partes es comerciante, y el que ejecuta la obra asume todos los riesgos.

Este es el caso, y por ello la Corte en definitiva asienta que al demandante asumir los riesgos y disponer del capital para adquisición de parte de los materiales, cotizaciones de seguro, etc., queda sometido a la Jurisdicción Mercantil aunque sea persona natural, pues no se corresponde en la figura del artesano y está realizando actos de comercio.

Jurisprudencia N° 5

Tomo XXVI 134 - 70 a y b Ramírez & Garay. Años 1970 - 72 Sentencia del 1° de junio de 1970 (Corte Superior Primera). Uli-ses José Díaz contra Técnica Constructora, C.A.

a) Los simples trabajos manuales de los artesanos y obreros, no constituyen actos de comercio, sin embargo, cuando tales personas han constituido una pequeña empresa, con cobro del trabajo y materiales, su actividad constituye un acto de comercio y su conocimiento compete a la jurisdicción mercantil.

b) En el caso de autos el actor contrató los trabajos de pintura de un inmueble, siendo de su cuenta los materiales y mano de obra. La Corte decide que el conocimiento de las cuestiones surgidas de dicho contrato corresponde a lo mercantil. Interpretación del artículo 4° del Código de Comercio.

Síntesis:

Esta jurisprudencia consta de dos partes:

a) En la primera parte la sentencia nos recuerda a una anterior, se excluye al artesano del artículo 4° del Código de Comercio, y entra en la competencia de la Jurisdicción Mercantil.

b) En esta segunda parte se declara que dado que la parte actora incluyó en el precio pactado tanto la mano de obra, como los materiales, Salarios, Prestaciones, Seguro Social, primas e indemnizaciones, etc., quedaba el trabajo realizado por él de manera diferente a la contemplada en el artículo 4° del Código de Comercio, y además, dado que la parte demandada no probó que vale más el trabajo personal que el material puesto en obra, queda la decisión de la causa para los Tribunales Mercantiles.

Jurisprudencia N° 6

Jurisprudencia de los Tribunales de la República, página 31
Volumen IX. Fecha: 18 de mayo de 1961. DFMIC 1 sobre actos
de comercio.

...“solamente en los supuestos de que un contrato de obras
fuese ejecutado por una persona individual y con su solo traba-
jo, podría entenderse como una actividad meramente artesanal
o manual y, en consecuencia, como una excepción que establece
el artículo 4° del Código de Comercio, que dice que no son actos
de comercio, en este caso se correspondería a la jurisdicción
civil...”.

Síntesis:

Una vez más se trata de proteger al artesano, pero hacien-
do una interpretación estricta del art. 4° del Código de Comer-
cio en el sentido de restringir al máximo la palabra utilizada
por el legislador “individualmente”.

Sin embargo, pareciera que la sentencia al reducir el con-
cepto de manera tal, quisiera decir que desde el momento en
que el trabajo fuera ejecutado con ayuda ajena a la persona,
quedaría fuera de la jurisdicción civil la reclamación por su
trabajo, cosa que resulta manifiestamente contraria a la opinión
general de que el hecho de que la persona utilice otra ayuda
humana no le quita el carácter de artesano y la consiguiente
protección del art. 4° del Código de Comercio.

Jurisprudencia N° 7

Jurisprudencia de los Tribunales de la República. Vol. XI.
Fecha 29-7-63. DFMIMI - 77-2.

El hecho de la contratación de una obra cualquiera y dis-
tinta de la que pueda constituir una empresa de fábrica o de
construcción, como es el caso del contrato de obra, esencialmen-
te civil, en los casos de contratación con un sastre por ejemplo,
de la confección de un vestido, o de un pintor, para la confección
de un retrato estaría dentro de la tipificación esencial del con-
trato de obra civil, pero tan pronto como se dé el elemento em-
presarial, así como los de fábrica o de construcción estamos al

contrario en presencia de un acto objetivo de comercio como
lo es el consagrado en el ordinal 5to. del artículo B del Código
de Comercio...”.

...“El artículo 3 del mismo código tipifica lo que se llama
acto subjetivo de comercio, y ésta última disposición consagra
la presunción iuris tantum de la comercialidad de los actos de
comercio de cualesquiera otros contratos y de cualesquiera otras
obligaciones de los comerciantes, si no resulta lo contrario del
acto mismo, y si tales contratos y obligaciones no son de natu-
raleza esencialmente civil, y seguidamente el artículo 4 del mis-
mo código excluye de dicha presunción los trabajos manuales
de los artesanos y obreros ejecutados individualmente ya sea
por cuenta propia o en servicio de los establecimientos del ar-
tículo B”.

Síntesis:

Esta Sentencia nos recuerda a unas anteriores especialmen-
te cuando se asienta que al entrar en el contrato el elemento
empresarial, se pierde la naturaleza civil.

CAPÍTULO V

LA CUALIDAD DEL ARTESANO EN EL
DERECHO COMPARADO

Al estudiar nuestras instituciones jurídicas y para llegar a
una comprensión profunda de las mismas se hace necesario, sin
lugar a dudas, conocer la situación de esa institución jurídica en
el resto de los ordenamientos jurídicos o por lo menos en aque-
llos que de una manera u otra han influido en nuestra legisla-
ción. De esta manera, los textos y legislaciones extranjeras que
acogen las mismas soluciones que la nuestra, en determinados
aspectos jurídicos nos llevan a profundizar, conocer y compren-
der mejor nuestra solución, las legislaciones que tienen puntos
de vista diferentes con el nuestro, nos permiten conocer los as-
pectos errados y comparar, para que así nuestra lógica jurídica
acepte la posición más razonable y más justa.

En este capítulo, nos dedicaremos entonces al estudio de algunas legislaciones extranjeras, por lo menos las más próximas a la nuestra, las que más han influido. Por supuesto que no puede tratarse de un estudio tan profundo como quisieramos, pero sí tanto como nos ha sido posible; por eso, además de buscar una disposición legal semejante o diferente a la nuestra, hemos investigado en la doctrina extranjera que hemos encontrado y en la jurisprudencia a la que de una manera u otra hemos tenido acceso.

Por otra parte, no queremos que el título de este capítulo sea objeto de confusión; nuestra intención no es sólo la de determinar si el artesano en otras legislaciones puede con su actividad ser considerado como comerciante, sino también si el mismo cuando realiza la compra de sus materiales y la venta final de su producto incurre en actos calificados por la ley como comerciales.

1. LA SITUACION EN EL DERECHO CHILENO

Por todos es conocida la influencia de la legislación chilena en nuestro derecho mercantil, pero el Código de Comercio Chileno no presenta una norma semejante a la nuestra; la búsqueda en la doctrina nos ha llevado a considerar que el artesano en la legislación chilena no ha sido excluido del criterio de comerciante; de esta manera el Dr. Ricardo Sandoval López, comentarista del Código de Comercio Chileno, al referirse al numeral 5 del artículo 3 que señala como actos de comercio "las empresas de fábrica y manufacturas", nos dice:

"...A ella se refiere el artículo 3 número 5 del Código de Comercio, lo esencial para precisar la idea de fábrica o manufactura es la transformación de la materia prima mediante el trabajo humano... lo que la ley califica de comercial no es la empresa sino la actividad que ella despliega, en consecuencia, la actividad industrial o manufacturera que económicamente forma parte del sector secundario constituye para el derecho del comercio una actividad de índole mercantil"¹⁶.

16. SANDOVAL L., Ricardo. "Manual de Derecho Comercial", Tomo I, Edit. Jurídica de Chile, 1981, páginas 92 y 93.

Del análisis anterior podría inducirse, que de manera que pudiese considerarse algo general, no puede excluirse al artesano del calificativo de comerciante, por lo menos en cuanto al Código de Comercio se refiere.

2. LA SITUACION EN EL DERECHO ARGENTINO

En cierto sentido puede afirmarse que la legislación Argentina es semejante a la nuestra, si bien es cierto que no posee una disposición como el artículo 4 del Código de Comercio Venezolano; de la redacción de sus artículos 2 y 3, se desprende que los artesanos no son comerciantes, todo lo cual es confirmado por la doctrina.

"Art. 2: Se llama en general comerciante toda persona que hace profesión de la compra o venta de mercaderías, en particular se llama comerciante, el que compra y hace fabricar mercancías para vender al mayor o menor".

"Art. 3: Son también comerciantes los libreros, merceros y tenderos de toda clase que venden mercancía que no han fabricado".

De la redacción de estos dos artículos, parecería deducirse que el Código de Comercio Argentino no considera como comerciantes a los que venden los productos que ellos mismos fabrican, caso dentro del cual se encuentra el artesano que no trabaja por encargo. Pero esta deducción no es a nuestro parecer suficiente para concluir que el artesano no hace acto de comercio cuando compra sus materiales y cuando realiza la venta de su producto. Es por esto que consideramos necesario dejar plasmada la opinión del Dr. Lisandro Segovia, en sus comentarios al Código de Comercio Argentino.

"Siempre que la mano de obra es para el artesano lo principal, que la materia prima en que trabaja no es para él sino alimento u ocasión de su trabajo manual, no hace acto de comercio, porque no especula sobre la reventa y sólo busca una retribución o salario... La doctrina de que el artesano que pone él todo o siquiera parte del material en que trabaja ejecuta un acto de comercio es generalmente rechazada y con razón"¹⁷.

17. SEGOVIA, Lisandro. "Explicación y Crítica del Nuevo Código de Comercio de la República Argentina. Tomo I, Buenos Aires, Edi. Félix Jaramé, página 37.

Siendo por supuesto una opinión doctrinaria, la misma no es absoluta ni irrefutable, pero de una manera u otra puede decirse que el Derecho Argentino contempla una solución parecida a la nuestra. Sin embargo, es necesario aclarar que dicha posición no es tan tajante como la del Derecho Alemán.

3. LA SITUACION EN EL DERECHO ESPAÑOL

La situación en el Derecho Español es un poco compleja, hoy existe toda una regulación para la actividad artesanal, como por ejemplo para sus préstamos, etc., así lo hemos encontrado en el Nuevo Diccionario de la Legislación, pero sin embargo, hay que establecer que el Código de Comercio Español sólo excluye al artesano de la realización de actos de comercio cuando hace la venta de su producto en el taller en el cual labora, así el artículo 326-3 recoge el requisito de conexión excluye de la comercialidad la venta de los artesanos de los objetos contruidos o fabricados en sus talleres. La doctrina española es consecuente al afirmar, que si la venta la hace el artesano en su taller no realiza acto de comercio, pero que si la misma ocurre fuera de él la comercialidad es indiscutible. Veamos ahora algunos comentarios doctrinales.

Para Vicent Chuliá la conclusión es la siguiente:

“El artículo 326-3 nos lleva a la conclusión de que constituye actividad mercantil la venta de los productos artesanos en una tienda independiente al taller del artesano. El Código de Comercio no define al artesano, pero el propio artículo 323-3 permite incluir a quienes realizan verdaderas ventas de materias primas compradas y reelaboradas o manufacturadas y no sólo a quienes trabajan por encargo”¹⁸.

El Dr. Garrigues señala:

“...Tampoco son mercantiles, por lo tanto tampoco atribuyen la cualidad de comerciante, la venta que de los objetos contruidos por los artesanos hicieran éstos en sus talleres (Nº 3 art. 326). Sin embargo, es a veces muy difícil establecer una separación neta entre artesano y comerciante, cuando el arte-

sano opera en grande, adquiriendo fuertes cantidades de materia prima y utilizando una maquinaria costosa”¹⁹.

El Dr. Manuel Broseta Pont, en su “Manual de Derecho Mercantil” confirma esta opinión.

“b) Empresarios civiles, al lado de los empresarios mercantiles existen sujetos que hemos de calificar de empresarios civiles aun cuando realicen en nombre propio una actividad económica para el mercado.

Estos empresarios han de ser civiles, y son los siguientes:

1) Pequeños empresarios, son quienes realizan en nombre propio una actividad económica para el mercado sin disponer de una verdadera empresa, sino preponderantemente con el trabajo propio y con el de su familia. Este es el caso de los artesanos (V. art. 326-3º)”²⁰.

Ahora bien, debemos aclarar, que si bien el Derecho Español, excluye del ámbito del derecho mercantil a los artesanos que realizan la venta de sus productos en los talleres, todos aquellos que no se encuentran incluidos en la disposición y que

son por lo tanto comerciantes, tienen los mismos deberes y de-comercialidad de cierto tipo de artesano y no de una imposición menor de las cargas de los comerciantes a los artesanos. Esta explicación resulta muy importante, dado que el concepto de comerciante en el Derecho Español es único e indivisible, tal como lo asienta Garrigues y Solá Cañizares.

4. LA SITUACION EN EL DERECHO ITALIANO

El concepto de artesano se encuentra enunciado en el artículo 2.083, aunque está entremezclado con otras figuras de pequeños empresarios. Este artículo establece:

“Son pequeños empresarios los cultivadores directos de la tierra, los artesanos, los pequeños comerciantes y aquellos que ejercen una actividad profesional organizada con el trabajo propio y el de los componentes de su familia”.

19. GARRIGUES, J. “Tratado de Derecho Comercial”. T. 1. Revista de Derecho Mercantil. Madrid 1947, pág. 361.

20. BROSETA P., M. “Manual de Derecho Mercantil” Edit, Tecnos, Madrid 1971.

18. CHULIA, Vicent. “Compendio Crítico de Derecho Mercantil” Tomo I, Impresión Cooperativa Artes Gráficas. Valencia 1981, pág. 61.

Lo preminente es la prestación personal del trabajo del sujeto dentro de la organización, el artesano entonces no es empresario mercantil en el derecho italiano, siendo necesario recordar que en Italia se sigue el sistema de la empresa.

Si bien esta es la situación del artesano, queda de esta manera establecido sin lugar a dudas que el artesano está relegado de las obligaciones que pertenecen a las empresas y no realiza, dentro de este sistema, actos de comercio. Lo dicho anteriormente no obsta a que el mismo pueda llegar a constituirse en empresa mercantil, cuando ejerce sólo funciones de coordinación o cuando su trabajo es de importancia secundaria a la de sus colaboradores. La doctrina se debate en determinar cuándo adquiere su carácter de empresa, dando al respecto criterios muy significativos e importantes.

Vivante cuando analiza los actos de comercio nos dice con respecto a la compra con ánimo de reventa, que la reventa debe ser el motivo principal de la adquisición, de donde deduce que si la compra va destinada a ejercer una actividad de su propio trabajo no hay venta de una misma cosa sino de otra diferente, y pone por ejemplos al carpintero, zapatero, sastre, etc., los cuales obviamente son artesanos.

El criterio ha sido repetido por infinidad de autores, de esta manera Ascarelli nos dice que el artesano es un pequeño empresario no mercantil, dada la distinción entre artesano e industria que ha determinado históricamente la inclusión de la actividad industrial en el Derecho Mercantil.

De este modo, podemos concluir que el artesano es considerado como un pequeño empresario dentro del derecho italiano, pero que no está sometido a las mismas obligaciones que las empresas.

5. LA SITUACION EN EL DERECHO FRANCÉS

El artesanado francés tiene actualmente un estatuto jurídico especial que tiende a separar los artesanos de los comerciantes, y si bien el Código de Comercio Francés no se ocupó de los artesanos, éstos han reivindicado su situación, a tal punto que existe en Francia la tendencia a la creación de un derecho artesanal paralelo al derecho comercial, pero cuyas características

son todavía indecisas. Existe un Código del Artesano del año de 1952 (los textos legales relativos al artesanado fueron codificados en Francia en el año de 1952 el 28 de marzo, por decreto) y éste define a los artesanos como trabajadores autónomos de uno u otro sexo actuando personalmente y por su cuenta, sin estar bajo la dirección de un patrón y dedicándose principalmente a la venta del producto de su propio trabajo.

Así, en el Derecho Francés, la jurisprudencia y la normativa especial han permitido diferenciar al artesano del comerciante.

En esta legislación que tratamos existen dos condiciones para la adquisición de la cualidad de artesano:

- 1) La empresa artesanal debe estar matriculada en el Repertorio de los Oficios.
- 2) El titular debe obtener el título de artesano.

Guyenot, analiza estas condiciones subdividiéndolas y especificándolas, pero concluye que la importancia práctica de la distinción entre artesanos y comerciantes es, que los primeros escapan a las obligaciones de la profesión comercial y por tanto, ni están obligados a llevar los libros de comercio, ni se someten a las reglas de la quiebra; gozando además de infinitas prerrogativas y facilidades que le concede la legislación especial (Bancos Populares, ayuda pública especial, etc.).

Los artesanos como vemos poseen una gran importancia en Francia y las estadísticas lo demuestran:

Representan en Francia 800.000 empresas que ocupan 850.000 empleados y 135.000 aprendices a los cuales se agregan las ayudas familiares, o sea, un total de 2.000.000 de personas, es decir, el 10% de la población activa francesa.

Ahora bien, como es lógico pensar son los tribunales con ocasión de cada litigio quienes deciden si el interesado es artesano o comerciante, y para calificarlo retienen los elementos siguientes:

—Es un trabajador manual que le distingue de miembros de profesiones liberales cuyo rol es más intelectual, así como el de los artistas aunque la frontera sea incierta para las pro-

fesiones donde la mano cuenta tanto como el espíritu (mecánicos y dentistas), y para los artesanos del arte.

—Este es un trabajador que efectúa trabajos unitarios o de cortas series, culminando generalmente en una personalización de los productos y de los servicios.

—Es un jefe de una empresa de dimensión modesta. La jurisprudencia permanece reiterada y constante en este criterio. Ella exige que el artesano no emplee sino pocos asalariados (sin precisar una cifra con valor absoluto), que no tenga existencias importantes y no utilizadas de numerosas máquinas. La apreciación del Tribunal tiende a basarse en todos estos elementos y desembocar en soluciones no siempre iguales.

—En fin el artesano no debe hacer actos de comercio sin informar de su actividad de transformación, reparación, producción o prestación de servicios. Especialmente no debe revender objetos en el estado, donde estas ventas siempre ligadas a su actividad comercial no deben representar sino una fracción mínima de su cifra de negocios.

Como podemos apreciar la interpretación jurisprudencial es mucho más extensa en Francia que en Venezuela y que incluso otros países. Vemos como se utiliza la palabra empresa e incluso la forma como se le permite al artesano vender otros productos que no son hechos por él si ello sólo representa una fracción mínima en su cifra de negocios.

Expongamos casos concretos de Jurisprudencia Francesa:

Nº 1 Disposición de la Cámara Comercial del 12 de mayo de 1969.

Juzgó que una modista tenía cualidad de artesano y no de comerciante pues ella confeccionaba personalmente sombreros con la ayuda de sólo 5 obreros, que ella no utilizaba sino 3 máquinas de coser, que no tiene depósito de mercancías y no emite efectos de comercio²¹.

Nº 2 Disposición de la Cámara Comercial del 19 de noviembre de 1975.

Juzgó que sí era comerciante el que explota una empresa de calderería cuya importancia explicaba la existencia de un

21. Grands arrêts Jurisp. Com. Nº 13, note Hovim. V. Aussi Com, 4 dic 1968: D 1969.

personal numeroso. Además el interesado había concluido compras y ventas considerables y múltiples.²²

6. LA SITUACION EN EL DERECHO ALEMAN

Como hemos visto hasta ahora el artesanado ha sido organizado legalmente en muchos países; como ya ha podido dejarse anotado en otros capítulos de este trabajo, Alemania es uno de los mismos.

En Alemania se distingue entre el comerciante, al cual se aplica en toda su extensión las disposiciones del Código de Comercio y los considerados pequeños comerciantes, que son aquellos cuya actividad no sale del marco de la pequeña industria. Este pequeño comerciante, recibe como denominación la de "Minderkaufleute", pero es necesario señalar que no se trata aquí de los comerciantes al menor de otras legislaciones, sino de aquellas personas que comercian de una manera muy limitada, vendiendo los productos que fabrican y que tienen medios y una esfera de acción muy limitada.

Estos no están obligados a llevar los libros obligatorios para los comerciantes, ni se inscriben en el registro de comercio.

El artesano es considerado en Alemania como un pequeño comerciante y además ha sido organizado corporativamente, de esta manera las personas que figuran en las listas de profesionales artesanales, se inscriben en registros organizados por las Cámaras, sin que leyes especiales definan al artesano²³.

Nos encontramos entonces, con la circunstancia de que en Alemania, el artesanado es excluido de una serie de obligaciones que poseen los comerciantes; el artículo 4 del Código de Comercio Alemán señala que no se aplican a los artesanos las disposiciones sobre la razón social, los libros de comercio y las procuraciones (ver supra. Interpretación Histórica).

Tenemos entonces que en la legislación alemana se da cierta protección al artesano, no impidiéndole que adquiriera la calidad

22. Bull. Civ IV, Nº 245, pág. 227.

23. La Ley Alemana de 1897 establece una lista de profesiones artesanales y una Ley del 29 de noviembre de 1933 organizó corporativamente al artesanado.

del comerciante, sino estableciéndole unas obligaciones menos onerosas que la del comerciante, todo lo cual se hace por considerar al artesano como más débil jurídicamente hablando.

No se trata entonces de una calificación general de extracomercialidad sino de la creación de una posición jurídica diferente.

7. EL DERECHO COMPARADO Y LA SOLUCION VENEZOLANA.

Como hemos visto hasta este momento las soluciones extranjeras por las cuales nuestra legislación se ha visto influenciada son muy parecidas a la nuestra, con excepción tal vez, del Derecho Chileno, sin embargo, ninguna de las soluciones es totalmente idéntica a la nuestra, la solución venezolana dice que no son comerciales los simples trabajos manuales de los artesanos ejecutados individualmente.

Pero si bien existen diferencias, creemos que las directrices de los diferentes legisladores son siempre las mismas al colocar al artesano en una especie de ventaja por encima del comerciante, y así podría decirse que nuestro derecho se encuentra dentro de las legislaciones que quieren proteger al artesano y la manera efectiva de hacerlo es considerando que no se reputan actos de comercio los realizados por el artesano en el ejercicio de su actividad. Las consideraciones relativas a determinar si el artesano realiza o no actos de comercio cuando compra el material para realizar su producto y la venta final de éste, en su taller constituyen o no acto de comercio, serán analizadas posteriormente.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES PERSONALES

1. INTERPRETACION PERSONAL DE LA NORMA

Siendo el capítulo presente la verdadera esencia de este trabajo, es lógico suponer que haya sido para nosotros la parte

más importante, más aún cuando es ahora que comenzamos a dar nuestros primeros pesos en este nuevo mundo (para nosotros) del Derecho Mercantil.

El sentido que vemos nosotros en la norma, no es más que el producto de todos los conocimientos que hemos adquirido, los cuales han sido razonados y aceptados o rechazados según nuestro parecer jurídico.

No trata, por supuesto, de ser una solución jurídica única y perfecta, sino más bien un intento, en el que ante todo se ha buscado la razón que llevó al legislador a establecer una norma para luego conocer su contenido, su alcance y en definitiva verificar que es lo que contiene su espíritu.

Nos parece conveniente llevar a cabo una interpretación lo más completa posible y sin pasar por lo alto algún aspecto que pudiese ser importante, es por ello, que en este momento de nuestra labor, realizadas ya las interpretaciones históricas, literales, doctrinales, judiciales y analizado el problema a la luz de las legislaciones extranjeras, consideramos que es oportuno llegar a una interpretación que determine la finalidad de la norma, para lo cual resulta imprescindible la referencia al bien o valor jurídico que la Ley ha querido tutelar.

Antes de llegar a nuestras conclusiones es necesario realizar dos tipos de interpretación, una interpretación restrictiva y una interpretación extensiva, considerando que ésta última no trata de aplicar la norma a casos no contemplados en ella, sino de extenderla en razón de su verdadero sentido y alcance.

A. Interpretación Restrictiva

Viene a ser el resultado de una interpretación que apoya la opinión de parte de la doctrina venezolana actual.

Esta interpretación considera que la norma sólo busca excluir los simples trabajos manuales de los artesanos u obreros de la calificación de actos de comercio, ya que si el legislador hubiese querido excluir también a la compra de los materiales para fabricar los productos y a la venta de éstos ya elaborados, lo hubiera así considerado expresamente en la norma.

Así pues, según ésta el legislador sólo quiso proteger parte de la actividad del artesano y no su totalidad, pues restringe la

protección sólo a los trabajos manuales dejando fuera de ésta la tutela de otras actividades, calificadas como mercantiles, como sería la compra con ánimo de reventa de los materiales en la misma forma o en otra distinta y la venta de esas cosas.

Dentro de esta posición hay quienes piensan al interpretar el artículo 2 ordinal 1º, que no se trata de una compra con ánimo de reventa y por lo tanto no constituye acto de comercio, cuando se realiza una transformación de un producto en el cual el valor de la mano de obra es superior al del material comprado para su elaboración, o sea que en este caso no se trata de la venta del producto en una forma totalmente distinta sino de un producto nuevo.

Llevando esto al problema del artesano concluyen que la compra de los materiales no constituye acto de comercio si el valor de la mano de obra es superior al costo de los materiales utilizados.

Existe entonces la opinión de famosos jurisconsulto que consideran que la actividad del artesano es solo meramente civil cuando el producto ha sido elaborado por encargo y la persona que se lo encomienda le ha suministrado el material ya que la norma no especifica lo contrario, y considerar que la compra de material para realizar un encargo es de naturaleza civil, sería llegar a una interpretación extensiva.

Es necesario señalar que aun cuando la norma utilice el término "ejecutados individualmente" no puede, por más restrictiva que sea una interpretación reducirse al sentido de una sola persona ya que el trabajo artesanal siempre ha tendido a ser familiar e incluso pudiendo llegar a tener uno o dos aprendices. El sentido que debe dársele es el que considera que el artesano no debe constituirse en empresa, ya que, siendo así, perdería por completo la protección de la norma según el artículo 2 ordinal 6º.

Por último debemos tener en cuenta que el legislador se refiere también a los trabajos manuales que preste el artesano y el obrero a alguna empresa y establecimiento enumerados en el artículo 2. No constituyendo esta actividad acto de comercio.

En una interpretación restrictiva la empresa tendría que abastecer al artesano de los materiales, ya que si el artesano

los comprase para su trabajo estaría realizando acto de comercio, a menos, que se concluya lo contrario por interpretación del artículo 2 ordinal primero, atendiendo a la tesis del valor predominante.

Por ende, según esta interpretación el artesano puede llegar a ser comerciante cuando fuera de los casos vistos anteriormente (simples trabajos manuales) realice actos de comercio haciendo de éstos su profesión, actuando en nombre propio y con fines de lucro.

B. Interpretación Extensiva

Como ya señalamos anteriormente, esta interpretación busca el verdadero sentido y alcance de la norma y no aplicar ésta a casos que no regula.

1. "LOS SIMPLES TRABAJOS MANUALES"

Se concibe como algo mucho más amplio que la mera actividad "de transformación del objeto" artesanal, y se debe de extender a toda la actividad artesanal, incluyendo la adquisición de los materiales para realizar el trabajo y venta final del producto, por ende el artesano dentro de su actividad no podrá realizar actos de comercio, ni llegar a través de ésta a convertirse en comerciante.

Las razones en que fundamentamos esta afirmación son las siguientes:

PRIMERO: El Derecho Mercantil es un derecho, hecho por los comerciantes y para los comerciantes, no debiendo incluirse entonces dentro de los comerciantes, según el significado normalmente aceptado del término, a los artesanos, los cuales forman una categoría aparte ya que la evolución histórica, el auge industrial y el capitalismo los han dejado atrás.

SEGUNDO: La evolución de nuestra norma, la cual aparece en 1904, copiada al parecer del artículo 4 del Código de Comercio alemán, el cual quiere eximir de ciertas obligaciones del comerciante al artesano, pareciera explicarnos que fue ésta la misma intención de nuestro legislador al establecer que la acti-

vidad del artesano no constituye acto de comercio, con lo que éste no podría por su simple actividad constituirse en comerciante y por lo tanto no tendría las obligaciones de éstos.

Ahora bien, nuestro legislador prefirió decir que la actividad del artesano no constituye acto de comercio en vez de decir que los artesanos no son comerciantes, dado el hecho de que nuestro Derecho Mercantil pertenece al sistema mixto, que parte de la enumeración de una serie de actos, calificados como comerciales, diferente al sistema alemán, que es un sistema subjetivo, sin embargo, es lógico que la norma haya sido copiada del Código alemán como lo demuestra el hecho de que en la reforma del Código venezolano de 1904, se copió del Código alemán los capítulos referentes a la firma todo lo cual nos lleva a la conclusión de que este Código al menos en el aspecto general de la reforma fue tomado en cuenta.

TERCERO La ratio legis, nos lleva a creer que se quiso proteger al artesano, el cual en la mayoría de los casos se encuentra en una posición social y económica inferior a la media común del comerciante. Piénsese un poco en la gran cantidad de artesanos venezolanos que viven en el interior del país del producto de su actividad y en condiciones muchas veces infrahumanas, a los cuales sería injusto aplicarle una serie de cargas que establece el Código de Comercio para el comerciante.

Esto no quiere decir por supuesto que no existan comediantes que se encuentran en condiciones difíciles en sentido económico, ni que no hayan artesanos cuyo valor productivo sea alto y que por ello se hallen en buena posición, sino que en líneas generales la experiencia nos enseña que la actividad comercial hoy es una de las más lucrativas y que la artesanal sigue siendo la subsistencia, no siendo por tanto de excesiva ganancia.

CUARTO: Es absurdo pensar que el legislador se limitó a excluir los simples trabajos manuales cuando es obvio que dichos actos realizados por el artesano aisladamente considerados no son actos de comercio, puesto que éste no los a incluido en el ordinal 1° del art. 2 del Código de Comercio.

Ejemplo: Un escultor al que se le da un trozo de mármol para que talle una figura, está realizando un simple trabajo

manual y es lógico que aun cuando no existiese art. 4 no estaría realizando un acto de comercio pues no se encuentra dentro de los supuestos del art. 2 del Código de Comercio. Por lo tanto, pareciera sin sentido que el legislador regulase como extracomercial una situación que por su esencia lo es, como lo sería también que el legislador regulase de extracomercial los documentos redactados por un abogado, cuando ya éstos en su naturaleza no son actos de comercio.

...En efecto, la labor de transformación del material adquirido y la elaboración final de un producto que luego se destina a la venta, es comercial solamente, en la concepción de nuestro Código, cuando proviene de una organización empresarial (art. 2 ord. 5), de tal manera que al excluir de la calificación de comercial a los sujetos que individualmente acometan labores del mismo tipo, en el fondo, simplemente cae en una redundancia”²⁴.

Consideramos entonces que la última razón del artículo es excluir a los artesanos de la realización de actos de comercio con su actividad.

Si bien en muchos aspectos nuestro Código de Comercio es redundante, por su falta de técnica legislativa, en este caso se trata de un artículo incluido posteriormente al capítulo, de una manera premeditada, como una norma de excepción, lo cual nos lleva a afirmar que no se trata de un error.

QUINTA: No se puede considerar la compra de los materiales por el artesano como acto de comercio puesto que éste necesita de dichos materiales para su trabajo artesanal, y es lógico por tanto que si no le son entregados por un encargo, los compre él para realizar su labor, sin que por ello se pueda decir que está realizando un acto de comercio. Ejemplo: El caso de los artesanos del interior de nuestro país que hacen velas decoradas de cera. Ellos no trabajan por encargo, pero para realizar su trabajo necesitan los materiales, y por ello los compran (cebo y colorante). No sería natural afirmar que esta compra para su trabajo constituye un acto de comercio, pues lo que se quiere es proteger la actividad artesanal, y si es necesario, el artesano

24. MARMOL Marquís, Hugo. “Fundamentos de Derecho Mercantil” Universidad Católica Andrés Bello, Estudios Jurídicos, Caracas 1978, págs. 124 y 125.

comprará su material sin que ello pueda dar lugar a que se le califique de comerciante.

SEXTA: Si bien es cierto que la venta final no es un acto accesorio inevitable de la propia fabricación, sí consideramos que éste no puede ser realizado en forma autónoma respecto de la actividad artesanal del sujeto y así, si el agricultor puede firmar letras de cambio sin hacerse comerciante si éstas están subordinadas a su actuación en el Agro cuando podría ser agricultor sin firmarlas, o sea, que esa actividad no es consustancial con su profesión, tampoco el artesano debe considerarse comerciante cuando vende los productos que fabrica.

Además consideramos que el artesano, actúe o no por encargo, lo que hace siempre al final, es una venta de su producto. La diferencia es que la venta por encargo ha sido pactada antes de la elaboración del producto y la otra no, pero al fin y al cabo es una venta pues al artesano se le va a pagar su trabajo.

Ejemplo: Un artesano hace figuras de piedra, y alguien interesado por haberlas visto le manda a hacer 50 piezas; tanto esta labor hecha por encargo como la que ya tenía hecha y exhibida, tiene como destino final la venta de su producto elaborado, sólo que una la hizo antes del encargo y otra después. Entonces no se puede decir que en el primer caso no sería acto de comercio y en el segundo sí, puesto que ello sería contradictorio.

2. CONCLUSIONES FINALES

De las dos interpretaciones que hemos realizado, es evidente que a una de ellas nos hemos de acoger, y consideramos, como puede desprenderse de su análisis, que ha sido la última de ellas la interpretación extensiva.

El fundamento de por qué nos adherimos a la misma ha sido explicado en cada uno de los puntos que le sirven de sustento.

En este estado de nuestra labor, surge como imperio a necesidad recapitular sobre todos y cada uno de los puntos tratados de la manera más concisa posible.

Con respecto a la figura del artesano es necesario recordar que es una de las profesiones más antiguas que existe, pero a raíz de la Revolución Industrial esta figura ha quedado relegada, colocándose en una condición inferior a la del comerciante.

Hoy en día el comercio tiende a la figura del intermediario, quedando separados el productor del destinatario final.

En Venezuela, la protección de la actividad artesanal tal y como lo establece el artículo cuarto, tiene su origen en el Código de Comercio Venezolano de 1904, antes no se encuentra la norma, pero a partir de allí ésta ha permanecido inmutable.

La doctrina, como en todos los aspectos jurídicos, se encuentra dividida. Una parte considera que si bien los simples trabajos manuales del artesano no constituyen actos de comercio, en cambio, sí los constituyen la compra de los materiales hecha por el artesano con ánimo de reventa y la venta final del producto de su actividad, opinión con la cual no estamos de acuerdo, ya que es a nuestro modo de ver una intervención restrictiva que tiene por objeto calificar de comercial la venta artesanal.

Dentro de esta posición hay quienes sustentan que no es acto de comercio la compra con ánimo de reventa si el valor de la mano de obra es superior al de los materiales, posición que tiene por objeto calificar a cierta parte de la actividad artesanal que resulta muy lucrativa como comercial, como tenemos hoy en día por ejemplo con los sastres. Y no es, ciertamente a este tipo de artesano al que nosotros queremos proteger, pues éste casi siempre llega a convertirse en comerciante con otras actividades análogas, que si serían actos de comercio o porque se constituye en empresa, sino al artesano propiamente dicho aquel que trabaja para subsistir.

Ahora bien, existe otro sector de la doctrina que considera que el artesano no debe ser considerado como comerciante, ni realiza acto de comercio cuando compra los materiales para actividad y cuando realiza la venta final de su producto.

La jurisprudencia en Venezuela tiende a considerar que el artesano no es un comerciante, pero en cuanto éste sale de su "pequeña" actividad, lo somete la mayoría de las veces a la jurisdicción mercantil.

Como vemos la jurisprudencia protege al artesano y quiere que él se quede dentro de su ámbito, pero a la menor señal, de que éste pretenda realizar actos de comercio, lo sacará de sus jueces naturales y lo someterá a los mercantiles.

En el derecho comparado, las soluciones son diversas, y así países como Italia y Alemania tienden a excluir de ciertas obligaciones de los comerciantes a los artesanos.

Nosotras, en definitiva consideramos que es indispensable continuar la protección del artesano tal y como lo considerara el Dr. Roberto Goldschmidt, lo cual se deduce del proyecto de reforma del Código de Comercio por él elaborado, la norma protege la actividad del artesano y la eventual adquisición de materiales tiene una importancia secundaria.

Esto no obsta, a que el artesano pueda convertirse en comerciante, así como el abogado, arquitecto, ingeniero, pueden llegar a serlo, en caso de que realicen actos de comercio y cumplan con las demás condiciones necesarias para llegar a convertirse en comerciante. Sería el caso del panadero que además de vender el producto realizado por él (pan, etc.) vende también caramelos, jugos, etc., que él compra al productor con ánimo de revenderlo al consumidor, convirtiéndose él en intermediario, ya que la finalidad de la Ley no es incapacitar al artesano para convertirse en comerciante sino proteger en cierto sentido su actividad.

Nos surge ahora, la necesidad imperiosa de determinar cuándo el artesano se convierte en comerciante y además del criterio de su conversión en intermediario surgen muchas otras circunstancias en las que él sin dejar de ser artesano adquiere la cualidad de comerciante.

Estas serán, en primer lugar que el artesano constituya una empresa, recordando que definimos como empresa el conjunto de recursos naturales, capital, y trabajo, que en correlación con los programas del Estado produce bienes y servicios destinados al intercambio con un interés colectivo. Siguiendo el criterio de los autores italianos el factor principal es que constituya un grupo de trabajo organizado.

En segundo lugar, cuando realice actos de comercio, en forma organizada, en nombre propio y con ánimo de lucro. Ac-

tividad que debe ser indirecta con respecto a su trabajo artesanal. Ejemplo: el panadero cuando vende jugos, en este caso la compra del jugo es indirecta y autónoma a su actividad de hacer el pan, no así la compra de la harina.

Lo que tratamos de lograr acogiéndonos a la protección del artesano es evitar que a éste se le impongan las cargas que usualmente tiene el individuo calificado de comerciante. Como sería por ejemplo los libros de contabilidad: es imposible pretender que un artesano lleve los libros de contabilidad pues muchos de ellos son analfabetas debido a que se han desarrollado solamente en el ámbito familiar trabajando como artesanos, es el caso de los mencionados del pequeño oficio del interior del país (vendedores de velas y figuras de madera).

Recordemos que incluso en Alemania donde se encuentra de manera inmediata el origen de la norma se le exime de esta carga, ya que se considera que en muchos casos le es imposible de llevar y además que resulta muy pesada puesto que se dedica a una actividad relativamente pequeña.

En todo caso si se obligara al artesano a llevar esos libros lo único que se lograría es que en la práctica no lo hiciera, como sucede incluso con muchos pequeños comerciantes que sin embargo no respetan ni cumplen esta obligación que les es impuesta.

Tampoco se le puede imponer la obligación de inscribirse en el Registro, establecer firma comercial, que se le someta al concurso de la quiebra, etc.

En este orden de ideas, lo que consideramos fundamental es que el artesano sea excluido de la jurisdicción mercantil y se rija por otras reglas del derecho; introducirlo en el Derecho Mercantil resulta sumamente pesado e ilógico. Sin embargo, es necesario la determinación del caso concreto, para poder aseverar si se trata de un artesano o de un comerciante, lo cual correspondería a los jueces que conocen de la causa en concreto.

De todas formas pensamos que se hace necesaria una legislación especial para el artesano, como sucede en Francia y España, en donde se les regula según su categoría y se les protege".

Debemos recalcar que esta interpretación no es el resultado de un procedimiento analógico —el cual no tendría cabida por

tratarse de una norma de excepción— sino de una interpretación extensiva que busca darle a la norma su verdadero alcance y significado y no regular supuestos no contemplados por ella.

Concluimos que el artesano no puede *por su actividad* convertirse en comerciante, puesto que no realiza acto de comercio en el sentido del ordinal primero del art. segundo en concordancia con el art. cuarto.

3. LA EXPERIENCIA OBTENIDA

El producto de este trabajo ha tenido gran significado para nosotras, ya que mientras más nos adentramos en los pequeños puntos del Derecho Mercantil, más nos damos cuenta de la inmensidad de su campo.

Si bien en un principio esta investigación nos parecía poco atractiva al comenzar a trabajar sobre la misma los incentivos se fueron ampliando, hasta que llegamos a una extraordinaria experiencia personal.

Dado que el trabajo está dirigido de manera inmediata al Dr. Hugo Mármol M., y que su metodología nos ha enseñado su forma objetiva de analizar críticamente los puntos de cada trabajo, queremos dejar presente nuestra disponibilidad a cualquier crítica o duda que pueda presentársele para realizar una concertación oral, ya que estamos conscientes de que es más difícil dejar plasmadas todas las ideas a través de la comunicación escrita.

CAPÍTULO VII

BASES PARA UNA NUEVA NORMA

La labor interpretativa no puede, por más hábil que sea el intérprete, terminar con su punto de vista, sólo con su opinión, es necesario hacer un análisis más profundo que debe abarcar incluso cuáles son las tendencias de nuestros actuales legisladores, es por eso que hemos creído necesario tener en cuenta la

opinión de algunos de los miembros de la actual comisión de reforma del Código de Comercio y por otra parte consideramos incluir la opinión de uno de nuestros más famosos jurisconsultos como fue Roberto Goldschmidt, el cual si bien ahora no se encuentra presente entre nosotros ha sabido dejarnos sus enseñanzas.

1. EL PROYECTO GOLDSCHMIDT

En la revista del Ministerio de Justicia de 1962. "Reforma Mercantil" realizado por Roberto Goldschmidt, nos encontramos con la norma del artículo 4 debidamente modificada y en la exposición de motivos se señala:

"Dentro del Código de 1919 hay dificultades para delimitar la figura del comerciante de la del artesano, en particular de determinar las relaciones entre el artículo 4 y el artículo 2 ordinal 2º. De conformidad con el proyecto, no son comerciantes, salvo lo dispuesto respecto a las sociedades, quienes ejercen una actividad dirigida a la producción de bienes o servicios o una actividad de transporte si la realizan, en forma exclusiva o predominante, con el trabajo propio o de sus familiares y la eventual adquisición de materiales tiene una importancia secundaria en relación con el trabajo efectuado²⁵.

Por otra parte, la redacción del artículo quedó establecida de la siguiente manera:

"ANTEPROYECTO DE LOS LIBROS PRIMERO Y SEGUNDO"
LIBRO PRIMERO. De los comerciantes y sus actividades en general.

TITULO I. De los Comerciantes.

"Artículo 3: Tampoco son comerciantes, con la excepción contemplada en el artículo 2, quienes ejercen una actividad dirigida a la producción de bienes o servicios o una actividad de transporte, si la realizan en forma exclusiva o predominante, con el trabajo propio o de sus familiares y la eventual adquisición de materiales tiene una importancia secundaria con el trabajo efectuado"²⁶.

25. MINISTERIO DE JUSTICIA. "Reforma Mercantil" Roberto Goldschmidt. Caracas 1962, pág. 10.

26. Idem.

Como puede observarse en realidad el Dr. Goldschmidt, era de la opinión de que debían eliminarse a los artesanos del trabajo de los comerciantes y del campo de aplicación del Derecho Mercantil y por esta razón, utilizando una redacción más técnica, no establece que no realizan actos de comercio sino que no son comerciantes y por otra parte recalca que la compra de materiales tiene un carácter secundario.

2. LOS ACTUALES PROYECTISTAS DE LA REFORMA DEL CODIGO.

Para un estudiante de derecho resulta una gran experiencia, el que personas de tan renombrada categoría en el mundo jurídico, como son aquellos a quienes se les ha encomendado la labor de modificar la legislación, presten su consentimiento para ser entrevistados; es sin duda, un honor que los mismos hayan tenido a bien poner a nuestro alcance sus conocimientos.

A.—*Dr. TOMAS MARIANO ADRIAN H.*: Para el Dr. Tomás Mariano Adrián, lo importante es determinar que no constituye acto de comercio la compra de los materiales con ánimo de reventa ni tampoco la venta final del producto realizada por el artesano, debido a la existencia del artículo 4 del Código de Comercio, a su juicio el artesano se convierte en comerciante en dos supuestos:

1.—Cuando organiza su actividad como manufactura, en cuyo caso realiza una confección en masa, o sea se constituye en empresa.

2.—Cuando se dedica a la venta de otros productos diferentes a los que produce, que es el caso ya mencionado del panadero que además del pan vende jugos, caramelos, etc.

Sin embargo, para él en estos casos no se trata de que el artesano pierda su cualidad de artesano para convertirse en comerciante, sino que realiza actos de comercio en forma independiente a su actividad y por lo tanto adquiere esta nueva cualidad.

De todas formas, determinar si una persona es o no artesano, es una cuestión que a su juicio corresponde a los jueces de fondo y que debe ser determinados por ellos en cada caso concreto.

Por otra parte dice que es necesario determinar la noción de aprendiz, ya que su existencia en muchos casos determina la del artesano.

Cuando le pedimos su opinión acerca de cómo debería ser redactado el artículo, para evitar la confusión que se plantea en la actualidad, consideró como una redacción más adecuada la siguiente:

“Las actividades de carácter económico ejecutadas manualmente e individualmente por los artesanos, ya sea por cuenta propia o al servicio de una de las empresas enumeradas en el artículo 2, no constituyen actos de comercio”.

Como puede verse, prefiere el Dr. Adrian, que se diga las actividades de carácter económico y no los simples trabajos manuales, como aparece en el Código vigente.

B.—*Dr. FRANCISCO HUNG VAILLANT*: El Dr. Hung, hombre a nuestro parecer de ideas muy claras y brillantes, considera que el artesano debe sacarse del ámbito del comerciante. Para él lo fundamental es la conceptualización de lo que es comerciante y de lo que es artesano, en éste último caso no se utiliza el trabajo ajeno, sino sólo el trabajo propio o el de su familia. El artículo entonces no debe interpretarse literalmente y reducirse a los simples trabajos manuales, sino extenderse a la labor propia del artesano.

En esta materia según su criterio no se puede generalizar, hay que buscar la intención del legislador, que es proteger al pequeño productor e incluso se le protege cuando vende su producto a un intermediario, por supuesto, si la persona vende además otros productos deja de ser protegida porque comienza a ejercer independientemente de que sea o no artesano.

Ante el planteamiento de los autores que dicen que para estar protegido es necesario que actúe por encargo dice el Dr. Hung, que es una posición para determinar la capacidad productiva del artesano, una manera de salirse de la suerte tratando de no proteger a los artesanos que en ciertos casos obtienen altas ganancias, para él es absurdo que se diga que un sastre que trabaja por encargo y teniendo una alta potencialidad de trabajo realiza unos cien trajes al mes no es comerciante y en

cambio un pequeño sastre que hace dos trajes al mes y los vende en su taller sí lo es.

Para él lo que busca la Ley no es proteger al que trabaja por encargo, sino a quien realiza una actividad productiva de tipo artesanal.

Por otra parte, nos plantea el problema que ha traído la utilización del vocablo simples trabajos manuales, ya que éste es un término que puede ser interpretado de diferentes maneras.

C.—*Dra. MARIA AUXILIADORA PISSANI*: A juicio de la Dra. Pisani, el problema se plantea porque el ordinal 1º del artículo 2 dice: "en la misma forma o en otra distinta", resulta entonces que el artesano puede trabajar cuando el cliente le suministra el material y aquí no hay problemas, en realidad los problemas se presentan cuando el artesano compra el material, pero a su modo de ver no existe solución legal; para ella la doctrina ha interpretado que se sobrepese lo que vale más.

Pero en todo caso es necesario ver cuál es la situación concreta que se presenta, determinar en cada caso específico, porque es obvio que los casos extremos no presentan problemas, o sea el pequeño artesano de los Andes, quien nunca puede ser reputado como comerciante, ni tampoco la gran empresa, quien siempre realiza actos de comercio, sino aquellas actividades realizadas por los artesanos que se encuentran en el límite entre las dos situaciones; aquí es el juez, quien debe resolver, sobrepesar los elementos, siempre recordando que el Derecho Mercantil es un derecho pragmático y que busca ante todo la equidad. Por eso a su juicio no existen reglas, aun cuando es claro que se quiso proteger al artesano y la norma no puede restringirse a la simple actividad manual.

D.—*Dr. HECTOR GRISANTI LUCIANI*: El Dr. Grisanti es sin duda uno de los más grandes historiadores del derecho y por supuesto de derecho mercantil, si bien no nos hizo un comentario muy extenso en relación a esta norma, ya que no constituye materia de su especialidad; es claro que en la ayuda que nos brindó para conseguir el origen de la norma, nos estableció que la intención del legislador había sido proteger al artesano, de lo contrario la norma carecería de sentido.

La opinión de nuestros actuales legisladores ha sido clara, consideran que debe protegerse al artesano, y en este sentido esperamos que pronto el aspecto sea tomado en cuenta en el seno de la comisión, que la protección legal se busque y se oriente hacia resultados para todos satisfactorios. Sería demasiado aventurado tratar de idear una norma, no así que consideremos que debe crearse, como en efecto sucede en otros países, una legislación especial que proteja al artesano y reglamente toda su actividad.

CRONICA DE LA FACULTAD

I. JORNADAS DE REFLEXION

Durante el mes de noviembre de 1984, se llevaron a cabo las Jornadas de Reflexión sobre los Estudios de Derecho en el país, con la asistencia en calidad de invitados, de los señores Decanos de las diversas Facultades de Derecho y de Ciencias Jurídicas y Políticas que existen en Venezuela, y la concurrencia de numerosos profesores y estudiantes de Derecho que con sus ponencias escritas y comentarios contribuyeron de manera real a un análisis efectivo del Pensum de estudios actual, y de las posibilidades de mejorarlo más en los próximos años.

Fue designada una Comisión de Evaluación que estudiara todos los planteamientos recibidos y rindiera un informe sobre los mismos, integrada por: los Jefes de Departamento, Dres. Chibly Abouhamad Obaica, Sebastián Artilles, Carlos Escarrá Malavé, Luis Henrique Faria Mata, Luis María Olasso, S.J., Fernando Pérez-Llantada, S.J. y Reinaldo Rodríguez Navarro; los Representantes Estudiantiles ante el Consejo de Facultad, Brs. Mauricio Gómez Sigala y Andrés González; dos representantes de los egresados, Joel Rivas y Rafael Badell Madrid; un representante de los profesores ante el Consejo, Dra. Carmelina Valbuena de Silva; y los profesores María Helena Fernández Velosa y Hugo Mármol Marquis, en sus caracteres de Directora de la Escuela y Director del Centro de Investigaciones Jurídicas.

De entre los planteamientos presentados en las Jornadas, pueden destacarse como los más importantes, susceptibles de mejores estudios futuros, los siguientes:

- 1) Elevar la carrera a seis (6) años.
- 2) Introducir con carácter obligatorio las cátedras "Derechos Humanos" e "Informática Jurídica".
- 3) Eliminar las asignaturas optativas semestrales y mantener una sola optativa anual para cada área. Las optativas del 5º año podrían substituirse por un trabajo de investigación o por la participación en la Clínica Jurídica.
- 4) Revisión de los sistemas y mecanismos en las asignaturas prácticas.

La Comisión recomendó al Consejo de Facultad, como reestructuraciones prioritarias del Pensum la eliminación de las optativas semestrales, reformulación de las prácticas y una serie de ajustes

programáticos en diversas asignaturas. En el caso de materias semestrales cuyo contenido fuera considerado básico para la formación del estudiante, se recomendó su refundición en materias anuales. Dichos planteamientos, analizados por el Consejo de la Facultad, fueron posteriormente sometidos a la consideración del Consejo Universitario, con cuya anuencia se aprobó en definitiva una reestructuración del Pensum, el día 25 de junio de 1985, que tendrá vigencia a partir del año lectivo 1985-1986 y cuya significación se señala en otro lugar de la presente crónica.

II. EVENTOS CELEBRADOS DURANTE EL AÑO

1. En noviembre de 1984, se celebró un Foro sobre el Acta de Contadora, con la participación de los señores Embajadores Jesús Pinto Levi (México); Alberto Zalamea (Colombia); Everaldo Bosque de León (Panamá); Rafael Paris (Costa Rica); Julio Armando Martini (Guatemala); Alberto Díaz Lacayo (Nicaragua); Jorge Masfura (El Salvador). Por la Facultad de Derecho participó la Directora de la Escuela, Dra. María Helena Fernández V.
2. Del 18 al 21 de marzo, se llevaron a cabo las Jornadas sobre Derechos Humanos copatrocinadas por la Facultad y la Comunidad Hebrea B'Nai Brith de Venezuela; con la participación de los profesores Luis María Olaso S.J., María Helena Fernández V. y Herman Escarrá por la Facultad; y de los señores General Juan Rosales, Dr. Orlando Tovar Tamayo, R.P., Luis Ugalde, S.J., Dr. Nathan Zaidman y señor Samuel Vainberg.
3. En ocasión de la Semana del Abogado, se celebraron unas jornadas de análisis al Proyecto de Código de Procedimiento Civil, del 29 de abril al 3 de mayo de 1985. Participaron los profesores Servio Tulio Altuve, Israel Argüello, Sebastián Artiles, Alberto Baumeister, Jesús Eduardo Cabrera, José Román Duque Sánchez, Ramón Escobar León, Adán Febres Cordero, José Andrés Fuenmayor, Leopoldo Márquez Añez, Hugo Nemirovsky, Mario Pesci Feltri, Aristides Rengel Romberg y José Rodríguez Urraca, todos ellos vinculados al desarrollo del Derecho Procesal.
4. La Facultad patrocinó un Foro sobre Integración Andina, realizado en los locales del Banco Central de Venezuela, en los días 26, 27 y 28 de mayo; participaron el Dr. José Guillermo Andueza, Presidente del Tribunal Andino; Luis Carlos Sachica, Magistrado del Tribunal por Colombia; Oswaldo Padrón Amaré, Magistrado Suplente por Venezuela; Luis Henrique Faria Mata, Juez de la Corte Suprema de Justicia y Magis-

trado Suplente del Tribunal Andino por Venezuela; Pompeyo Márquez, Segundo Vice Presidente del Senado de la República; Andrés Eloy Blanco Iturbe, Vice-Presidente del Parlamento Andino; Galo Pico Montilla, Embajador del Ecuador; Luigi Boselli, Embajador de la Comunidad Económica Europea en América Latina; Simón Izaguirre, Presidente del Instituto de Comercio Exterior; César Salazar Cuervo, Ex-Presidente del Instituto de Comercio Exterior; Luis Herrera Marcano, Ex-Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela y Allan Brewer-Carias, Director del Instituto de Derecho Público de la citada Facultad.

5. La Facultad fue también co-patrocinante de las Jornadas sobre Responsabilidad Médica, celebradas en Barquisimeto entre los días 4 y 6 de julio de 1985 para conmemorar el XC Aniversario de la Fundación del Colegio de Abogados del Estado Lara.

III. TRABAJOS DE ASCENSO

Presentaron trabajos para ser considerados a los efectos de su ascenso en el escalafón universitario, los profesores:

Alfredo Morles Hernández: "EL MERCADO DE CAPITALS"
María José Canosa: "EL RETARDO MENTAL"

Ramón Escobar León: "BREVES NOTAS SOBRE LA SUCESION, TRANSMISION, ACEPTACION Y REPUDIACION HEREDITARIA".

Fueron aprobados los trabajos de ascensos y en definitiva concedidos éstos a los profesores:

Mara Helena Fernández Velosa, quien pasa a categoría de *Asistente*.

Hugo Mármol Marquis, quien pasa a la categoría de *Asociado*.
Tarcisio Jañez Barrios, quien pasa a la categoría de *Asociado*.

IV. NOTICIAS DE LA FACULTAD

1. Se constituyó, en octubre de 1984, la Asociación Civil de Egresados de Derecho de la Universidad Católica "Andrés Bello", que aspira a aglutinar a los egresados de nuestra Facultad en un trabajo de crítica y de apoyo a los diversos programas desarrollados por ella.

Le deseamos el mejor de los éxitos.

2. La Facultad fue representada por los Dres. Lorenzo Fernández Gómez y Lilián Suárez en las Jornadas de Informática Jurídica celebradas en la República Dominicana, y de Ciencias del Delito en Puerto La Cruz, Venezuela, respectivamente.
3. Se separa de nuestro personal docente el Profesor Manuel Urriza, por regresar a residenciarse en la República Argentina, su país natal. El Consejo aprobó un voto de reconocimiento en razón a su alta calidad docente y sentido de responsabilidad demostrados en los siete años en que prestó servicios a la Universidad.
4. El Decano de la Facultad de Derecho, R.P. Luis Olaso, S.J., participó en el Foro sobre "Pensamiento Comunitario", celebrado en la ciudad de Mérida, con una ponencia sobre: "Participación Política".
5. A partir del Año Lectivo 1985-1986, se dispuso la creación de las siguientes nuevas secciones:

Sección "D" (diurna) de Segundo Año

Sección "B" (nocturna) de Tercer Año

Sección "B" (nocturna) de Cuarto Año

Sección "B" (nocturna) de Quinto Año

V. REESTRUCTURACION DEL PENSUM

Como medidas inmediatas, adoptadas como consecuencia de los planteamientos que se hicieran en relación con las Jornadas de Reflexión que arriba quedaron reseñadas, quedó aprobada una reestructuración del Pensum, el cual quedaría integrado de la siguiente forma:

AÑO ACADÉMICO 1985-1986

PENSUM DE DERECHO

PRIMER AÑO:

- 4 INTRODUCCION AL DERECHO
- 3 INSTITUCIONES POLITICAS
- 3 HISTORIA DEL DERECHO
- 3 SOCIOLOGIA

- (23 horas) 3 ECONOMIA
- 2 PRE-SEMINARIO
- 2 LOGICA
- 3 DERECHO CIVIL I (PERSONAS)

SEGUNDO AÑO:

- 3 DERECHO ROMANO
- 3 DERECHO CIVIL II (BIENES)
- 3 DERECHO CONSTITUCIONAL
- 4 DERECHO PENAL I
- (25 horas) 3 DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO I
- 2 DERECHO CANONICO
- 3 DERECHO PROCESAL CIVIL I (TEORIA GENERAL DEL PROCESO)
- 2 SEMINARIO

TERCER AÑO:

- 4 DERECHO CIVIL III (OBLIGACIONES)
- 3 DERECHO PENAL II
- 3 CRIMINOLOGIA
- 3 DERECHO ADMINISTRATIVO I
- 2 DERECHO PROCESAL CIVIL II
- (25 horas) (JUICIO ORDINARIO)
- 2 DERECHOS HUMANOS
- 3 DERECHO MERCANTIL I
- 3 PRACTICAS DE I NIVEL

ELECTIVAS ANUALES

- 2 REGIMENES ESPECIALES DE LA PROPIEDAD (DERECHO PRIVADO)
- 2 DERECHO MUNICIPAL (DERECHO PUBLICO)
- 2 JUSTICIA DE MENORES
- 2 DERECHO AGRARIO (DERECHO SOCIAL)

CUARTO AÑO:

- 2 INFORMATICA JURIDICA
- 3 DERECHO MERCANTIL II
- 4 DERECHO CIVIL IV (CONTRATOS Y GARANTIAS)
- 3 DERECHO DEL TRABAJO
- 3 DERECHO ADMINISTRATIVO II

- 2 DERECHO DE PRUEBAS
- 3 DERECHO FINANCIERO
- 2 DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO II

(25 horas) 3 PRACTICAS DE II NIVEL

ELECTIVAS ANUALES

- 2 DERECHO REGISTRAL (DERECHO PRIVADO)
- 2 CIENCIAS PENITENCIARIAS (AREA PENAL Y CRIMINAL)
- 2 CONTRATACION COLECTIVA Y SINDICALISMO (DERECHO SOCIAL)

QUINTO AÑO:

- 3 DERECHO PROCESAL CIVIL III
- 3 DERECHO PROCESAL PENAL
- 2 DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
- 2 PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
- 3 DERECHO CIVIL V (FAMILIA Y SUCESIONES)

(25 horas) 3 FILOSOFIA DEL DERECHO
2 DERECHO ADMINISTRATIVO III
1 DEONTOLOGIA JURIDICA
3 PRACTICAS DE III NIVEL

ELECTIVAS ANUALES

- 2 DERECHO BANCARIO (DERECHO PRIVADO)
- 2 MEDICINA LEGAL (AREA PENAL Y CRIM.)
- 2 SEGURIDAD SOCIAL (DERECHO SOCIAL)
- 2 POLITICA CRIMINAL

Como medidas de transición, se aprobaron los siguientes puntos:

- 1) Los estudiantes que hayan cursado Tercero, Cuarto o Quinto Año en el periodo lectivo 1984-1985, y que hayan reprobado alguna materia optativa semestral, cursarán una optativa semestral, integrada al Pensum que fue ajustado, bajo el régimen de tutoría.

Si la materia reprobada fue optativa anual, los alumnos incursos en tal situación pueden optar por cursar alguna de las materias optativas anuales incluidas en el Pensum ajustado u optar por alguna de las materias optativas anuales del

Pensum anterior, debiendo en tal caso cursar la materia bajo el régimen de tutoría.

- 2) Los alumnos que bajo la vigencia del Pensum actual las asignaturas optativas denominadas DERECHO SUCESORAL (anual) y GARANTIAS (semestral), tendrán derecho a que se les conceda equivalencia de las mismas para el momento en que cursen las asignaturas obligatorias que las contienen, y sólo en lo que respecta a la parte del respectivo contenido.
- 3) Los alumnos que cursen el Cuarto Año de la carrera en el periodo lectivo 1985-1986, deberán cursar Derecho Mercantil I, ubicada ahora en el Tercer Año de la carrera. Los alumnos que accedan a Tercer Año, cursarán igualmente Derecho Mercantil I, quedando la incorporación real de Derecho Mercantil II, para el Año Académico 1986-1987.
- 4) Durante el Año Lectivo 1985-1986, los alumnos que opten por Derecho Bancario (anual), incluida en el Quinto Año de la carrera, deberán cursar bajo dicho rubro, además del contenido estrictamente bancario, una parte de Derecho de Seguros atendiendo a la importancia de ésta última, vertida en el Pensum ajustado en Derecho Mercantil II, asignatura obligatoria a partir del Año Académico 1986-1987.

VI. CENTRO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS

Fue designado el Dr. Hugo Mármol Marquis, como Director del Centro de Investigaciones Jurídicas, a partir del 1º de febrero del presente año.

El Centro organizó dos eventos que tuvieron muy buena proyección, a saber:

- * En colaboración con la Fundación Procuraduría General de la República, las jornadas sobre "Derecho Colectivo del Trabajo en la Función Pública".
- * En colaboración con la Asociación Venezolana de Derecho de Seguros, las "Primeras Jornadas Venezolanas de Derecho de Seguros", a las cuales asistieron como invitados especiales los profesores Efrén Ossa, de Colombia y Francisco Tirado Suárez, de España.

NOTA NECROLOGICA

Registramos la sensible desaparición física, ocurrida el día 25 de febrero del presente año, del Dr. Francisco Manuel Mármol, antiguo profesor de esta Casa de Estudios y destacado profesional, quien fuera

fundador de la Cátedra de Derecho Internacional Público en nuestra Facultad de Derecho.

ACLARATORIA

En la Lista de Profesores de la Facultad, publicada en la Revista N° 33, omitimos señalar el nombre de la Profesora Cecilia Sosa, quien es además Miembro del Consejo Universitario y Ex-Directora del Centro de Investigaciones Jurídicas.

Pedimos excusas por tan lamentable olvido.

EDITORIAL
SUCAE
CARACAS